

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y LA PROTECCIÓN INDIRECTA DE LOS DERECHOS SOCIALES

María Díaz Crego
Profesora Contractada Doctora de Derecho
Constitucional
Universitat Alcalá de Henares, Madrid

Artículo recibido el día 17.08.2011
Artículo aceptado el día 22.011.2011

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y LA PROTECCIÓN INDIRECTA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Sumario: 1.- Introducción. 2.- La protección de derechos sociales no amparables a través del derecho a la igualdad y a no ser discriminado (art. 14 CE). 3.- La protección de derechos sociales no amparables a través del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). 4.- La protección de derechos sociales no amparables a través de su vinculación con derechos civiles y políticos o con otros derechos sociales. 5.- La protección de los derechos sociales no amparables como límites a los derechos civiles y políticos. 6.- La exigencia de información como vía indirecta para proteger derechos sociales. 7.- A modo de conclusiones.

1.- Introducción

En los últimos tiempos y al hilo del encendido debate sobre la estructura y la justiciabilidad de los derechos sociales¹, los tribunales de algunos Estados y ciertos tribunales internacionales han ido desarrollando una notable jurisprudencia en la materia². En ocasiones,

1 Sobre este debate, ver: Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007, y la doctrina en ellos citada.

2 Para un buen análisis comparado de la jurisprudencia de varios tribunales nacionales e internacionales, ver: Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. New York: Cambridge University Press, 2008; Coomans, F. (ed.), *Justiciability of Economic and Social*

esa jurisprudencia se ha forjado gracias al expreso reconocimiento de derechos sociales en las Constituciones internas o los textos internacionales y a la creación de mecanismos procesales dirigidos a asegurar su exigibilidad ante los tribunales³. Sin embargo, en otros casos, la falta de referencia expresa de los textos constitucionales o internacionales a los derechos sociales o la exclusión de estos derechos de los mecanismos de garantía del resto de los derechos constitucional o internacionalmente reconocidos han obligado a tribunales nacionales e internacionales a desarrollar construcciones más creativas, que tienden a poner de manifiesto la interdependencia entre los tradicionales derechos civiles y políticos y los derechos sociales. Un ejemplo de esta forma de protección “indirecta”⁴ de los derechos sociales, particularmente relevante para los Estados europeos, la encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que parece haber introducido en el texto del Convenio derechos de corte social, no reconocidos expresamente en el texto internacional del que es el máximo intérprete⁵.

El Tribunal Constitucional español se ubica claramente entre aquellos tribunales que cuentan con escasos mecanismos de garantía para proteger los derechos sociales reconocidos en la Constitución nacional. A pesar de que la Constitución española sí reconoce una serie de

Rights: Experiences from Domestic Systems. Amberes: Intersentia, 2006.

- 3 Este sería el caso, por ejemplo, de países como Brasil, Colombia, Bulgaria, Estonia, Hungría, Polonia, Sudáfrica, Venezuela, Ecuador o Bolivia. Ver, al respecto: Noguera Fernández, Albert, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant, 2010; Jayawickrama, N., *The Judicial Application of Human Rights Law: Nacional, Regional and Internacional Jurisprudence*. Nueva York: Cambridge University Press, 2002;
- 4 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian hacen referencia a los mecanismos de exigibilidad directa e indirecta de los derechos sociales en su obra *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004.
- 5 Sobre la jurisprudencia del TEDH al respecto, ver: Costa, Jean –Paul, “La Cour européenne des droits de l’homme et la protection des droits sociaux”. *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, nº 82, 2010; Kennedy, Jo, “European Convention on Human Rights and Social Welfare”. *European Human Rights Law Review*, nº 5, 2010; Tulkens, Françoise et Van Drooghenbroeck, Sébastien, “La place des droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme. La question de la pauvreté”, en *La Déclaration universelle des droits de l’homme 1948-2008. Réalité d’un idéal commun?*. Strasbourg: Commission nationale consultative des droits de l’homme, 2009; Morte Gómez, Carmen y Salinas Alcega, Sergio, “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Embid Irujo, Antonio, *Derechos económicos y sociales*. Madrid: Iustel, 2009; Clements, Luke y Simmons, Alan, “European Court of Human Rights. Sympathetic Unease”, en Langford, Malcolm (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. New York: Cambridge University Press, 2008.

derechos sociales, especialmente en el epígrafe “Principios rectores de la política social y económica” (Capítulo III del Título I), la vía natural de protección de los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional, el recurso de amparo, sólo se abre en caso de vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 14 al 29 y el artículo 30.2 del texto constitucional, tal y como indica el artículo 53 del mismo texto. Entre esos preceptos, tan sólo se reconocen tres derechos de corte social, el derecho a la educación (art. 27 CE), la libertad sindical (art. 28.1 CE) y el derecho a la huelga (art. 28.2 CE), de modo que el resto de derechos sociales reconocidos en el texto constitucional⁶ tan sólo podrán ser objeto de pronunciamiento del Tribunal Constitucional en dos supuestos: bien cuando se haya planteado una posible vulneración de un derecho social por alguna de las otras vías procesales que permiten acudir al Tribunal, pero que no están específicamente pensadas para proteger los derechos fundamentales en casos de violación individual, como el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad o los conflictos competenciales; bien cuando el Tribunal haga uso de alguna de las vías indirectas de protección de los derechos sociales que ha definido la doctrina y que utilizan múltiples tribunales.

En esta última línea, hay que destacar que la doctrina ha enumerado varias vías que permitirían a los tribunales proteger de forma indirecta los derechos sociales en aquellos casos en los que las posibilidades de exigibilidad directa de estos derechos estén limitadas en un ordenamiento dado. En concreto, se ha hablado de la protección indirecta de estos derechos a través del principio de igualdad y no discriminación; a través del derecho al debido proceso; a través de su relación con alguno de los clásicos derechos civiles y políticos; a través de su relación con otros derechos sociales; protegiéndolos como límites legítimos a ciertos derechos civiles y políticos; o, finalmente, exigiendo información como vía para garantizar su adecuado

6 En concreto: el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE); el derecho a condiciones de trabajo justas (art. 35 y 40 CE); el derecho a la negociación colectiva y a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37 CE); la protección de la familia y de los hijos (art. 39 CE); el derecho a la seguridad social (art. 41 CE); el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE); el derecho a acceder a la cultura (art. 44 CE) y al patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46 CE); el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE); la promoción de la participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural (art. 48 CE); la protección de los discapacitados (art. 49 CE), de la tercera edad (art. 50 CE) y de consumidores y usuarios (art. 51 CE).

ejercicio⁷.

En esta lógica, el objetivo de este trabajo será valorar la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional a fin de determinar en qué medida ha hecho uso de los mecanismos de protección indirecta de los derechos sociales antes enumerados para paliar la ausencia de una vía procesal que permita acudir al Tribunal en caso de violación individual de uno de estos derechos. Dada la finalidad del trabajo, no se hará referencia a la extensa jurisprudencia del Tribunal relativa a los derechos sociales amparables (el derecho a la educación, la libertad sindical y el derecho a la huelga), sino tan sólo a aquella jurisprudencia en la que el Alto Tribunal se haya pronunciado sobre alguno de los derechos sociales no amparables en el marco de un recurso de amparo, haciendo así uso de alguno de los mecanismos de protección indirecta de los derechos sociales indicados.

2.- La protección de derechos sociales no amparables a través del derecho a la igualdad y a no ser discriminado (art. 14 CE).

Una de las vías más frecuentemente utilizadas para proteger de forma indirecta los derechos sociales es el recurso al derecho a la igualdad y a no ser discriminado en el acceso a tales derechos. La utilización de este recurso permite plantear en sede judicial si las condiciones de acceso o ejercicio de un determinado derecho social pueden considerarse discriminatorias y, por tanto, contrarias al texto constitucional o internacional correspondiente. Este mecanismo posibilita así la protección indirecta del derecho social en liza, garantizando el disfrute no discriminatorio del mismo y la razonabilidad de las diferencias de trato previstas por la normativa nacional o internacional. Pero esta vía de protección indirecta también tiene límites claros, en la medida en que exige que el derecho social haya sido reconocido a algún grupo o bajo ciertas condiciones, ya que sin ese reconocimiento parcial el juicio de razonabilidad de la diferencia de trato es imposible, y en la medida en que el objeto del proceso no se centrará, normalmente, en el contenido del derecho

⁷ Sobre los mecanismos de protección indirecta de los derechos sociales sigue siendo clave la obra de Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004, pp. 168 y ss. que utilizaré a lo largo de todo el texto.

social concreto, sino tan sólo en la eventual discriminación sufrida en el disfrute del mismo.

Esta vía indirecta de protección de los derechos sociales ha sido utilizada de forma amplia por nuestro Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado haciendo uso del derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación, especialmente, en relación con el derecho al trabajo (art. 35 CE) y las condiciones de trabajo (arts 35 y 40 CE) y el derecho a la seguridad social (art. 41 CE). Sin embargo, esta utilización tan frecuente no debe extrañar, en la medida en que el derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado está reconocido en el artículo 14 de nuestro texto constitucional y es, por tanto, un derecho amparable, de modo que proporciona una vía extraordinariamente útil para proteger de modo indirecto los derechos sociales no amparables.

En esta lógica y en relación con el derecho al trabajo, el artículo 14 CE ha permitido al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la titularidad del derecho reconocido en el artículo 35 CE, indicando que el texto constitucional sólo reconoce el derecho al trabajo a los españoles, de modo que el legislador puede establecer diferencias de trato entre españoles y extranjeros en lo que se refiere al acceso al empleo, exigiendo a estos últimos, por ejemplo, un permiso de trabajo que no se exigiría a los primeros⁸. Sin embargo, más allá de esa diferencia basada en la nacionalidad, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el acceso al empleo, en condiciones que no respeten el artículo 14 CE, de una forma mucho más positiva. Así, por ejemplo, el Alto Tribunal ha señalado que la prohibición de discriminación por razón de sexo constituye un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación, también aplicable en la fase de acceso al empleo, de modo que el empresario deberá utilizar criterios de selección de su personal que no contravengan la prohibición de

8 STC 107/1984, de 23 de noviembre. Sin embargo, si el legislador no prevé la existencia de diferencia de trato alguna en el acceso al empleo, cualquier diferencia de trato entre nacionales y extranjeros está vedada. Así ocurría, por ejemplo, en la STC 150/1994, de 23 de mayo, en la que el TC considera violado el artículo 14 CE porque el legislador interno había previsto que la posesión de la llamada “tarjeta estadística” eximía de la obligación de contar con un permiso de trabajo para poder desempeñar una actividad productiva en España a los marroquíes que residieran desde tiempo atrás en las ciudades de Ceuta y Melilla o demostraran su arraigo. A pesar de esa previsión, la recurrente en amparo había sido despedida por no contar con un permiso de trabajo; motivo de despido que fue considerado discriminatorio por el TC.

discriminación contenida en el artículo 14 CE⁹. Por el contrario, la utilización de criterios de selección que favorezcan a determinados colectivos a los que tradicionalmente resulta difícil acceder al empleo no merece ningún reproche de inconstitucionalidad desde la perspectiva del artículo 14 CE, tal y como indicaba el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la reserva de plazas para discapacitados en el sector público, justificando la medida en la pretensión de favorecer el acceso al empleo a un colectivo que tradicionalmente ha sufrido trabas en el acceso al mismo (art. 9.2 CE y 49 CE)¹⁰.

Esta jurisprudencia sobre el acceso al empleo resulta muy relevante si se tiene en cuenta que para el Tribunal Constitucional el derecho al trabajo no sólo implica la libertad de trabajar, sino también el derecho a un puesto de trabajo, derecho que se concretaría en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una justa causa¹¹. El acceso al empleo en condiciones de igualdad parece definirse así como un elemento esencial del derecho al trabajo. Sin embargo, no ha sido el único elemento de este derecho con el que el Tribunal ha tenido que lidiar *ex artículo 14 CE*. También en relación con el derecho al trabajo, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre el despido, la no renovación y el cese de trabajadores en sus puestos de trabajo.

Para el Tribunal, tal y como antes indicábamos, el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo forma parte del contenido del derecho al trabajo, de modo que un despido, un cese o una decisión de no renovación que sea contraria al artículo 14 CE deberá reputarse discriminatoria y, por tanto, nula. Esta jurisprudencia ha sido aplicada de forma

9 STC 173/1994, de 7 de junio; STC 41/1999, de 22 de marzo.

10 STC 269/1994, de 3 de octubre

11 STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8. Sobre el contenido del derecho al trabajo en la Constitución española, ver, especialmente, Gil y Gil, José Luis, “El derecho a un trabajo digno”, en Escobar Roca, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, en prensa; Monereo Pérez, José Luis y Molina Navarrete, Cristóbal, “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, en Monereo Pérez, José Luis, Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María Nieves (dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Granada: Comares, 2002, pp. 287 y ss.

mayoritaria a los numerosos supuestos de despidos¹², ceses¹³ o no renovaciones¹⁴ en los puestos de trabajo de trabajadoras discriminadas por razón de sexo y, en la mayor parte de los casos, por cuestiones asociadas a la maternidad¹⁵. Sin embargo, también se ha aplicado a supuestos en los que el despido tenía su origen en algún otro motivo prohibido de discriminación, como la orientación sexual¹⁶.

También en relación con el despido, el TC se ha pronunciado sobre las diferencias en cuanto a la indemnización por despido que contempla la legislación en relación con distintos colectivos de trabajadores, como por ejemplo, los trabajadores considerados personal de confianza¹⁷, o sobre las diferencias en cuanto a la indemnización por despido que ha contemplado en diferentes momentos históricos la normativa laboral, tal sería el caso de la desaparición de la obligación de pagar los salarios de tramitación en ciertos supuestos de despido improcedente, que tuvo su origen en la adopción del Decreto Ley 5/2002¹⁸. Para el Tribunal Constitucional, esas diferencias también pueden vulnerar el artículo 14 CE, en relación con el artículo 35 CE, en caso de no estar justificadas de forma objetiva y razonable. A pesar de ello, los pronunciamientos del Alto Tribunal han tendido a considerar constitucionalmente adecuadas las diferencias de trato indicadas, mientras que su actitud hacia las diferencias de trato basadas en los motivos prohibidos de discriminación previstos en el artículo 14 CE ha sido mucho menos condescendiente.

12 Entre otras muchas: SSTC 136/1996, de 23 de julio; 41/2002, de 25 de febrero; 98/2003, de 2 de junio; 214/2006, de 3 de julio; 324/2006, de 20 de noviembre; 342/2006, de 11 de diciembre; 17/2007, de 12 de febrero; 92/2008, de 21 de julio; 124/2009, de 18 de mayo.

13 STC 20/2001, de 29 de enero; 17/2003, de 30 de enero; en relación con funcionarias.

14 STC 175/2005, de 4 de julio; 74/2008, de 23 de junio.

15 Sobre la jurisprudencia del TC referida a las discriminaciones basadas en el sexo se recomienda la lectura de: Rey Martínez, Fernando, "Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español". *Revista Derecho del Estado*, n.º 25, diciembre de 2010; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: Mc Graw-Hill, 1995.

16 STC 41/2006, de 13 de febrero.

17 STC 79/1983 de 5 de octubre; STC 1/1984, de 16 de enero; STC 20/1994, de 27 de enero; todas ellas en relación con despidos de personal de confianza.

18 STC 84/2008, de 21 de julio; STC 122/2008, de 20 de octubre; STC 142/2008, de 31 de octubre; STC 143/2008, de 31 de octubre; STC 85/2009, de 18 de febrero; todas ellas en relación con la regulación legal de los salarios de tramitación que otorgaba el derecho a percibirlo cuando el empresario optara por la readmisión del trabajador cuyo despido se declaraba improcedente, pero no cuando optara por abonar la indemnización (Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo).

En el ámbito laboral, el Tribunal Constitucional también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las condiciones de trabajo, contempladas en los artículos 35 y 40 del texto constitucional, recurriendo al expediente del derecho a la igualdad y a no ser discriminado. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se hace eco de condiciones de trabajo discriminatorias por razón de sexo vuelve a ser la más extensa, de modo que un notable número de sentencias han tenido que analizar supuestos de desigualdades retributivas¹⁹ o de consecuencias negativas en la promoción profesional²⁰ que afectaban a las trabajadoras, perjudicándolas frente a sus compañeros varones.

En relación con las condiciones salariales, destaca también la STC 31/1984, de 7 de marzo, en la que se cuestionaba la adecuación al artículo 14 CE, en relación con el artículo 35 CE, de una diferencia en cuanto al salario mínimo interprofesional establecida en función de la edad del trabajador. El TC aplicó a la diferencia salarial indicada el criterio de “igual trabajo, igual salario”, aplicado en su jurisprudencia sobre discriminación por razón de sexo, y llegó a la conclusión de que, en el caso objeto de estudio, la diferencia estaba justificada de forma objetiva y razonable porque los menores de 18 años se veían excluidos de cierto tipo de empleos, lo que explicaba que su salario mínimo interprofesional fuera más reducido.

Igualmente, el TC también ha considerado justificadas las diferencias salariales existentes entre los profesores de religión y el resto de profesores que prestan enseñanza en centros públicos²¹. Sin embargo, se ha otorgado el amparo en varios supuestos en los que las diferencias salariales entre empleados de una misma empresa parecían tener como origen únicamente la diferente nacionalidad de éstos²².

En relación con las condiciones laborales, resulta también destacable un asunto en el que el Tribunal Constitucional se pronunciaba, *ex* artículos 14 y 16 CE, sobre la adecuación

19 STC 145/1991, de 1 de julio; STC 22/1994, de 27 de enero; STC 58/1994, de 28 de febrero; STC 286/1994, de 27 de octubre; STC 147/1995, de 16 de octubre; STC 250/2000.

20 STC 182/2005, de 4 de julio.

21 STC 201/2007, de 24 de septiembre.

22 STC 5/2007, de 15 de enero; STC 34/2004, de 8 de marzo, en ambos casos los trabajadores discriminados eran españoles.

del período de descanso mínimo semanal (art. 40.2 CE) a las creencias religiosas del trabajador. En este asunto, el Alto Tribunal rechazaba que la fijación del domingo como día de descanso semanal pudiera considerarse discriminatoria para trabajadores no católicos. El Tribunal rebatía el razonamiento de la recurrente en ese sentido, indicando que la fijación del domingo como día de descanso no podía considerarse una opción únicamente religiosa, sino basada en las costumbres y tradiciones españolas, y que, por tanto, no se había producido vulneración alguna de sus derechos a no ser discriminado y su libertad religiosa, en relación con el establecimiento del período de descanso laboral²³. Una sentencia, sin duda, reprochable.

Finalmente, también en relación con las condiciones de trabajo llama la atención el surgimiento de un incipiente derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, que no reconoce expresamente el texto constitucional español, pero que el Tribunal Constitucional ha extraído de una lectura conjunta del derecho a la protección de la familia (arts. 39.1 y 2 CE), el reconocimiento de los deberes de los padres en relación con los hijos (art. 39.3 CE) y el derecho a no ser discriminado (art. 14 CE)²⁴. En esta línea, el Alto Tribunal ha considerado vulnerado el derecho a la igualdad en varios supuestos en los que la legislación laboral o la interpretación de la misma realizada por los tribunales ordinarios impedían una correcta conciliación de la vida familiar y laboral, disminuyendo así la empleabilidad de las mujeres —encargadas todavía mayoritariamente del cuidado de los hijos, según demuestran tozudamente las estadísticas— frente a los hombres²⁵. El Tribunal Constitucional ha destacado así que cualquier medida normativa tendente a facilitar la compatibilidad de la vida familiar y laboral de los trabajadores debe interpretarse de conformidad con el derecho a no ser

23 STC 19/1985, de 13 de febrero.

24 En este sentido: STC 3/2007, de 15 de enero, y la más reciente, STC 26/2011, de 14 de marzo.

25 STC 3/2007, de 15 de enero, en relación con el derecho a la reducción de jornada por guarda legal de hijos menores de seis años que intentaba ejercer una trabajadora; STC 240/1999, de 20 de diciembre, en relación con el disfrute de las excedencias por cuidado de hijos, que sólo se reconocía a los funcionarios de carrera y no los interinos, provocando efectos perjudiciales en la vida laboral de las mujeres trabajadoras; STC 128/1987, de 16 de julio, en relación con las prestaciones en concepto de guardería que se concedían a las mujeres de forma más ventajosa que a los hombres que trabajaban para el INSALUD: en este supuesto, el TC consideraba la diferencia de trato constitucional al estimar que la misma perseguía poner fin a la discriminación históricamente sufrida por las mujeres en el ámbito laboral favoreciendo la conciliación de su vida laboral y familiar.

discriminado y el mandato de protección a la familia y a la infancia, produciéndose una vulneración del artículo 14 CE, en relación con el artículo 39 CE, en caso contrario.

Curiosamente, hasta fecha reciente esta jurisprudencia había sido aplicada de forma positiva tan sólo en supuestos en los que el recurrente en amparo era una mujer trabajadora²⁶, lo que parecía lanzar el mensaje de que la conciliación de la vida familiar y laboral era una cuestión principalmente femenina²⁷. Sin embargo, una sentencia reciente del Tribunal Constitucional marca un punto de inflexión al respecto, al aportar una visión de la conciliación de la vida familiar y laboral en la que padre y madre aparecen claramente involucrados en las tareas familiares. La STC 26/2011, de 14 de marzo, constituye así el primer asunto en el que se considera vulnerado el derecho a no ser discriminado de un trabajador al que se le había denegado la solicitud de trabajar en un turno nocturno para poder hacer frente al cuidado de sus hijos menores de edad. El Tribunal Constitucional señalaba que el hecho de que los tribunales ordinarios no hubieran tenido en cuenta que su solicitud tenía como objetivo participar en la crianza de sus hijos había determinado la vulneración de su derecho a no ser discriminado por razón de sus circunstancias personales y familiares (art. 14 CE). El Tribunal se hacía así eco de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que considera que la exclusión de los padres de los beneficios que posibilitan la conciliación de la vida familiar y laboral contribuye a “perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental”²⁸.

El Tribunal Constitucional también ha utilizado el artículo 14 CE para pronunciarse de forma indirecta sobre eventuales vulneraciones del derecho a la seguridad social (art. 41 CE). La jurisprudencia en este sentido es muy numerosa, aunque resulta reseñable que el Alto Tribunal haya otorgado el amparo en muy pocos casos cuando una diferencia de trato se

26 El único caso en el que el recurrente es un trabajador varón es el analizado en la STC 128/1987, de 16 de julio, estudiada en la nota anterior.

27 En este sentido, ver también: Rey Martínez, Fernando, “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”. *Revista Derecho del Estado*, nº 25, diciembre de 2010, p. 28 y ss.

28 STJUE de 30 de septiembre de 2010, asunto *Roca Álvarez*, as. C-104/2009.

refería al acceso a un determinado régimen de la Seguridad Social²⁹ o a las diferencias en el acceso o en la cuantía de ciertas prestaciones reconocidas en los diferentes regímenes de la Seguridad Social³⁰. De hecho, en relación con esta cuestión, el Tribunal ha indicado de forma constante que, aunque “el art. 41 de la CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad (...), tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales”. Por tanto, para el Tribunal, “no puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento. Los arts. 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho”³¹.

A pesar de la deferencia mostrada por el Tribunal Constitucional hacia las opciones legislativas en materia de seguridad social³², el Alto Tribunal sí ha tendido a otorgar el amparo cuando la diferencia en el acceso a una determinada prestación se fundaba en el sexo³³, en la

29 STC 68/1982, de 22 de noviembre, negativa a autorizar la afiliación en el RETA a un médico que trabajaba por cuenta propia.

30 STC 184/1993, de 31 de mayo y STC 231/1993, de 12 de julio, ambas en relación con diferencias de trato entre trabajadores afiliados al RGSS y al RETA en lo que se refiere al derecho a obtener una prestación por incapacidad permanente; STC 77/1995, de 22 de mayo, diferencia de trato en el acceso a un subsidio de prejubilación provocada por el país de cotización (México, con el que no se había firmado convenio al efecto); STC 189/1987, de 24 de noviembre, diferencias en cuanto al número de meses requeridos para percibir una pensión de jubilación en el marco del RETA; STC 268/1993, de 20 de septiembre, diferencias en cuanto a las exigencias para el otorgamiento de las prestaciones por invalidez en el marco del RGSS y en el marco del Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico; STC 149/2004, de 20 septiembre, diferencias entre trabajadores en edad de jubilación y con derecho a pensión y el resto en relación con el acceso a la prestación por incapacidad permanente.

31 STC 65/1987, de 21 de mayo; STC 115/1987, de 7 de julio; STC 184/1993, de 31 de mayo; STC 231/1993, de 12 de julio.

32 En este sentido: Gil y Gil, José Luis, “El derecho a la seguridad social”, en Escobar Roca, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, en prensa

33 STC 253/2004, de 22 de diciembre; STC 103/1983, de 22 de noviembre; STC 104/1983, de 22 de noviembre, aunque todas ellas son cuestiones de inconstitucionalidad.

filiación³⁴ o, incluso, en la nacionalidad del recurrente³⁵, pero no cuando tales diferencias tenían su origen en la convivencia *more uxorio* de la pareja³⁶ o en el hecho de que la pareja hubiera contraído matrimonio por un rito minoritario, al que no reconocía efectos civiles la legislación estatal³⁷.

3.- La protección de derechos sociales no amparables a través del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

El derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 CE, también ha permitido al Tribunal Constitucional español pronunciarse por vía indirecta sobre supuestos en los que estaba en juego el ejercicio de algún derecho de corte social. Esta posibilidad ha tenido, nuevamente, una amplia recepción en el ámbito del derecho al trabajo (arts. 35 y 40 CE) y del derecho a la seguridad social (arts. 41 y 50 CE), pero también en relación con el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) o a la protección de la familia (art. 39 CE), que han sido objeto de protección indirecta por parte del Alto Tribunal, en ocasiones, gracias a vulneraciones procesales. En esta perspectiva de análisis, la casuística es enorme, pero desde el punto de vista de la protección de los derechos sociales parece especialmente relevante la jurisprudencia construida por el Tribunal Constitucional en relación con el acceso a la jurisdicción y con la motivación de las sentencias de los tribunales ordinarios cuando está en liza un derecho social.

En esta línea, hay que reseñar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre

34 STC 154/2006, de 22 de mayo; STC 200/2001 y STC 46/1999.

35 STC 130/1995, de 11 de septiembre, aunque el TC señala que sí se pueden establecer diferencias de trato entre españoles y extranjeros en el acceso a las prestaciones de la seguridad social, pero en este caso la igualdad en el acceso a la prestación había sido reconocida por un Reglamento europeo.

36 STC 260/1988, de 22 de diciembre; SSTC 29, 30, 31, 35 y 38/1991, de 14 de febrero; STC 77/1991, de 11 de abril; STC 29/1992, de 9 de marzo. El TC llega a una conclusión diferente en relación con la pensión de viudedad de un viudo, cuyo matrimonio con una funcionaria no había sido inscrito en el Registro Civil, a pesar de haberse celebrado por el rito religioso católico: STC 199/2004, de 15 de noviembre.

37 STC 69/2007, de 16 de abril. Es llamativo que este asunto haya sido objeto de un tratamiento diferente por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en el caso *Muñoz Díaz c. España*, de 8 de diciembre de 2009, consideraba vulnerado el derecho a la propiedad (art. 1 del Protocolo nº 1) en relación con el derecho a no sufrir ningún tipo de discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 14 CEDH).

el derecho de acceso a la jurisdicción, entendido como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el ejercicio de ciertos derechos sociales, y sus sentencias parecen haber interpretado de forma amplia las reglas procesales sobre legitimación activa o sobre las condiciones para ejercer una determinada acción procesal en aquellos casos en los que parecía poderse haber vulnerado algún derecho social. Así, por ejemplo, se ha reconocido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando se ha negado legitimación activa a los sindicatos para intervenir en procesos de despido contra algún afiliado³⁸ o también cuando se ha negado legitimación activa a una asociación profesional para recurrir decisiones que podían afectar al acceso al empleo de sus afiliados³⁹. En la misma lógica, se ha entendido vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, cuando las normas procesales sobre la caducidad de ciertas acciones dirigidas a proteger el derecho al trabajo (acción de despido) eran demasiado estrictas⁴⁰ o cuando los trabajadores sufrían algún tipo de represalia laboral por haber pleiteado en defensa de sus derechos contra su empleador o por haber realizado actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial⁴¹. El Tribunal Constitucional garantiza así el control judicial de las decisiones que puedan violar alguno de los derechos sociales no amparables reconocidos en el texto constitucional, garantizando de forma indirecta la efectividad de tales derechos⁴².

En cuanto a las exigencias de motivación que se imponen a los tribunales ordinarios en casos en los que puede haberse producido una vulneración de un derecho constitucional sustantivo, el Tribunal Constitucional ha indicado de forma constante que los tribunales ordinarios vulnerarán el derecho a la tutela judicial efectiva si, en la fundamentación y

38 STC 257/2000, de 30 de octubre.

39 STC 52/2007, de 12 de marzo.

40 STC 125/1994, de 25 de abril.

41 STC 14/1993, de 18 e enero; STC 196/2000, de 24 de julio; STC 87/2004, de 10 de mayo; STC 171/2005, de 20 de junio.

42 El propio TC así lo ponía de relieve en la STC 125/1994, de 25 de abril, en la que subrayaba que la trascendencia del acto de despido era paralela a la “de la impugnación judicial de la decisión empresarial (de despido), ya que de ella depende la materialización de derechos que exceden del marco de la relación individual del trabajo, invadiendo otros ámbitos normativos, señaladamente, el derecho de la Seguridad Social”.

motivación de sus resoluciones, no interpretan el conjunto del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, lo que significaría elegir entre los posibles sentidos de un precepto aquél que sea más conforme con las normas constitucionales. El Tribunal Constitucional ha señalado así que, en tales casos, no será suficiente con que los tribunales realicen una aplicación de la legalidad que no sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, sino que además esa aplicación de la legalidad vigente deberá ser conforme al texto constitucional⁴³; referencia que parece incluir, claramente, a los derechos sociales en él reconocidos. De este modo, si los tribunales ordinarios no han tenido en cuenta alguno de esos derechos en la resolución de un litigio concreto, el Tribunal Constitucional podrá considerar violado el artículo 24 CE.

Así ha ocurrido, por ejemplo, en casos en los el objeto del litigio se centraba en algún aspecto relacionado con el derecho al trabajo o el derecho a la seguridad social. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha analizado, desde la perspectiva del artículo 24 CE, asuntos en los que podía producirse una discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral, pero el juzgador no exigía la inversión de la carga de la prueba requerida por la jurisprudencia constitucional en esos ámbitos⁴⁴; casos en los que podía producirse una discriminación por razones sindicales en el ámbito laboral, pero el tribunal ordinario tampoco tenía en cuenta la inversión de la carga de la prueba exigible en tales casos⁴⁵; casos en los que el tribunal ordinario revocaba una decisión previa de indemnización por los daños causados por las conductas antisindicales del empleador sin motivación alguna⁴⁶; asuntos en los que podía haberse producido un despido injustificado, pero el juzgador no analizaba las circunstancias del caso de conformidad con el reconocimiento del derecho de los trabajadores a vacaciones anuales retribuidas⁴⁷ o con el reconocimiento de la libertad de información⁴⁸; o casos en los que podía producirse una denegación de una pensión de invalidez no contributiva por la decisión del juzgador de modificar, mediante aclaración de sentencia, el grado de

43 Entre otras muchas: STC 192/2003, de 27 de octubre.

44 STC 17/2003, de 30 de enero

45 STC 87/1998, de 21 de abril; STC 17/2003, de 30 de enero; STC 188/2004, de 2 de noviembre.

46 STC 247/2006, de 24 de julio.

47 STC 192/2003, de 27 de octubre

48 STC 126/2003, de 30 de junio.

minusvalía inicialmente reconocido por el propio Tribunal⁴⁹.

Sin embargo, el ámbito laboral y de la seguridad social no ha sido el único en el que el Tribunal Constitucional ha protegido de forma indirecta derechos sociales no amparables *ex* artículo 24 CE. Resulta también significativa la jurisprudencia del Tribunal que ha permitido la protección de la vida familiar utilizando el recurso al derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, el Alto Tribunal ha subrayado que los tribunales ordinarios vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros si se pronuncian sobre decisiones de expulsión del territorio nacional sin tener en cuenta las circunstancias familiares del afectado, ya que la valoración de tales circunstancias no sólo viene impuesta por ciertos tratados internacionales ratificados por nuestro país, sino también porque la CE señala que los poderes públicos asegurarán la protección de la familia (art. 39 CE)⁵⁰.

Finalmente, el Tribunal Constitucional español también ha dado protección al derecho a la salud recurriendo al expediente del derecho a la tutela judicial efectiva. Así ocurría en la reciente STC 37/2011, de 28 de marzo, en la que el Alto Tribunal reconocía vulnerado el derecho a la integridad personal (art. 15 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en un supuesto en el que los tribunales ordinarios habían negado al recurrente el derecho a ser indemnizado por las consecuencias perjudiciales para su salud que tuvo una mala praxis médica y por no haber recibido información alguna de la intervención quirúrgica que se le iba a practicar. Por lo que aquí interesa, en el caso indicado, el Tribunal tenía en cuenta que los tribunales ordinarios decidieron sobre la indemnización exigida por el recurrente sin tener en cuenta que los hechos indicados podían suponer una violación del derecho a la integridad personal y el derecho a la protección de la salud del recurrente. Para el Tribunal, la ausencia de todo razonamiento al respecto de los tribunales ordinarios provocaba una vulneración del artículo 24 CE.

49 STC 141/2003, de 14 de julio.

50 En esta línea: STC 140/2009, de 15 de junio, y STC 212/2009, de 26 de noviembre, aunque en la segunda no se otorga el amparo porque la motivación de los tribunales ordinarios sí había tenido en cuenta las circunstancias familiares del recurrente.

4.- La protección de derechos sociales no amparables a través de su vinculación con derechos civiles y políticos o con otros derechos sociales.

Otra vía de protección indirecta de los derechos sociales habitualmente utilizada por la jurisprudencia de algunos tribunales internos e internacionales es la vinculación del derecho social correspondiente con algún derecho civil y político o con algún otro derecho social que sea exigible directamente ante los tribunales. La violación del derecho social se convertiría así, mediante una reinterpretación extensiva, en una violación de un derecho civil y político o de un derecho social exigible de forma directa. A pesar de que esta vía de protección indirecta de los derechos sociales ha sido frecuentemente utilizada por tribunales de nuestro entorno, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵¹, y que pone de manifiesto de forma clara la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, económicos y culturales, nuestro Tribunal Constitucional la ha utilizado de una forma bastante pobre.

De hecho, la mayor parte de las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional que parecen poder ubicarse dentro de esta tercera vía de protección indirecta de los derechos sociales se vinculan nuevamente con el ámbito laboral y analizan despidos, no renovaciones de contratos de trabajo o medidas disciplinarias adoptadas en el marco de una relación laboral desde la perspectiva de su eventual contradicción con algún derecho fundamental sustantivo reconocido en el texto constitucional distinto del derecho al trabajo. Es el caso de despidos que se producen tras el ejercicio de la libertad de expresión o de la libertad de información por parte del trabajador⁵², de despidos que podrían vulnerar la libertad religiosa del trabajador por producirse porque el trabajador se negaba a trabajar en los días de descanso marcados por su fe⁵³, de sanciones disciplinarias impuestas a funcionarios públicos por negarse a participar en actos religiosos durante su servicio⁵⁴, de decisiones de no renovación de contratos laborales de profesores de religión porque su vida privada no se adecuaba a las exigencias de la fe que

51 Sobre la jurisprudencia del TEDH en la materia, ver las obras enunciadas en la nota a pie núm. 5.

52 STC 56/2008, de 14 de abril; STC 151/2004, de 20 de septiembre; STC 126/2003, de 30 de junio; STC 57/1999, de 12 de abril; STC 126/1990, de 5 de julio.

53 STC 19/1985, de 13 de febrero

54 STC 101/2004, de 2 de junio; STC 177/1996, de 11 de noviembre.

enseñaban⁵⁵, de despidos de trabajadores por no comulgar con el ideario de sus centros de trabajo⁵⁶, o, finalmente, de la decisión de un empleador de despedir a su trabajador porque se negaba a realizar una aparición pública ante las cámaras de televisión, decisión que el Tribunal consideró contraria al derecho a la propia imagen del empleado⁵⁷. En esta línea, se sitúa también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que se ha analizado la constitucionalidad de la obligación de colegiarse impuesta a algunos profesionales desde la perspectiva de la libertad de asociación y el libre ejercicio profesional⁵⁸.

También en el ámbito laboral es donde más interrelación se observa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional entre los derechos sociales amparables y aquellos que no lo son, de modo que el Tribunal ha utilizado esa vía para garantizar cierta protección al derecho al trabajo en casos en los que el despido o la no renovación del contrato del trabajo⁵⁹, o el empeoramiento de las condiciones de trabajo⁶⁰ o de las perspectivas de promoción profesional⁶¹ se derivan, precisamente, del ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga, que sí son derechos amparables según lo previsto en el artículo 53 CE. En la misma línea, la jurisprudencia constitucional ha establecido un vínculo claro entre la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva y a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37 CE), al señalar de forma constante que la libertad sindical comprende, entre otros, los derechos de actividad o los medios de acción necesarios para que el sindicato pueda cumplir las funciones a las que es llamado por el artículo 7 CE; medios que han sido en la huelga, la negociación colectiva y la promoción de conflictos colectivos⁶². Al incluir el derecho a la

55 STC 34/2011, de 28 de marzo; STC 128/2007, de 4 de junio (en este caso resulta relevante el ejercicio por parte del demandante de su libertad ideológica y de expresión en contra de la doctrina tradicional de la Iglesia sobre el celibato. No se otorga el amparo).

56 STC 47/1985, de 27 de marzo

57 STC 99/1994, de 11 de abril.

58 Entre otras: STC 96/2003, de 22 de mayo; STC 76/2003, de 23 de abril; STC 194/1998, de 1 de octubre; STC 89/1989, de 11 de mayo.

59 En relación con la libertad sindical: STC 17/2005, de 1 de febrero; STC 29/2002, de 11 de febrero; STC 30/2002, de 11 de febrero. En relación con el derecho a la huelga: STC 66/2002, de 21 de marzo.

60 En relación con la libertad sindical: STC 188/2004, de 2 de noviembre (marginación laboral); STC 213/2002, de 11 de noviembre (suspensión de empleo y sueldo); STC 247/2006, de 24 de julio (traslado de centro, reducción de la jornada y el sueldo); STC 74/1998, de 31 de marzo (desigualdad salarial con el resto de empleados).

61 En relación con la libertad sindical: STC 111/2003, de 16 de junio.

62 Entre otras muchas: STC 238/2005, de 26 de septiembre; STC 121/2001, de 4 de junio; STC 173/1992, de

negociación colectiva en el contenido esencial de la libertad sindical, el Tribunal Constitucional ha creado un vínculo que le permite proteger un derecho social no incluido entre los derechos amparables, según nuestro texto constitucional (el derecho a la negociación colectiva y a adoptar medidas de conflicto colectivo), a través de un derecho social que sí es amparable (la libertad sindical).

Sin embargo, más allá de las relaciones indicadas entre ciertos derechos sociales de corte laboral y algunos derechos civiles, políticos y sociales que son amparables, hay que destacar que el Tribunal Constitucional español ha sido muy parco a la hora de reconducir eventuales violaciones de derechos sociales en vulneraciones de derechos civiles y políticos u otros derechos sociales. Quizás los únicos ejemplos significativos de tal quehacer han sido el vínculo establecido entre el derecho a la salud y el derecho a la integridad personal, entre los derechos a la salud y la vivienda y los derechos a la integridad personal y a la intimidad en el ámbito domiciliario, y el derecho a la integridad personal y el derecho de los menores de edad a contar con servicios de protección a la infancia adecuados.

En este sentido, hay que destacar que el derecho a la salud ha sido vinculado por el Tribunal Constitucional al derecho a la integridad personal en varios asuntos⁶³. Así, el Alto Tribunal ha indicado que “el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma”⁶⁴.

A pesar de que esta jurisprudencia parece configurar el derecho a la salud derivado del derecho a la in

29 de octubre; STC 127/1989, de 13 de julio STC 9/1988, de 25 de enero; STC 51/1988, de 22 de marzo; STC 98/1985, de 29 de julio.

63 Para una valoración de esta jurisprudencia ver: Escobar Roca, Guillermo, “El derecho a la protección de la salud”, en Escobar Roca, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, en prensa. Curiosamente, en alguno de sus autos, el TC trata de establecer una clara distinción entre ambos derechos, ver: ATC 57/2007, de 26 de febrero.

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

negativo⁶⁵, algunos de los casos estudiados por el Tribunal Constitucional desde esta perspectiva parecen más garantistas. Así, en la conocidísima STC 119/2001, de 24 de mayo, en la que se planteaba la eventual vulneración de los derechos fundamentales a la vida, salud, intimidad e inviolabilidad del domicilio, derivada de la elevada contaminación acústica que vendría padeciendo la recurrente en su domicilio, el Tribunal señalaba que “cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una *acción u omisión* de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE” (FJ 6), de modo que el Tribunal parecía imponer una obligación positiva a los poderes públicos de evitar niveles de ruidos cuando éstos alcanzaran la gravedad necesaria para vulnerar el artículo 15 CE.

En la misma línea, en la STC 5/2002, de 14 de enero, el Tribunal analizaba la eventual vulneración del derecho a la salud (art. 15 CE) de un condenado al que se le había denegado la suspensión de ejecución de la pena privativa de libertad que le había sido impuesta, a pesar de que padecía una grave enfermedad. En el caso objeto de estudio, el Tribunal no consideraba violado el artículo 15 CE, en la medida en que señalaba que, en la prisión correspondiente, el recurrente podría continuar el tratamiento médico que necesitaba, de modo que parecía exigirse nuevamente la obligación positiva a los poderes públicos de proveer al interno enfermo del tratamiento que necesitaba⁶⁶.

También parece deducirse de la jurisprudencia constitucional —aunque hablamos de

65 Así ocurre, entiendo, en la STC 35/1996, de 11 de marzo, sobre el posible efecto perjudicial para la salud que un recluso que podía tener su sometimiento constante a sesiones de rayos X por motivos de seguridad.

66 Un caso semejante lo encontramos en la STC 48/1996, de 25 de marzo, en la que el TC vuelve a establecer el vínculo indicado entre el derecho a la vida y a la integridad personal y el derecho a la salud, y considera vulnerado éste por la decisión de los tribunales ordinarios de no acceder a la excarcelación de un recluso que padecía una enfermedad grave e incurable, en cuya evolución incidía desfavorablemente la estancia en la cárcel, acortando así la duración de su vida, aunque sin ponerla directa e inmediatamente en peligro. El hecho de que la denegación de la excarcelación empeorara el estado de salud del recluso era suficiente para que el TC considerara vulnerado el derecho reconocido en el artículo 15 CE. También parece imponerse una obligación positiva a los poderes públicos en la STC 62/2007, de 26 de abril, en la que el TC entiende vulnerado el artículo 15 CE en relación con la decisión del Servicio Andaluz de Salud de asignar a la recurrente, una empleada que se encontraba en el sexto mes de gestación, unas funciones que ponían en serio peligro su salud y la de su hijo.

un caso aislado— la existencia de un vínculo entre el derecho a disfrutar de la propia vivienda (art. 47 CE) y el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario (art. 18 CE). En este sentido, la STC 119/2001, de 24 de mayo, a la que antes hacíamos referencia, no sólo establecía un vínculo entre el derecho a la salud y el derecho a la integridad personal, sino también entre el derecho a disfrutar de la propia vivienda y el derecho fundamental a la intimidad; derecho que podía ser vulnerado por una exposición prolongada a ruidos excesivos en el propio domicilio si ésta impediera o dificultara “gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida” (FJ 6). El Alto Tribunal parecía así proteger una vertiente del derecho a disfrutar de una vivienda digna, derecho no amparable según nuestro texto constitucional, al establecer un nexo de conexión con el derecho a la intimidad, derecho civil garantizado a través del amparo. Esa conexión tenía su origen en la jurisprudencia previa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia⁶⁷ y resultaba un tanto forzada si se tenía en cuenta el contenido que habitualmente atribuía la jurisprudencia constitucional al derecho a la intimidad⁶⁸. Quizás por ello, esta línea jurisprudencial no ha tenido un largo recorrido en nuestra jurisprudencia constitucional⁶⁹.

Finalmente, la STC 221/2002, de 25 de noviembre, constituye un último ejemplo de un asunto en el que el Tribunal Constitucional español parece vincular la violación de un derecho social con la de un derecho civil. En este asunto, el Tribunal llegaba a la conclusión de que la decisión de la Audiencia Provincial de Sevilla que instaba el retorno de una menor de 12 años de edad con su familia adoptiva ponía en riesgo su integridad moral (art. 15 CE), ya que la menor había sido víctima de malos tratos por parte de la madre de la familia

67 Entre otros: STEDH *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994; STEDH *Moreno Gómez c. España*, de 16 de noviembre de 2004.

68 Normalmente, el TC ha definido el derecho a la intimidad personal como el derecho a resguardar de la acción y el conocimiento ajenos el ámbito de privacidad de la persona (STC 231/1988, de 2 de diciembre) y el derecho a la intimidad familiar como el, derecho a resguardar de la acción y el conocimiento ajenos lo que ocurre dentro del domicilio familiar o entre los componentes del grupo familiar (STC 115/2000, de 5 de mayo); nociones que parecen harto alejadas de la doctrina sentada en la STC 119/2001, de 24 de mayo.

69 Recoge la misma jurisprudencia sobre ruidos la STC 16/2004, de 23 de febrero, pero en ese caso quien plantea el amparo es el dueño de un bar sancionado por infringir la normativa municipal sobre ruidos.

adoptiva y se encontraba integrada, perfectamente, en una familia de acogida. En este caso, el Tribunal Constitucional parecía poner de relieve, aunque de forma absolutamente velada, que la protección del derecho a la integridad personal de los menores no es posible sin un adecuado funcionamiento de los servicios sociales de protección de la infancia. Sin embargo, esta línea jurisprudencial ha tenido poco recorrido en la jurisprudencia posterior de nuestro Tribunal, que no ha vuelto a otorgar el amparo en ningún otro de los asuntos semejantes sobre los que ha tenido que pronunciarse⁷⁰.

5.- La protección de los derechos sociales no amparables como límites a los derechos civiles y políticos.

Otra vía indirecta de protección de los derechos sociales frecuentemente utilizada por los tribunales ha sido la protección de los mismos al configurarlos como límites a ciertos derechos civiles y políticos. Sin embargo, tal y como ahora veremos, esta vía indirecta de protección de los derechos sociales no ha tenido excesiva relevancia en nuestra jurisprudencia constitucional porque los derechos civiles que el Tribunal Constitucional considera susceptibles de ser limitados para proteger derechos sociales han sido, principalmente, el derecho a la propiedad (art. 33 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE), que no son derechos amparables según lo que prevé el artículo 53 CE. De este modo, aunque el Tribunal Constitucional ha legitimado el establecimiento de ciertos límites al derecho a la propiedad o a la libertad de empresa en aras de salvaguardar derechos sociales, tales problemáticas se han planteado ante el Alto Tribunal acudiendo a alguna de las otras vías indirectas de protección de los derechos sociales que hemos indicado o a través de alguna de las otras vías procesales que permiten pronunciarse a nuestro Tribunal Constitucional⁷¹, no constituyendo, por tanto, ejemplos de protección indirecta de derechos sociales no amparables.

70 De hecho, el TC adoptó una postura harto diferente en las STC 22/2008, de 31 de enero, y STC 71/2004, de 19 de abril, al considerar que, en esos casos, la posible lesión de la integridad moral del menor no era tan evidente, tan palmaria, como en la STC 221/2002, de 25 de noviembre.

71 Quizás una excepción a lo indicado la encontramos en la STC 269/1994, de 3 de octubre, en la que el TC se pronunciaba sobre un eventual derecho de los trabajadores discapacitados a acceder a un empleo mediante acciones positivas instadas por los poderes públicos desde una perspectiva inversa, en la medida en que la acción positiva dirigida a favorecer el acceso al empleo de los discapacitados era analizada como un límite del derecho de la recurrente (que no tenía ninguna discapacidad) a acceder a la función pública (art. 23 CE).

Aún así, resulta reseñable que el Tribunal Constitucional haya reconocido de forma constante que el derecho a disfrutar de una vivienda digna y la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para ello necesarias, reconocido en el artículo 47 CE, limita el derecho de propiedad, establecido en el artículo 33 CE, cuyo apartado segundo consigna expresamente que la función social de ese derecho delimitará su contenido de acuerdo con las leyes⁷². En esta lógica, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha considerado que al establecer la prórroga legal del contrato de arrendamiento urbano como obligatoria para el arrendador y potestativa para el arrendatario, de modo que este último puede prolongar indefinidamente la duración del contrato, el legislador no habría vulnerado el derecho a la propiedad, limitado por el derecho reconocido en el artículo 47 CE, y tampoco habría establecido una desigualdad jurídica entre arrendador y arrendatario contraria al artículo 14 CE⁷³.

En la misma línea, también cabe destacar que el Tribunal Constitucional ha reconocido de forma constante que los derechos fundamentales de los trabajadores, inclusive los de índole estrictamente laboral, suponen un límite a la libertad de empresa (art. 38 CE). Así, aunque el TC ha reconocido que el ordenamiento concede al empresario una serie de poderes para la gestión de su empresa y que, por ello, “la normativa laboral debe tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad”, esto no quiere decir que pueda deducirse de esa libertad de empresa “una absoluta libertad contractual, o un principio de libertad *ad nutum* de despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre los arts. 35.1 y 38 CE”⁷⁴. De este modo, queda claro que los derechos de los trabajadores constituyen límites justificados a la

72 Sobre esta jurisprudencia, ver: Escobar Roca, Guillermo, y González González, Beatriz, “El derecho a la vivienda”, en Escobar Roca, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, en prensa; Pisarello, Gerardo, “El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales”. *Revista catalana de pret públic*, nº 38, 2009, pp. 1-14.

73 En este sentido, STC 130/1994, de 9 de mayo, y STC 106/1994, de 11 de abril, que resuelven sendos recursos de amparo planteados por presunta vulneración del art. 14 CE, aplicando la doctrina sentada en la STC 89/1994, de 17 de marzo, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad sobre la misma problemática.

74 Entre otras muchas: STC 192/2003, de 27 de octubre; STC 213/2002, de 11 de noviembre; STC 20/2002, de 28 de enero; STC 126/2003, de 30 de junio; STC 20/1994, de 27 de enero.

libertad de empresa, pero la vía de llegada de tales asuntos ante el Tribunal Constitucional no ha sido la alegación de eventuales vulneraciones de la libertad de empresa, sino alguna otra de las vías indirectas que ya he indicado, en la medida en que la libertad de empresa tampoco es un derecho amparable.

6.- La exigencia de información como vía indirecta para proteger derechos sociales.

Una última vía de protección indirecta de los derechos sociales que han utilizado habitualmente tribunales internos e internacionales es la exigencia de información referida a esos derechos, sin la cual los titulares de los mismos podrían no conocer el incumplimiento de las obligaciones estatales en la materia o podrían tomar decisiones no informadas en relación con el ejercicio de un determinado derecho social. Sin embargo, esta posibilidad de exigibilidad indirecta de los derechos sociales, que se define como un presupuesto indispensable para que los titulares de los derechos sociales puedan ejercer ciertos derechos de forma adecuada, no parece haber tenido excesiva recepción en nuestra jurisprudencia constitucional.

Quizás la muestra más representativa de la utilización de la información como mecanismo indirecto de protección de un derecho social nos la ofrece una sentencia reciente, la STC 37/2011, de 28 de marzo, en la que el centro del razonamiento del Tribunal Constitucional sobre la existencia de una eventual vulneración del derecho a la integridad personal del recurrente giraba en torno a la ausencia de información sobre la intervención quirúrgica que se le practicó y que le produjo graves secuelas. Al no ser informado de los riesgos de la intervención quirúrgica que se le iba a practicar, el recurrente no prestó nunca su consentimiento para la realización de tal operación, de modo que el caso objeto de estudio suscitaba la cuestión del alcance del consentimiento informado para la realización del derecho reconocido en el artículo 15 CE.

En este sentido, el Tribunal Constitucional subrayaba que “el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente a su derecho fundamental

a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo”, y que esa facultad de consentir toda intervención médica no podía ejercerse con plena libertad sin contar con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas. El consentimiento informado se configuraba así como un elemento esencial del derecho a la integridad personal.

No obstante, hay que subrayar que el hecho de que el Tribunal Constitucional vincule el consentimiento informado con el derecho a la integridad personal (art. 15 CE) no puede esconder el vínculo claro del asunto tratado con el derecho a la salud, en la medida en que el consentimiento informado, vinculado con la libertad del paciente para decidir sobre las medidas terapéuticas a seguir, suele analizarse como un contenido del derecho a la salud⁷⁵.

7.- A modo de conclusiones.

La protección indirecta de derechos sociales por el Tribunal Constitucional presenta aspectos encomiables y claras deficiencias. Parece claro que las dos vías indirectas de protección de los derechos sociales no amparables más frecuentemente utilizadas por el Alto Tribunal español han sido el recurso al derecho a la igualdad y a no ser discriminado y al derecho a la tutela judicial efectiva. La utilización de estas vías indirectas de protección ha tenido consecuencias muy positivas en la protección de los derechos laborales y del derecho a la seguridad social, en la medida en que el Tribunal Constitucional ha puesto freno así a determinadas diferencias de trato que carecían de justificación alguna, especialmente en el ámbito laboral y especialmente las basadas en el sexo.

Sin embargo, las deficiencias de la jurisprudencia constitucional española son también claras. En lo que a factores discriminatorios se refiere, parece claro que el Tribunal Constitucional ha sido mucho más sensible al factor de discriminación “sexo” que a otros factores discriminatorios como la edad, la nacionalidad, o la pertenencia a minorías religiosas o étnicas, de modo que el Alto Tribunal ha tendido a considerar constitucionalmente

⁷⁵ En este sentido: Escobar Roca, Guillermo, “El derecho a la protección de la salud”, en Escobar Roca, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, en prensa.

adecuadas las diferencias de trato en el marco laboral o en el acceso a determinadas prestaciones de seguridad social cuando éstas tenían su origen en alguno de los factores indicados, mientras que cuando la diferencia de trato tenía su origen en el sexo el reproche del Alto Tribunal ha tendido a ser contundente.

Además de esta primera observación, llama la atención que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional analizada parezca poder reconducirse de forma mayoritaria a la exigencia de un disfrute, en condiciones que no sean discriminatorias, de los derechos sociales analizados. Salvo en raras ocasiones, la jurisprudencia constitucional estudiada no se ha parado en analizar el contenido de ningún derecho social concreto, ni ha deducido del reconocimiento del mismo, obligaciones positivas claras exigibles a los poderes públicos. Así, nada encontramos en la jurisprudencia del TC sobre una eventual obligación de garantizar el acceso al empleo de los sectores más discriminados de la población; como tampoco encontramos nada sobre la necesidad de garantizar ciertas condiciones de trabajo; ni tampoco sobre la eventual obligación de garantizar ciertas prestaciones sociales o la determinación de las situaciones de necesidad que deben ser cubiertas por el sistema de seguridad social; ni tampoco, por supuesto, sobre la eventual obligación de desarrollar algún sistema que permita el acceso a una vivienda digna; o sobre las prestaciones sanitarias que deben necesariamente ser prestadas por el sistema público.... En fin, las limitaciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parecen claras, especialmente si las asociamos a la jurisprudencia de algunos tribunales internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que parecen haber deducido de los derechos civiles y políticos que reconocen los textos internacionales que garantizan e interpretan, claros contenidos sociales.

RESUMEN:

En el marco del debate sobre la estructura y la justiciabilidad de los derechos sociales, algunos tribunales internos e internacionales, cuyos textos de referencia no reconocían derechos sociales, han desarrollado jurisprudencias creativas, que les han permitido proteger estos derechos de una forma indirecta. La Constitución española reconoce un notable elenco de derechos sociales. Sin embargo, la mayoría de estos derechos se ven desprovistos de la protección que ofrece el recurso de amparo, la vía procesal específicamente pensada para que el Tribunal constitucional proteja los derechos fundamentales en caso de violaciones individuales. A falta de un mecanismo de garantía que permita la protección directa de los derechos sociales constitucionalmente reconocidos ante el Tribunal constitucional, el objetivo del trabajo que se presenta es valorar la utilización que ha hecho este tribunal de los mecanismos indirectos de protección de los derechos sociales que han empleado otros tribunales.

PALABRAS CLAVE:

Derechos sociales. Exigibilidad indirecta. Tribunal Constitucional.

ABSTRACT:

In the context of the debate on the justiciability of social rights, some national and international courts have developed a creative case law enabling them to protect these rights even when the national constitution or the international treaty they interpretate did not expressly recognize any social right. The Spanish Constitution recognizes a remarkable cast of social rights. However, most of these rights are deprived of the protection granted by the *recurso de amparo*, the procedural safeguard specifically designed to protect fundamental rights in case of individual violations before the Constitutional Court. In the absence of a procedural safeguard that ensures the direct protection of those social rights before the Spanish Constitutional Court, the aim of this paper is to analyse the Court's case law in order to determine to what extent it has made use of the indirect strategies to ensure the justiciability of social rights that other courts have used.

KEY WORDS:

Social rights. Indirect approach. Justiciability. Spanish Constitutional Court.