

Jornada sobre el Estado social y la vida digna
Organizada por el Ararteko, Bilbao 3 octubre 2014

La situación actual de los derechos sociales en Europa

Luis Jimena Quesada

Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia

I. Algunas premisas, casi innecesarias, sobre los derechos sociales y sobre Europa en el contexto actual. II. Apuestas actuales del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos sociales. III. Desafíos actuales para la Unión Europea en el terreno de los derechos sociales. IV. Las *Europas sociales* no pueden caminar por separado en la actualidad, ni los Estados miembros derrapar por senderos *asociales*. V. Algunas reflexiones finales, casi políticamente incorrectas, sobre el modo de enfocar hoy los derechos sociales en Europa

I. Algunas premisas, casi innecesarias, sobre los derechos sociales y sobre Europa en el contexto actual

De entrada, con respecto a la concepción sobre los derechos sociales, me da la impresión de que se han ido imponiendo paulatinamente consideraciones que a mi modo de ver guardan conexión con enfoques académico-universitarios erróneos y acomodaticios, los cuales desafortunadamente se han proyectado en la praxis política, económica y social. Esa concepción (y, sobre todo, en lo atinente a los derechos sociales más estrechamente conectados con la defensa de las personas vulnerables y, por tanto, con el núcleo de la dignidad humana) ha transitado desde una clásica catalogación como acción de caridad hasta una más moderna y peyorativa etiqueta de acción "indignada" de índole "ONG", para ser despreciada desde la "ciencia jurídica" presuntamente más ilustre.

La crisis económica y financiera de los últimos años parece haber contribuido a ese tránsito plagado de despropósitos. Parece, asimismo, que hemos salido del letargo, superándose incluso un cierto sentimiento de inferioridad en quienes han pretendido abordar desde un enfoque jurídico la defensa de las personas que se encuentran en situación precaria, para evitar que realmente la idea de "derechos de los pobres, pobres derechos" sea secundada en paralelo por la idea de "derechos de los pobres, pobres juristas". Son más bien aquellos que rechazan o desprecian ese enfoque jurídico de derechos humanos quienes deben experimentar ese complejo de inferioridad al hacer gala de una ciega sofisticación acompañada de la *miserabilidad* de su argumentación jurídica, de su discurso político, de su estrategia económica o de su acción social.

Con estas premisas, deseo avanzar dos enfoques, en mi opinión equivocados y sesgados, que pese a todo han estado y siguen estando arraigados en las contribuciones (incluidas las universitarias) que se han ocupado de los instrumentos jurídicos que garantizan derechos sociales, a saber: de un lado, el teórico exclusivo mayor coste de los derechos sociales; y, de otro lado, la supuesta alergia de los derechos sociales a su justiciabilidad y articulación jurídica inmediatas.

Ambos enfoques constituyen auténticas falacias, puestas de manifiesto de manera más ostensible por la crisis económica y financiera, puesto que:

- por una parte, ¿acaso no tiene coste económico alguno el ejercicio del derecho de manifestación, la satisfacción del derecho a un proceso justo o la financiación de una campaña electoral para la puesta en práctica del derecho de sufragio?; ¿acaso no debe realizarse un informe de “factibilidad” (*ex ante* y *ex post facto*) para la vigencia de cualquier norma jurídica, afecte a derechos cívico-políticos o a derechos socio-económicos?

- Y, por otra parte, la problemática de la justiciabilidad inmediata afecta no sólo a los derechos sociales, sino también a los derechos civiles: piénsese en las “sentencias-piloto” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre derecho a un proceso equitativo y los prolongados plazos de resolución (por ejemplo, contra Polonia y contra Italia), que no pueden ser ejecutadas inmediatamente, dado que responden a fallos materiales y estructurales del sistema judicial que precisan de una intensa reorganización y de un considerable flujo de recursos.

En estas coordenadas, los informes anuales del Comité de Ministros del Consejo de Europa (institución encargada de velar por la ejecución tanto de las sentencias del TEDH como de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales –CEDS) sobre la supervisión de las sentencias del TEDH ilustran perfectamente las dos críticas efectuadas:

- Una, la cuantificación en millones de euros de la ejecución de las sentencias del TEDH (de los derechos civiles y políticos), para lo cual incluso se cuenta con un Fondo Fiduciario en el Consejo de Europa destinado a ayudar a los países condenados que tengan dificultades en hacer frente a esa ejecución.

- La otra, que la justiciabilidad no es tan inmediata si se pone el acento en las numerosas sentencias que están pendientes de ejecución, una ejecución que a lo peor tardará muchos años o no llegará nunca. Por todo ello, estimo preferible hablar de “efectividad” de derechos (sean cívico-políticos, sean socio-económicos) antes que de su “justiciabilidad”. Y, a este respecto, sería muy sencillo encontrar ejemplos de sentencias del TEDH que han contado con verdaderos problemas de ejecución, hasta demorarse más de una década¹ y, diversamente, decisiones del CEDS que se han ejecutado al cabo de pocos meses o atendidas incluso por el Estado demandado durante la sustanciación del caso². Por otro lado, el procedimiento de reclamaciones colectivas ante el CEDS cumple una función en alguna medida preventiva (al no precisarse el agotamiento de los recursos internos), por cuanto puede evitar eventuales contenciosos individuales ante el TEDH tras la preceptiva utilización de los remedios domésticos³.

Permítase, a mayor abundamiento, ilustrar la efectividad de las decisiones del CEDS propiciada por los distintos niveles del poder público (judicial, ejecutivo y legislativo):

- Un ejemplo de cómo a la modificación normativa puede anticiparse una ejecución vía judicial, a través del ejercicio del control de convencionalidad por las jurisdicciones internas, puede verse en la Reclamación nº 14/2003 (*caso Federación internacional de ligas de derechos humanos contra Francia*, decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004), que no sólo fue ejecutada por las autoridades

¹ Por ejemplo, Sentencia del TEDH de 13 de junio de 1979, *caso Marckx contra Bélgica*: el Gobierno belga tardó once años en modificar la legislación civil que discriminaba a los hijos extramatrimoniales en cuanto a derechos sucesorios (véase a este respecto la sentencia de la propia Corte de Estrasburgo dictada el 29 de noviembre de 1991 en el *caso Vermeire contra Bélgica*)]

² En el curso de la sustanciación de las Reclamaciones nº 33/2006 (*Movimiento Internacional ATD-Cuarto Mundo c. Francia*) y 39/2006 (*FEANTSA c. Francia*), el propio CEDS tomó nota en sendas Decisiones de fondo de 5 de diciembre de 2007 (§54 y §53, respectivamente) de la nueva Ley francesa nº 2007-290 de 5 de marzo de 2007 sobre el derecho a la vivienda (*Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit opposable au logement*).

³ A título de ejemplo, desde enero de 2012 se formularon miles de demandas ante el TEDH contra Hungría en relación con pensiones y prestaciones sociales que, de haber aceptado Hungría el procedimiento de reclamaciones colectivas, podrían haberse evitado (no sólo ante el TEDH, sino previamente ante las jurisdicciones internas) con la “solución europea” del CEDS. Es lo que ha sucedido en el caso de Grecia (que sí ha aceptado el Protocolo sobre reclamaciones colectivas), en donde la legislación anti-crisis ha sido sometida al CEDS mediante las reclamaciones comentadas. En el caso de Hungría la mayoría de esas demandas han sido inadmitidas por “manifiestamente infundadas”, con alguna excepción (STEDH *N.K.M. c. Hungría*, de 14 de mayo de 2013; violación del art. 1 del Protocolo nº 1, por la confiscación desproporcionada -privación injustificada de sus bienes- que comportaba el gravar con el 98% una parte de la indemnización por despido de la demandante en virtud de una ley entrada en vigor diez semanas antes de haber cesado en su trabajo).

francesas⁴, sino llevada a la práctica por el máximo escalón de la jurisdicción administrativa francesa (el Consejo de Estado, mediante su Decisión de 7 de junio de 2006, *Association Aides et autres*) al descartar la aplicación de la legislación francesa controvertida asumiendo la solución alcanzada en la Reclamación nº 14/2003⁵.

- Una modalidad de ejecución por vía ejecutiva la ofrece la retirada de libros de texto del sistema educativo que incluían manifestaciones homófobas contrarias a la educación sexual y reproductiva no discriminatoria impuesta por el art. 11 de la Carta: Reclamación nº 45/2007 (*Interights contra Croacia*, decisión de fondo de 30 de marzo de 2009)⁶.

- Y una ilustración sobre cumplimiento por vía legislativa, y dentro de un razonable plazo, puede comprobarse con motivo de la Reclamación nº 48/2008 (*ERRC contra Bulgaria*, decisión de fondo de 18 de febrero de 2009), tras la cual el Gobierno búlgaro informó al Comité de Ministros del Consejo de Europa que el Parlamento nacional había procedido a modificar la Ley de Asistencia Social en fecha 10 de febrero de 2010 (Gaceta Oficial nº 15 de 23 de febrero de 2010) para suprimir la limitación temporal en el disfrute de las prestaciones de subsidio de desempleo y conformarse así al derecho a la asistencia social, entendida como recursos mínimos garantizados, reconocido en el art. 13 CSE⁷.

En estas condiciones, la pretendida sofisticación jurídica basada en esos enfoques, equivocados y sesgados, que acabo de criticar, se torna en un vulnerable testimonio de ignorancia, puesto que desconoce el potencial protector

⁴ Vid. la Resolución ResChS (2005) 6 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de mayo de 2005 con motivo de la 925ª reunión de los Delegados de los Ministros, en la que se “toma nota de la Circular [del Gobierno francés] DHOS/DSS/DGAS nº 141 de 16 de marzo de 2005 relativa a la asunción de la atención urgente ofrecida a los extranjeros residiendo en Francia de manera irregular y no beneficiarios de la ayuda médica de Estado”.

⁵ Véanse también las decisiones de fondo de 20 de octubre de 2009 (reclamación nº 47/2008, *DCI c. Países Bajos*) (reclamación nº 47) y de 23 de octubre de 2012 (reclamación nº 69/2011, *DCI c. Bélgica*).

⁶ Vid. la Resolución CM/ResChS(2009)7 adoptada el 21 de octubre de 2009 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la que se da cuenta de la actitud positiva de las autoridades croatas de retirar el material pedagógico controvertido del listado de manuales para el año académico 2009/2010.

⁷ Véase Anexo a la Resolución del Comité de Ministros CM/ResChS(2010) 2 de 31 de marzo de 2010.

de los instrumentos jurídicos de garantía de los derechos sociales y, con ello, inflige vulnerabilidad a tales instrumentos.

Por otro lado, no podemos reconducir la “idea de Europa” exclusivamente a la Unión Europea (UE) desconociendo la tarea desempeñada por la organización paneuropea por excelencia que es el Consejo de Europa. En efecto, tanto se ha puesto el énfasis en la UE y en la prevalencia y fortaleza de sus objetivos de integración económica (frente a los más débiles designios políticos y relegados objetivos sociales), que la crisis económica ha comportado lógicamente atacar ese pilar (económico) teóricamente más sólido arrastrando a su vez a esos puntales (político y social) supuestamente más endeble. De esta manera, en el plano político e institucional, las acciones asimétricas del Banco Central Europeo (institución europea que encarnaría las esperanzas de los federalistas... si no fuera porque dicha institución no emana del *demos* europeo ni queda sometida a un claro control democrático) y de la Troika (órgano de difícil catalogación, lo mismo que sus actos) han sido duramente criticadas en el seno de la propia UE (p.e., por el Parlamento Europeo); y en el terreno social, las medidas de austeridad por ellos propugnadas han sido igualmente declaradas contrarias al *acervo social europeo* desde el Consejo de Europa (p.e., por el CEDS).

La crisis actual, consiguientemente, debe enfocarse en sus *justos* términos económicos y, consecuentemente, de manera coyuntural, susceptible de ser superada cíclicamente con otras recetas económicas. Ello no obstante, esa crisis económica no debe arrastrarnos a una crisis cultural o de valores (recuérdese que el Jean Monnet de los últimos días se cuestionó si no habría sido mejor empezar por la construcción cultural de Europa antes de dotarla de vestes económicas), especialmente del acervo común forjado durante décadas a través de instrumentos como la Carta Social Europea (CSE), concebida como “Pacto europeo de democracia socio-económica” indisociable y complementario del “Pacto europeo de democracia cívico-política” que es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), asumidos ambos como fuente para la elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE).

II. Apuestas actuales del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos sociales

Si se comparan los dos tratados más emblemáticos del Consejo de Europa (CEDH y CSE), se comprobará que existen inadmisibles asimetrías incompatibles con el principio de indivisibilidad, tanto en el plano del reconocimiento de los derechos como en el ámbito de las garantías respectivas: en particular, aceptación del conjunto de disposiciones en el CEDH *versus* sistema de aceptación “a la carta” en la CSE y la convivencia de la CSE de 1961 (con el Protocolo de 1988) junto a la CSE revisada de 1996; así como aceptación obligatoria del derecho de recurso individual ante el TEDH *versus* aceptación facultativa del procedimiento de reclamaciones colectivas⁸.

De hecho, una de las causas de esos desacertados enfoques que han acometido la protección de los derechos sociales radica indudablemente en haber asumido de manera hipócrita el discurso acerca de la indivisibilidad de todos los derechos humanos. Yo creo que no es necesario seguir recomfortándonos permanentemente en recordar pronunciamientos como la sentencia *Airey c. Irlanda* de 9 de octubre de 1979 del TEDH para constatar la evidencia de no poder establecer divisiones tajantes o compartimentos estancos entre derechos cívico-políticos y derechos socio-económicos: la prohibición del trabajo forzado, la libertad sindical o la educación ofrecen consiguientemente claros ejemplos de derechos reconocidos al mismo tiempo tanto en el CEDH como en la CSE.

Por supuesto, la jurisprudencia “social” del TEDH es sobresaliente. Dicho lo cual, debe advertirse que el CEDH fue diseñado preferentemente como un instrumento de derechos civiles y políticos, de suerte que los perfiles jurisprudenciales básicos del TEDH en materia de derechos sociales (al margen de derechos mixtos como los mencionados, de sindicación, de educación, o la prohibición del trabajo forzoso) han aflorado con apoyo en distintos métodos de interpretación, entre ellos:

- en primer lugar, el principio de indivisibilidad desde la citada STEDH *Airey c. Irlanda* de 1979⁹, que sin embargo ha conocido fluctuaciones recientes “a la baja”: en particular, en contraste con la STEDH *D. c. Reino Unido* de 2 de mayo de 1997 (*infra*), se ha criticado que con la STEDH *N. c. Reino Unido* de 27 mayo de

⁸ De los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, 43 son Partes en la Carta Social Europea: 33 en la Carta revisada de 1996 y sólo 10 en la Carta original de 1961. Y 15 Estados han aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas.

⁹ Esa misma técnica extensiva inspiró la adopción de la STEDH *Annoni de Boussola c. Francia* de 14 de noviembre de 2000, que reprochó los obstáculos financieros impuestos a los demandantes para tener acceso a la vía casacional en el orden interno.

2008 (no violación en relación con la expulsión de una persona extranjera enferma de SIDA hacia su país de origen, en donde carecería de acceso a medicamentos adaptados y consecuentemente vería reducida ineluctablemente su esperanza de vida) el principio de indivisibilidad habría perdido mucha fuerza, sacrificándose las obligaciones positivas que pesan sobre los Estados para realizar los derechos sociales elementales con objeto de evitar cargas financieras¹⁰;

- el segundo método interpretativo ha tenido como soporte el *principio de no discriminación* reconocido en el art. 14 CEDH en combinación con otras disposiciones convencionales como los arts. 6 y 8 CEDH o el art. 1 del Protocolo nº 1 (SSTEDH *Muñoz Díaz c. España* de 8 de diciembre de 2009 o *García Mateos c. España* de 19 de febrero de 2013);

- y, en tercer lugar, cabe destacar la técnica de *conexión de derechos o vía indirecta de protección*, según la cual el Tribunal de Estrasburgo ha revelado interesantes dotes de audacia hermenéutica dando entrada a situaciones o derechos no cubiertos expresamente por el texto convencional (sobre todo a través de los arts. 3 y 8 CEDH), como el medio ambiente (SSTEDH *López Ostra c. España* de 9 de diciembre de 1994 sobre olores y *Moreno Gómez c. España* de 16 de noviembre de 2004 sobre contaminación acústica) o la protección social de personas en situación vulnerable como extranjeros afectados por órdenes de expulsión que agravarían y acelerarían su estado terminal de salud (STEDH *D. c. Reino Unido* de 2 de mayo de 1997), segregación escolar de los niños pertenecientes a minorías gitanas (STEDH *D.H. y otros c. República checa* de 13 de noviembre de 2007), mujeres extranjeras sometidas a esclavitud moderna o doméstica (STEDH *Siliadin c. Francia* de 26 de julio de 2005), casos de violencia doméstica en perjuicio de menores (STEDH *Z y otros c. Reino Unido* de 10 de mayo de 2001), o supuestos de violencia de género (STEDH *Opuz c. Turquía*, de 9 de septiembre de 2009).

Ahora bien, tampoco conviene exagerar el potencial "social" del TEDH, so pena de caer en cierto desencanto. Así, sin descartar nuevos desarrollos (como la STEDH *Winterstein y otros c. Francia* de 17 de octubre de 2013, en la que concluyó una violación del art. 8 CEDH por las condiciones de desalojo de los demandantes -de las caravanas que servían de vivienda y expresaban su modo de

¹⁰ De hecho, se produciría una quiebra de la filosofía de la STEDH *Airey* de 1979, al sostenerse en la STEDH *N.* de 2008 que "si bien numerosos derechos que enuncia tienen prolongaciones o implicaciones de orden económico y social, el Convenio apunta *esencialmente* a proteger derechos civiles y políticos" (párrafo 44).

vida- y los obstáculos al correspondiente realojo), es evidente que en materia de asistencia social o de lucha contra la pobreza y la exclusión social resulta más adecuada la base habilitante de los arts. 13 y 30 respectivamente de la Carta Social Europea que el art. 3 CEDH (Decisión de inadmisibilidad del TEDH *Budina c. Rusia* de 18 de junio de 2009, sobre precariedad de una persona mayor a causa de la insuficiente pensión de jubilación), lo mismo que el art. 15 CSE se muestra más idóneo que el art. 8 CEDH en la inclusión social de las personas con discapacidad, como por lo demás ha reconocido la propia Corte europea (entre otras, SSTEDH *Botta c. Italia* de 24 de febrero de 1998 y *Molka c. Polonia* de 14 de abril de 2006, o Decisión de inadmisibilidad *Jitka Zehnalova y Otto Zehnal c. República Checa* de 14 mayo de 2002).

En ese orden de cosas, intentando efectuar una lectura en clave más positiva con respecto al proceder inmovilista sobre situaciones de precariedad, o reacio en el terreno de la discapacidad, es pertinente señalar que ambas posturas del TEDH tal vez denoten un alarde de realismo, en el sentido de no poder abarcar más allá de lo que el texto convencional y sus Protocolos le marcan, por más que fuerce las posibilidades hermenéuticas, pues finalmente no constituye en puridad un “Tribunal Europeo de Derechos Sociales”.

Desde esta perspectiva, acaso estemos cayendo en una especie de “obsesión convencional” o por el TEDH, pidiendo demasiado al sobrecargado “buque insignia” del Consejo de Europa, cuya resolución de “casos concretos” no es idónea en general para extraer soluciones colectivas como las exigidas para la vigencia del Estado social y los derechos sociales especialmente en el crítico contexto actual (pensemos en el acceso a la salud de las personas migrantes o en las medidas de austeridad o “anticrisis” concernientes a la reforma del mercado de trabajo o de las pensiones). Y semejante obsesión conduce a perder de vista el potencial de otros mecanismos, jurisdiccionales o no, aptos para defender efectivamente los derechos sociales: cabría reparar incluso en la paradoja de encontrar supuestos de justiciabilidad sin efectividad (incumplimiento de sentencias) y, al contrario, otros de efectividad sin justiciabilidad (los remedios judiciales son subsidiarios y últimos).

Permítaseme entonces introducir en este contexto el posible impacto de la jurisprudencia del CEDS, que ilustraré con dos supuestos (anteriormente evocados) por referencia a sus dos mecanismos de control, a saber: de un lado, el acceso universal a los cuidados de salud en el marco del sistema de informes (único que

vincula directamente a España, por ser el obligatorio establecido en la CSE de 1961 – España no ha ratificado la CSE revisada de 1996) y, de otro lado, el control de las medidas de austeridad a la luz del procedimiento de reclamaciones colectivas (no asumido por España, al no haber ratificado el Protocolo de 1995 que lo establece, pese a tener impacto indirecto, como se verá a continuación – por el efecto de retroalimentación de ambos mecanismos de control). Veamos ambos supuestos:

- *Primera ilustración:* en sus conclusiones relativas a 2013 (publicadas en enero de 2014) el CEDS determinó que la exclusión (salvo en casos excepcionales) de las personas extranjeras en situación irregular del derecho universal de acceso a los cuidados básicos sanitarios era contrario al art. 11 CSE. Dicha exclusión se introdujo en reciente legislación estatal “anticrisis” que, pese a ser secundada en algunas Comunidades Autónomas, no ha sido objeto de asunción en otras. No resulta impertinente transcribir una parte sustancial de la argumentación jurídica del CEDS:

“Además, el informe [del Gobierno] completa la descripción de ese marco jurídico general y sus reformas con una mención explícita al Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, así como al Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Ahora bien, el Comité constata que el citado Real Decreto-ley 16/2012 (que, según el informe, es desarrollado por el Real Decreto 1192/2012) ha procedido en su art. primero a una modificación de la Ley 6/2003 [de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud] que implica una exclusión del acceso a la atención sanitaria en detrimento de los extranjeros en situación irregular, salvo en ‘situaciones especiales’ (urgencia por enfermedad grave o accidente; asistencia a la mujer embarazada, antes y después del parto; extranjeros menores de dieciocho años).

Desde este punto de vista, el Comité considera que dicha exclusión del acceso a la atención sanitaria de los extranjeros adultos (de más de dieciocho años) en situación irregular es contraria al art. 11 de la Carta. En efecto, el Comité ya ha tenido ocasión de establecer que «los Estados Partes en la Carta (tanto en su versión de 1961 como en su versión revisada de 1996) han garantizado a extranjeros no cubiertos por la Carta derechos idénticos a los que enuncia la Carta o que son indisociables de ella ya sea por la ratificación de tratados en materia de derechos humanos –en particular, el Convenio Europeo de Derechos Humanos– ya sea por la adopción de normas de Derecho interno, constitucionales legislativas u otras que no establecen distinción entre las personas expresamente mencionadas en el anexo y los demás extranjeros. De este modo, han asumido dichas obligaciones» (Conclusiones 2004, Observación interpretativa del art. 11, p. 10).

En este sentido, el Comité ha afirmado que los Estados Partes en la Carta tienen obligaciones positivas en materia de acceso a la asistencia sanitaria con respecto a los migrantes, «se encuentren o no en situación irregular» (Médecins du Monde – International c. Francia, Reclamación n° 67/2011, decisión de fondo de 11 de septiembre de 2012, §144). En lo que concierne específicamente al art. 11, el Comité ha recordado que dicha disposición en su apartado 1, «impone a los Estados Partes la obligación de adoptar

medidas apropiadas para eliminar las causas de una salud deficiente, y que según la interpretación del Comité ello significa, entre otros elementos, que los Estados deben garantizar a toda persona el derecho de acceso a la asistencia sanitaria y que el sistema de salud debe ser accesible a toda la población”, en la medida en que “la atención sanitaria constituye condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana y que la dignidad humana representa un valor fundamental que se sitúa en el núcleo del Derecho europeo positivo en materia de derechos humanos –ya se trate de la Carta Social Europea o del Convenio Europeo de Derechos Humanos» (Fédération Internationale des Ligues des Droits de l’Homme c. Francia, Reclamación n° 14/2003, decisión de fondo de 8 de septiembre de 2004, § 31; Defence for Children International c. Bélgica, Reclamación n° 69/2011, decisión de fondo de 23 de octubre de 2012, §§ 100-101). Esta idea de accesibilidad universal ha sido igualmente subrayada como uno de los elementos esenciales del derecho a la protección de la salud por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas: «§12. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte» [Observación general n° 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)].

Además, la medida controvertida, según el preámbulo del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, era necesaria en el contexto de la crisis económica. En dicho contexto, el Comité había observado, en la Introducción general de las Conclusiones XIX-2 de 2009 sobre las repercusiones de la crisis económica sobre los derechos sociales que, si por un lado «el aumento del paro pone en peligro los sistemas de seguridad social y de asistencia social, en la medida en que el número de beneficiarios aumenta mientras que los ingresos obtenidos de la fiscalidad y de las cotizaciones de seguridad social disminuyen», por otro lado, al suscribir la Carta de 1961, las Partes «han aceptado perseguir por todos los medios útiles la realización de condiciones aptas para asegurar el ejercicio efectivo de un cierto número de derechos, especialmente el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica, y el derecho a los servicios sociales». Sobre esta base, el Comité concluyó que «la crisis económica no debe traducirse en una reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta. Los Gobiernos deben por tanto adoptar todas las medidas necesarias para conseguir que esos derechos sean efectivamente garantizados en el momento en el que la necesidad de protección se hace sentir más» (GENOP-DEI y AEDDY c. Grecia, Reclamaciones n° 65/2011 y n° 66/2011, decisiones de fondo de 23 de mayo de 2012, § 16 et § 12). Con el mismo espíritu, el Comité ha sostenido que, incluso teniendo en cuenta del contexto particular generado por la crisis económica, los Gobiernos implicados deben llevar a cabo un mínimo de estudios y análisis, así como de discusiones y consultas con las organizaciones implicadas, sobre los efectos de las medidas en cuestión, cuyo impacto sobre los grupos más vulnerables de la sociedad debería ser evaluado en profundidad (IKA-ETAM c. Grecia, Reclamación n° 76/2012, decisión de fondo de 7 de diciembre de 2012, § 79). En todo caso, y a la luz de la complejidad de las medidas relativas a una reorganización del sistema de salud (eventuales medidas alternativas menos costosas en el plano financiero e incluso sobre el alcance real de la medida de exclusión controvertida para la salud pública del conjunto de la población), la crisis económica no puede ser el pretexto para una restricción o privación del derecho de acceso a la atención sanitaria que afecte a la sustancia o esencia de tal derecho.

Pese a las evoluciones legislativas regresivas concernientes al acceso a la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular mencionadas más arriba, al haber sido adoptadas fuera del período de referencia (2008-2011), el Comité no está en condiciones de tomarlas en cuenta en la presente conclusión. Ello no obstante, si dicha legislación se mantiene, nada podrá demostrar en el próximo ciclo de control que la situación sea conforme a la Carta”.

A la vista de esta resolución del CEDS, la misma significa que la normativa enjuiciada es contraria a la Carta Social y, por ende, debe ser modificada (por el

Gobierno o por el Parlamento), desatendida (por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, incluido el personal sanitario que se vea confrontado a las situaciones controvertidas), inaplicada (por los órganos jurisdiccionales nacionales ejerciendo el control de convencionalidad) y anulada (por el Tribunal Constitucional). No sugiero un acto de “rebeldía” por parte de los diferentes poderes públicos nacionales, sino sencillamente un acto de responsabilidad y de coherencia con los compromisos internacionales sobre derechos humanos suscritos por España, pues todos esos órganos constitucionales deben atender y respetar el mandato interpretativo del art. 10.2 en conexión con el mandato aplicativo impuesto por los arts. 93 a 96 de la Constitución¹¹.

- *Segunda ilustración:* En el año 2012 dictó el CEDS las dos primeras decisiones que abordaron frontalmente la problemática de las medidas “anticrisis” de austeridad y flexibilidad del mercado laboral adoptadas bajo imposición de la Troika. Se trata de las dos decisiones de fondo del CEDS de 23 de mayo de 2012 de resolución de las Reclamaciones colectivas nº 65/2011 y nº 66/2011 (ambas contra Grecia, formuladas por los sindicatos griegos *Federación general de empleados de las compañías públicas de electricidad* y *Confederación de sindicatos de funcionarios públicos*).

En la primera decisión (Reclamación nº 65/2011), el CEDS concluyó que se había producido una violación del art. 4.4 CSE, por cuanto la ley nacional que autorizaba el despido sin preaviso ni indemnización a los asalariados con contrato de duración indefinida durante un período inicial de doce meses es incompatible con dicha disposición de la Carta. En la segunda decisión (Reclamación nº 66/2011), el CEDS llegó a la conclusión de violación de diversas disposiciones de la Carta Social (arts. 4.4, 7.7, 10.2 y 12.3), al enjuiciar las disposiciones restrictivas sobre vacaciones anuales, sistemas de aprendizaje y formación, y cobertura de la seguridad social en los llamados “contratos de aprendizaje especiales” para asalariados de entre 15 a 18 años, así como las disposiciones referentes a la irrisoria remuneración (un pequeño porcentaje del salario mínimo

¹¹ En especial, la interpretación del CEDS deberá ser tomada en consideración de manera determinante y decisiva por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su resolución (en estado de litispendencia) del conflicto positivo de competencias (nº 4540/2012) planteado por el Gobierno de la Nación frente al Gobierno Vasco y contra diversas disposiciones del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi que divergen justamente del Real Decreto-ley 16/2012 (por el momento, véase el Auto 239/2012 del Pleno del TC de 12 de diciembre de 2012 en el que parece atisbarse la línea trazada por el CEDS en la materia que nos ocupa).

nacional) susceptible de ser percibida por los asalariados recién incorporados al mercado laboral menores de 25 años.

Lo interesante de ambas decisiones es que el CEDS ha establecido una especie de ponderación de las medidas de flexibilización con la salvaguarda prioritaria de la dignidad de los trabajadores y trabajadoras. Ambas decisiones (lo mismo que las cinco decisiones de 7 de diciembre de 2012 sobre la drástica reducción de pensiones en Grecia¹²) han gozado de cierta aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales y gran eco mediático, en la medida en que el Gobierno griego incidía en el argumento de haber adoptado dichas medidas por imposición de la Troika. Lo cual suscita las posibles divergencias de enfoques entre el Consejo de Europa y la UE. Acerquémonos a esta última.

III. Desafíos actuales para la Unión Europea en el terreno de los derechos sociales

No procede extenderse en la evolución normativa de los derechos sociales en el seno de la UE. En síntesis, y por referencia al Derecho originario o primario, es de sobra conocido que el diseño formulado en los preámbulos de *los tres tratados fundacionales de 1951-57* relativo a la mejora de las condiciones de vida de los europeos reservaba un lugar preeminente a las cuatro clásicas libertades de sesgo económico (libre circulación de capitales, mercancías, personas y servicios) y dejaba muy poco espacio a lo social, al margen de algunas cláusulas aisladas sobre no discriminación entre nacionales relacionadas con la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres y con la seguridad social.

¹² Se trata de las cinco decisiones de fondo de resolución de las Reclamación nº 76/2012, 77/2012, 78/2012, 79/2012 y 80/2012. En la fundamentación jurídica de dichas decisiones (que conducen a la decisión de vulneración del artículo 12 CSE), el CEDS declara que las autoridades de un país no pueden utilizar el pretexto de medidas impuestas desde determinados organismos (la Troika) para eludir los compromisos asumidos en virtud de la CSE, que como tal tratado internacional debe ser respetado en el ámbito interno; tampoco se acepta la conocida como "doctrina Bosphorus" asumida por el TEDH (presunción general de conformidad del Derecho de la UE con respecto al CEDH). En particular, dice en esas decisiones que el artículo 12 CSE (derecho a la seguridad social) está concebido más en términos de progresividad que de regresión; pero, en caso de establecerse restricciones, ellas no deben conducir a una precarización o a una pauperización de la población afectada y, en cualquier caso, el Gobierno griego no ha demostrado que haya intentado adoptar otras medidas alternativas menos costosas para la población afectada, ni que haya habido consultas y diálogo con los interlocutores sociales en un ámbito tan esencial. Adicionalmente, el efecto acumulativo de todo estos déficits, unido a las reducciones de las pensiones en sí, hace descansar exclusivamente sobre los pensionistas, en su calidad de contribuyentes, las consecuencias de la crisis económica de manera injustificada y contraria a la Carta Social Europea.

Las *reformas de los Tratados constitutivos* han marcado avances sociales más o menos tímidos. Con el *Acta Única Europea de 1986* se introdujo la “política social” como nuevo capítulo competencial comunitario. Con el *Tratado de Maastricht de 1992*, en cambio, no sólo se rechazó adjetivar de “política” la Unión Europea, sino que tampoco se aceptó la introducción de la lucha contra la exclusión social en el capítulo de la nueva “ciudadanía de la Unión” (que se recondujo a un “minicatálogo” de derechos civiles y políticos), además de acudir a la fórmula del Protocolo de salida o de exclusión (*opt-out Protocol*) para la política social. El *Tratado de Ámsterdam de 1997* introdujo bases habilitantes expresas para la adopción de legislación directa en diversos ámbitos sociales, así como importantes motivos explícitos (edad, discapacidad u orientación sexual) en la lucha contra la discriminación. Y a través del *Tratado de Niza 2001* se extendió el campo material del “método abierto de coordinación”, siguiendo presente e incluso habiéndose acrecentado el riesgo de “dumping social” ante la entrada en 2004-2007 de otros socios modestos (en este caso, de Europa Central y del Este).

Trasladados al momento actual, debe recalcarse la asunción expresa de un catálogo propio de derechos sociales (el de la CDFUE) mediante el Tratado de Lisboa de 2007 en cuyo contexto (más prometedor que la “Estrategia de Lisboa” lanzada en 2000 y renovada con incertidumbre posteriormente), además de la cláusula social transversal (art. 9 TFUE), incluso la pretendida cláusula de *opting out* referente a la CDFUE (negociada por Polonia y Reino Unido y secundada por República Checa) debería de verse atemperada o contrarrestada mediante la jurisprudencia del TJUE si éste decide acudir a la CDFUE no como fuente directa pero sí al menos por la vía de los principios generales del Derecho de la Unión.

Con estos mimbres, con anterioridad a la vigencia de la CDFUE, ciertamente el Tribunal de Justicia había destacado, en ausencia de una base normativa que reconociera un catálogo “propio” de derechos y libertades, por su relevante “jurisprudencia pretoriana”. En el caso de los derechos sociales, el TJUE también ha acudido a diversas técnicas interpretativas, entre ellas:

- primeramente, la extensión a los derechos sociales de la fórmula referente a los “derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto asegura el Tribunal” (según la célebre sentencia *Stauder*, de 12 de noviembre de 1969, asunto 29/69);

- en segundo lugar, otra línea de irrupción de los derechos sociales ha seguido la dinámica de la construcción europea y de la propia jurisprudencia comunitaria, asegurando una protección indirecta de aquéllos bajo el manto de los objetivos sociales que en ciertas circunstancias dan pie para admitir restricciones nacionales a las libertades económicas de circulación y a las normas de competencia;

- y, en tercer término, el principio de igualdad ha propiciado la entrada en escena de derechos sociales, bien al interpretarse normativa social sectorial adoptada por las instituciones comunitarias, bien en virtud de diversos motivos por los que no cabe discriminación. En cuanto a la normativa sectorial, ya la conocida como STJUE *Defrenne II* (de 8 de abril de 1976, asunto 43/75), aunque relativa al principio de igualdad de remuneración entre sexos, propició que se aplicara su lógica “a otros aspectos de la política social” como el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, un trato no desfavorable (por ejemplo, fiscal) en materia de beneficios y cotizaciones a la seguridad social de un trabajador por el hecho de ejercer la libre circulación de personas dentro del territorio de la Unión, la protección de los derechos de los trabajadores en casos de insolvencia del empresario, o la continuación de la relación laboral en supuestos de transmisión de empresas. En lo concerniente al principio de igualdad, la jurisprudencia comunitaria es abundante; desde hace tiempo ha sostenido el carácter abierto de la lista de motivos por los que no cabe discriminación (STJUE *Razzouk y Beydoun*, de 20 de marzo de 1984, asuntos acumulados C-75/82 y C-117/82, sobre no discriminación sexual en el disfrute de pensiones de viudedad), y sigue consolidando su doctrina bajo las cláusulas, ya explícitas, de la CDFUE (v.gr., STJUE *Chatzi* de 16 de septiembre de 2010, asunto C-149/10, sobre el alcance del permiso parental en caso de nacimiento de gemelos), como la edad (STJUE *Küçükdeveci* de 18 de enero de 2010, asunto C-555/07), la discapacidad (STJUE de 17 de julio de 2008, *caso Coleman*, asunto C-303/06) o la orientación sexual (STJUE *Maruko* de 1 de abril de 2008, asunto C-267/06).

En esa misma dinámica positiva, aunque con vacilaciones, el TJUE no ha permanecido insensible al disfrute de determinados derechos sociales al contextualizarlos en el escenario de flexibilización del mercado laboral. Como ilustraciones, la STJUE *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols* (de 22 de abril de 2010, asunto C-486/08) ofrece una interpretación favorable del

derecho a las vacaciones anuales retribuidas frente a los recortes provocados en caso de modificación de la jornada laboral (reducción de jornada completa a jornada a tiempo parcial) o de disfrute de permiso parental; o la STJUE *Bruno y Pettini* (de 10 de junio de 2010, asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08) se pronuncia asimismo en sentido favorable al cálculo de la antigüedad requerida para adquirir derecho a la pensión de jubilación en el caso de los trabajadores a tiempo parcial vertical cíclico.

Sin embargo, el TJUE revela en la actualidad dos corrientes jurisprudenciales preocupantes y una tercera modesta en el ámbito de los derechos sociales:

- la primera corriente, controvertida, viene marcada por la adopción de las SSTJUE *Viking* (de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05) y *Laval* (de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05): según estos pronunciamientos, los derechos sociales (concretamente, de sindicación y de negociación colectiva) habrían quedado sometidos a una lógica económica que les subordinaría a los imperativos de la libre circulación y la libre competencia. En ambos supuestos, la acción sindical pretendió contrarrestar prácticas deslocalizadoras de "dumping social", pues en el primero las medidas de conflicto colectivo tendían a disuadir al empleador (Viking) de cambiar el pabellón finlandés de uno de sus buques y registrarlos bajo pabellón de otro Estado miembro (Estonia), y en el segundo esas medidas de conflicto perseguían que los asalariados de una empresa (Laval) de Letonia del sector de la construcción desplazados a Suecia pudieran acogerse al régimen laboral sueco más favorable que el del país de origen. En ambos casos, las SSTJUE habrían preferido ubicar el derecho de acción colectiva de los asalariados en la categoría de "derechos fundamentales de segundo rango" supeditados a las libertades económicas, a las que quedarían sometidos. Parece así establecerse una especie de jerarquización entre derechos sociales y libertades económicas en detrimento de los primeros. Resta saber si la posición inaugurada con las SSTJUE *Viking* y *Laval* es susceptible de nueva fluctuación en sentido conciliador operando una ponderación equilibrada e *indivisible o en pie de igualdad* de los derechos

fundamentales en juego (derechos sociales y libertades económicas), especialmente tras la vigencia del Tratado de Lisboa y, con él, de la CDFUE¹³;

- la segunda corriente resulta igualmente decepcionante para la efectividad de los derechos sociales: los recientes pronunciamientos del TJUE sobre derechos sociales consagrados en la CDFUE y su posible proyección en el ámbito nacional y en las relaciones entre particulares, no invitan demasiado al optimismo, como ilustran las SSTJUE *Association de médiation sociale* (15 de enero de 2014, asunto C-176/2012)¹⁴ y *Victor Manuel Julián Hernández y otros* (10 de julio de 2014, asunto C-198/13)¹⁵, sobre los arts. 27 y 20, respectivamente, de la CDFUE;

- la tercera corriente puede calificarse de modesta a tenor de la envergadura de la problemática de fondo (el drama de los desahucios en España), al estar en juego el fundamental derecho a la vivienda digna, reconocido tímidamente en el art. 34 CDFUE. La problemática generada por la insólita y reprochable configuración de la dación en pago (con claro desequilibrio en perjuicio de la parte más débil, el deudor hipotecario, frente al banco acreedor) sólo ha sido acometida

¹³ En tal sentido, genera ciertas expectativas la más reciente STJUE *Comisión c. Alemania* (de 15 de julio de 2010, asunto C-271/08) en la que, si bien el juicio de ponderación de los jueces de Luxemburgo se decanta por las libertades económicas, se alude a la negociación colectiva claramente como derecho fundamental (mencionándose, adicionalmente, por vez primera la Carta Social Europea revisada de 1996 junto a la CDFUE) y se opera un análisis de conciliación (y no de jerarquización) entre derechos fundamentales que parece ir más en la línea de la STJUE *Schmidberger* (de 12 de junio de 2003, asunto C-112/00), en la que, junto a la STJUE *Omega* (de 14 de octubre de 2004, asunto C-36/02) parecería incluso haberse otorgado prevalencia a los derechos fundamentales frente a las libertades clásicas del mercado.

¹⁴ En el fallo de dicha STJUE puede leerse: “Las disposiciones del artículo 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por sí solo o en conjunción con las disposiciones de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, deben interpretarse en el sentido de que, cuando una disposición nacional de transposición de esa Directiva, como el artículo L. 1111-3 del Código de trabajo francés, es incompatible con el Derecho de la Unión, ese artículo de la Carta no puede ser invocado en un litigio entre particulares para excluir la aplicación de esa disposición nacional”.

¹⁵ El fallo de la STJUE *Victor Manuel Julián Hernández y otros* va en la misma dirección: “Una normativa nacional, como la discutida en el litigio principal, según la cual el empresario puede reclamar al Estado miembro interesado el pago de los salarios de tramitación devengados durante el procedimiento de impugnación de un despido después del 60º día hábil siguiente a la presentación de la demanda, y, según la cual, cuando el empresario no ha pagado esos salarios y se encuentra en estado de insolvencia provisional, el trabajador interesado puede, como consecuencia de una subrogación legal, reclamar directamente a ese Estado el pago de dichos salarios, no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, y, por tanto, no puede ser examinada a la luz de los derechos fundamentales garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en particular, de su artículo 20”.

por el TJUE de manera sectorial (a través de la protección de los consumidores y usuarios¹⁶) y con un enfoque marcadamente procedimental (relacionado con el derecho a la tutela judicial efectiva) que, ciertamente, no ha resuelto el problema de fondo, el cual todavía persiste. Aun con todo, ante la ausencia de medidas generales en España (que no han sido objeto de consenso en el ámbito español, dado el modo vergonzoso en que los dos partidos mayoritarios que han ocupado sucesiva y alternativamente el poder han rehuído dicho problema), ha habido algunos pronunciamientos de esa índole procedimental del TJUE que naturalmente han tenido un fuerte impacto mediático en nuestro país, especialmente la Sentencia de 14 de marzo de 2013 (Sala Primera, *Aziz*, asunto C-415/11)¹⁷. La prueba, en cambio, de que el problema no está resuelto, la suministran otros pronunciamientos posteriores y más recientes, como la STJUE de 17 de julio de 2014 (*Sánchez Morcillo*, asunto C-169/14)¹⁸.

Por supuesto, esas sentencias del TJUE traen su origen de la voluntad positiva de los órganos jurisdicciones nacionales que han puesto en entredicho el sistema jurídico español en ese terreno planteando las correspondientes dudas ante el Tribunal de Luxemburgo. Podría afirmarse que esos apuntes jurisprudenciales muestran la posible justiciabilidad de los derechos sociales frente a opacas operaciones económicas, las cuales generan la inexorable impresión en la ciudadanía de que los rescates financieros (se les quiera llamar así o no

¹⁶ Con apoyo en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

¹⁷ En primer punto de la parte dispositiva de la STJUE *Aziz* se dice: “La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final”.

¹⁸ El fallo de la STJUE *Sánchez Morcillo* dispone: “El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva”.

oficialmente), en el caso de España, se han dirigido más bien a salvar a la banca que a las personas.

IV. Las *Europas sociales* no pueden caminar por separado en la actualidad, ni los Estados miembros derrapar por senderos *asociales*

En el seno del Consejo de Europa, la existencia de diferentes bases normativas y diversos mecanismos de garantía en el CEDH y en la CSE puede generar contenciosos paralelos (entre el TEDH y CEDS). Y ello no sólo por la mencionada coincidencia de redacción entre los dos tratados en algunas materias (trabajo forzado, sindicación, educación, etc.), sino asimismo por la utilización más o menos extensiva de la cláusula de no discriminación (art. 14 CEDH y Protocolo nº 12, así como Preámbulo de la CSE de 1961 y art. E CSE revisada de 1996) y, por supuesto, por la *incursión* mutua (del TEDH en la CSE y del CEDS en el CEDH).

Esos contenciosos han generado divergencias jurisprudenciales en el pasado que, por el contrario, han hecho emerger asimismo una *voluntad jurisdiccional positiva* de enriquecimiento mutuo (convergencias) por parte de los dos órganos de garantía de Estrasburgo. A modo de ilustración, el CEDS había elaborado una interpretación más dinámica y favorable a la libertad sindical (art. 5 CSE) en su faceta negativa (con respecto a las cláusulas de monopolio sindical previas a la contratación) que la jurisprudencia inicial más restrictiva de dicha libertad por parte de la Corte europea (art. 11 CEDH). Ese enfoque evolutivo del CEDS (confirmado mediante la Decisión de fondo de 22 de mayo de 2003, dictada en la Reclamación colectiva nº 12/2002, *Confederación de empresas suecas c. Suecia*) ha sido objeto de recepción por la jurisprudencia ulterior del TEDH, con mención expresa a la jurisprudencia del CEDS (STEDH *Sørensen y Rasmussen c. Dinamarca* de 11 de enero de 2006). Ese mismo espíritu de interacción se manifestó en la famosa STEDH *Demir y Baykara c. Turquía* de 12 de noviembre de 2008 sobre libertad sindical y negociación colectiva de funcionarios, o en la más reciente ya citada STEDH *Winterstein y otros c. Francia*¹⁹ de 17 de octubre de 2013 sobre derecho a la vivienda.

¹⁹ Tanto en las fuentes (§§ 80-89, cita explícita de las decisiones adoptadas por el CEDS en las reclamaciones nº 33/2006, 51/2008 y 64/2011) como en la *ratio decidendi* (§§ 165-167, mención expresa de la decisión del CEDS en la reclamación nº 51/2008).

A pesar de ello, la necesidad de diálogo judicial sigue siendo acuciante, como lo demuestra la controvertida Decisión del TEDH de 7 de mayo de 2013, de inadmisibilidad de las demandas n^{os} 57665/12 y 57657/12 [*Ioanna Koufaki c. Grecia* y *AEDY (Confederación de sindicatos de funcionarios públicos)*²⁰ c. *Grecia*]. A este respecto llama la atención que, a pesar de la identidad de objeto entre las circunstancias de ambas demandas y las sometidas al examen del CEDS mediante las Reclamaciones N^o 65/2011 y N^o 66/2011 contra Grecia anteriormente reseñadas, el TEDH decide ignorar y ni siquiera mencionar las decisiones del CEDS de 23 de mayo de 2012 para declararse (apartado 50 de la decisión de inadmisibilidad) “competente para conocer de las alegaciones formuladas” y, no obstante, añadir que “para el Tribunal no se desprende ninguna apariencia de violación de los derechos y libertades garantizados” por las disposiciones convencionales invocadas. Por mi parte, sobran comentarios acerca del grado de motivación consistente en no detectar “apariencia de violación” y así concluir que las demandas son “manifiestamente infundadas”; pero la decisión del TEDH invita desgraciadamente, cuando menos, al escepticismo.

Por otra parte, si introducimos en la escena la idea de Europa social por referencia a la Unión, comprobamos que el TJUE ha quedado al margen del análisis de las medidas anticrisis impulsadas por la Troika, las cuales sí han recibido un severo reproche por parte del Parlamento Europeo bajo una doble óptica: por ahondar en el endémico déficit democrático (la Eurocámara denuncia su exclusión, siquiera a título de consulta, con respecto a la opaca organización y gestión de las operaciones de la Troika) y por vulnerar el acervo social europeo (con cita explícita de la CSE y de las decisiones del CEDS contra Grecia)²¹. Por cierto, el Defensor del Pueblo Europeo, que recibió alguna queja denunciando esas medidas de austeridad en Grecia, se estimó incompetente para abordar el problema, pero ejerció de “mediador” incitando al Parlamento Europeo a pronunciarse en tal sentido²².

²⁰ Repárese en que dicho sindicato demandante ante el TEDH es el mismo que introdujo exitosamente la Reclamación n^o 66/2011 contra Grecia ante el CEDS (*supra*).

²¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2014, sobre los aspectos laborales y sociales del papel y las actividades de la Troika (BCE, Comisión y FMI) en relación con los países de la zona del euro sujetos a un programa (2014/2007(INI)).

²² Decision of 7 November of 2012 of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 973/2012/ANA against the European Commission.

Prosiguiendo con la UE, la verdad es que la omisión del TJUE en el terreno de las medidas de austeridad vislumbra una deliberada incompetencia que evita un conflicto frontal con las instancias del Consejo de Europa (TEDH o CEDS) no siempre evitable. Así ha sucedido con motivo del conocido “asunto Laval”. Concretamente, en la decisión de fondo de fecha 3 de julio de 2013 (de resolución de la Reclamación nº 85/2012, *Confederación General del Trabajo de Suecia y Confederación General de directivos, funcionarios y empleados c. Suecia*) se analizaron los cambios introducidos en el terreno de la libertad sindical y la negociación colectiva en la legislación sueca tras la sentencia *Laval* del TJUE (de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05). El CEDS ha adoptado una postura divergente a la del TJUE, al concluir una violación de los apartados 2 y 4 del art. 6 (derecho a la negociación colectiva), así como de las letras a) y b) del art. 19.4 (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y asistencia, concretamente a recibir un trato no menos favorable que los nacionales en materia de remuneración y demás condiciones laborales, y de afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas ofrecidas por los convenios colectivos) de la Carta Social Europea.

Así pues, es menester que las dos Europas (Consejo de Europa y UE) caminen de la mano, en lugar de por caminos separados, divergentes o abiertamente contradictorios, en busca de la solución más favorable a la protección de los derechos sociales. Al tiempo, los Estados miembros (del Consejo de Europa y de la UE) no deben descarrillar de la vía del acervo social europeo. A tal efecto, las instancias garantistas nacionales (jurisdiccionales o no, como las Defensorías del Pueblo) están llamadas a jugar un papel de primer orden.

En el plano judicial ordinario, algunos órganos jurisdiccionales españoles han llegado a ejercer el “control de convencionalidad” con apoyo en las decisiones del CEDS contra Grecia (en concreto, la dictada el 23 de mayo de 2012 en la Reclamación nº 65/2011) para, haciendo valer la prevalencia de un tratado (a la sazón, la CSE) sobre la normativa nacional (la legislación de reforma del mercado laboral que implantó, entre otra medidas, el contrato de apoyo a emprendedores que da entrada a un periodo de prueba de doce meses durante los cuales es posible el despido sin indemnización y sin preaviso), descartar la aplicación de esta última: esa postura la inauguró la Sentencia nº 412/2013, de 19 de noviembre de 2013, del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona (procedimiento nº 426/2013 en

materia de despido) y ha sido seguida con diversa intensidad por otros órganos jurisdiccionales del orden social.

Diversamente, el TC ha decidido sencillamente ignorar la citada decisión del CEDS al pronunciarse explícitamente sobre esa misma norma nacional en la reciente STC 119/2014, de 16 de julio (recurso de inconstitucionalidad nº 5603-2012, interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo); el pronunciamiento mayoritario contrasta con el voto particular discrepante suscrito por tres magistrados constitucionales, que sí mencionan la reiterada decisión del CEDS. Verdaderamente, el proceder del TC resulta de lo más preocupante al no atender el canon europeo y, por tanto, establecer una especie de brecha entre éste y el canon constitucional que, sin embargo, no debería producirse, por la sencilla razón de que el canon europeo es también canon constitucional (impuesto por los arts. 10.2 y 93 a 96 de la Constitución) y, consecuentemente, canon que se impone a la propia jurisdicción constitucional. El TC está sometido a la Constitución, no por encima de ella y, lógicamente, esa sumisión se extiende a las mencionadas disposiciones constitucionales²³.

V. Algunas reflexiones finales, casi políticamente incorrectas, sobre el modo de enfocar hoy los derechos sociales en Europa

Llegados a este punto, me parece fundamental en primer término que, en el ámbito europeo, no sigamos empecinados en reinventar, sino en ser coherentes y dotar de efectividad a lo ya inventado. Intentaré explicarme con algunas reflexiones a modo de pregunta:

- Ya que se decide “reinventar” una CDFUE (con el enorme coste económico que ello comportó en dietas, etc., para los redactores, expertos, etc.) con catálogo de derechos pero sin garantías específicas, ¿por qué no poner más empeño en explotar “al alza” las sinergias en ella previstas, concretamente a la luz

²³ Lamentablemente, el TC se ha alejado asimismo en otros casos recientes del canon europeo (en este caso, del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH, en un asunto muy relevante referente al disfrute del derecho a la vivienda) pese a ocuparse de supuestos sustancialmente análogos a los resueltos en Estrasburgo, como en la STC 188/2013, de 14 de noviembre (recurso de amparo nº 3769-2012), en donde decide apartarse de lo resuelto por la ya citada STEDH *Winterstein y otros c. Francia* de 17 de octubre de 2013. En el caso de la STC 188/2013, dos de los cinco magistrados suscribieron un voto particular discrepante con sólido apoyo en esa sentencia europea; a la sazón, esos dos magistrados son asimismo dos de los tres que luego han suscrito el voto disidente frente al criterio mayoritario de los otros nueve en la STC 119/2014 sobre la reforma laboral.

de la interacción entre los niveles de protección mencionados en el título VII, en congruencia con el principio *favor libertatis* contemplado en el art. 53 CDFUE, lo mismo que en el art. 53 CEDH o en el art. 32 CSE -art. H CSE revisada?; ¿por qué obviar en sede jurisdiccional comunitaria que el catálogo de derechos sociales de la CDFUE -especialmente incluidos en el título sobre “solidaridad”- se ha basado en la CSE revisada de 1996, como explícitamente se reconoce en las Explicaciones anejas del Praesidium?; ¿por qué se genera desde el TJUE en su jurisprudencia más reciente la sensación de que es más tímido ahora con respecto al catálogo de derechos sociales de la CDFUE, esto es, ahora que cuenta con una base habilitante expresa, que en su precedente jurisprudencia social pretoriana?

- De nuevo, si según esas Explicaciones anejas, los derechos sociales de la CDFUE se han elaborado inspirándose en las concretas disposiciones de la CSE revisada de 1996, ¿por qué se admite en la UE la incoherencia de que todavía algunos de sus Estados miembros -como Alemania o España, a diferencia de nuestros vecinos Francia, Italia o Portugal- no hayan aceptado la CSE revisada?; ¿por qué se admite asimismo en el Consejo de Europa que algunos de sus Estados miembros, que también coinciden en parte con los mencionados de la UE, no hayan ratificado la propia CSE revisada, de la misma manera que se exige la ratificación del CEDH para la pertenencia al Consejo de Europa, en clara incongruencia hipócrita con el discurso sobre la indivisibilidad de los derechos (como si los derechos sociales no estuvieran en pie de igualdad con los derechos civiles y políticos; o como si la democracia social no fuera igual de necesaria que la democracia civil y política; o como si los tres pilares del Consejo de Europa - democracia, Estado de Derecho y derechos humanos- no cubrieran asimismo la vertiente social -como democracia social, Estado social y derechos sociales-)?

- Con la misma filosofía, si tenemos claro, y así nos gusta resaltarlo, que los derechos valen tanto como las garantías, ¿cómo se admite en el seno del Consejo de Europa a países miembros que no acepten el procedimiento de reclamaciones colectivas ante el CEDS (la indivisibilidad de los derechos debe comportar la indivisibilidad de sus garantías; como es sabido, el procedimiento de demanda individual también se configuró inicialmente como facultativo ante el TEDH hasta que devino lógicamente obligatorio desde 1981)?; ¿cómo se entiende la incoherencia de algunos Estados miembros del Consejo de Europa (como España, Eslovaquia o Bosnia-Herzegovina) consistente en haber aceptado el reciente procedimiento de comunicaciones individuales ante el Comité de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y no en cambio el mecanismo de reclamaciones colectivas ante el CEDS?

Retomemos una crítica inicial: las incongruencias, inconsistencias o incoherencias recaladas nos indican que no estamos confrontados a un problema de adopción de normas o de establecimiento de garantías sobre derechos sociales, sino a un problema de compromiso y voluntad positiva para sacar rendimiento a las normas y garantías ya establecidas, dotando de efectividad a los derechos sociales reconocidos.

Traslademos ahora algunas reflexiones al ámbito interno, nuevamente a modo de preguntas:

- Ya que se decide “reinventar” declaraciones autonómicas de derechos (sobre todo, de derechos sociales) en los “nuevos” Estatutos a partir de 2006, o incluso nuevas Cartas autonómicas de derechos sociales en algunos casos, ¿por qué no explotar “al alza” ese canon autonómico y las sinergias con los cánones constitucional y europeo, en vez de introducir legislación regional restrictiva de leyes estatales -por ejemplo, de la Ley estatal de dependencia de 2006²⁴- o de concebir la garantía de esas nuevas cartas regionales de derechos sociales en clave de *voluntarista factibilidad*²⁵?

- Al hilo de este último aspecto, es evidente la falta de voluntad y de responsabilidad al establecer las prioridades y manejar los recursos públicos: ¿Cabe imaginar el gran número de prestaciones sociales que podrían satisfacerse a personas necesitadas si las Administraciones públicas españolas no hubieran de abonar millones de euros en intereses de demora -por cierto, por imposición de la

²⁴ Concretamente, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, reconoce explícitamente en su art. 4.1 el *derecho subjetivo* a acceder a los servicios sociales y, a renglón seguido, el apartado 2.j) del mismo art. 4 alude al derecho específico “a iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley en el apartado 1 de este artículo”. Ahora bien, la justiciabilidad del derecho controvertido ha adquirido tintes más complejos en alguna Comunidad Autónoma (especialmente, en la valenciana) como consecuencia de la Ley 15/2007, de 27 de diciembre, de la Generalitat, de Presupuestos para el ejercicio 2008, que estableció en su disposición adicional undécima la desestimación por silencio administrativo de las solicitudes de reconocimiento de la situación de dependencia y de las prestaciones pertinentes para las personas dependientes. Frente a ello, además de las críticas dirigidas por organizaciones de la sociedad civil, el Comité Económico y Social de la Comunitat Valenciana instó en octubre de 2008 al Ejecutivo autonómico a promover una modificación legislativa que hiciera imperar el silencio positivo y, sobre todo, el Defensor del Pueblo español formuló en marzo de 2008 contra la polémica disposición un recurso de inconstitucionalidad (núm. 2394-2008): dicho recurso fue acogido, estimándose mediante la STC 86/2013, de 11 de abril en donde, basándose en los límites materiales de las leyes de presupuestos, el TC concluye la nulidad del precepto legal autonómico impugnado.

²⁵ P.e., la Ley 4/2012, de 15 de octubre, por la que se aprueba la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana, establece sus garantías económicas en estos términos: “Los presupuestos de la Generalitat, en el marco de las disponibilidades anuales, contendrán los recursos suficientes para el cumplimiento efectivo de los derechos contenidos en la presente carta”.

normativa comunitaria europea, transpuesta al ordenamiento interno²⁶- por pagar tarde a empresas privadas suministradoras de material farmacéutico y equipos médico-sanitarios a los hospitales públicos?, ¿por qué suprimir defensorías del pueblo autonómicas, o números de escaños en parlamentos regionales?; ¿no se trataría mejor, acaso, de gestionar bien esas instituciones, en lugar de hacerlas desaparecer? De nuevo, encontramos medidas coyunturales económicas sin visión de permanencia (asegurada por las instituciones, y no por las personas –confiemos en la honestidad, sin descuidar la lucha contra la corrupción) y de futuro (confiado a nuestras generaciones venideras).

- Acudiendo otra vez al juego de las incongruencias, ¿cómo se entiende que esas nuevas declaraciones autonómicas de derechos (en los Estatutos, en Cartas o en legislación regional) recojan derechos sociales de los reconocidos en la CSE revisada de 1996 (a modo de “pasarela material”) y, al tiempo, España no haya ratificado ésta²⁷?

Y unas ulteriores reflexiones, de índole transversal, sobre el modo desacertado en que hemos venido enfocando los derechos en Europa:

- Si somos coherentes con el principio de indivisibilidad, ¿acaso no hemos sido capaces todavía, en el contexto de la crisis, de darnos cuenta de que la vulnerabilidad de los instrumentos jurídicos de derechos sociales comporta la vulnerabilidad de los instrumentos jurídicos de derechos civiles y políticos? Así, en algunos países (señaladamente, en España) está adquiriendo lamentablemente más visibilidad la legislación restrictiva sobre derechos civiles (manifestación, etc.) que la legislación impregnada de austeridad y recortes sociales, dado que las restricciones a los derechos cívico-político pretenden acallar las protestas ciudadanas frente a las regresiones sociales. En paralelo, en el terreno político debe quedar claro que el coste de no respetar los derechos sociales es mayor que el de su respeto. Por su lado, algunas ONG que se ocupaban exclusivamente de los derechos civiles han incorporado el discurso de la indivisibilidad a su actividad, abordando asimismo la defensa de los derechos sociales (pues todos los derechos

²⁶ Véase el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

²⁷ Con el mismo espíritu, repárese en el ámbito de los derechos civiles en este ejemplo: la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía en comparación con la Ley estatal (Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno) se remite explícitamente al Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a los Documentos Públicos de 18 de junio de 2009, paradójicamente no ratificado (y ni siquiera firmado) por España.

son inherentes a la dignidad humana, y hemos de estar “indignados” cuando no se respetan todos ellos).

- Si somos consecuentes con nuestras responsabilidades compartidas: ¿no es hora ya de que aclaremos el sentido de nuestra responsabilidad política -incorporando los instrumentos europeos básicos de derechos sociales-, nuestra responsabilidad institucional -instituciones como las defensorías del pueblo desempeñan un papel preventivo y de difusión fundamental de los derechos sociales-, nuestra responsabilidad jurisdiccional -jurisdicciones ordinarias y jurisdicción constitucional, ejerciendo eventualmente el control de convencionalidad y asumiendo el canon internacional más favorable-, nuestra voluntad académica -el mundo universitario no puede quedar encerrado en una ciega sofisticación jurídica que le empuje a seguir ocupándose “obsesivamente” de los derechos civiles con menosprecio de los derechos sociales, es decir, centrándose en instrumentos y mecanismos prioritariamente dedicados a los derechos civiles como si fueran la panacea de la defensa de los derechos sociales- nuestra voluntad social y mediática -papel esencial de las organizaciones de la sociedad civil y de los medios de comunicación-, ...?

Por último, recordemos: ya existen reglas (normas) sobre derechos sociales: incorporémoslas, interpretémoslas y apliquémoslas “al alza”, sin necesidad de reinventar otras. Ya existen garantías de derechos sociales: incorporémoslas y armonicémoslas igualmente inspirándonos en el principio “favor libertatis”, sin necesidad de reinventar otras. Y, sobre todo, reinventémonos nosotros mismos: si los derechos valen tanto como las garantías, las garantías valen tanto como un ejercicio de voluntad positiva al asumir nuestras responsabilidades compartidas en la promoción y defensa de los derechos sociales.