

# LA TUTELA INDIRECTA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

TOMÁS PABLO JORDÁN DÍAZ\*

RESUMEN

El presente trabajo presenta la estructuración del mecanismo de tutela indirecta de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, relacionada con la protección de derechos sociales que no gozan de tutela reforzada, o aquellos que gozando de esta, han sido amparados por una vía distinta. Se plantea que esta forma de tutela se ordena por dos vías: por “conexión”, disponiendo una vinculación entre un derecho fundamental “no social” y algún derecho social determinado, alcanzando la protección del derecho social por medio del primer derecho, y por “incorporación”, referida a la agregación, al contenido esencial de algunos derechos constitucionales, del contenido constitucional de ciertos derechos sociales, obteniendo la tutela de estos últimos por esta vía.

Palabras clave: amparo, protección, conexión, incorporación, derechos fundamentales.

ABSTRACT

*This work presents the structure of the indirect protection of the social rights' mecanism in the jurisprudence of the Spanish Constitutional Court, relating to the protection given to social rights which doesn't have reinforced protection, or those that having such protection, have been protected in a different way. It is stated that this form of protection is regulated in two ways: by “connection”, disposing an entailment between a “non-social” fundamental right with any determined social right, obtaining the protection of the social right through the protection of the other right; and by “incorporation”, referred to the protection obtained for some social rights by including its constitutional content into the essential content of some other constitutional rights.*

*Key words: fundamental shelter, protection, connection, incorporation, fundamental rights.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La Constitución española (CE) consagra una multiplicidad de derechos sociales en sus disposiciones normativas. Tales derechos están distribuidos geográficamente entre las secciones 1ª (De los derechos fundamentales y de

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogado. Magíster en Ciencia Política, Universidad de Chile. Magíster de Investigación en Derecho Público, mención Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor de Teoría Política y Derecho Constitucional, Universidad Alberto Hurtado.

las libertades públicas)<sup>1</sup> y 2ª (de los derechos y deberes de los ciudadanos)<sup>2</sup> del Capítulo II (Derechos y libertades) y, principalmente en el Capítulo III (De los principios rectores de la política social y económica)<sup>3</sup> del Título Primero del texto constitucional. De esta configuración espacial se derivan diversas consecuencias relativas a la tutela de dichos derechos, pues, de acuerdo a la ubicación de los preceptos sociales, el constituyente español acomoda diversos instrumentos de protección.

De un modo general, la CE ha instituido un sistema decreciente de protección de derechos, gozando de un mayor nivel de amparo los derechos fundamentales dispuestos en la sección 1ª del capítulo II, y así en forma descendente<sup>4</sup>. La regulación constitucional privilegiada de los derechos de la sección 1ª del Capítulo II conlleva un desequilibrio en la eficacia entre los derechos sociales consagrados en tal sección y el resto de DES, al carecer la mayoría de los derechos sociales de tutela directa<sup>5</sup>, impidiendo su real y efectivo cumplimiento.

En este contexto de descompensación protectora, la labor del Tribunal Constitucional español (TCE) en el amparo de los derechos sociales no se ha limitado únicamente a los derechos tutelados en forma directa (derechos que gozan de tutela reforzada), sino que ha dispuesto una protección “indirecta”, es decir, ha amparado con mayor o menor intensidad, y por vía constitucional (recurso de amparo, recurso y cuestión de inconstitucionalidad y cuestiones de competencia), a la mayoría de los derechos sociales constitucionales que no gozan de tutela reforzada o a determinados derechos sociales que gozan de amparo directo pero por mecanismos diversos a este<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Esta sección establece el derecho a la educación (art. 27), el derecho a la libre sindicación (art. 28.1) y el derecho a la huelga (art. 28.2).

<sup>2</sup> La sección 2ª del mismo capítulo fija el derecho al trabajo (art. 35), y el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1).

<sup>3</sup> El Capítulo III del texto fundamental consagra el derecho a la seguridad social (art. 41), el derecho a la protección de la salud (art. 43.1), el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado (art. 45.1) y el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47.1).

<sup>4</sup> De conformidad al art. 53 de la Constitución española, los derechos de la sección 1ª vinculan a todos los poderes públicos, desarrollo legislativo –reserva de ley- solo por ley orgánica (art. 81.1 CE), respeto al contenido esencial de los derechos y gozando de tutela reforzada por medio del recurso de amparo ordinario y constitucional. Los de la sección 2ª vinculan también a los poderes públicos, disponen de reserva legal aunque solo ordinaria y están protegidos por la garantía del contenido esencial de los derechos. Finalmente, los derechos del Capítulo III tienen un rol informador para el legislador, la jurisprudencia y demás poderes públicos, y podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria según las leyes que los desarrollen.

<sup>5</sup> Para los efectos de esta investigación, se entiende por “protección directa” de los derechos sociales, la tutela reforzada que gozan algunos de estos derechos de conformidad al art. 53.2 de la CE.

<sup>6</sup> Únicamente queda excluido de esta protección el derecho a la protección de la salud, pues la jurisprudencia es escasa y carente de relevancia para estos efectos.

La jurisprudencia del TCE ha estructurado la protección indirecta de los DES, extendiendo el amparo a los DES de la sección 1ª y 2ª del Capítulo II y los DES del Capítulo III, a través de una tutela por “conexión” o “incorporación”. El primer instrumento establece una vinculación entre un derecho fundamental “no social” y algún derecho social determinado, alcanzando el amparo del derecho social por medio del primer derecho. El TCE configura la tutela bajo los parámetros jurídico-constitucionales del derecho fundamental no social, y bajo este armazón concede la protección. Por su parte, la tutela por incorporación se ordena por vía de la agregación al contenido esencial de algunos derechos constitucionales el contenido constitucional de ciertos derechos sociales.

Así, el TCE ha conferido amparo a los derechos sociales por tres caminos: c.1) por vía conexa invocando el principio de igualdad (art. 14 CE), ya sea a través de la cláusula de no discriminación (injustificación del tratamiento diferenciado) o por el tratamiento normativo diferenciado con miras a lograr mayores niveles de igualdad sustancial (dispensando protección al derecho a la educación, a la libertad sindical, al trabajo, a la negociación colectiva, a la seguridad social y a la vivienda digna); c.2) efectuando una conexión entre el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar como instrumento indirecto de protección del derecho a la libertad sindical (triple tutela)<sup>7</sup> y, c.3) mediante un amparo indirecto por “incorporación”, a través de la anexión al contenido esencial de algunos derechos fundamentales del contenido constitucional de ciertos derechos fundamentales sociales. El TCE ha protegido el derecho a la negociación colectiva, situándolo como elemento componente del contenido esencial del derecho a la libertad sindical. De igual manera ha extendido la protección, en algunos casos, al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho a la vivienda digna como derechos integrantes del contenido esencial del derecho de propiedad, en concreto, de la función social de este derecho.

Esta protección indirecta es de carácter “dinámica” y “social”. El dinamismo está dispuesto por la ampliación de la tutela a DES que no encuentran amparo en el mecanismo de protección directa y reforzada del art. 53.2 CE. La jurisprudencia ha utilizado diversos instrumentos y caminos jurídicos que le otorga el ordenamiento constitucional, como la protección conexa o por vía de la protección por incorporación. Igualmente, el método indirecto se ha caracterizado por la utilización de todas las vías procesales constitucionales para configurar la tutela como el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestiones de competencia. La labor hermenéutica

<sup>7</sup> El derecho a la libertad sindical tiene en este caso una triple tutela, por cuanto está protegido por el recurso de amparo constitucional, por el principio de igualdad y por el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar.

flexible y extensiva ejecutada por el TCE se constituye como el principal elemento fundamentador de la protección de esta categoría de derechos. Asimismo, la jurisprudencia instituye un modelo “social” de tutela al tener como eje central de sus criterios y argumentaciones la necesidad de la realización material de los sujetos, sustentando tal búsqueda en criterios igualitaristas, y fundando sus razonamientos desde una perspectiva ius fundamental social, permitiendo la conciliación y adecuación del accionar jurisprudencial al modelo de Estado constitucional.

## 2. PROTECCIÓN POR “CONEXIÓN”: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y EL TRATAMIENTO NORMATIVO DIFERENCIADO

La protección de los derechos fundamentales sociales a través del principio de igualdad se desarrolla por dos vías derivadas del contenido constitucional de este principio: la aplicación general del principio de igualdad con miras a evitar toda diferenciación injustificada que conlleve una discriminación prohibida, y por medio del tratamiento diferenciado entre las personas, estableciendo ciertas desigualdades normativas protectoras de ciertas personas o grupos de personas, con la finalidad de corregir situaciones de desigualdad factual.

El principio de igualdad tiene una configuración doble en el ordenamiento jurídico español, como principio jurídico objetivo y como derecho subjetivo. Su carácter objetivo está relacionado con el imperativo que recae sobre los poderes públicos de proteger el contenido de este derecho, constituyéndose, como ente primariamente obligado y limitado, el Poder Legislativo, el cual deberá evitar la existencia de normas que establezcan tratos discriminatorios, abogando por la superación de las condiciones factuales de desigualdad en busca de la igualdad sustancial o material<sup>8</sup>.

El principio de igualdad otorga el derecho de carácter subjetivo de exigir un trato igual. Desde esta perspectiva lógico-subjetiva, el principio de igualdad tiene un carácter “relacional”, precisando normas, situaciones y relaciones jurídicas. Se funda en una pluralidad de entidades que se relacionan entre sí, de modo de que si no hay nexo relacional no hay igualdad que analizar<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos: *El principio de igualdad*, en: GAVARA DE CARA, Juan Carlos (ed.): *Constitución, desarrollo, rasgos de identidad y valorización en el XXV aniversario (1978-2003)*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, J. M. Bosch Editor, 2004, p. 71.

<sup>9</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio: *Dimensiones de la igualdad* –2ª edición–, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2005, p. 18.

Para efectuar un juicio de igualdad es necesaria una base sobre la cual comparar las situaciones y poder establecer la existencia o no de diferencias de trato, requiriéndose en consecuencia un *tertium comparationis* (término de comparación), esto es, “indicar los supuestos de hechos con los que se ha de comparar aquel en que el recurrente se encuentra a fin de verificar si ha existido o no la discriminación que alega”<sup>10</sup>. Se efectúa un examen definiendo si existen decisiones o acciones que producen diferencias entre personas, grupos de personas o cosas similares o con elementos comunes, por medio de una comparación entre ellas<sup>11</sup>.

En definitiva, y en razón del principio de igualdad, se debe velar por la no existencia de leyes de tipo particulares en contraposición de la abstracción requerida de las normas jurídicas, no impidiendo la posibilidad de disponer de normas específicas que comprendan a una categoría concreta de personas, exigiéndose una plena justificación de la especialidad de la ley.

Bajo este marco, cabe examinar el principio de igualdad ante la ley y la posibilidad de disponer tratamientos diferenciados que aparentemente vulnerarían esta igualdad de derecho. El respeto primario a la igualdad está fundado en el aforismo de origen filosófico platónico-aristotélico que hay que “tratar igualmente a los iguales”, imposibilitando al legislador de establecer normas que atenten contra esta igualdad formal. Junto a este postulado de carácter general, tiene cabida la continuación del aforismo precedente que indica que debe “tratarse desigualmente a los desiguales”, es decir, que frente a situaciones de hecho es posible disponer de normas que afecten al principio de igualdad formal, consagrando disposiciones que dispongan una desigualdad de trato.

El tratamiento diferenciado es una regla de excepción, pues, primariamente debe concurrir como modelo de aplicación el principio de igualdad como no diferenciación procediendo la desigualdad normativa únicamente

<sup>10</sup> SUAY RINCÓN, José: *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, Instituto de Estudio de Administración Local, 1985, p. 154.

<sup>11</sup> GAVARA DE CARA: *El principio de igualdad*, pp. 62-63. Vid. GAVARA DE CARA. Juan Carlos: *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2005, p. 36. En relación al “término de comparación”, Pérez Luño sostiene: “La relación de igualdad se explicita en la *comparación* entre los entes de los que se predica. Se precisa contar, por ello, con un elemento que haga posible la comparación: un *tertium comparationis*. Esto equivale a decir que dos o más entes iguales, es decir, pertenecen a una misma clase lógica, cuando en ellos concurre una cualidad común, el *tertium comparationis* que opera como elementos definitorio de la clase y son desigualdades cuando tal circunstancia no se produce. La determinación de este término de comparación es básica para calificar a dos o más entes como iguales. La exigencia de un juicio comparativo se explicita en la necesidad de establecer qué entes y qué aspectos de los mismos van a considerarse relevantes a efectos de la igualdad”, PÉREZ LUÑO: *Dimensiones de la igualdad...*, p. 18.

cuando esté justificada<sup>12</sup>. El TCE ha recogido tal regla de aplicación, reconociendo que el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE admite diferenciaciones de trato con miras a lograr mayores cotas de igualdad material desde la perspectiva del art. 9.2, que establece el imperativo a los poderes públicos de promover condiciones para que la igualdad sea real y efectiva<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Para Alexy, la desigualdad normativa está justificada cuando existen “razones suficientes” que justifique la diferencia. La igualdad es la regla general, por cuanto, si no existe razón suficiente para desigualar deberá aplicarse un tratamiento igual, pero en caso de concurrir razones jurídicas suficientes deberá disponerse la diferenciación normativa. Para saber cuándo existe una razón suficiente que justifique un tratamiento diferenciado, Alexy construye un modelo abstracto basado en la teoría de los principios. Para justificar la existencia de la igualdad de hecho, y darle el carácter de derecho subjetivo, atribuye a la desigualdad de hecho la forma de “principio”, otorgándole significación y valor jurídico a la igualdad de hecho, de manera que el “principio de la igualdad de hecho” será razón suficiente para constituir un derecho subjetivo a la desigualdad de *iure* y se constituya como fundamento para la creación de la igualdad de hecho, “solo si desplaza a todos los otros principios opuestos que estén en juego” (entre ellos, el principio de igualdad de *iure*; principio formal de libertad de formación del legislador democráticamente legitimado, pues el Tribunal Constitucional (TC) limitará claramente la libertad normativa del legislador por cuanto el TC es el que hace la valoración y la exigencia al Legislativo para hacer efectiva la igualdad de hecho; principios vinculados a libertades negativas, etc.). De esta forma, existe una “razón suficiente” cuando la igualdad de hecho (considerada como principio) tiene prioridad ante todos los demás principios opuestos relevantes. Vid. ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994, pp. 395-414. Gregorio Peces-Barba utiliza el concepto de “relevancia” para indicar la calidad de las razones que se deben aducir para permitir un trato diferenciado. Para hacer posible la igualdad material, reflexiona el profesor Peces-Barba, debe consagrarse diferencias de trato, pero dichas fundamentaciones deben ser tales que permitan la diferenciación. La determinación de la “relevancia” es compleja desde la perspectiva teórica, debido a que “no estamos ante relaciones de hecho, sino ante valoraciones que deben hacerse para fijar el ámbito de los contenidos normativos y las consecuencias jurídicas (en este caso, de diferenciación). (...) La relevancia o irrelevancia de las condiciones se ha planteado hasta ahora solo en relación con hechos o circunstancias personales, que afectan a los contenidos de la relación jurídica, pero con el proceso de especificación de los derechos, la igualdad de trato formal como diferenciación se extiende también a la atribución de derechos a los titulares que, como hemos visto, se encuentran en inferioridad por razones culturales, físicas o de situación. Vid. PECES-BARBA, Gregorio: *Curso de derechos fundamentales, teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, pp. 285-287. A nuestro juicio, los motivos que justifican la diferenciación deben responder a “cierto nivel de sustento” (considerando importante para lograr una situación de igualdad sustancial) que habilite la diferenciación. Los motivos tendrán “cierto nivel de sustento” cuando la corrección de la desigualdad no se pueda lograr sin el trato diferenciado, de manera que los sujetos que realizan la valoración (principalmente el legislador democrático y Tribunal Constitucional en su caso) deben considerar primeramente la necesidad de corrección de la desigualdad (que nivel de corrección se desea lograr) y, visualizando el grado a concretar se analizarán los motivos y la efectividad de cumplimiento. Lo anterior, exige considerar no solo factores jurídicos sino político-sociales, donde adquiere importancia el tipo de Estado y el régimen político, ya que tales propósitos podrán ser ejecutados con mayor razonamiento igualitario en un Estado social que en uno de corte liberal o neoliberal, pues las normas fundamentales serán analizadas en perspectiva social y democrática.

<sup>13</sup> STC 3/1993, f.j. 3º.

En lo que respecta a los derechos sociales, el principio de igualdad general y la diferenciación normativa tienen un doble sentido de análisis jurídico en la protección de estos: a).- como prohibición de toda discriminación, cuestión que se producirá en aquellas situaciones en que se establecen diferencias normativas no justificadas, ocasionando perjuicios a determinados sujetos en el ejercicio de DES, de modo que el derecho social será protegido por medio de la aplicación general del principio de igualdad (prohibiendo la discriminación) y, b) como norma diferenciadora justificada, incorporada al ordenamiento jurídico con el objeto de proteger de modo particularizado a determinados sujetos en situación de desigualdad, de modo que tal diferenciación será ajustada a la normativa constitucional en el caso de estar acreditada su incorporación.

La protección de los derechos sociales se produce “desde” el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, logrando la protección del derecho social sin necesidad de introducirse en el examen del derecho social, sino que el razonamiento del TCE se desarrolla bajo los supuestos del principio igualador. El TCE examina las situaciones factuales en las cuales se compromete algún derecho social y el principio de igualdad, haciendo girar su razonamiento por este principio que permite obtener una protección y dar efectividad a tales derechos. La tutela conexa se arregla primariamente desde el análisis de la motivación de la diferenciación, requiriendo la jurisprudencia que esta sea relevante jurídicamente, y lo será al fundarse la diferenciación en criterios objetivos, razonables y/o proporcionales. Lo anterior permite vislumbrar si se está ante un acto discriminatorio indicando el tribunal cuándo se incurre o no en una vulneración del art. 14, cuándo la diferenciaciones normativas incorporadas son injustificadas o, por el contrario, existe una justificación constitucional de la desigualdad.

2.1. La “relevancia jurídica” como motivo concurrente de la permisión de diferencias normativas y los elementos configuradores de dicha desigualdad de trato: la objetividad, la razonabilidad y la proporcionalidad

La protección por vía igualitaria y por desigualdad normativa de los DES tiene como punto central la determinación de la permisión de la diferencia, cuestión que será relevante para considerar si la legislación que ordena una desigualdad entre los individuos se encuentra o no justificada y si se produce una discriminación en la ley o en la aplicación de esta. Para el TCE no toda diferencia de trato conlleva una vulneración al art. 14 CE, siendo necesario que esta desigualdad se ajuste al derecho, exigiendo que el fundamento del trato diferenciado sean motivos de “relevancia jurídica”. Las situaciones diferenciadoras deben tener interés para el mundo del derecho para que sean procedentes, de manera que no cualquier motivación dará lugar a una des-

igualdad normativa válida, sino que desde la perspectiva jurídica debe ser apreciable, prohibiendo, en definitiva desigualdades arbitrarias o faltas de una consideración razonable de incorporación. Esta relevancia se ordena sobre los criterios y parámetros hermenéuticos dispuestos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), debiendo conciliar el criterio de relevancia jurídica interno con el concepto de relevancia jurídica del TEDH.

El TCE no ha definido en forma concreta lo que debe entenderse por “relevancia jurídica”, sino que ha dispuesto una construcción sistémica tridimensional, de tres líneas de concurrencia no conjunta, afirmando que la diferencia de trato estará justificada si es “objetiva, razonable y proporcional”. La STC 22/1981, en materia de protección del derecho al trabajo (art. 35.1 CE), expresa el criterio de que no toda desigualdad conlleva una discriminación, sino que únicamente se vulnerará la igualdad en caso que la desigualación carezca de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad, considerando estos tres elementos como relevantes jurídicamente<sup>14</sup>. No es necesaria la concurrencia de los tres elementos conjuntamente para la declaración de relevancia, sino que el TCE puede construir argumentaciones que interconectan los elementos o simplemente recurrir a uno o más de ellos. La apreciación y regulación normativa de este armazón triple es competencia del legislador democrático, quien, dentro de su accionar competencial podrá considerar determinadas situaciones meritorias de un trato diferenciado, estableciendo una excepción al principio igualitario.

La STC 34/1981, en materia de derecho a huelga, afirma que es el legislador la entidad facultada para apreciar las situaciones concretas desde una doble perspectiva: la necesidad de que la ley disponga la procedencia de diferencias o tratos desiguales o, por el contrario, estime la concurrencia de un trato igualitario. Tal labor legislativa no es libre e ilimitada, sino que tiene como cortapisa los derechos y libertades reconocidos por la Constitución (art. 53.2), cualquier precepto o principio constitucional (sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y a la interdicción de arbitrariedad –arts. 9.1 y 9.3–), y la sustancialidad propia del principio de igualdad que objeta las diferencias irrazonables que generar situaciones de discriminación<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> STC 22/1981, f.j.3°. La jurisprudencia del TCE reitera en casi todas las sentencias sobre desigualdad normativa su doctrina al respecto. Tal criterio es reiterado en las STC 119/2002, f.j. 3° y STC 27/2004, f.j. 3° sobre negociación colectiva, y STC 34/1981, f.j. 3° sobre el derecho a huelga. Expresa esta última sentencia: “... c) “Las consideraciones anteriores reflejan, por otra parte, los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas Sentencias, como las de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975, al señalar que se produce una discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable; afirmando, que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de *proporcionalidad* entre los medios empleados y la finalidad perseguida”.

<sup>15</sup> STC 34/1981, f.j. 3°.



La doctrina jurisprudencial no ha fijado el significado de lo que debe entenderse por una “justificación objetiva y razonable”, sino que ha precisado la posibilidad de introducir desigualdades en el marco del principio de igualdad. El principio de igualdad no prohíbe cualquier diferencia de trato sino aquellas desigualdades, y como lo indican sentencias referidas seguridad social y convenios colectivos, “artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados”<sup>16</sup>. Es decir, fija la medida o canon respecto del cual debe ser analizada la objetividad y razonabilidad, y ello lo efectúa a través de un razonamiento inverso, pues, no será objetiva ni razonable la diferenciación “artificiosa o injustificada”, pero, como se puede observar, esto no es una definición sino una medida general de cotejo para los distintos supuestos que el legislador invoca para verificar una desigualdad, operación que el TCE denomina “juicio de legitimidad”. Ante este parámetro general, corresponde al TCE definir en cada caso concreto si la diferencia normativa es artificiosa o injustificada, lo cual únicamente se logra por vía hermenéutica. El TCE compara el supuesto invocado por el legislador para la diferenciación con los criterios de artificialidad e injustificación, lo cual nos deja en igual problema conceptual, pues el tribunal no define lo que debe entenderse por artificioso ni injustificado, construyendo más bien un argumento tautológico, ya que indica que para que esté justificada la diferencia de trato está no debe ser artificiosa ni injustificada.

La proporcionalidad requerida por la jurisprudencia constitucional exige que la diferenciación no sea desequilibrada o asimétrica con relación a los fines perseguidos y los efectos de la medida, evitando que la desigualdad produzca resultados descomedidos. Se debe impedir que la diferencia, en vez de constituir una medida de corrección de desigualdades con miras a la igualdad real, se transforme en una medida de desigualación con efectos de diferenciación mayor. Lo que busca esta exigencia, en palabras del TCE, es que “la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”<sup>17</sup>. Lo gravoso o desmedido, como lo señala una sentencia sobre pensiones, está vinculado a la vulneración de otros bienes o derechos constitucionales, de modo que la proporcionalidad de la medida debe ponderarse con respeto al grado de “constricción” de los derechos de los individuos afectados por la diferenciación, teniendo como límite infranqueable el respeto del contenido constitucional de dichos derechos<sup>18</sup>. En suma, la relación de

<sup>16</sup> STC 49/1990, f.j. 3° y 4°; STC 177/1993, f.j. 2°; STC 104/2004, f.j. 4°.

<sup>17</sup> STC 177/1993, f.j. 2°.

<sup>18</sup> STC 158/1993, f.j. 2°.

equilibrio entre fines y efectos perseguidos (proporcionalidad), conferirá a la desigualdad el carácter de constitucionalmente lícita, recayendo en el TCE apreciar dicha proporcionalidad<sup>19</sup>.

El juicio de legitimidad no se efectúa de manera similar con todas las diferencias de trato introducidas por la ley, ya que en caso de que la diferencia de trato se funde en condiciones respecto de las cuales la CE prohíbe expresamente discriminar (nacimiento, raza, sexo, opinión u otra), el TCE exige un parámetro más exigente de justificación. En STC 200/2001, en un caso de seguridad social donde se negó al demandante una pensión de orfandad al no cumplir los requisitos legales de carácter temporal dispuesto para los hijos adoptados, discriminando en razón de tal condición, el tribunal expresa que la carga probatoria en el enjuiciamiento de la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, basada en las condiciones de discriminación prohibidas por el art. 14 CE resulta mucho más estricta y rigurosa. Sostiene el TCE: "... a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad"<sup>20</sup>.

Desde la perspectiva probatoria, ante una legislación diferenciadora, y en caso de conflicto intersubjetivo con relación a la constitucionalidad de tal precepto legal, corresponde a quien defiende la legalidad de la diferenciación acreditar que concurren los requisitos de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad<sup>21</sup>. La fijación de la carga probatoria en el sujeto defensor de la preceptiva legal, y como lo indica una sentencia sobre seguridad social, tiene su fundamentación en que la igualdad es un "valor preeminente en el ordenamiento jurídico" (art. 1.1 CE), debiendo la legislación evitar la intromisión de diferenciaciones, a menos que concurren los requisitos analizados en este párrafo, es decir, se requerirá probar que la desigualdad impuesta no vulnera tal valor<sup>22</sup>.

En suma, lo que hace el TCE es fijar un canon tridimensional de contenido indeterminado, afincando en el propio TCE la apreciación en cada caso concreto de las diferencias introducidas por el legislador, y analizar, a

<sup>19</sup> STC 34/1981, f.j. 3°; STC 177/1993, f.j. 2°; STC 27/2004, f.j. 2° y STC 104/2004, f.j. 4°.

<sup>20</sup> STC 200/2001, f.j. 4°. Vid. STC 81/1982, f.j. 2°.

<sup>21</sup> STC 103/1983, f.j. 6°; STC 377/1993, f.j. 3°; STC 5/1994, f.j. 2°; STC 200/2001, f.j. 4°.

<sup>22</sup> STC 103/1983, f.j. 6°.

la luz de los argumentos invocados como justificantes de la desigualdad, el carácter objetivo, razonable y proporcional de la diferencia. Así, el juicio de legitimidad en materia de derechos sociales se rige por determinadas particularidades: a) la exigencia de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de la diferenciación en materia de derechos sociales; b) el carácter indeterminado del contenido de tal exigencia tridimensional; c) la determinación del contenido del canon tripartito de acuerdo a los criterios del TCE de conformidad a la circunstancias concretas concurrentes; d) la exigencia de un parámetro más estricto en caso que la diferencia introducida se funde en condiciones de discriminación expresamente prohibidas por el 14 CE y, e) la obligación de acreditar el canon triple al sujeto defensor de la legalidad de la diferenciación normativa.

## 2.2. Protección por vía del principio de igualdad como no discriminación

Como se indicó, el TCE utiliza un criterio restringido y estricto para el análisis de las condiciones de discriminación prohibida por el art. 14 CE (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra), debiendo someterse la invocación de alguna de estas condiciones como elemento diferenciador a un juicio de legitimidad agravado. La prohibición de discriminación en razón de sexo impone la parificación, de modo que la distinción entre hombre y mujeres únicamente concurre como excepción. El tribunal ha dispuesto que la procedencia de la diferenciación en razón de sexo se debe examinar de forma “aún más rigurosa”, debiendo analizar de manera exigente el fundamento de la diferenciación<sup>23</sup>. En los casos jurisprudenciales analizados, la utilización de sexo como factor diferencial es atentatoria contra la paridad exigida por el art. 14 CE en torno a las condiciones de discriminación ahí prohibidas, de manera que el TCE no le ha concedido valor justificante de la diferencia.

La protección de los derechos sociales en las situaciones en las cuales no se acepta tal diferenciación se estructura de tres formas: a) por medio de la generación de situaciones de igualdad entre sexos, igualando en el goce de los derechos sociales al trabajo y seguridad social y ordenando que la situación beneficiosa dispuesta a favor de un sexo debe hacerse extensiva a los individuos del otro que se ubiquen en posición jurídica equivalente; b) la prohibición de la “discriminación indirecta” que afecta a mujeres trabajadoras a jornada parcial, bajo la cual está vedada toda norma que sitúe en una posición desmejorada a un grupo considerable de mujeres con comparación con los hombres, entendiéndose como contrario al texto fundamental aquellas normas que, de acuerdo a la particular situación de muchas mujeres, impiden o dificultan el acceso a los beneficios de la seguridad social y, c) el

<sup>23</sup> STC 81/1982, f.j. 2º.

TCE estima improcedente toda discriminación en materia laboral en razón de una condición objetiva de salud como lo constituye el estado de embarazo, no afectando en sentido alguno los términos de la relación laboral, e incluso, impone restricciones adicionales al sujeto empleador con respecto a tales trabajadoras. A lo anterior se debe agregar una aparente excepción a esta prohibición de discriminación como mecanismo de tutela de los DES, en aquellos casos en que la ley exige mayores requisitos a los varones para acceder a “pensiones complementarias”, regidas por el principio de autonomía de la voluntad excediendo el radio protector mínimo de la seguridad social, cuestión que no está relacionada con razones de sexo de los individuos sino a un principio general del derecho.

a. Tutela por igualdad entre sexos en el acceso y goce de beneficios laborales y de seguridad social. El TCE ha señalado que no se pueden establecer estatus diferenciados entre hombres y mujeres fundado en el sexo de los sujetos, de modo que, disponer de una situación beneficiosa para uno de estos sexos con claro perjuicio para el otro, está expresamente prohibido en situaciones que estos realizan iguales actividades (laborales) ni aun a pretexto de proteger a un sexo determinado (femenino). En STC 81/1982, en la cual los trabajadores hombres que laboran como ayudantes técnicos sanitario de la seguridad social reclamaron una discriminación en torno al salario y el resto del contenido de las relaciones laborales con respecto a las trabajadoras mujeres (quienes gozaban de una situación laboral más beneficiosa), el tribunal afirmó como juicio general que la condición de mujer por sí sola no es una razón para legitimar la diferenciación, ni tampoco para que esta sea beneficiaria en cuanto mujer, atentando tal situación contra el art. 14 CE. Se argumentó a favor de la diferenciación que tal desigualdad en beneficio de la mujer se debía a razones de tipo protector, permitiendo la CE la adopción de medidas particulares, y que el problema jurídico radicaba en que si tales beneficios parciales gozaban de actualidad o no, debiendo ser derogados en caso contrario, no siendo procedente la extensión al varón. Se adujo que existía una desigualdad material no jurídica. El TCE desestimó las fundamentaciones de distinción, pero en vez de derogar la norma, en razón de la “cláusula social y democrática” que exige la promoción de condiciones para la igualdad real y efectiva entre los individuos, y el “principio de irreversibilidad de las conquistas sociales”, bajo el cual no pueden privarse a las personas de las conquistas social ya alcanzadas, consideró procedente la extensión de los beneficios a favor de los trabajadores de sexo masculino. Es decir, la protección de los derechos sociales es una “tutela por extensión de beneficios”, por vía de igualdad de posiciones jurídicas entre los sexos<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> STC 81/1982, f.j. 2° y 3°.

En igual sentido, el TCE ha indicado que las distinciones legales que establezcan un trato desigual entre personas de diferente sexo que se sitúen en igual situación de carencia material o necesidad, fundadas en razones de detrimento histórico y social en que ha estado uno de los sexos (femenino) y exigiendo mayores requisitos o excluyendo al otro sexo del goce de determinados beneficios de la seguridad social constituyen vulneración del art. 14 CE. El legislador está impedido de establecer diferencias en razón de sexo bajo fundamentos asistenciales al margen del sistema contributivo y del art. 14 CE. La “necesidad” se establece como un criterio objetivo de equiparación entre hombres y mujeres y no de justificación de las diferencias, al estar vinculado el fundamento de los beneficios de seguridad social a las situaciones de carencia de los sujetos producida por ciertas circunstancias (la muerte del causante por ejemplo) que histórica y socialmente correspondía a las mujeres, pero que en estricto rigor jurídico y en las actuales circunstancias sociales, donde personas de sexo femenino y masculino pueden estar sujetos a necesidades apremiantes, el favorecer al sexo femenino no encuentra motivos que la justifiquen. En tales casos el tribunal hace extensivos los beneficios que parcialmente beneficiaban a la mujeres, a los hombres que se ubiquen en iguales situaciones. La equiparación en los beneficios se funda en la obligación impuesta a los poderes públicos por el art. 41 CE que los obliga a mantener un régimen de seguridad social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad, sea cual fuere el sexo de los potenciales beneficiarios<sup>25</sup>.

b. Tutela por prohibición de discriminación indirecta. En los casos en que se alegó la inconstitucionalidad de una norma legal que estableció que se computarían, con respecto a los trabajadores a jornada parcial, las horas efectivamente trabajadas para la determinación de los periodos de cotización de las prestaciones de seguridad social, incluida la protección por desempleo, estableciendo, en consecuencia, diferencias de trato entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo. El TCE consideró injustificada la diferencia de trato entre estos tipos de trabajadores puesto que se les exigiría a los trabajadores de tiempo parcial periodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia, obteniendo una pensión inferior y obstaculizando el acceso a la a los beneficios de la seguridad social. Existe un trato diferenciado desproporcionado entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado procedido y la finalidad perseguida.

Además, al representar el trabajo a tiempo parcial un tipo de trabajo al cual acceden mayoritariamente mujeres, sobrelleva una “discriminación in-

<sup>25</sup> STC 103/1983, f.j. 5º, 6º y 7º; STC 3/1993. f.j. 4º, 5º y 7º.

directa” en razón de sexo en perjuicio de la mujer, en el sentido de que está prohibida toda medida, aparentemente neutral, que perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres, a menos que la medida esté justificada por razones objetivas ajenas a la razón de sexo, situación que no concurre en dicho caso<sup>26</sup>. Acá, la aplicación de un criterio de proporcionalidad estricto conllevó una discriminación en perjuicio de las mujeres, de modo que lo que debía instituirse era una norma que recogiera la diferencias factuales entre hombres y mujeres, pues estas, en un gran porcentaje acceden a trabajos de jornada parcial, de modo que el cálculo a realizar para acceder a los beneficios de la seguridad social debe recoger esta particular situación. El derecho social a la seguridad social (acceder a los beneficios de la Seguridad Social) se interconecta por vía de igualdad vedando y considerando contrarias al ordenamiento constitucional aquellas situaciones que, sin razones objetivas justificantes, sitúe a personas de sexo femenino en una posición jurídica desmejorada con relación al derecho social, impidiendo o dificultando el acceso y goce de dicho derecho.

c. Tutela por prohibición de discriminación por condición de salud. Una condición objetiva de salud de una persona (embarazo) no justifica tratos desfavorables ni un régimen laboral agravado en perjuicio de tales sujetos, de modo que todo acto discriminatorio en contra de una mujer embarazada vulnera el principio de igualdad y los derechos laborales de estas. La protección del derecho al trabajo por vía de la prohibición de discriminación se extiende no solo a la prohibición de tratos degradantes hacia una persona en razón de su sexo, sino también a aquellas situaciones o condiciones que tengan relación directa con una persona. En este sentido, la STC 17/2003 considera que todo trato perjudicial en el trabajo hacia las mujeres en razón de su embarazo se considera contrario al art. 14 CE, debiendo garantizarse una situación de equivalencia entre hombres y mujeres en las condiciones en el empleo, sin que intervenga el sexo de una persona como causal de discriminación. Para el TCE la protección de la mujer en el trabajo se extiende a la relación laboral, condicionando el accionar del empresario (potestades organizativas y disciplinarias), prohibiendo toda medida que pudiera afectar física o síquicamente a una trabajadora, afianzando de igual manera todos los derechos laborales, vedando cualquier perjuicio derivado de su condición de salud. El embarazo no es una causal justificante del término de una relación laboral, no pudiendo ser despedida una mujer en tal estado aunque no haya dado aviso expreso de su condición. Tal tutela tiene como fundamento constitucional en el art. 10.2 CE con relación al art. 14 CE<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> STC 253/2004, f.j. 6°, 7° y 8°. Vid. STC 50/2005 f.j. 3°.

<sup>27</sup> STC 17/2003, f.j. 3°.

d. Excepción aparente a la prohibición de discriminación. Supuestamente existen situaciones en que el TCE ha aceptado al sexo como razón de discriminación. El fundamento del Tribunal para aceptar la desigualdad normativa radica en la autonomía de la voluntad de los sujetos para someterse a instituciones jurídicas que disponen diferencias normativas. En aquellas situaciones en que se excede al mínimo de protección social asegurado por el Estado en materia de seguridad social, respecto del cual no cabe discriminar por sexo, están permitidos los tratamientos diferenciados por constituir un acto libre voluntario de los sujetos. Este criterio ha sido aplicado por el TCE, indicando que no existía discriminación y por ende, el tratamiento diferenciado era objetivo, razonable y proporcional, al exigir la ley mayores requisitos a los varones para acceder a pensiones complementarias de seguridad social, pensión que tiene el carácter de “complementario” y asumida de forma “voluntaria” por los sujetos, en cuanto excede de la acción protectora pública garantizada por el régimen respectivo de la Seguridad Social pública<sup>28</sup>. Del análisis del caso en comento, el sexo no figura como la razón de la diferenciación, sino que es la libre iniciativa de los sujetos la que acarrea efectos de género, pues la permisión de la diferenciación no está fundada en el sexo de la persona, de hecho está prohibida en el mínimo asistencial estatal, sino que tiene como fundamento un acto voluntario para acceder a determinados beneficios, y como consecuencia de dicho acto voluntario se producen una distinción por sexo, pero no se invoca una vulneración del art. 14 CE por parte de la ley, pues establece la distinción reconociendo previamente el acto voluntario de los individuos.

### 2.3. La injustificación de la diferencia normativa y los elementos diferenciadores carentes de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad

Para la jurisprudencia constitucional el principio de igualdad –la igualdad ante la ley del art. 14.1 CE– se instituye como un derecho subjetivo de las personas a recibir un trato igual. Ello obliga y limita el accionar de los poderes públicos, debiendo estos respetar y tratar de forma idéntica en sus consecuencias jurídicas aquellos supuestos de hechos iguales<sup>29</sup>.

Fundado en este juicio del TCE, cabe reiterar que la protección de los derechos sociales por vía del principio de igualdad se establece sobre la base siguiente (juicio de legitimidad): si se introduce una desigualdad de trato que instituye diferencias entre diversos sujetos en el goce de derechos sociales, se debe efectuar el análisis de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de la desigualdad y, en caso de ser injustificada la intromisión por no

<sup>28</sup> STC 49/1990, f.j. 4º, y STC 5/1994, f.j. 2º, 3º y 4º.

<sup>29</sup> STC 200/2001, f.j. 4º; STC 109/2002, f.j. 3º.

existir un elemento diferenciador de relevancia jurídica, existirá discriminación en el ejercicio del derecho social, revirtiendo el principio de igualdad esa situación de discriminación injustificada, amparando el DES.

Los factores deslegitimantes carecen, a juicio del TCE, de la relevancia jurídica necesaria para justificar la inclusión diferenciadora. El razonamiento utilizado por el Tribunal dice relación con que tales elementos diferenciadores carecen de un proceso lógico argumentativo que dé razón de la importancia de su inclusión por vía normativa. La diferenciación será objetiva, razonable y proporcional cuando su inclusión responda a un examen del legislador que permita no solo apreciar la desigualdad normativa, sino visualizar el porqué de tal decisión, y que tal comportamiento del legislador permita la corrección de una situación de desigualdad factual. En este contexto explicativo, el examen que realiza el TCE, como afirma la STC 19/1982, es sistémico, pues el principio de igualdad en materia de derechos sociales debe interpretarse considerando el contenido del art. 1.1 CE (cláusula social y democrática), lo dispuesto en el art. 9.2 CE (deber de los poderes públicos de promover la libertad e igualdad y remover los obstáculos para su realización) y el carácter informador y hermenéutico del Capítulo III, interpretando el principio de igualdad en el sentido más favorable a los DES, los cuales de conformidad al art. 53.3, no pueden ser considerados normas sin contenido sino que obliga a tenerlos presente en la interpretación de las normas constitucionales como legales<sup>30</sup>. De las sentencias analizadas, podemos extraer dos criterios no justificantes de diferenciación normativa que conllevan una discriminación: uno temporal y otro de tipo institucional formal.

a. Factor temporal. El TCE ha estimado que radicar la diferencia de trato en un aspecto temporal no justifica una diferencia normativa. La inclusión en ciertas normas que determinados trabajadores (trabajadores temporales o trabajadores que han ingresado a una determinada fecha a una empresa), no podrán acceder y gozar de determinados derechos o beneficios laborales en razón de estas circunstancias de temporalidad, los sitúa en una posición jurídica desmejorada y de precariedad, cuestión vulneradora al principio de igualdad al no adquirir el estatus de razón justificante tal elemento. La protección de los derechos sociales de ciertos trabajadores se produce al declarar la contrariedad al art. 14 CE de la norma diferenciadora, debiendo generarse una situación igualadora entre los distintos tipos de trabajadores, ordenando la no discriminación entre los individuos.

Por STC 177/1993, en la cual se discutió la contrariedad al art. 14 CE de una cláusula establecida en un convenio colectivo, que disponía un trato

<sup>30</sup> STC 19/1982, f.j. 6°.



diferenciado entre distintos tipos de trabajadores, ordenando diferencias en las pagas extraordinarias para el personal “fijo discontinuo y eventual”, y el personal “fijo de plantilla”, en consideración a la modalidad o forma de adscripción y el tipo de actividad desarrollada. El TCE consideró que estos dos elementos no concurren como elementos justificantes con consistencia suficiente para permitir una menor retribución proporcional para un grupo de trabajadores. La modalidad de adscripción no justifica por sí sola el desigual tratamiento diferenciado entre los dos grupos de trabajadores, “ya que su impacto o resultado destruye la proporcionalidad derivada de la duración de los respectivos contratos, proporcionalidad que es uno de los aspectos de la igualdad”, profundizando la situación de precariedad de los trabajadores temporales. En cuanto al tipo de trabajo realizado, se estimó que no hay diferencias entre las labores realizadas por ambos grupos de trabajadores. De esta forma, se valoró que la diferencia normativa solo radica en el carácter temporal o de duración de los contratos, cuestión que no justifica la menor retribución en la forma de paga extraordinaria. Lo anterior significa una discriminación a este grupo de trabajadores representando tal norma una desvaloración de las labores realizadas por este grupo segregado y peor tratado, notoriamente más débil y desprotegido, significando una ruptura de la equivalencia o ecuación entre salario y trabajo (a igual tarea, igual retribución). Tal cláusula del convenio debe ser interpretada a la luz del Estado social de Derecho (art. 1 CE) en conexión con la igualdad efectiva de individuos y grupos (art. 9.2 CE) con el objeto de obtener la justicia, de manera que se debe reconocer el derecho a no ser discriminado en la determinación de las gratificaciones extraordinarias<sup>31</sup>.

Asimismo, el tribunal ha considerado que la fecha de ingreso a un trabajo por sí sola no representa un factor diferencial válido a menos que este sea razonable y proporcional. En STC 27/2004, en un fallo sobre negociación colectiva, se discutió si vulneraba el art. 14 CE el establecimiento en un convenio colectivo de un patrón retributivo para gratificar el tiempo de servicios a una empresa en función de la fecha de ingreso o de la adquisición de fijeza en su puesto. El TCE enunció que tal norma contrariaba tal principio al incorporar únicamente la fecha de ingreso como elemento diferenciador entre trabajadores que se encuentran en una misma situación de hecho, disponiendo que la “autonomía colectiva” no puede establecer un régimen diferenciado sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al art. 14 CE. La fecha de ingreso por sí sola no representa un factor diferencial válido a menos que esté acompañado de otros elementos que permitan dar razonabilidad y proporcionalidad, por cuanto la fecha de ingreso no justifica “un

<sup>31</sup> En STC 177/1993, f.j. 3°.

modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro, puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificiosamente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación al mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la contratación, con lo que la diversidad de las condiciones laborales que de ello se deriva enmascara una infravaloración de su condición y de su trabajo". La protección por conexión se sitúa en que las normas contenidas en los convenios colectivos pueden vulnerar determinados derechos fundamentales, declarando que tales disposiciones vulneran el art. 14 CE, ordenando reconocer el derecho de estos trabajadores retrotrayendo las actuaciones al momento judicial oportuno para que el juzgado de lo social, en consideración a la infracción al principio de igualdad, resuelva la pretensión<sup>32</sup>.

En estos casos, la concurrencia de un perjuicio acreditable para la parte una de las partes comparadas y diferenciadas, permite al Tribunal acreditar la injustificación de la diferencia de trato, estableciendo en su razonamiento, y como elemento de la argumentación, el menoscabo material y posicional de los sujetos con relación a los beneficiados por la distinción normativa<sup>33</sup>.

b. Criterio institucional formal. El TCE ha protegido el derecho a la vivienda digna y adecuada de la persona que vivió de modo marital *more uxorio*, declarando la inconstitucionalidad de un precepto legal que otorgaba únicamente el derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento al cónyuge sobreviviente y no a quien convivió en forma equivalente pero sin contraer matrimonio. El derecho social a la vivienda del conviviente sobreviviente que no contrajo matrimonio se tutela por conexión con la igualdad y la obligación los poderes públicos de no generar situaciones de discriminación entre los diversos modelos de familia, estando obligados a un trato igualitario.

La doctrina jurisprudencial, en STC 222/1992, utiliza un criterio material para analizar la diferencia de trato, examinando la desigualdad normativa en consideración a los elementos sustanciales concurrentes, razonando en

<sup>32</sup> STC 27/2004, f.j. 6° y 8°. Confirmando este razonamiento de insuficiencia de la temporalidad como elemento diferenciador, el Tribunal, en STC 104/2004, f.j. 8°, sobre desigualdad de tratamiento que establece el Reglamento de plan de pensiones a los trabajadores contratados con anterioridad al 19 de mayo de 1986, entre trabajadores con contrato de duración determinada y aquellos con contrato de indefinida duración, indicó que la fecha de ingreso no era por sí sola razón suficiente para diferenciar, como también que tal elemento diferenciador carece de razonabilidad al no hacer concurrir "ninguna razón objetiva justificada y relevante sino simplemente en una valoración, como ya hemos dicho, de los trabajadores temporales respecto de los fijos".

<sup>33</sup> STC 177/1993, f.j. 3°; STC 27/2004, f.j. 6° y STC 104/2004, f.j. 8°.

torno a un concepto amplio de familia, más allá del matrimonial. Si una pareja convivió *more uxorio*, el contenido de dicha convivencia no reviste diferencias con la matrimonial, declarando injustificada la desigualdad fundada en la formalidad institucional del matrimonio, con el fin de proteger al conviviente *more uxorio* sobreviviente. Por medio de esta igualación en el trato se ampara a aquella persona que carece de una vivienda propia y que por determinados requisitos formales de la ley podría ser obligada a abandonar la vivienda en la cual llevó una vida equivalente a las personas que contraen matrimonio, despojándola arbitrariamente de su derecho a la vivienda.

En la sentencia, el tribunal efectúa una interpretación sistémica de ciertos preceptos constitucionales para estructurar la protección: el principio de igualdad (art. 14 CE), obligación de los poderes públicos de proteger a la familia (39.1 CE) y el derecho a la vivienda digna y adecuada (art. 41 CE). En cuanto a los dos primeros, se recurre a ellos al efectuar un juicio de ponderación entre la certeza jurídica otorgada por el matrimonio legalmente celebrado (criterio formal) y la protección de la familia (criterio material), inclinando la protección hacia este último. En lo referente al principio de igualdad, se apreció que la diferenciación introducida entre miembros supervivientes de la pareja matrimonial y el que lo sea de una unión de hecho carece de un fin aceptable constitucionalmente, contrariando los fines y mandatos de la norma fundamental, ya que tal diferenciación no tiene por objeto el configurar el régimen jurídico-matrimonial, ni estimular la institución del matrimonio, cuestión esta última que atenta contra la autonomía individual de quienes deciden convivir *more uxorio*. La certeza jurídica que genera el matrimonio con respecto de terceros en lo relacionado con el ejercicio de derechos frente a particulares no es razón suficiente para la diferenciación ni contrariar el art. 14 CE.

El concepto de familia consagrado en el art. 39.1 CE no limita su significación a la familia “matrimonial”, por lo que no se debe efectuar un examen restringido de su concepción, sino que se debe vincular al aspecto “social” del modelo de Estado y a las formas reales de convivencia que se dan en la sociedad, no admitiendo diferencias entre las familias matrimoniales y las no matrimoniales. Para ahondar su razonamiento y criterio protector, el TCE invoca el “derecho a la vivienda” considerando la subrogación como una forma de realización efectiva de este principio rector que, al decir del TCE: “exige del legislador –y de este Tribunal, al controlar sus normas– una atención específica a los imperativos que sobre él proyecta el art. 14 de la Norma fundamental. La subrogación es disponible para el legislador, pero, una vez instituida, no puede ser conferida con daño a la igualdad sin menoscabar, al propio tiempo, lo que prescribe este art. 47”. La subrogación debe ser permiti-

da para hacer posible la continuidad de la vivienda arrendada en la cual se ha desarrollado tal convivencia<sup>34</sup>.

#### 2.4. PROTECCIÓN POR VÍA DEL TRATAMIENTO NORMATIVO DIFERENCIADO: JUSTIFICACIÓN DE LA DESIGUALDAD

Como se ha indicado, la desigualdad normativa tiene por finalidad regular de un modo diferenciado situaciones factuales diversas con miras al logro de la igualdad entre los sujetos, donde los poderes públicos tienen la obligación de “promover las condiciones necesarias, a fin de que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas”<sup>35</sup>. El legislador democrático es el único ente facultado para la incorporación de diferenciaciones normativas, no pudiendo los sujetos particulares exigir un tratamiento desigual o exigir un “derecho a la desigualdad” (discriminación por indiferenciación)<sup>36</sup>, ni tampoco es facultativo para los órganos judiciales. El cuerpo legislativo, “a la luz de los intereses y bienes que el legislador estime conveniente proteger o preservar”<sup>37</sup>, realiza un análisis de las situaciones de desigualdad, y en razón de las diferencias en las posiciones de los sujetos puede corregir esas realidades estableciendo una norma que imponga un trato distinto<sup>38</sup>. La protección de los derechos sociales está directamente vinculada con la introducción en el ordenamiento de las desigualdades normativa, pues, la corrección

<sup>34</sup> STC 222/1992, f.j. 5° y 6°. Igual criterio, fundado en la sentencia en comento, fue utilizado en la STC 47/1993, f.j. 2°.

<sup>35</sup> STC 86/1985, f.j. 3°.

<sup>36</sup> STC 88/2001, f.j. 2°.

<sup>37</sup> Así a modo ejemplar con relación a estas amplias facultades del legislador, nos remitimos a la STC 58/1993, f.j. 3° y 5°, en la cual el TCE fijó su doctrina sobre la posibilidad de limitar legislativamente la embargabilidad patrimonial en materia de derechos sociales fundada en la protección de bienes e intereses. Expresó el Tribunal: “3... Este respeto a la dignidad de la persona justifica, así, la creación legislativa de una esfera patrimonial inmune a la acción ejecutiva de los acreedores, límite a la embargabilidad que se fundamenta, también, en lo dispuesto en otros preceptos constitucionales: arts. 39.1 (protección de la familia), 43 (derecho a la protección de la salud) y 47 (derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada)... 5. Como queda dicho, corresponde a la libre apreciación del legislador la determinación de cuáles hayan de ser los límites a la embargabilidad de pensiones y otras retribuciones, límites que, a partir de unos criterios comunes o generales (arts. 1.449 y 1.451 L.E.C.), pueden modificarse –esto es, elevarse– en atención a singulares situaciones de necesidad que se adviertan en grupos determinados de personas... Es decir, el legislador podría declarar inembargables las pensiones de mutilación si considerase que estas son necesarias para asegurar el mínimo económico vital de los mutilados de guerra, sin embargo, si las calificara como compatibles con otras retribuciones y haberes públicos, debería precisar la cuantía inembargable que asegura ese mínimo vital. A través de estos u otros expedientes, el legislador procuraría alcanzar la concordancia, aquí exigible, entre los imperativos constitucionales, ya citados, que dan lugar a la inembargabilidad y lo requerido, de otra parte, por el derecho a la tutela judicial efectiva”.

<sup>38</sup> STC 89/1994, f.j. 8° y 10°.

de situaciones de desigualdad factual con miras a dar mayor efectividad o protección de ciertos derechos sociales (derecho al trabajo, seguridad social, derecho a la educación y derecho a la vivienda) se constituyen como los argumentos de orden constitucional que facultan al legislador a instituir la diferencia de trato.

En la determinación de la diferencia, la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad estará determinada por un doble factor: a) los criterios factuales y jurídicos utilizados para la consideración de la diferenciación y, b) el posible límite a ciertos derechos fundamentales que puede conllevar una diferenciación.

a. Criterio factual y jurídico de la diferenciación. El TCE utiliza dos tipos de criterios concurrentes para ponderar la diferenciación como objetiva, razonable y proporcional: el criterio de valoración factual y el criterio de valoración jurídico-constitucional. El contexto de precariedad socioeconómica se constituye en el juicio de legitimidad como fundamento esencial justificador de las diferencias normativas. En STC 90/1989, el TCE validó en materia de subsidios por desempleo la diferenciación legislativa que otorgaba tales subsidios a los trabajadores de ciertas Comunidades Autónomas (CCAA) en perjuicio de otras. Se invocan tres elementos justificadores de la medida gubernamental, uno protector del derecho fundamental al trabajo, pretendiendo limitar el problema del paro y su extensión en determinadas CCAA, y el segundo, que se instituye como la razón de la protección del empleo, es la situación factual de pobreza relativa de las comunidades beneficiadas con el subsidio de desempleo y, como tercer elemento justificador, el límite económico (medios disponibles) que tiene el Estado. El TCE legitima la medida por medio de un criterio objetivo (nivel de desempleo y extensión de este) y un criterio de razonabilidad basado en circunstancias de hecho (mayor pobreza relativa de las tales autonomías y límite de medios disponibles) y de necesidad de los sujetos involucrados aceptando en consecuencia un trato desigual entre CCAA. La limitación del derecho al subsidio del desempleo, fundado en razones de hecho, tiene, a juicio del Tribunal, también amparo constitucional en las normas fundamentales que permiten favorecer a determinadas zonas en circunstancias de desigualdad o desventaja (138.1 CE y 158.2 CE)<sup>39</sup>.

De esta forma, la valoración realizada por el Tribunal en torno a las situaciones o realidades de hecho de las personas determinan la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de la diferencia, no el contenido, sino los elementos justificantes. Igualmente, la diferenciación se debe fundar en el resguardo o protección de un valor, principio o derecho constitucional,

<sup>39</sup> STC 90/1989, f.j. 4°. Vid. STC 25/1989, f.j. 3°.

desarrollando en ejecución de ese derecho la desigualdad normativa. El proceso racional del Tribunal cuenta de dos etapas:

1). Análisis de diferencia normativa en consideración de los contextos factuales que la introduce. En este sentido, la STC 186/2004 fija los criterios doctrinales factuales que permiten justificar la diferenciación en materia de seguridad social: a) situación de necesidad de los diversos grupos sociales, b) conexión con las circunstancias económicas, y c) las disponibilidades del momento. 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<sup>40</sup>.

2). Examen de constitucionalidad de la diferenciación introducida: si se funda en algún valor, principio o derecho constitucional. Así, la STC 86/1985 negó una subvención a colegios privados, estableciendo diferencias de trato a favor de la educación pública, fundando tal diferenciación en la invocación del art. 27.9 CE (derecho a la educación, y en particular, la obligación de los poderes públicos de “ayudar a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”). El TCE reconoció la amplitud legislativa de establecer diferentes tratativas legales a situaciones diversas, en consideración a las “condiciones sociales y económicas de los destinatarios finales de la educación a la hora de señalar a la Administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de dispensarse las ayudas en cuestión”. El tribunal reitera los dos criterios que deben concurrir para la instauración de diferencias: el derecho social amparado (argumento constitucional) y la circunstancia socioeconómica que es necesaria tutelar<sup>41</sup>.

La etapa 1) requiere que el contextos socioeconómico de precariedad estén empíricamente comprobados, que se acredite fehacientemente la carencia en la relación entre los sujetos o situaciones a comparar, y que tal ubicación social desmejorada justifica la diferenciación. La invocación de la desigualdad factual y la introducción de la diferencia normativa deben tener por finalidad la profundización de un derecho social, sino se acredita la realización del derecho no hay justificación.

b. Límite posible a derechos fundamentales. La situación de desigualdad entre los sujetos, y el objetivo de realización de los DES, pueden conllevar

---

<sup>40</sup> STC 186/2004 f.j. 3°.

<sup>41</sup> STC 86/1985, f.j. 3°.

la limitación de otros derechos fundamentales con miras a tal ejecución. Tal limitación concurrirá mientras persistan las circunstancias de hecho que originaron la desigualdad. El Tribunal otorga eficacia a la norma diferenciadora produciendo un doble efecto: a).- la protección del derecho social y, b) el límite temporal de otro derecho fundamental.

En materia de derecho a la vivienda, la STC 89/1994 se refiere a un caso de arrendamiento donde se establecieron beneficios a favor del arrendatario por escasez de vivienda y el derecho constitucional que le asiste, limitando el derecho de propiedad del arrendador. La diferencia normativa a favor del arrendatario se funda en la posiciones desiguales no comparables entre arrendador y arrendatario, de manera que el término de comparación fue estimado improcedente. Ahora bien, la eficacia de la norma desigualadora está determinada por el reconocimiento de esta desigualdad factual y el estado de necesidad en el cual se sitúa el arrendatario derivado de la escasez de la vivienda y el derecho de este a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), permitiendo la continuación del contrato de arriendo del arrendatario de manera provisional (mientras duren las circunstancias que originaron la diferencia), limitando, en consecuencia, el derecho de propiedad del arrendador. Se reconoce la facultad del legislador de regular tal desigualdad factual “a la luz de los intereses y bienes que el legislador estime conveniente proteger o preservar”, procurando “satisfacer una necesidad acuciante (la de aumentar la oferta de alquileres) adoptando unas medidas de carácter urgente y provisional”<sup>42</sup>.

Igualmente, en un caso de jubilación obligatoria, en que se discutió la constitucionalidad de una norma que fijaba la edad de 69 años para proceder al retiro, el TCE justificó la medida diferenciadora fundada en la edad (criterio estricto de diferenciación de acuerdo al art. 14 CE), en razón del derecho al trabajo que gozan las personas y que, sin la existencia de una edad para jubilar, no podrían ejercer al no existir las posibilidades reales para ello<sup>43</sup>.

El razonamiento que conlleva la limitación es un proceso argumentativo holístico, al fundar el límite no solo en un derecho concreto sino en las declaraciones internacionales y los principios y valores asumidos constitucionalmente, “como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (art. 9 de la Constitución)”<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> STC 89/1994, f.j. 8º y 10º.

<sup>43</sup> STC 22/1981, f.j. 8º y 9º.

<sup>44</sup> STC 22/1981, f.j. 8º y 9º.

### 3. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL POR CONEXIÓN CON LOS DERECHOS AL HONOR Y A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

El TCE ha amparado el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) por conexión con el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar (art. 18.4 CE), ligado a los límites que puede establecer la ley al uso de los datos informatizados de conformidad al art. 18.4. La doctrina del TCE prohíbe el uso de datos informáticos recabados para objetivos sindicales (datos informáticos donde se acredita la afiliación sindical, obtenidos con el objeto de retener la respectiva cuota sindical y transferirla al sindicato), con fines indiscutiblemente disímiles para lo cual fueron suministrados, vulnerando de esta manera el derecho a la libertad sindical, pero confiere su tutela por vía del apartado 4° del art. 18 al razonar que dicho uso diverso está prohibido. La libertad sindical goza de este modo, por vía del art. 18.4 CE, de un sistema reforzado y especialísimo de protección, por cuanto, el Tribunal ha extendido su amparo por un mecanismo complementario a este derecho (goza de tutela directa).

La STC 11/1998, dio cuenta de un caso en el cual a un trabajador que no adhirió a una huelga convocada por la organización sindical a la cual él pertenecía (entre otras asociaciones sindicales), le fueron descontadas las retribuciones correspondientes al periodo de huelga sin otro antecedente que su afiliación sindical, al conocer la empresa la clave informática para descontar su cuota sindical. La conexión entre el art. 28.1 CE y el 18.4 CE se da con relación a que el derecho a la libertad sindical incluye en su contenido esencial el derecho de las asociaciones sindicales a desarrollar todas aquellas actividades que les reconoce el art. 7 CE con miras a la defensa y protección de los intereses de los trabajadores, no agotándose su contenido al contenido restrictivo del art. 28.1 CE y, el art. 18.4 CE consagra una garantía constitucional para hacer frente a las nuevas formas de amenaza a la dignidad y derechos de las personas, en particular un derecho y libertad contra las “potenciales agresiones a la dignidad y libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos”. La garantía de intimidad adopta *a latu sensu* en un “derecho al control sobre los datos relativos a la propia persona”, comprendiendo el derecho a controlar los datos incorporados a determinados programas informáticos y el derecho a que tales datos no sean utilizados para fines diferentes para los cuales fueron recabados<sup>45</sup>.

Bajo estos antecedentes, se debe considerar que la afiliación sindical del trabajador se facilitó por medio del descuento de su retribución de la cuota

<sup>45</sup> STC 11/1998, f.j. 4°. Vid. STC 30/1999, f.j. único; STC 45/1999, f.j. único.



sindical en forma automática por parte de la empresa hacia el sindicato, pero, en el presente caso, tal mecanismo instituido para un fin concreto y determinado, fue utilizado para retener la parte proporcional de su salario relativo al periodo de huelga en el que se encontraba la empresa pero no el trabajador. Es decir, se hizo uso de la clave informática para fines ajenos a aquellos que motivaron su creación. El descuento se efectuó sin previa investigación si el funcionario había participado o no en la huelga (de hecho, no participó), sino que se le descontó proporcionalmente su remuneración por el hecho de pertenecer a uno de los sindicatos adherentes a la huelga. La protección por vía del art. 18.4 CE se configura al establecer este derecho limitaciones al uso de la informática con el objeto de garantizar el pleno ejercicio de los derechos, constituyéndose como un “derecho instrumental para la tutela de otros derechos fundamentales”, entre los que se encuentra la libertad sindical.

El tribunal entiende que al utilizarse los datos informatizados para fines diversos a los que motivaron su recolección se está vulnerando la libertad sindical al tener tal recolección un objeto meramente sindical. Por medio del art. 18.4, y en particular las restricciones que dicho apartado le fija a la tratativa de datos, se logra la protección de dicho derecho/libertad al impedir el uso de tales datos informáticos para otros fines. La protección por conexión por vía del art. 18.4 CE da cuenta de un doble efecto jurídico de este derecho: a) se instituye como un “instrumento específico” de protección ante el uso inconstitucional e ilegal de los datos personales informáticos (en este caso la libertad sindical) y, b) consagra un derecho fundamental autónomo para el control del flujo de información de cada persona, pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, con el objeto de preservar el ejercicio de sus derechos. Se busca evitar tratos discriminatorios en contra de las persona por vía de utilización de dichos datos informáticos, utilizando tales datos sensibles para otros fines del que los justificó<sup>46</sup>.

En síntesis, el TCE esgrime un razonamiento de conexión simple. Examina los datos informatizados suministrados y analizando la finalidad para la cual fueron estos recaudados (finalidad sindical), de manera que, si tales datos fueron utilizados para un fin distinto al objeto original, habrá vulneración de la libertad sindical, cuestión que debe ser protegida por vía del derecho a la intimidad al impedir este derecho la utilización de tales datos para fines diversos a su recolección. En este supuesto, la recolección de los datos va ligada a la finalidad que justificó dicha recopilación y ambos elementos (recolección y finalidad) son los elementos amparados por el art. 18.4 CE.

<sup>46</sup> STC 11/1998, f.j. 5º; STC 94/1998, f.j. 6º.

#### 4. LA PROTECCIÓN INDIRECTA POR “INCORPORACIÓN”: LA INTEGRACIÓN AL CONTENIDO ESENCIAL DE CIERTOS DES DEL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE DES NO TUTELADOS

La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales se ha dispuesto como un límite a la actividad desarrollada por el legislador. Este, al estar facultado para regular los derechos fundamentales al amparo de la Constitución (art. 53.1 CE), debe respetar en tal tratamiento el contenido esencial de los derechos, garantía que tiene por finalidad “que los derechos fundamentales no puedan ser suprimidos o alterados en su contenidos constitucional mediante decisiones legislativas”<sup>47</sup>. Se ha estimado que dicha cláusula es una consecuencia lógica del principio de constitucionalidad, en razón de que la constitucionalización de los derechos fundamentales es corolario del convencimiento de que tales derechos adquirirán una “supremacía y una estabilidad que no podrá menoscabar el legislador”<sup>48</sup>. El contenido esencial no es inmutable en su significación, sino que es un concepto histórico, sujeto a las circunstancias y transformaciones sociales, pues dicha acomodación histórica es la única que permite “evitar un anquilosamiento o petrificación de nuestro ordenamiento jurídico”<sup>49</sup>.

Ahora bien, al concurrir la garantía del contenido esencial con el control abstracto de constitucionalidad del TCE, se produce una imposibilidad de distinguir entre la garantía del contenido esencial y el control de constitucionalidad, pues los efectos que se pretenden obtener por vía de esta garantía son los mismos que se obtienen por medio del control de constitucionalidad, utilizando el TCE la garantía del contenido esencial como un instrumento discursivo, de argumentación motivador de la decisión, pero sin influencia real en el fallo, al cual se le ha denominado un “instrumento argumentativo en blanco”<sup>50</sup>. Al examinar el contenido de un derecho constitucional, escudriñando cómo está conformado y cuáles son los elementos

<sup>47</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos: *Derechos fundamentales*, en: GAVARA DE CARA, Juan Carlos (ed.): *Constitución, desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2004, pp. 23-28.

<sup>48</sup> DE ESTEBAN, Jorge, GONZALEZ-TREVIJANO, Pedro: *Curso de derecho constitucional español I*, Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1992, pp. 275-281. Contrarios a esta posición de límite al legislador, Bastida Freijeido y otros, sostienen que el contenido esencial tiene su fundamento en la propia constitucional, de manera se hace presente no frente al legislador sino que, frente a la ausencia de este, se hace directamente presente. Señalan: “No funciona como límite al legislador ya que este no ha actuado. Funciona como *fuerza constitucional directa* de apoderamiento al titular del derecho para que pueda accionar preservando el ámbito de libertad garantizado”. Vid AAVV: *Teoría general de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Tecnos, 2004, pp. 42-43.

<sup>49</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique: *El régimen político español*, 4ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1990, p. 239.

<sup>50</sup> GAVARA DE CARA: *Derechos fundamentales...*, pp. 48-49.

componentes, el Tribunal, al reconocer el contenido constitucional, está describiendo al mismo tiempo el contenido esencial de tal derecho, designando con dos nomenclaturas lingüísticas diversas (contenido esencial y control de constitucionalidad) un mismo objeto jurídico de análisis (el contenido constitucional de un derecho fundamental).

En lo que sigue, y porque es la fórmula que estila el TCE, se utilizará el concepto de contenido esencial de los derechos, para examinar la manera en que el TCE ha protegido por vía de esta garantía algunos derechos fundamentales sociales, particularmente el derecho a la negociación colectiva, derecho constitucional no protegido por el recurso de amparo constitucional (art. 53.2 CE), y respecto del cual, el Tribunal ha desarrollado una numerosa jurisprudencia conformando una doctrina de protección al alero del derecho de libertad sindical, incorporando al contenido esencial de este derecho el significado constitucional de la negociación colectiva laboral, en cuanto expresión de las facultades de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores sindicalizados. Además, el Tribunal ha protegido el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45.1 CE) y el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47) por medio del contenido esencial del derecho de propiedad, en particular de la función social de esta (art. 33.1 y 2 CE).

#### 4.1. El contenido esencial del derecho a la libertad sindical como vía de protección del derecho a la negociación colectiva laboral

La jurisprudencia constitucional extiende la protección por medio del amparo constitucional a un derecho fundamental social que, de conformidad con el art. 53.2, no goza de tal garantía institucional. La fórmula utilizada ha sido por vía de “incorporación” de ciertos elementos conformadores del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) al contenido esencial del derecho a la libertad sindical. Al definir los elementos mínimos e indisponibles para el legislador con respecto a la libertad sindical, el TCE ha utilizado un criterio racional-reflexivo-amplio, no reduciendo el contenido de dicho derecho de libertad a la expresión literal del art. 28.1 CE.

El Tribunal ha recurrido a una interpretación sistémica-constitucional para dar forma a una conceptualización extensa de la libertad sindical. En este razonamiento sistémico convergen lo dispuesto en el art. 28.1 CE, lo formulado en el art. 7 CE y el canon hermenéutico del art. 10.2 CE, que remite a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España<sup>51</sup>. Para tal cons-

<sup>51</sup> Con respecto a los tratados y acuerdos internacionales, el TCE hace referencia específicamente a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) N° 87 y 88, indicando que las numeraciones de derecho contenidas en tales textos no son taxativas, incluyendo además, la “vertiente funcional” del derecho, es decir, el derecho de los sindicatos de realizar actividades en defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores. Vid. STC 198/2005, f.j. 5°.

trucción jurídica se confiere al contenido de la libertad sindical un doble significado: uno individual y otro colectivo o funcional<sup>52</sup>. El primero está referido a los aspectos meramente organizativos o asociativos expresamente enunciados en el art. 28.1 CE, artículo configurado con un doble sentido: uno positivo, que comprende el derecho de creación de sindicatos y de afiliación libre a ellos, y uno negativo, que se extiende al derecho de permanecer al margen de cualquier organización sindical o a no sindicarse<sup>53</sup>.

El segundo significado de la libertad sindical (colectivo o funcional) comprende una noción amplia de este derecho, que alcanza a los “derechos de actividad relativos a los medios de acción necesarios para que el sindicato pueda cumplir las funciones a las que es llamado por el art. 7 CE.”, es decir, la “defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios”<sup>54</sup>, a través de “medios lícitos y sin debidas injerencias de terceros”<sup>55</sup>. En definitiva, por medio de este concepto extenso se garantiza “un ámbito esencial de libertad para organizarse a través de instrumentos de actuación de la forma que consideren más adecuada a la efectividad de su acción, dentro del respeto a la Constitución y a la ley”<sup>56</sup>. El TCE ha reconocido esta doble significación bajo el patrocinio del modelo democrático de Estado, dentro del cual, las actuaciones con miras a velar por los intereses de los sindicatos se consideran parte integrante de la concepción democrática-constitucional<sup>57</sup>, de modo que la libertad sindical “comprende el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado”<sup>58</sup>.

Con base a esta construcción individual y colectiva de la libertad sindical, el TCE la ha definido como “el derecho a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñen el papel y las funciones que a los sindicatos de trabajadores reconoce el art. 7 de la Constitución de manera que participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores”<sup>59</sup>. El núcleo mínimo e indispensable sin el cual no sería reconocible la libertad sindical (contenido esencial) está conformado por todos aquellos derechos de actividad y medios de acción que contribuyen a la ejecución de las funciones reconocidas por el art. 7 CE<sup>60</sup>. Ahora bien, la incorporación

<sup>52</sup> Por STC 73/1984, f.j. 1º, el TCE utiliza el concepto “colectivo”, pero en STC 185/2003, f.j. 6º, recurre a la noción “funcional”, los que, a la luz del contenido dado por el TCE, son expresiones sinónimas.

<sup>53</sup> STC 72/1986, f.j. 1º.

<sup>54</sup> STC 70/1982; STC 134/1994, f.j. 4º; STC 11/1998, f.j. 4º.

<sup>55</sup> STC 94/1995, f.j. 2º; STC 127/1995, f.j. 3º; STC 121/2001, f.j. 2º.

<sup>56</sup> STC 185/2003, f.j. 6º; STC 198/2005, f.j. 5º.

<sup>57</sup> STC 4/1983, f.j. 3º.

<sup>58</sup> STC 4/1983, f.j. 3º; STC 73/1984, f.j. 1º y 4º; STC 121/2001, f.j. 2º.

<sup>59</sup> STC 70/1982, f.j. 3º; STC 4/1983, f.j. 3º.

<sup>60</sup> STC 173/1992, f.j. 3º; STC 121/2001, f.j. 2º.

de algunos derechos de acción sindical al contenido esencial de la libertad sindical no conlleva la inclusión en él de toda actividad sindical relacionada. No toda prerrogativa sindical se instituirá como un límite al legislador, sino que, a un nivel infraconstitucional el legislador podrá desarrollar este derecho-libertad, complementando el contenido esencial, disponiendo de un amplio margen para la promoción de la actividad sindical, como también limitarla, modificarla o suprimirla, siempre que no vulnere el contenido esencial de la libertad<sup>61</sup>.

Para el TCE, este derecho/libertad está compuesto por tres elementos concurrentes e interconectados, cada uno con un valor jurídico determinado y complementario, disponiendo un derecho de triple confluencia conceptualizadora, ello, al alero de un modelo democrático donde la participación y organización de los trabajadores es un componente consustancial. El art. 28.1 CE fija el significado primario y básico de este derecho-libertad, indicando cuáles son los contenidos básicos de la sindicalización (fundar sindicatos, confederaciones o organizaciones internacionales, afiliarse a estas, y la no obligatoriedad de afiliación). El art. 7 CE permite la incorporación de una significación genérica y flexible a la libertad sindical, precisando los objetivos generales de tales organizaciones (la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales), de manera que la actividad sindical que utilice instrumentos de acción que se encuentren dentro de las finalidades de defensa y promoción de sus intereses, se entenderá como expresión del ejercicio y desarrollo de la libertad consagrada en el art. 28.1 CE. Finalmente, el art. 10.2 CE se presenta como un cláusula que permite la adecuación del sentido interno otorgado a la libertad sindical a la preceptiva internacional, expresada en los instrumentos jurídicos internacionales y en las organizaciones de igual índole conminadas a su protección.

En este esquema sistémico, las facultades que la CE les reconoce a los sindicatos en los párrafos 1º y 2º del art. 37 (negociación colectiva y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo), se integran al contenido de la libertad sindical. Esta incorporación está enlazada a las actividades propias de los sindicatos, donde la negociación colectiva representa el principal instrumento de acción para la defensa y promoción de sus intereses. El TCE afirma que la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, por cuanto es una “manifestación del libre ejercicio de la actividad sindical” para la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales, sosteniendo que, primariamente, la libertad sindical “integra derechos de actividad de los sindicatos (negociación colectiva, promoción de conflictos), medios de acción que, por contribuir de forma primordial al desenvolvimiento de la actividad a que el sindicato es llamado

<sup>61</sup> STC 173/1992, f.j. 3º.

por el art. 7 C.E., son un núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical<sup>62</sup>. Así, en la negociación colectiva convergen las dimensiones subjetivas (perturbación o privación injustificada de medios de acción del sindicato afectado) y objetivas (sindicato en cuanto representación institucional al que constitucionalmente se reconoce la defensa de determinados intereses) de la libertad sindical<sup>63</sup>.

Toda actividad sindical que tenga por objeto la fijación de las condiciones de trabajo se entenderá parte de este contenido esencial de dicho derecho social de libertad, representando la exclusión de los sindicatos de tal intervención el detrimento de una de sus “funciones esenciales”. El Tribunal protege la negociación colectiva como derecho de los trabajadores por vía indirecta, pues una vulneración de la negociación colectiva significa la vulneración de la libertad sindical<sup>64</sup>. Es decir, al atribuir el constituyente el ejercicio de aquellos derechos necesarios para el cumplimiento de las funciones propias de la libertad sindical, la vulneración (impedimento o obstaculización) de cualquiera de estos derechos puede constituir una transgresión al art. 28.1 CE<sup>65</sup>.

La libertad sindical representa una “garantía de indemnidad” que impide todo trato diferenciado perjudicial como consecuencia de tal participación, produciéndose un menoscabo a dicha libertad si se producen resultados perjudiciales o negativos a quien lo realiza<sup>66</sup>. Forma parte de la libertad sindical el derecho de los trabajadores que participan y desarrollan acciones sindicales (afiliación o actividad sindical), de no sufrir menoscabos en su situación profesional o económica en la empresa. En síntesis, obstaculizar la facultad negociadora de un sindicato conlleva la vulneración no solo del art. 37.1 CE, sino también de la libertad sindical<sup>67</sup>.

Ahora bien, el TCE ha indicado que no se puede efectuar un análisis lineal, puro y simple, entre el art. 37.1 y el art. 28.1 CE, pues, no toda vulneración de la negociación colectiva conllevará la infracción de la libertad sindical, en razón de que la negociación colectiva no es un derecho constitucional protegible por vía de amparo, no pudiendo entenderse protegido rectilíneamente por vía art. 28.1 CE. Lo anterior sería desconocer el significado estricto del art. 28.1 CE y el lugar en la geografía constitucional de la negociación colectiva, ajena al amparo constitucional. La libertad sindical únicamente regula el derecho/libertad relativo a la sindicalización, de modo que la vulneración del art. 28.1 CE por vía del art. 37.1 CE

<sup>62</sup> STC 105/1992, f.j. 4°.

<sup>63</sup> STC 225/2001, f.j. 5°.

<sup>64</sup> STC 73/1984, f.j. 1°.

<sup>65</sup> STC 118/1983, f.j. 3°; STC 217/1988, f.j. 2°.

<sup>66</sup> STC 185/2003, f.j. 6°.

<sup>67</sup> STC 108/1989, f.j. 2°; STC 105/1992, f.j. 2°; STC 208/1993, f.j. 2°.

únicamente puede estar referida a esta clase de organización de trabajadores (significado estricto), excluyendo cualquier otra estructuración de los trabajadores (comité de empresa u otro). El art. 37.1 CE tiene un contenido más amplio con relación a las organizaciones de trabajadores amparadas, al referirse de manera lata a los “representantes de trabajadores” en general, de forma que una vulneración del artículo 37.1 CE, no necesariamente representa una vulneración a la libertad sindical, de ahí la distinción jurisprudencial<sup>68</sup>. Se considera una vulneración directa de la libertad sindical algunas de las lesiones inferidas al derecho a la negociación colectiva, es decir, aquellas que se dan respecto a un sindicato y que “por su entidad y trascendencia, supongan una radical y arbitraria eliminación o desconocimiento del mismo y de la autonomía colectiva”<sup>69</sup>.

Para la protección del derecho a la negociación colectiva como derecho social por vía libertad sindical, el proceso racional del TCE se ordena de manera consecencial bajo un análisis de constitucionalidad: a) el Tribunal, examina las circunstancias particulares concurrentes en el caso concreto; b) determina si esas actividades son amparadas por el art. 37.1 CE, es decir, si tales actividades forman parte de algún proceso vigente de negociación colectiva laboral, c) acredita si las actividades de negociación colectiva son realizadas por las organizaciones sindicales; d) examina a la luz del art. 7 CE y 10.2 CE si tales actuaciones tienen por objeto la defensa y promoción de intereses económicos y sociales propios de la actividad sindical y, e) al encuadrar todo lo anterior, el TCE considerará parte del contenido esencial de la libertad sindical tal actividad sindical, amparando la negociación colectiva.

4.2. La protección del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y a una vivienda digna por medio de la incorporación al contenido esencial del derecho de propiedad (función social)

El TCE protege el derecho a vivir en un medio ambiente descontaminado y el derecho a una vivienda digna y adecuada (no tutelables por vía de amparo constitucional a la luz del art. 53.2 CE) por medio del contenido esencial del derecho de propiedad (art. 33 CE), que tampoco está protegido por el recurso de amparo constitucional, estructurándose la tutela por vías del recurso y cuestión de inconstitucionalidad. El derecho de propiedad se conforma por diversas aristas, no solo comprendiendo una significación subjetiva o meramente defensora de intereses individuales, sino que alcanza también un aspecto de alcance social, incorporado en su conceptualización

<sup>68</sup> STC 118/1983, f.j. 3°. En esta sentencia el TCE no ampara por vía del art. 28.1 CE una supuesta vulneración del derecho a la negociación colectiva del comité de empresas, organización que sí se encuentra protegida por el art. 37.1 CE.

<sup>69</sup> ATC 1.074/1988, f.j. 3°; STC 217/1988, f.j. 2°; STC 208/1993, f.j. 2°.

lo que la CE denomina función social de la propiedad (art. 33.2 CE). La inclusión de exigencias de tipo social en la definición del derecho de propiedad se origina en los “principios establecidos e intereses tutelados en la misma Constitución”<sup>70</sup>. El Tribunal ha expresado que la función social de este derecho forma parte del contenido esencial del mismo, representando, no un elemento externo del derecho, sino que constituye parte del núcleo mínimo indisponible por el legislador<sup>71</sup>.

En un caso de protección del medio ambiente (STC 170/1989), el TCE indicó que la protección del medio ambiente forma parte de la significación de función social, siendo procedente las limitaciones a la propiedad fundada en la tutela de este derecho fundamental social<sup>72</sup>. Para el Tribunal, el proceder limitativo no tiene el carácter vulneratorio del derecho, sino regulador del contenido de la propiedad, no restringiendo ni desvirtuando su contenido esencial<sup>73</sup>. De igual forma, por STC 89/1994, en un caso que involucra el derecho a la vivienda, referido a la continuidad forzosa del arrendamiento de un inmueble urbano, se sostuvo que tal limitación no puede estimarse una supresión del derecho, sino una afectación de su contenido, que no lo hace irreconocible ni desaparecer. En este último caso, el Tribunal sostiene que la limitación del derecho de propiedad está justificada por la protección del art. 47 CE (derecho a disfrutar de una vivienda digna) obliga a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias para ello. En síntesis, las limitaciones que puede establecer el legislador al derecho de propiedad, por vía de la función social de este derecho, no significa conculcación (vaciamiento o desfiguración) del derecho propietario, en razón de que dicha restricción tiene como sostén un derecho constitucionalmente consagrado<sup>74</sup>.

Las limitaciones establecidas al derecho de propiedad amparándose en la función social representan un problema jurídico dificultoso, produciendo problemas concretos en torno a si tal limitación excede o no el contenido constitucional de la propiedad. Las autoridades competentes deben valorar en cada caso si se ha producido vulneración a dicho límite, sin perjuicio de la facultad de revisión de los órganos judiciales<sup>75</sup>. Los poderes públicos pueden limitar el derecho de propiedad en razón de su función social, pero tal restricción no debe menoscabar el contenido esencial del derecho, es decir, no puede “sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte

<sup>70</sup> STC 89/1994, f.j. 3°.

<sup>71</sup> STC 37/1987, f.j. 2°; STC 227/1988, f.j. 11°.

<sup>72</sup> STC 170/1989, f.j. 8°.

<sup>73</sup> STC 227/1988, f.j. 11°.

<sup>74</sup> STC 89/1994, f.j. 5°.

<sup>75</sup> STC 170/1989, f.j. 8°.



reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho”<sup>76</sup>.

Se observa que la garantía del contenido esencial da lugar a una doble fundamentación en apariencia contradictoria, pues sirve para justificar una restricción al derecho de propiedad, teniendo como soporte constitucional la función social, componente del núcleo mínimo indisponible, pero de igual forma, se instituye como el límite infranqueable a cualquier limitación externa en razón de esta misma participación en el contenido esencial individual del derecho. Para la determinación de la forma y manera en que se produce la limitación al derecho de dominio, el TCE debe efectuar una ponderación entre los elementos integrantes del contenido esencial, entre el aspecto subjetivo protector de intereses individuales y la función social.

Para la comprensión de tal situación de conflictualidad, se estima que se debe reconocer una doble cara a la función social:

- a).- Como límite al legislador (parte del contenido esencial) y,
- b).- Como instrumento de adecuación de la propiedad a la constitución social, siendo este aspecto un elemento de apertura y ajuste del derecho de propiedad al ordenamiento jurídico social y democrático. Este segundo elemento puede generar conflictos “intercontenido esencial”, es decir, entre la faceta de conciliación social y el contenido esencial de tipo subjetivo. La protección de medio ambiente o el derecho a la vivienda, como expresión del aspecto social del derecho de propiedad, puede colisionar con la parte del contenido esencial de carácter individual, debiendo el legislador y TCE examinar en detalle y ponderar la regulación con el objeto que la protección del derecho social no infrinja mayormente el contenido esencial global o conjunto del derecho de propiedad, permitiendo conjuntamente la protección del derecho fundamental social y el aspecto individual subjetivo, aunque este último esté sujeto a límites producto de la ponderación.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español*. 4ª edición, Madrid, Tecnos, 1990.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994.
- DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *Curso de derecho constitucional español I*. Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1992.

<sup>76</sup> STC 170/1989, f.j. 8º; STC 89/1994, f.j. 3º.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2005.

\_\_\_\_\_, “El principio de igualdad”, en: GAVARA DE CARA, Juan Carlos (ed.): *Constitución, desarrollo, rasgos de identidad y valorización en el XXV aniversario (1978-2003)*, Barcelona, España, Institut de Ciències Polítiques i Socials, J. M. Bosch Editor, 2004.

\_\_\_\_\_, “Derechos fundamentales”, en: GAVARA DE CARA, Juan Carlos (ed.): *Constitución, desarrollo, rasgos de identidad y valoración en el XXV aniversario*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2004.

PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales, teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Dimensiones de la igualdad*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Fundación el Monte, cuadernos “Bartolomé de las Casas” N° 34, 2005.

SUAY RINCÓN, José, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, Instituto de Estudio de Administración Local, 1985.