

LOS DERECHOS SOCIALES Y LA INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS: SU EXPANSIÓN EN MATERIA DE VIVIENDA Y ASISTENCIA SANITARIA

Mónica Tesalia Valcárcel Bustos

Abogada, Master en Estudios Internacionales y Doctora en Derecho por la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

I. Introducción. II. Los derechos sociales y la ruptura de la teoría clásica. II.1. La exigibilidad basada también en parámetros de individualidad y dignidad de la persona. II.2. La superación de la teoría clásica: indivisibilidad e interdependencia. III. La integración e interdependencia con los Derechos Fundamentales. III.1. La labor axiológica de los poderes públicos. III.2. La definición del objeto del derecho. IV. La expansión de los derechos fundamentales, el caso de la vivienda. IV.1. Derecho a la vivienda digna de colectivos más desfavorecidos. IV.2. Las circunstancias del titular del derecho. IV.3. La variabilidad de los pronunciamientos. V. Asistencia sanitaria, derecho a la integridad física y derecho a no recibir tratos degradantes e inhumanos. VI. Conclusiones

I. Introducción

El motivo principal que le empujó al autor a abordar este tema es la dramática situación en la que se encuentran millones de personas en el mundo, debido a la falta de recursos, de alimentación y a la satisfacción de unas condiciones de vida que ameriten su calificación como seres humanos. El origen de esta tragedia radica en la creciente desigualdad que ha ido consolidándose en las últimas décadas. El objeto de este artículo consiste en aproximarse a las causas por las que, con mayor frecuencia, instancias jurisdiccionales internacionales y, en algún caso internas, han percibido la necesidad de dotar de protección a los colectivos sociales más vulnerables, incluso mediante el reconocimiento de derechos civiles y políticos, como el derecho a la integridad física, la vida o a la intimidad. ¿Se trata de una conexión lógica, basada en criterios jurídicos, o más bien responde esta tendencia jurisprudencial a una realidad social que no puede ser ignorada? Los datos en el plano internacional resultan esclarecedores.

El coeficiente *Gini* se emplea para medir la desigualdad de los ingresos que perciben los ciudadanos que habitan un país, o también para evaluar la distribución de la riqueza. Un rápido vistazo a los últimos datos en torno al mismo, publicados por la OCDE, arroja un panorama desolador, sobre todo si se aprecia la regresión que ha experimentado la equidad en cuanto a ingresos en la práctica totalidad de los países que componen la faz de la Tierra. Puede señalarse como ejemplo a Suecia, un Estado que

podría considerarse precursor en el impulso y promoción de medidas tendentes a reducir la desigualdad entre los ciudadanos. Pues bien, ha pasado, desde el año 1983 a tener 0,197 puntos en el índice a una cifra de 0,273 en el año 2011, donde 0 es la máxima igualdad y el 1 es la máxima desigualdad. Eso significa que se han incrementado las diferencias en apenas 32 años un 44%. En España, aunque no se dispone de datos en épocas anteriores, desde 2004 hasta 2011 se ha producido un decrecimiento de la igualdad desde 0,331 hasta 0,334. El 10% más rico posee hasta 13 veces la riqueza de la décima parte más pobre¹.

Como no podía ser de otro modo, estas diferencias se han reflejado en dramáticas escenas de desalojos, el incremento de la asistencia en alimentación, pobreza infantil y dificultades para recibir el suministro de un servicio esencial en un hogar como la electricidad². La restricción en el gasto público, motivada por el endeudamiento y una política monetaria muy restrictiva de las instituciones europeas, ha supuesto la deficiente prestación de servicios públicos de indudable importancia en la cohesión social y en el desarrollo de las personas, como son la sanidad y la educación.

El trabajo tiene por objeto explicar y describir la expansión de los derechos fundamentales en cuestiones de índole social. En primer lugar, se pone de manifiesto la interdependencia, conexión y universalidad de los derechos fundamentales y sociales; segundo, se presenta el debate relativo a la exigencia judicial y tutela de los derechos sociales; tercero, tratará de demostrarse la siguiente tesis: mediante la expansión de los derechos fundamentales, algunas instancias internacionales han propugnado la necesidad de trascender los dictados de las legislaciones internas para afrontar problemas de justicia social. El instrumento que emplean es la ponderación y el test de proporcionalidad, evaluando caso por caso los derechos e intereses en colisión, sin mostrar una preferencia o prioridad previa por ninguno de ellos.

¹ Véase al respecto en <http://stats.oecd.org/Index.aspx?lang=fr&SubSessionId=a77dd3b3-46b8-488e-a7daf893ffba6c80&themetreeid=21>

² Véase http://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/infanciaespana/unicef_informe_la_infancia_en_esp_ana_2014.pdf. Véase El Plural 7 de junio de 2014, en torno a la asistencia alimentaria o el diario El Mundo de 3 de julio de 2014, acerca de la pobreza energética.

II. Los derechos sociales y la ruptura la teoría clásica

II.1. La exigibilidad basada también en parámetros de individualidad y dignidad de la persona

La teoría de los derechos sociales ha discurrido por un camino distinto a los considerados derechos civiles o políticos o derechos de primera generación. La razón estriba en la poderosa influencia de la burguesía y las concepciones filosóficas que reafirmaban la preponderancia del individuo, sus derechos, capacidades o propiedad frente a los intereses de clase, ya sea la nobleza o los gremios³. La subjetividad y una visión del mundo más abierta permitieron apuntalar las bases del liberalismo, cuyos impulsores e ideario forjaron las bases del Estado de Derecho. Su principal misión consistía en proteger los derechos de las personas y garantizar su ejercicio libre de interferencias⁴. Se ha afirmado que el advenimiento de las teorías marxistas y la lucha de clases empujó a los poderes públicos a adoptar medidas, no con el objeto exclusivo de impedir las injerencias en los derechos de las personas, sino para generar facultades, prestaciones, al objeto de consolidar un modo de vida acorde a la dignidad de la persona. Se ha señalado el carácter colectivo de ese tipo de derechos, en tanto en cuanto respondía a las demandas de grupos sociales especialmente afectados por los efectos de un sistema en el que el ser humano tan sólo formaba parte del engranaje productivo que tenía por objeto generar capital⁵.

Esa manida teoría puede servir como eje justificativo de la irrupción, en diferentes textos constitucionales y legales, del reconocimiento de derechos a los trabajadores principalmente. No obstante, pasado más de un siglo y medio desde entonces, la realidad se ha tornado más compleja y los intereses colectivos se confunden con los individuales para el reconocimiento efectivo de un derecho. Así, se han incorporado los consumidores y usuarios a los colectivos que precisan una protección frente a las conductas abusivas de las empresas, o a las personas discapacitadas se les debe dotar de todos los medios indispensables para su libre desenvolvimiento en sociedad.

³ PÉREZ LUÑO (2010): 230.

⁴ ABRAMOVICH y COURTIS (2004): 51. El interés de la sociedad ha llevado a los poderes públicos a limitar el derecho de propiedad y a establecer controles.

⁵ PÉREZ LUÑO (2010): 232. La redistribución de la riqueza por parte de los estados se basa en el ejercicio de la política fiscal a diferentes niveles.

Resulta insostenible la idea del derecho social alejada de la dignidad de la persona y de su autonomía, entendida como el libre desenvolvimiento en relación con sus congéneres y entorno⁶. La oposición entre Estado y sociedad civil carece de sentido, en tanto en cuanto la democracia no puede permitir que las personas que habitan en una comunidad se vean privadas de las necesidades esenciales e inherentes a cualquier ser humano, lo que conforma su dignidad⁷. No se trata de construir una teoría de la igualdad o de la discriminación positiva, puesto que ello obliga a tomar en consideración un patrón de comparación. Es imprescindible reivindicar la superación de las tesis que apuntan a la necesidad de la intervención previa del legislador o de la Administración para el ejercicio directo y sin restricciones del derecho social.

Se ha afirmado la imposibilidad de invocar en la vía judicial directamente los derechos sociales. Su tutela se vería restringida por la ausencia de concreción acerca del derecho y de las facultades que pueden ejercer los titulares⁸. Como señala el artículo 53.3 CE, depende del reconocimiento en la vía legislativa, reglamentaria y su interpretación por los tribunales de justicia. Simplemente informan al legislador, como si el grado de vinculación fuera más reducido. Al respecto, se ha establecido en diferentes textos internacionales la indivisibilidad de los derechos humanos y su interdependencia, lo que significa que en el ordenamiento jurídico no existe un limbo o una laguna que deban cubrir los tribunales mediante sus sentencias. La cuestión primordial estriba en la jerarquización o fijación de las necesidades que se configuran como bienes jurídicos. Las necesidades básicas son aquellas que, en caso de no ser satisfechas, hacen perder al sujeto su condición de agente racional, libre, responsable y autónomo⁹.

Asimismo, no encuentra demasiado sentido la distinción del derecho social respecto al civil o político exclusivamente por la necesidad de que aquél precise una intervención previa del legislador y en el resto la ausencia de interferencia o intervención no legítima. Los derechos civiles y políticos, además de necesitar una

⁶ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (2004): 388. El desarrollo del individuo en sociedad se ha planteado como el gran reto desde las corrientes racionalistas y su visión del individuo como elemento en torno al cual gira la aplicación del Derecho.

⁷ GARCÍA SCHWARZ (2011): 57. Aboga por la complementariedad de los derechos y la caracterización de los derechos fundamentales como derechos de prestación.

⁸ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007): 40. La regulación de los derechos sociales se lleva a cabo conforme a un criterio social de protección del más débil en el contrato de trabajo.

⁹ ESCOBAR ROCA (2012): 486. Allí donde no estén satisfechas las necesidades básicas no hay actuación libre y responsable y, por tanto, no ha lugar la cuestión moral. Sólo es moralmente imputable el sujeto cuyas necesidades básicas estén cubiertas.

acción positiva de los poderes públicos, también deben ser concretados y definidos caso por caso por los tribunales, habida cuenta de su enorme abstracción¹⁰. Piénsese en los retos que presentan hoy las nuevas tecnologías respecto al ejercicio de la libertad de expresión o la intimidad. Sin un desarrollo legislativo o una interpretación jurisdiccional *ad casum*, no podrían resolverse los numerosos conflictos que suscita el ejercicio de aquellos derechos¹¹. Todo ello les aproximaría a los caracteres propios de los derechos civiles y políticos, como la irreversibilidad o su carácter inmanente al ser humano¹².

En consecuencia, debe cuestionarse la tesis tradicional en torno a la naturaleza y caracteres de los derechos sociales, lo que requiere aproximarse a un concepto de éstos más holístico, que permita integrar los derechos humanos vertebrados por el eje de la dignidad de la persona y su autonomía¹³. La previsión del contenido y alcance del derecho social por las leyes no debe impedir que algunos de ellos cuente con algunos elementos propios de los derechos fundamentales, debido a esa individualidad y subjetividad que se impregna en muchos de los derechos sociales y que es indispensable para su ejercicio. Resulta ineludible decantarse por un concepto de derecho social inherente al ser humano, lo que significa no separarlo de los Derechos Humanos y conectarlo a ellos permanentemente¹⁴.

II.2. La superación de la teoría clásica: indivisibilidad e interdependencia

La interdependencia e indivisibilidad de los Derechos Humanos son conceptos que surgieron con posterioridad entre la doctrina jurídica y otros textos internacionales, con motivo de la creciente desigualdad entre seres humanos de diferentes partes del planeta¹⁵. Así, el derecho a la vida lleva ínsita la asistencia sanitaria, lo que exige una

¹⁰ ABRAMOVICH y COURTIS (2004): 128 y 129. Afirman que no existen obstáculos insalvables para la exigibilidad de los derechos sociales. Se impide la aplicación de criterios políticos.

¹¹ MORENO GONZÁLEZ (2002): 185. Aboga la autora por una suerte de vinculación negativa del legislador respecto a los derechos sociales o principios rectores de la política social y económica, de modo que el control de la constitucionalidad de las leyes también ha de basarse en ese contenido propio del derecho social que alberga el Texto constitucional. A favor, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007): 47. El carácter vinculante de los principios rectores ostenta un carácter mediato.

¹² ABRAMOVICH y COURTIS (2004): 95. La protección de datos o los nuevos cauces para ejercer la libertad de expresión, como Internet, exigen nuevas respuestas que, si no las aporta el legislador, han de proceder de la actividad judicial en la interpretación caso por caso.

¹³ GARCÍA SCHWARZ (2011): 66. El eje común de los derechos es la dignidad y libertad de las personas.

¹⁴ GAVARA DE CARA (2010): 34.

¹⁵ UVIN (2004): 29. En el fondo, las declaraciones de los textos internacionales de la ONU resulta vagas y dependen de diferentes conceptos de desarrollo: derecho humano, sostenible. Se aboga por la indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos.

prestación por parte de los poderes públicos. La vida e integridad física se hallan vinculadas al disfrute de un medio ambiente adecuado¹⁶.

El interrogante que suscita todo ello es cómo se concreta la dignidad y la autonomía individuales. Se planteó en su momento el concepto de mínimo vital y en la actualidad se ha ido perfilando en torno a las llamadas “necesidades básicas”. Estas últimas permitirían crear el elemento de conexión entre la percepción liberal del individuo, es decir, su libertad y autonomía, y la dignidad propia del ser humano¹⁷. Es cierto que se estaría fijando un patrón de comparación y que podría incurrirse en una variabilidad tal que finalmente la determinación de la necesidad básica quedaría en manos del ámbito económico¹⁸. De la misma filosofía liberal no se desprende la existencia de un límite y concepto ligado a la necesidad¹⁹. En este planteamiento moral o valorativo late la justicia social, la distribución racional de la riqueza y, en último término, ciertos aspectos de la igualdad material, al menos en lo que se refiere a ese umbral mínimo²⁰.

Las necesidades comportan ciertos criterios valorativos o morales, y deben atravesar el cedazo de la democracia, es decir, deben contar con la libre aceptación de los individuos, de principios para guiar sus acciones y actitudes frente a acciones de otros²¹. Ahora bien, no puede ignorarse el hecho de que la dignidad de la persona o su autonomía se encuentra íntimamente relacionada con la inviolabilidad o la no injerencia, especialmente en los derechos de otras personas. Si el Estado interviene distribuyendo riqueza mediante criterios de justicia social, con la dignidad como el objetivo último, probablemente otras personas pueden sufrir una merma en sus derechos o se les puede restringir²². Piénsese, por ejemplo, en la presión fiscal o en la exigencia de deberes para

¹⁶ ABRAMOVICH y COURTIS (2004): 205-207.

¹⁷ PISARELLO (2007): 43. La dignidad no puede separarse del derecho social. Se reconocería el derecho a recibir aquellos recursos que permiten una vida libre de la dominación de los otros y la posibilidad de definir con otros el sentido de la comunidad en condiciones de aproximada igualdad.

¹⁸ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (2004): 405.

¹⁹ NINO (1989): 213. El enfoque no es subjetivo, en tanto parte del valor de la autonomía personal, que es independiente de las preferencias que los individuos puedan tener por tal autonomía. También es objetiva: la valoración de los bienes instrumentales para preservar y expandir la autonomía en la elección y materialización de los planes de vida. Incluso, es posible hacer una jerarquización objetiva de esos bienes tomando en cuenta el parámetro de la frecuencia y el grado de necesidad o relevancia que tiene el bien en cuestión.

²⁰ RAWLS (1979): 115.

²¹ NINO (1989): 109. La moral se caracteriza, a tenor del autor, por operar a través del consenso. Si un principio moral constituye una razón para actuar para alguien, él mismo constituye una razón para todos los que se encuentran en las mismas circunstancias relevantes.

²² KLEIMT (1979): 63-72.

emprender una actividad económica, al objeto de reducir el impacto ambiental. Este conflicto de intereses que los poderes públicos deben resolver mediante ponderación será objeto de un estudio más detenido con posterioridad. En ese momento interviene el legislador o la misma Administración para establecer ese supuesto equilibrio necesario.

A tenor de la teoría clásica, depende del legislador el reconocimiento de un derecho social. Incluso, la definición de ese derecho podría encomendarse a la Administración, lo que ya sucede, por ejemplo, en materia de dependencia o de rentas básicas de inserción²³. Al respecto, la libertad de configuración del legislador ha sido la clave de numerosas sentencias en que el TC ha pretendido eludir el firme compromiso de interpretar la Constitución y los valores y principios que se infieren de ella²⁴. En la Unión Europea el criterio no cambia en exceso, puesto que se les ha atribuido a los Estados miembros un enorme margen de apreciación para decidir políticas sociales y otorgar o denegar derechos²⁵. De hecho, podría afirmarse que todos ellos se han configurado o modulado su contenido mediante resoluciones caso por caso, lo que no deja de ser paradójico para las teorías positivistas o deterministas.

III. La integración e interdependencia con los Derechos Fundamentales

III.1. La labor axiológica de los poderes públicos

Ante la insuficiencia del criterio legislativo para garantizar en último término la dignidad personal, deviene indispensable acogerse a fundamentos axiológicos, en concreto, a los valores y necesidades vitales que se han venido afirmando históricamente a través de las luchas y revoluciones promovidas por las diversas generaciones²⁶. Ahora bien, se ha considerado que todos los bienes colectivos, que sirven como medio para ejercer el derecho individual, dependen de la teoría normativa subyacente²⁷. Ha de tomarse especial consideración por los grupos minoritarios o más

²³ NAZET-ALLOUCHE (2006): 223.

²⁴ AÑÓN ROIG et al. (2004): 102.

²⁵ ÓRDOÑEZ SOLÍS (2006): 206 y 207. Véase también, PALMER (2009): 93.

²⁶ FERRAJOLI (2001): 372. La fundamentación no reside en alguna ontología ética o en una racionalidad abstracta, sino más bien en los valores y necesidades vitales que se han venido afirmando históricamente a través de las luchas y revoluciones promovidas por las diversas generaciones de sujetos excluidos u oprimidos que en cada momento han reivindicado su tutela como condiciones de unos niveles mínimos de igualdad, democracia, integración y pacífica convivencia.

²⁷ ALEXY (1997): 190. El carácter universal de medio de los derechos individuales no puede fracasar más que por problemas normativos. Un derecho individual que es exclusivamente un medio para un bien colectivo no puede, por definición, desarrollar frente a éste ninguna fuerza propia. Si el derecho pierde su carácter de medio para el bien colectivo o impide su realización, entonces ya no hay ninguna razón para la existencia de ese derecho.

vulnerables que pueden ser sujetos a discriminación. Personas que se encuentran sometidas a instituciones y que no pueden obtener necesidades por sí mismas²⁸.

Entre la doctrina parece acogerse una suerte de integración, pero fundándose en parámetros distintos. Así, la base del deber de asistencia no es cierto principio liberal de justicia distributiva, sino más bien la propia concepción ideal de la sociedad de los pueblos, integrada por sociedades bien ordenadas, de tal suerte que cada pueblo sea miembro pleno y autosuficiente de la sociedad de los pueblos²⁹. La autonomía y la libertad de los individuos precisan cubrir necesidades mínimas y, para ello, se necesitaría un consenso que otorgue legitimidad a las actuaciones de los poderes públicos³⁰. Eso significaría vivir por encima del umbral de la pobreza y disfrutar de una alimentación imprescindible para un crecimiento físico y mental y para la actividad física, así como un grado de higiene que evite perturbaciones a la salud de las personas³¹.

El Derecho no crea los Derechos Humanos. Su labor está en reconocerlos, convertirlos en normas jurídicas y garantizarlos también jurídicamente³². El ejercicio de la libertad sería impensable sin igualdad jurídica, moral y de oportunidades, por lo que un Estado que no garantizase esos mínimos requisitos estaría vaciando de contenido los Derechos Humanos³³. No se trata de invocar la naturaleza humana como un concepto metafísico que condicione u obligue a todas las personas. La construcción de los Derechos Humanos parte de una visión social y política que trata de promover la dignidad³⁴. En el ordenamiento jurídico español, pese a que la Constitución los califica como principios rectores, los poderes públicos no pueden desentenderse de esa significación o contenido y han de articular jurídicamente los derechos sociales, puesto

²⁸ EIDE (2001): 19 y 20. Especial consideración de los grupos minoritarios o más vulnerables que pueden ser sujetos a discriminación. Personas que se encuentran sometidas a instituciones y que no pueden obtener necesidades por sí mismas (detenidos, discapacitados, presos). Además, personas que pueden estar afectadas por conflictos bélicos, en que el Derecho Humanitario complementa la protección ordinaria de los Derechos Humanos.

²⁹ RAWLS (1998): 73.

³⁰ HABERMAS (2002): 98.

³¹ EIDE (2001): 133 y 134.

³² UVIN (2004): 55.

³³ FERNÁNDEZ (1984): 125. Señala que el ejercicio de la libertad depende de la igualdad moral, jurídica y de oportunidades, pero resulta imposible donde existan y persistan unas estructuras socioeconómicas extremada y profundamente desiguales, pues en ese caso los derechos personales y políticos se convierten en algo casi vacío de contenido.

³⁴ GREGG (2013): 46. El autor llega a afirmar que los Derechos Humanos, como tales, no son inherentes a la naturaleza humana, sino que son consecuencia de una visión política que trata de promover la dignidad. No se necesita invocar una naturaleza humana metafísica que condicione a las personas con una ontología moral que justifique los Derechos Humanos.

que algunos textos internacionales han previsto el derecho a disfrutar de los derechos sociales³⁵.

Carecería de sentido encasillar los derechos en una categoría, ya que representan presupuestos para el ejercicio, tanto de derechos civiles como de derechos sociales. Existen entre esos modelos relaciones de continuidad, ya que ambos son variantes que se desprenden de la misma raíz filosófico-política³⁶. Desde la perspectiva del Estado democrático, los derechos nacen de la participación de la ciudadanía y de sus demandas y necesidades³⁷. No se trataría únicamente de una visión patrimonial que entronca con el derecho de propiedad, sino que la autoridad pública debería hacer frente a los conflictos que se suscitan en la misma sociedad y que, asimismo, se convierte en una confrontación por los valores e ideologías³⁸.

III.2. La definición del objeto del derecho

La doctrina clásica ha considerado únicamente exigibles los derechos fundamentales, mientras que los derechos sociales, ubicados en el capítulo III del Título II de la Constitución, llamados principios rectores de la política social y económica, no deberían invocarse directamente, sino únicamente en virtud de la intervención del legislador (art. 53.3 CE)³⁹. Del Texto Constitucional parece desprenderse esta conclusión y, sin embargo, buena parte de la doctrina entiende esta interpretación superada, al menos parcialmente⁴⁰. Por una parte, se ha cuestionado el valor o virtualidad de tales principios rectores, si bien podrían aplicarse e incidir directamente en la actuación de otros poderes públicos, como el del legislador⁴¹. Habría de analizarse, aún así, si la vinculación posee un sentido negativo, que también ha reconocido cierta doctrina, o si puede ampliarse el horizonte o alcance interpretativo de los principios, de

³⁵ JIMENA QUESADA (2012): 1515.

³⁶ ABRAMOVICH y COURTIS (2004): 59.

³⁷ PISARELLO (2007): 17.

³⁸ DONNELLY (2013): 45. Llega a afirmar que los poderes políticos, por sus estructuras de dominación y poder, acaban vulnerando derechos sociales, de modo que los Derechos Humanos pueden proveer un punto esencial para conseguir un consenso o negociar el reconocimiento mutuo.

³⁹ Como ejemplo, véanse las SSTC relacionadas con la actualización de las pensiones o, en su caso, la congelación. Se atiende a criterios de índole económica, de modo que la actualización de la revalorización de las pensiones puede ser modulada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en función de las circunstancias económicas concurrentes, pues esa actualización suponía únicamente una expectativa (entre otras, SSTC 49/2015, FJ 2º y 127/2015, FJ 2º).

⁴⁰ CORRIENTE CÓRDOBA (2000): 130 y 131.

⁴¹ GARCÍA SCHWARZ (2011): 81. Ha de apostarse por un concepto de derecho social con virtualidad y eficacia jurídica, de forma que no se dependa del argumento económico. Véase también ESCOBAR ROCA (2012): 364. que afirma que el Estado social, como tal, ha de aplicarse como una norma jurídica más, pues no hay una relación de jerarquía entre el Estado de Derecho y el democrático.

tal forma que de ellos pudiera derivarse una intervención obligatoria por parte del legislador⁴².

Se ha aseverado que la adscripción del derecho a uno u otro catálogo tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero una conceptualización más rigurosa, basada en el carácter de las obligaciones que cada derecho genera, llevaría a admitir un continuum de derechos, en el que el lugar de cada uno esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones negativas o positivas que lo caractericen⁴³. En otras palabras, también debería superarse el concepto de derecho subjetivo, concebido como poder o facultad para exigir obligaciones, siempre que se halle reconocido en la norma⁴⁴. La aplicación de ésta estaría sujeta a la ponderación de intereses, bienes o derechos que entran en conflicto.

El Derecho positivo actual parece reconducir todo hacia cauces puramente formales, es decir, a la posibilidad de invocación del derecho, sin que, en ciertos casos, sea posible su pleno reconocimiento. Así, sucede frecuentemente el conflicto entre derechos, como la libertad de expresión y el derecho a la información, o entre éste y el derecho a la imagen. La colisión se halla repleta de matices relacionados con los hechos, los intereses y los derechos de otras personas. La colisión entre los derechos económicos de corte individual y los derechos sociales exige una intervención de los poderes públicos, al objeto de promover la igualdad y autonomía del individuo. Todo ello debería comportar, asimismo, una redistribución de los recursos⁴⁵. La ponderación debe partir de la conexión entre derechos sociales y los derechos fundamentales, lo cual exige dotar al poder legislativo y al judicial de un mayor margen de apreciación.

La exigibilidad judicial de los derechos fundamentales, con arreglo al ordenamiento jurídico español, no necesariamente se halla relacionada con el objeto de los mismos ni con su grado de definición o concreción, sino, como bien se ha expuesto antes, por un criterio formal, si se quiere clasificatorio o, tal vez, por su importancia. Más abajo se comprobará que ni el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado de forma estricta el derecho en sí, y ha exigido prestaciones de los estados. La exigibilidad se encauza a través de una norma, la Constitución, lo que confirma que

⁴² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007): 47.

⁴³ ABRAMOVICH y COURTIS (2004): 27. Existen entre los modelos de derechos individuales y sociales relaciones de continuidad, ya que ambos son variantes que se desprenden de la misma raíz filosófico-política, la concepción moderna del mundo.

⁴⁴ VON JHERING (1979): 221-223.

⁴⁵ PISARELLO (2007): 45.

la protección y amparo carece de un fundamento sustantivo suficiente y sólo se justifica en tanto que es reconocida la posibilidad de protección por una norma como la Constitución. Los principios rectores de la política social y económica poseen un valor jurídico, una eficacia que puede ser invocada o alegada en tanto forman parte de un Texto legal como la Constitución⁴⁶. La cuestión a solventar aquí consiste en determinar el alcance de esos principios y su conexión o complementariedad con los derechos fundamentales.

La complementariedad con los derechos civiles y políticos no conlleva siempre armonía o equilibrio, pero el juicio valorativo debe apoyarse en razonamientos jurídicos, y en una ponderación en torno a los perjuicios causados a los titulares de los derechos o, en su caso, en los beneficios obtenidos por ellos. En ocasiones, la definición de los derechos sociales, como la alimentación, la vivienda o la salud, se halla contemplada en compromisos internacionales o en declaraciones que, pese a su carácter orientativo y no vinculante, permitirían establecer un estándar o patrón que debería ser tomado en consideración por las instancias jurisdiccionales cuando examinan la supuesta vulneración de un derecho fundamental⁴⁷, toda vez que todos estos instrumentos internacionales forman parte del ordenamiento jurídico interno⁴⁸. Este planteamiento se aleja del “telón de acero” que han representado los derechos fundamentales, como barrera frente a injerencias de los poderes públicos, y se aproxima más a una visión integradora, holística y democrática. Todo ello tratará de demostrarse a la luz de la jurisprudencia internacional y en qué medida toda ella ha arrastrado a la del TC.

IV. La expansión de los derechos fundamentales, el caso de la vivienda

La jurisprudencia, especialmente la emanada del TEDH, ha vinculado los derechos reconocidos en el Convenio Europeo a otros ligados más bien a prestaciones o actuaciones positivas de los poderes públicos, que pueden encuadrarse en los derechos sociales⁴⁹. Se trata de la denominada “protección por Ricochet”. En su origen tenía por objeto dotar de amparo a sectores de población más vulnerables a violaciones de sus

⁴⁶ AÑÓN ROIG et al. (2002): 103.

⁴⁷ DURÁN y LALAGUNA (2007): 117-121. Cuando se habla de derechos sociales, se hace referencia a bienes de las personas. No sería adecuado que las políticas sociales se alejasen de esta conceptualización como bienes de las personas.

⁴⁸ JIMENA QUESADA (2012): 163.

⁴⁹ MORTE GÓMEZ y SALINAS ALCEGA (2009): 381-383.

derechos, con lo que se colmaban las lagunas mediante la interpretación extensiva o por conexión con otros derechos fundamentales⁵⁰.

IV.1. Derecho a la vivienda digna de colectivos más desfavorecidos

Buena parte de las controversias en esta materia deriva de los desalojos forzosos a los que se han visto sometidos colectivos de raza gitana que habitaban en asentamientos apartados de zonas residenciales comunes de las urbes. En la controversia suscitada en el municipio de Patras (Grecia), el Comité de Derechos Humanos de la ONU consideró vulnerados varios artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en concreto, los referidos al derecho a un juicio justo y el derecho a la intimidad y a la vida privada de las personas⁵¹. Se les exigió a las autoridades griegas proveer a estos grupos de recursos efectivos, así como una indemnización que compensase los daños causados. Asimismo, en algún voto particular se afirmaba abiertamente la necesidad de vincular los derechos sociales del Pacto con los derechos fundamentales, de modo que deberían considerarse todos ellos como indivisibles, universales e interdependientes⁵².

El TEDH, por su parte, se ha mostrado más proclive a interpretaciones restrictivas del derecho a la vida privada y familiar. En ocasiones, ha considerado prioritarias las previsiones urbanísticas que pueden establecer las autoridades públicas internas, en caso de que los asentamientos se hallen ubicados en zonas no residenciales⁵³. Si hubieran establecido las viviendas en ámbitos en los que se permitiera la edificación, las autoridades deberían adoptar las medidas tendentes a permitir el ejercicio de su derecho a la vivienda⁵⁴. La intervención pública en la gestión de la vivienda ha de resultar proporcionada y necesaria en una sociedad democrática, lo que significa que podría vulnerarse el derecho a la vida privada y familiar si las autoridades no adoptan las medidas estrictamente necesarias que permitan cohonestar y ponderar la regulación pública en materia de viviendas protegidas con aquel derecho⁵⁵. Además, el Tribunal

⁵⁰ SUDRE (2012): 690.

⁵¹ ESCOBAR ROCA y GONZÁLEZ GONZÁLEZ (2012): 1352 y 1353.

⁵² Dictamen CDH 14 de septiembre de 2010, Comunicación 1799/2008, *Georgopoulos c. Grecia*, aps. 7-10. Véase también CONSEJO DE EUROPA (2012): 137-140.

⁵³ STEDH 18 enero de 2011, Asunto 27238/95, *Chapman c. Reino Unido*, aps. 112-115. Cuenta con votos particulares que aducen la aplicación del art. 8, debido a que el Estado no adoptó las medidas necesarias de realojo e impidió el desarrollo libre de la personalidad a toda una comunidad de personas.

⁵⁴ STEDH 27 de septiembre de 1997, Asunto, 31417/96, *Lustig-Prean and Becket c. Reino Unido*, aps. 80-81.

⁵⁵ NAZET-ALLOUCHE (2006): 221. Véase también ARZOZ SANTISTEBAN (2015): 377. El Estado no ha adoptado las medidas adecuadas y le corresponde al Tribunal declarar que no ha efectuado una

exige que sea un órgano jurisdiccional independiente el que resuelva en torno a la prohibición de ocupar una vivienda o a su desalojo⁵⁶ y debe establecerse la posibilidad de recurrir la decisión jurisdiccional que examine las circunstancias del desahucio⁵⁷.

IV.2. Las circunstancias del titular del derecho

El reconocimiento del derecho a la vivienda siempre se vincula a las circunstancias subjetivas de la persona que pide su reconocimiento⁵⁸. En ese sentido, la petición prioritaria no consiste en exigir una indemnización, sino que ha de manifestar su voluntad para continuar habitando la vivienda a la que no se le permite acceder o ha sido desalojado⁵⁹. Las condiciones legales de un desalojo pueden aplicarse correctamente conforme a la legislación interna, lo que no conlleva en sí mismo que la medida resulte necesaria y proporcionada. Los desahucios pueden ajustarse a la legislación interna y garantizar la seguridad jurídica, así como, si se trata de una vivienda protegida, el bienestar de aquellas personas que la utilizan legalmente. Sin embargo, la intervención pública mediante un desahucio ha de ser necesaria en una sociedad democrática, lo que requiere un examen caso por caso de las circunstancias que rodean el desalojo. En concreto, la vivienda protegida que había sido objeto de desahucio no se transfirió a otras personas para su uso – en garantía de su objeto social – sino que la conservó el Estado con fines especulativos, sin apreciar el especial apego que mantenían los anteriores ocupantes⁶⁰.

La interpretación del derecho a la vida privada y familiar ha de tomarse en consideración de forma prioritaria, al afectar a la identidad del individuo, su autodeterminación e integridad física y moral⁶¹; a las relaciones con otras personas; y, por último, al mantenimiento de un lugar seguro y estable. Otro de los factores que parece valorar de modo favorable el TEDH es el apego especial a la vivienda que la

ponderación justa de los intereses de la comunidad, por un lado, y el interés privado consistente en disfrutar efectivamente de los derechos reconocidos en el art. 8 CEDH.

⁵⁶ STEDH 13 de mayo de 2008, Asunto 10999/04, *McCann* c. Reino Unido, aps. 49-55. Véase también, SSTEDH 21 de septiembre de 2010, Asunto 37341/06; *Kay* y otros c. Reino Unido, aps. 71-74; y el precedente STEDH 27 de mayo de 2004, Asunto 66746/01, *Connors* c. Reino Unido, aps. 86-95. Al respecto, véase *CASADEVALL* (2012): 350 y 351.

⁵⁷ STEDH 18 de diciembre de 2012, Asunto 40060/08, *Buckland* c. Reino Unido, aps. 70-72. Si bien se había producido la suspensión del acuerdo de toma de posesión, lo cierto es que no se habilitó un recurso que evaluase la proporcionalidad de la medida.

⁵⁸ *PALMER* (2009): 78.

⁵⁹ STEDH 27 de mayo de 2010, Asunto 6518/2004, *Dokic* c. Bosnia Herzegovina, ap. 66.

⁶⁰ STEDH 29 de enero de 2015, As. 15711/13, *Stolyarova* c. Rusia, aps. 59-63. Tampoco se molestó el gobierno ruso en facilitar otra vivienda para el realojo que, incluso, podría haberse producido en Moscú, tal y como señala el Tribunal.

⁶¹ *TOMÁS MALLÉN* (2011): 292.

persona había demostrado, denostando intentos de especulación⁶². En definitiva, resulta indispensable evaluar las circunstancias personales y familiares para resolver en torno a la proporcionalidad y necesidad de un desahucio⁶³.

Una de las formas de solucionar los problemas de ponderación consiste en el planteamiento de alternativas que eviten el desalojo, de manera que se presente como solución de última *ratio*⁶⁴. Eso puede conllevar el realojo, recabar la colaboración de las autoridades públicas u ofrecer ayudas económicas. Ésta puede ser una forma de paliar las dificultades familiares que entraña la imposibilidad de permanecer en una vivienda⁶⁵. Si la privación de la vivienda entraña la separación de los hijos de sus padres, el TEDH entiende esto como una injerencia de los poderes públicos en la vida privada y familiar de las personas. El Estado debería actuar, a juicio del Tribunal, de manera que permita que el vínculo familiar se desarrolle y adopte las medidas necesarias para reunir al padre y al hijo en cuestión⁶⁶. Así, se les reprochó a las autoridades checas la decisión de internar a los niños y no buscar otras alternativas, como la concesión de ayudas sociales; la búsqueda de empleo a los padres que les permitieran disfrutar de una mayor estabilidad económica; o la asistencia para solicitar una vivienda social⁶⁷.

Los estados disponen de un margen de apreciación para emitir decisiones políticas que se ven plasmadas en normas acerca de la utilización del suelo, la disponibilidad presupuestaria o la organización y gestión de vivienda pública protegida⁶⁸. No obstante, todas ellas han de coonestarse con el derecho a la vida privada y familiar, que afecta al

⁶² STEDH 6 de diciembre de 2011, Asunto 7097/10, *Gladysheva* c. Rusia, aps. 93-97. Los procesos de privatización de las viviendas o del patrimonio público, como consecuencia del tránsito a un sistema de libre mercado, ocasionaban situaciones de desamparo y de enorme inseguridad jurídica en Rusia. De hecho, no se cumplían las condiciones legales para el acceso a una vivienda e, incluso, pesaba una acusación de falsedad documental sobre la ocupante del inmueble, en el cumplimiento de los requisitos para mantener su vivienda y que no fuera vendida por el gobierno ruso. Al respecto, véase también STEDH 21 de junio de 2011, Asunto 48833/07, *Orlic* c. Croacia, aps. 68-71. En este caso, se pone de manifiesto el vínculo que une al recurrente con la comunidad. Se afirma que el interés del Estado en controlar la legalidad es secundario respecto al derecho de la persona a que se respete su hogar.

⁶³ SUDRE (2012): 540.

⁶⁴ LECKIE (2001): 155.

⁶⁵ STEDH 22 de febrero de 2005, Asunto 47148/1999, *Novoseletsky* c. Ucrania, aps. 75-88. Un matrimonio había abandonado voluntariamente la vivienda para trasladarse a otra zona del país a fin de culminar los estudios uno de los cónyuges. Eso significó también el desplazamiento con su esposa, quien tuvo un hijo durante los dos años de estancia fuera del hogar. Las autoridades, al comprobar la ausencia de los ocupantes por un periodo prolongado de tiempo, decidió adjudicar la vivienda a otras personas, plantear alternativa alguna para los que habían desocupado la vivienda.

⁶⁶ JIMÉNEZ GARCÍA (2014): 116.

⁶⁷ STEDH 26 de octubre de 2006, Asunto 23848/2004, *Wallová y Walla* c. República Checa, aps. 67-78.

⁶⁸ GORDILLO PÉREZ (2013): 51.

libre desarrollo de la persona en sociedad y acorde con sus circunstancias familiares. De nuevo el TEDH basa sus pronunciamientos en el círculo íntimo, privado e individual que le permita demostrar que la acción o la omisión del Estado le impiden disfrutar de aquel derecho. Ahora quizá cabe preguntarse si únicamente por el hecho de existir un apego por la comunidad o la vivienda, o formar parte de una familia, debe reconocerse el derecho a la vida privada o familiar. El resto de colectivos que no se halla en esa situación parece que no está en condiciones de disfrutar de una vida autónoma, de un proyecto de vida o del desarrollo de la libre personalidad. Resulta curiosa la manera en que la Corte Europea ha extendido el derecho a la vida privada y familiar para personas que cuentan con un determinado estatus y, sin embargo, ignora u olvida otros grupos sociales que requieren una atención aunque no pueda calificarse como perentoria⁶⁹.

IV.3. La variabilidad de los pronunciamientos

Sucede algo parecido cuando el Tribunal excluye cualquier tipo de injerencia en las competencias internas y, sin embargo, enjuicia y examina si las medidas adoptadas para proveer a unas personas de vivienda son proporcionales para garantizar su vida privada y familiar, además de proponer alternativas antes de emplear ese recurso excepcional que es el desahucio⁷⁰. Pese a tratarse de una decisión de inequívoca competencia interna, las cuestiones económicas, el derecho de propiedad, la libertad de empresa deben ceder ante la extensión del derecho a la vida privada y familiar. Ahora bien, podría preguntarse en qué medida el estado se encuentra obligado al realojo o adoptar otro tipo de medidas si se carece de los recursos indispensables para ello. El TEDH en esa hipótesis entiende que, una vez reconocido el derecho, incluso por la vía jurisdiccional no puede justificarse el incumplimiento de una sentencia ejecutiva por la escasez de recursos en materia de vivienda⁷¹.

La adopción de medidas económicas que puedan incidir en el derecho a la vivienda digna ha sido examinada por el TC. En concreto, el incremento del tipo de gravamen del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados podría implicar un coste adicional a la vivienda. Se les reprochó a los recurrentes que no

⁶⁹ MIKKOLA (2010): 352.

⁷⁰ JIMÉNEZ GARCÍA (2014): 117.

⁷¹ STEDH 9 de abril de 2015, As. 65829/12, *Tchokontio Happi* c. Francia, ap. 50. El derecho controvertido en este caso es el referido al juicio justo (art. 6 CEDH).

cumplieron la carga de fundamentar de manera suficiente cuáles son los motivos por los cuales la vulneración del derecho a la vivienda digna se habría producido⁷². Esto último invita a pensar que, de haberse presentado las pruebas concluyentes, el TC habría otorgado el amparo basándose en el contenido propio del derecho a la vivienda digna. Habría precisado un análisis de la proporcionalidad del incremento del impuesto y su adecuación a la garantía de un principio rector como es el derecho a la vivienda digna.

Todo ello permite concluir que no puede descartarse la protección y tutela del derecho a la vivienda y más en la situación actual, en que continúa privándoseles de su hogar a muchas familias. La cuestión es hasta qué ámbito alcanza el derecho a la vida privada y familiar en materia de vivienda y por qué se excluye una buena parte de la población que no responde a los criterios fijados por el TEDH.

V. Asistencia sanitaria, derecho a la integridad física y derecho a no recibir tratos degradantes e inhumanos

Uno de los paradigmas en torno a la influencia de los derechos sociales en a la vida de las personas se encuentra en las operaciones por cambio de sexo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado la necesidad de que, en ocasiones, el Estado afronte los gastos derivados de las estas intervenciones quirúrgicas. El derecho a la vida privada y familiar resulta vulnerado en los supuestos en que aquél obstaculiza o simplemente no colabora en el cambio deseado por cualquier ciudadano, que resulta imprescindible para el desarrollo de su personalidad y su vida privada. No obstante, el Tribunal considera necesario examinar en cada caso si el Estado puede permitirse cubrir la operación, aunque sea parcialmente⁷³. La condición de transexual obliga a las autoridades públicas a adoptar medidas administrativas, tales como el cambio en la inscripción del registro civil o la modificación del documento de identidad⁷⁴.

Resulta curioso el argumento relativo a la necesidad de proteger la vida privada y familiar como requisito imprescindible para el desarrollo de la personalidad. Parecería desprenderse que a las personas no transexuales no les afecta el hecho de no recibir

⁷² STC 7/2010, FJ 7°.

⁷³ STEDH 11 de septiembre de 2007, As. 27527/2003, L. c. Lituania, ap. 97.

⁷⁴ STEDH 11 de julio de 2002, As. 25680/1994, I. c. Reino Unido, aps. 45-53 El respeto de la vida privada de las personas debería tener en cuenta la realidad médica, biológica y psicológica, manifestada inequívocamente por la recomendación de los expertos médicos, a fin de evitar el retraso en este tipo de operaciones quirúrgicas por cambio de sexo (STEDH 11 de enero de 2009, As. 29002/06, *Schlumpf* c. Suiza, aps. 115-117).

atención médica en el desarrollo de la personalidad, lo cual parecería poco menos que paradójico. La pregunta que podría suscitarse aquí es por qué se extiende a las personas transexuales y no a otras⁷⁵. El TEDH ha planteado objeciones a la prestación sanitaria universal o a muchas personas, como la viabilidad económica para hacer frente a este tipo de intervenciones por parte de la sanidad pública⁷⁶. Aún así, el mismo parece definir aquel mal o deficiencia que debe recibir tratamiento sanitario público, lo que extraña al tratarse, en principio, de una cuestión de mera legalidad a resolver por el Estado, como efectivamente reconoce el Tribunal, de acuerdo con criterios económicos, entre otros⁷⁷.

Respecto al derecho a la integridad física, sí se han establecido algunos requisitos para recibir asistencia sanitaria. En concreto, podría suceder que las personas inmigrantes afectadas sufrieran una dolencia grave que pudiera costarles la vida y, sin embargo, por su situación y estatus jurídico en el país de acogida no pueden exigir de las autoridades públicas un tratamiento⁷⁸. En una controversia planteada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un ciudadano de Uganda, que residía de forma irregular en Reino Unido, había manifestado que era portador del virus VIH, por lo que solicitó la prestación sanitaria debido a que la repatriación a su país iba a suponer la desatención. Al respecto, el Tribunal no garantiza la atención de cualquier persona en todo caso, equiparando integridad física a salud, sino que exige ciertos requisitos ligados al principio de proporcionalidad, es decir, a la necesidad imperiosa de la prestación por los poderes públicos⁷⁹.

Primero, el tratamiento en el país de origen de la persona no debe resultar viable y disponible. Piénsese que, aunque se trate de personas procedentes de zonas subdesarrolladas, pueden facilitar la medicación necesaria para el tratamiento y disponen de algunos recursos indispensables⁸⁰; en segundo lugar, la enfermedad ha de resultar lo suficientemente grave como para deteriorar la salud de la persona de forma

⁷⁵ COURTIS y ABRAMOVICH (2004): 89.

⁷⁶ DE LORA y ZUÑIGA (2009): 69-73.

⁷⁷ SANTAMARÍA ARINAS (2015): 50.

⁷⁸ PALMER (2009): 55.

⁷⁹ ARRUEGO (2009): 292 y 293.

⁸⁰ STEDH 27 de mayo de 2008, As. 25565/05, N. c. Reino Unido, aps. 44-50. Véase también PÉREZ ALBERDI (2014): 328-330.

progresiva o causar daños a terceras personas⁸¹; tercero, el deterioro de la salud ha de encontrarse en un avanzado estado⁸².

Podría considerarse, sin embargo, que la atención médica en los países menos avanzados no comporta de por sí una asistencia adecuada. En ese caso, solamente podría permanecer la persona extranjera en el país de acogida en circunstancias excepcionales, es decir, cuando se halle enfermo de forma crítica y esté próximo a la muerte⁸³. El juicio ponderativo que llevan a cabo aquellos pronunciamientos no tiene en cuenta el desarrollo de la personalidad, la autonomía o dignidad pero sí se colige de ellos que, en realidad, no debería haberse invocado la integridad física, sino el derecho a la vida, por la necesidad de que exista un riesgo de muerte o la enfermedad se encuentre en una situación avanzada⁸⁴. Podría reclamarse el derecho a la asistencia sanitaria por parte de otros colectivos que se hallan en una situación especial, como las personas privadas de libertad en centros penitenciarios⁸⁵. Podrían sufrir enfermedades crónicas o progresivas y, pese a su condición de presidiarias, las autoridades públicas se encuentran obligadas a proporcionarles el tratamiento médico adecuado⁸⁶.

La calidad o el cumplimiento de los deberes inherentes a la asistencia sanitaria también se han vinculado al derecho a la integridad física⁸⁷. La prestación de un consentimiento no adecuado a la paciente podría derivar en una prestación incorrecta y vulnerar el derecho a la integridad física de aquella⁸⁸. Esa necesidad debe ser objeto de

⁸¹ STEDH 15 de febrero de 2002, As. 46553/99, SCC c. Suecia, ap. 3, no admitida la demanda.

⁸² STEDH 29 de mayo de 1998, As. 40900/98, *Karara c. Finlandia*, ap. 4, no admite la demanda.

⁸³ WOLFF (2012): 96-101.

⁸⁴ LASAGABASTER HERRARTE y ANGOITIA GOROSTIAGA (2015): 49. También existe algún otro caso en que el Tribunal pone de manifiesto la falta de medios para proceder a la intervención quirúrgica.

⁸⁵ STEDH 25 de mayo de 2014, Asunto 19696/10, *Gheorghe Predescu c. Rumania*, aps. 51-56. En este caso, no se acertó en el diagnóstico médico respecto a la situación de una persona enferma mental en un centro penitenciario. La estrategia terapéutica ha de ser la adecuada, que ha de limitar los efectos de la enfermedad o prevenir su agravación (STEDH 16 de abril de 2015, As. 63054/2013, *Papastavrou c. Grecia*, ap. 89). La atención médica en las prisiones debe adquirir estándares propios de una persona que no se halla privada de libertad. La atención adecuada y la diligencia de las autoridades internas también debe aplicarse en los casos en que se produzca el ingreso en el servicio militar (STEDH 6 de octubre de 2015, As. 17081/06, *Metin Gültekin y otros c. Turquía*, Aps. 47 y 48).

⁸⁶ STEDH 3 de mayo de 2009, As. 23052/05, *Kaprykowsky c. Polonia*, aps. 69-78. En concreto, un ciudadano polaco que padecía epilepsia fue encarcelado en una penitenciaría del Estado. Asimismo, se le habían diagnosticado otros males psicóticos, úlceras estomacales y sífilis. Los prisioneros deben ser detenidos en condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana y las medidas restrictivas impuestas por las autoridades no deben exceder, en cuanto a su intensidad, del grado inevitable de sufrimiento que conlleva la detención.

⁸⁷ SUDRE (2012): 542.

⁸⁸ SSTEDH 29 de julio de 2002, As. 2346/02, *Pretty c. Reino Unido*, aps. 64-78, y 8 de febrero de 2012, As. 18968/07, V.C. c. Eslovaquia, aps. 143-150. Véase SANTAMARÍA ARINAS y BOLAÑO PIÑEIRO (2015): 75.

control por una instancia jurisdiccional interna⁸⁹. El incumplimiento de la *lex artis* conlleva de por sí la falta de actuación debida, lo que ha permitido al TEDH examinar otros casos de negligencia, aunque con resultados muy vacilantes. Por ejemplo, la transmisión del virus de la hepatitis C o el VIH mediante transfusiones sanguíneas no fue objeto de análisis por el Tribunal, al tratarse de una competencia interna. Sí es cierto, en cambio, que se admitió la discriminación por el hecho de que las autoridades italianas no habían seguido los mismos criterios en el resto de casos⁹⁰.

En caso de que se produzca una deficiencia en la atención médica, los Estados han de prever remedios legales disponibles para aclarar los hechos, determinar los responsables y proveer los medios de reparación necesarios para la víctima. Las autoridades deben efectuar un intento serio para averiguar qué sucedió, empleando los medios disponibles para asegurar la evidencia de todo aquello que afectó al incidente⁹¹. Las obligaciones de acción positivas también deben imponerse a las autoridades públicas cuando se trata del cuidado y asistencia de menores, especialmente si se trata de personas discapacitadas⁹². En fin, en la sanidad pública, los Estados deben aprobar un cuadro reglamentario que imponga a los hospitales, sean públicos o privados, la adopción de medidas propias para asegurar la protección de la vida de sus pacientes⁹³.

El TC vincula el derecho a la vida y a la integridad física con la provisión de prestaciones sanitarias, al entenderlas incluidas en el derecho a la salud y la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios. Ahora bien, se reconoce el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria de acuerdo con las condiciones fijadas por las normas correspondientes. Señala el TC, acerca de este particular, que los principios rectores de la política social y económica no son normas sin contenido, sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones han de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección⁹⁴. Ahora bien, cabría cuestionar al Alto Tribunal

⁸⁹ STEDH 19 de noviembre de 2012, Asunto 34806/04, X c. Finlandia, aps. 219-222.

⁹⁰ STEDH 1 de diciembre de 2009, As. 43134/05, G.N. y otros contra Italia, aps. 127-134.

⁹¹ STEDH 16 de enero de 2014, As. 6318/03, *Valerie Fuklev* c. Ucrania, aps. 93-98. En relación al derecho a la vulneración del derecho a la vida, puede citarse también la STEDH 17 de julio de 2014, Asunto 47848/08, *Valentin Campeanu* c. Rumania, aps. 140-143.

⁹² STEDH 19 de febrero de 2015, As. 10401/12, *Helhal* c. Francia, aps. 62 y 63. La persona minusválida padecía incontinencia urinaria y no se le facilitó un acceso digno a los servicios sanitarios, lo que suponía un trato humillante o degradante.

⁹³ SSTEDH 18 de junio de 2013, Asunto 48609/2006, *Nencheva* y otros c. Bulgaria, aps. 117-129 y 13 de noviembre de 2012, As. 30015/96, A. y otros c. Turquía, aps. 82-87.

⁹⁴ STC 95/2002, FJ 4º.

qué sucede si se les priva a las personas extranjeras de la asistencia sanitaria porque ya no forman parte de una pareja de hecho con una nacional. ¿Vincularía del mismo modo el principio rector de política social o económica, por el solo hecho de la nacionalidad, o también deberían tomarse en consideración los criterios expuestos por la Corte europea de Derechos Humanos?

VI. Conclusiones

En este trabajo se ha tratado de demostrar la delgada línea que separa los derechos fundamentales y los sociales, hasta el punto de que en algunos casos su alcance coincide, como si se formaran círculos concéntricos. La teoría clásica en torno a la separación, división o clasificación en la práctica ha decaído en detrimento de la aplicación de principios como el de necesidad o de proporcionalidad, tal y como se ha expuesto a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de vivienda o asistencia sanitaria. Eso significa que el concepto mismo de Derecho Humano alcanza un perfil que se aproxima paulatinamente hacia los caracteres propios de los derechos sociales, como puede ser la necesidad de acción positiva o intervención de los poderes públicos para su satisfacción, o la invocación de un derecho social, de forma directa, recibiendo cobijo de derechos como la vida privada y familiar o la integridad física.

Los parámetros para definir qué se considera derecho fundamental y derecho social resultan en la actualidad difusos, toda vez que la coyuntura social y económica han obligado a los legisladores, a la Administración y a los tribunales a interpretar el contenido de los derechos fundamentales de tal forma que han logrado invadir parcelas ajenas a su tradicional significado. La vivienda digna entronca con el derecho a disfrutar de la vida privada y familiar. Uno y otro derecho se complementan, de modo que, antes de decidir, sea por el legislador o, en su caso, por los tribunales de justicia, si se reconoce y cómo se ejerce el derecho fundamental, han de tomar en consideración que la vivienda digna es inherente o forma parte de la vida privada y familiar, lo mismo que la falta de atención sanitaria puede implicar una violación del derecho a la integridad física o a no recibir tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Es cierto que en los pronunciamientos del TEDH, por ejemplo, se exigía que el Estado juzgase si había adoptado una decisión adecuada, necesaria y proporcional con el ejercicio del derecho fundamental. En ese sentido, no puede afirmarse sin más

consideración que todas las personas deben recibir una asistencia sanitaria universal en cualquier momento o todos tienen el derecho a recibir una vivienda. No obstante, de los fallos reseñados se desprende que las autoridades han de efectuar un juicio de ponderación entre los derechos a satisfacer y la viabilidad económica, de modo que no puede ignorarse la motivación en torno a la necesidad y a la proporcionalidad de las decisiones administrativas, legislativas o judiciales que conciernen a los derechos sociales. En otras palabras, la preeminencia de los valores economicistas y las ideologías o pre-ideologías neoliberales no priman o resultan preeminentes sobre otro tipo de derechos directamente vinculados a los Derechos Humanos por excelencia.

De este modo, por la vía pretoriana se ha ido confirmando la indivisibilidad de los Derechos Humanos, puesto que se profundiza en una redefinición del significado de los derechos, de su alcance, a través del cauce axiológico, de la ponderación, no de la previa clasificación realizada de *lege lata* por las constituciones o las leyes aplicables. Es difícil conocer el verdadero alcance de estas tesis que, sin resultar novedosas, adquieren una plena vigencia y actualidad en estos días en que la desigualdad social crece como si se tratara del efecto lógico del sistema económico o un daño colateral sin mayor repercusión. La interpretación de instrumentos y Tratados internacionales también ha de servir para completar el sentido y significado de la Constitución, a tenor del art. 10 del mismo Texto Constitucional. Se desconoce en qué medida el legislador tomará en consideración algunos de estos fallos jurisprudenciales, pero no hay duda de que se abre paso paulatinamente la necesidad de llevar a cabo una ponderación de los derechos e intereses en presencia, una valoración jurídica más allá de las clasificaciones y las nomenclaturas legislativas o constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2004): *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta.

ALEXY, Robert (1997): *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa.

AÑÓN ROIG, María José, DE LUCAS, Javier et al. (2004): *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch.

ARRUEGO, Gonzalo (2009): “Derechos fundamentales y biomedicina: algunas reflexiones acerca del derecho a la integridad en la doctrina del TC y del TEDH”, EMBRID IRUJO, Antonio (dir.), *Derechos económicos y sociales*, Madrid, Iustel, págs. 271-304.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier (2015): “Art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar”, LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático* (3ª edic.), Madrid, Civitas/Thomson-Reuters, págs. 377-397.

CASADEVALL; Josep (2012): *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch.

CORRIENTE CÓRDOBA, José Antonio (2000): “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Anuario de Derecho Europeo* 2, págs. 128-132.

DE LORA, Pablo y ZUÑIGA FAJURI, Alejandra (2009): *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*, Madrid, Iustel.

DONNELLY, Jack (2013): *Universal human rights in theory and practice*, Londres, Cornell University Press.

DURÁN y LALAGUNA, Paloma (2007): *La perspectiva de las Naciones Unidas en la protección de los derechos sociales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi.

EIDE, Asbjorn (2001): “Economic, social and cultural rights”, EIDE, A., KRAUSE, Catarina. y ROSAS, Allan, *Economic, social and cultural rights. A textbook*, Kluwer Law International, Dordrecht.

EIDE, Asbjorn (2001): “The right to an adequate standard of living”, EIDE, KRAUSE y ROSAS, *Economic, social and cultural rights. A textbook*, Kluwer Law International, Dordrecht.

ESCOBAR ROCA, Guillermo (2012): “Indivisibilidad y derechos sociales: de la declaración universal a la Constitución”, *Lex Social, Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 2, págs. 47-61.

ESCOBAR ROCA, Guillermo y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Beatriz (2012): “Capítulo XI. El derecho a la vivienda”, ESCOBAR ROCA, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y*

tutela antidiscriminatoria, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi págs. 1271-1293.

FERNÁNDEZ, Eusebio (1984): *Teoría de la justicia y Derechos Humanos*, Madrid, Debate.

FERRAJOLI, Luigi (2001): *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta.

GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo (2011): *Derechos sociales: imprescindibilidad y garantías*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos (2010): *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcelona, Bosch.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús (2004), *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch.

GORDILLO PÉREZ, Luís I. (2013): “Derechos sociales y austeridad”, *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, págs. 34-55.

GREGG, Benjamin (2013): *Human rights as social construction*, Cambridge, Cambridge University Press.

HABERMAS, Jurgen (2002): *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid, Tecnos.

JIMENA QUESADA, Luís (2012): “Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales”, ESCOBAR ROCA, Guillermo (dir.), *Derechos sociales...*, cit., pp.1508-1525.

- (2012): “La tutela de los derechos sociales: el espacio de la Unión y del Consejo de Europa”, CASCAJO CASTRO, Luís, TEROL BECERRA, Manuel, DOMÍNGUEZ VILA, Antonio y NAVARRO MARCHANTE, Vicente (coords.), *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociaciones de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 142-163.

JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco (2014): “Tomarse en serio el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Especial referencia a los derechos sociales, el derecho a la vivienda y la prohibición de los desalojos forzosos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, págs. 79-124.

KLEIMT, Hartmut (1979), *Filosofía del Estado y criterios de legitimidad*, Alfa, Buenos Aires.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki y ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor (2015) “Art. 2. Derecho a la vida”, en LASAGABASTER HERRARTE, i. (Dir.), *Convenio Europeo...*, cit., pp. 45-54.

LECKIE, Scott (2001): “The human right to adequate housing”, EIDE, KRAUSE y ROSAS..., cit.

MIKKOLA, Matti (2010): *Social Human Rights of Europe*, Porvoo, Karelactio.

MORTE GÓMEZ, Carmen y SALINAS ACELGA, Sergio (2009): “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, EMBRID IRUJO, Antonio (dir.), *Derechos económicos y sociales*, Madrid, Iustel, págs. 359-415.

MORENO GONZÁLEZ, Beatriz (2002): *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas.

NAZET-ALLOUCHE, Dominique (2006): “La Cour de justice des Communautés européennes et les droits sociaux fondamentaux”, GAY, Laurence, MAZUYER, Emmanuelle y NAZET-ALLOUCHE, Dominique (dirs.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, París, Bryllant, págs.. 215-232.

NINO, Carlos Santiago (1989): *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David (2006): *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad. Derechos sociales, medio ambiente y consumidores*, Granada, Comares.

PALMER, Ellie (2009): *Judicial review, socio-economic rights and the Human Rights Act*, Portland, Hart Publishing.

PÉREZ ALBERDI, Reyes (2014): “La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del TEDH”, TEROL BECERRA, Manuel José y JIMENA QUESADA, Luís (coords.), *Tratado sobre protección de Derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, cit., págs. 318-328.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2010): *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos.

PISARELLO, Gerardo (2007): *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta.

RAWLS, John (1998): “El derecho de gentes”, SHUTE, S y HURLEY, S. (ed.), *De los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta.

RAWLS, John (1979): *Teoría de la justicia*, Ediciones F.C.E., Madrid.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2007): *La administración del estado social*, Madrid, Marcial Pons.

SANTAMARÍA ARINAS, René Javier y BOLAÑO PIÑEIRO, María del Carmen (2015): “Art. 3. Prohibición de la tortura”, LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (dir.), *Convenio Europeo...*, cit., págs. 71-86.

SUDRE, Frédéric (2012): *Droit Européen et international des droits de l’homme*, Paris, PUF.

TOMÁS MALLÉN, Beatriz (2011): “El derecho a la protección de la salud o a la asistencia sanitaria a la luz de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”, TEROL BECERRA, Manuel José (dir.), *IV Foro Andaluz de los Derechos sociales. Igualdad e Integración*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 286-308.

UVIN, Peter (2004): *Human rights and development*, Bloomfield, Kumarian Press.

VON JHERING, Rudolph (1978): *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, Heliasta.

WOLFF, Jonathan (2012): *The human right to health*, Londres, Norton.