

EL COMPLEJO DIÁLOGO JUDICIAL EUROPEO EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES*

• • • • •

Luis Jimena Quesada

Catedrático de Derecho constitucional (Universitat de València, España).
Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: EL CARÁCTER INDIVISIBLE DE TODOS LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS CONVERGENCIAS “SOCIALES” EN EL CONSEJO DE EUROPA Y EN LA UNIÓN EUROPEA

De entrada, entiendo que debe darse por sentado el carácter indivisible y fundamental de todos los derechos humanos y, por ende, también de los derechos sociales. Me parece por ello *accesorio*, por injustificado, detenerse a calificar de *fundamentales* sólo algunos derechos sociales. Y no sólo por convicción y pragmatismo. Justamente, acometer los niveles de garantías de los derechos sociales (en este caso, en el plano regional europeo) pone de manifiesto que tales derechos no son ajenos a la dogmática de los derechos fundamentales; o, dicho de otro modo, la estructura dogmática de los derechos sociales no adolece de una especie de inexistente alergia a su defensa jurídica.¹

Únicamente dedicaré este otro párrafo a terciar en un debate que, en realidad, ya tendría que haber quedado zanjado. Así, de un lado, argumentos como el exclusivo coste económico de los derechos sociales resultan ser tan inconsistentes como la distinción binaria entre derechos que comportarían una obligación de intervención (sociales) y derechos que conllevarían una obligación de abstención (civiles); diversamente, el disfrute de los derechos civiles y políticos acarrea un coste nada desdeñable² y, por añadidura, la referida distinción binaria se ha visto superada, bajo influencia de la doctrina internacionalista,³ por una categorización ternaria extensible a todos los derechos y que implica una obligación de proteger, de respetar y de realizar⁴. De otro lado, atribuir el carácter de fundamental solamente a los derechos civiles y políticos en función de su nivel de garantías res-

ponde a una posición doctrinal sesgada asentada a su vez en una opción política restrictiva⁵, tanto a escala nacional (el diseño del recurso de amparo en España) como internacional (mecanismo de peticiones individuales en el marco del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966), que se han visto claramente superadas (así, la jurisprudencia social del Tribunal Constitucional español,⁶ o la más reciente introducción del sistema de denuncias individuales en el marco del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966).⁷

Acometiendo, pues, la tutela supranacional de los derechos sociales, puede señalarse que, en el ámbito del Consejo de Europa, pese a la elaboración de dos instrumentos diferentes (uno dedicado básicamente a los derechos civiles y políticos, esto es, el Convenio Europeo de 1950, completado por catorce protocolos, y otro a los derechos sociales y económicos, es decir, la Carta Social de 1961, completada por dos protocolos, consolidados mediante la Carta Social revisada de 1996), existen convergencias redaccionales entre los dos textos:⁸ entre otras, la prohibición del trabajo forzado y la libertad sindical. En el seno de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales (instrumento vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009) ha tomado precisamente como modelo básico para su redacción el Convenio Europeo y la Carta Social, tal como se refleja explícitamente en sus explicaciones anejas; por lo que se refiere a los derechos sociales, la Carta de los Derechos Fundamentales los acoge principalmente en los bloques relativos a la “igualdad” y a la “solidaridad.”⁹

En el terreno jurisprudencial, el Tribunal de Estrasburgo [www.echr.coe.int], ya en la sentencia *Airey c. Irlanda* de 9 de octubre de 1979 se refirió a las “prolongaciones” o “implicaciones” de orden social y económico de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo. Del mismo

modo, la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales [www.coe.int/socialcharter] ha evocado las “prolongaciones” o “implicaciones” de orden civil y político de la Carta Social (entre otras, en las decisiones de fondo de 7 de diciembre de 2004 relativas a las Reclamaciones nº 17 a 21/2003, *Organización mundial contra la tortura c. Grecia/Irlanda/Italia/Portugal/Bélgica*).

En el caso de la Unión Europea, naturalmente la Carta de los Derechos Fundamentales confirma en el plano formal esa adhesión al principio de indivisibilidad, pese a haber quedado mal aderezada con la desafortunada dicotomía derechos-principios y con las inasumibles asimetrías entre los niveles de garantías.¹⁰ Por su lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [curia.eu] se ha inspirado desde los años setenta del siglo pasado en el Convenio Europeo (p.e., sentencia *Ruttilli* de 28 de octubre de 1975, asunto 36/75¹¹) y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, así como en una más parca medida en la Carta Social Europea (p.e., sentencia *Defrenne* de 15 de junio de 1978, asunto 149/77),¹² pero no hasta ahora en la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales.¹³

En estas coordenadas, las interacciones normativas entre los diversos instrumentos europeos sobre derechos sociales constituyen una base positiva de gran relevancia. Ello no obstante, se trata de instrumentos vivos sometidos lógicamente al dinamismo interpretativo forjado en sus respectivos niveles de garantía y, por tanto, su mayor efecto útil radicarán en sustentarse en una acción de sinergia que propenda a la realización más favorable de la justicia social. Con estos parámetros, el presente trabajo se centrará en los mencionados niveles de garantía que aseguran la justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa y en la Unión Europea.¹⁴ A tal efecto, se abordarán en cada caso las líneas jurisprudenciales básicas y los apuntes evolutivos más recientes en materia de derechos sociales, así como el grado de interacción entre los diversos niveles; se comprobará que ese grado de enriquecimiento mutuo, pese a su naturaleza problemática, es absolutamente necesario con el fin de optimizar la protección de los derechos sociales hasta elevarla a su estándar más ventajoso o favorable. El año 2011 no es sólo, desgraciadamente, un año más de crisis, sino que se celebra igualmente el 50º aniversario de la Carta Social de 1961 y el 15º aniversario de la Carta Social revisada de 1996: es un buen año, por tanto, para reflexionar sobre la protección efectiva de los derechos sociales en Europa.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONSEJO DE EUROPA

1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

1.1. Líneas jurisprudenciales

Sobre haber sido diseñado preferentemente como un instrumento de derechos civiles y políticos, los perfiles jurisprudenciales básicos del TEDH en materia de derechos sociales (al margen de derechos mixtos como el de sindicación, el de educación, o la prohibición del trabajo forzoso) han sido resaltados con apoyo en sus distintos métodos de interpretación.¹⁵

Así, se ha subrayado en primer término la afirmación del *principio de indivisibilidad* en la citada STEDH *Airey c. Irlanda* de 9 de octubre de 1979, en donde se sostiene la inexistencia de compartimentos estancos entre los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la esfera de los derechos económicos y sociales. En el supuesto de autos, quedaba garantizada la vertiente social de la tutela judicial efectiva (art. 6 CEDH), que extendía su ámbito material a la asistencia jurídica gratuita en caso de insuficiencia de recursos. Esa misma técnica extensiva guió 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. De todos modos, esa afirmación explícita de principio vino precedida de un enfoque implícito, pero igualmente contundente, en la STEDH *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica* de 18 de junio de 1971, en donde no se acepta que unos vagabundos puedan pedir ser privados de libertad (art. 5 CEDH) para salir de la precariedad que padecían en la calle, estando entonces estrechamente conectadas libertad política y libertad económica.

El segundo método interpretativo ha tenido como soporte el *principio de no discriminación* reconocido en el art. 14 CEDH, que ha desempeñado una función permeabilizadora del tratado europeo a los derechos sociales merced a la combinación de dicho precepto con otras disposiciones convencionales. En esta línea, con anterioridad al asunto *Airey*, la STEDH *Marckx c. Bélgica* de 13 de junio de 1979 declaró contraria al texto convencional la desigualdad (art. 14 CEDH, combinado con art. 8 CEDH) sufrida por razón de nacimiento (exclusión de hijos extramatrimoniales) en el acceso a los de-

rechos sucesorios (art. 1 del Protocolo nº 1, relativo al derecho de propiedad). El juego de esa combinación con la cláusula de igualdad ha girado en torno a la obtención de prestaciones sociales con apoyo en el mencionado art. 1 del Protocolo nº 1: como ejemplos recientes, vale la pena traer a colación la STEDH *Andrejeva c. Letonia* de 18 de febrero de 2009 (sobre cálculo a efectos de pensión de jubilación de los años trabajados y cotizados antes de 1991 cuando Letonia pertenecía a la antigua Unión Soviética) o la STEDH *Muñoz Díaz c. España* de 8 de diciembre de 2009 (sobre reconocimiento de pensión de viudedad a mujer de etnia gitana que contrajo matrimonio por el rito gitano). Por otra parte, el art. 6 CEDH ha facilitado la justiciabilidad de otro tipo de prestaciones sociales (contributivas en las SSTEDH *Feldbrugge c. Países Bajos* y *Deumeland c. Alemania*, ambos de 29 de mayo de 1986, o *Schuler-Zraggen c. Suiza* de 24 de junio de 1993; y no contributivas desde la STEDH *Sale-si c. Italia* de 26 de febrero de 1993), así como de derechos laborales (p.e. STEDH *Delgado c. Francia* de 14 de noviembre de 2000, sobre plazo excesivo de un proceso de despido de un trabajador)¹⁶. Todo lo anterior sin perjuicio del potencial impacto (de momento, poco significativo cuantitativamente) del Protocolo nº 12 sobre la prohibición general de discriminación.¹⁷

El tercer método interpretativo, la técnica de *conexión de derechos o vía indirecta de protección*, ha revelado interesantes dotes de audacia hermenéutica en el Tribunal de Estrasburgo, dando entrada a situaciones o derechos no cubiertos expresamente por el texto convencional, sobre todo a través del derecho a la integridad (art. 3 CEDH) y del respeto de la vida familiar y del domicilio (art. 8 CEDH)¹⁸. Al margen de la protección del 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 acústica¹⁹), esta técnica ha propiciado 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), el *modus vivendi* de personas de etnia gitana (STEDH *Connors c. Reino Unido* de 27 de mayo de 2004)²⁰, 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).

1.2. Desarrollos recientes

En el presente epígrafe se someten a examen dos vertientes de las técnicas jurisprudenciales recientes sobre derechos sociales del Tribunal de Estrasburgo: una que resulta más preocupante por su carácter vacilante, en algunos casos aparentemente “a la baja”; y otra más prometedora o comprometida con la mayor eficacia de los derechos sociales.

En efecto, la primera tendencia muestra ejemplos fluctuantes o estáticos que parecen significar un retroceso en algunos precedentes. Así, en contraste con la mencionada STEDH *D. c. Reino Unido* de 2 de mayo de 1997, se ha criticado que con la STEDH *N. c. Reino Unido* de 27 mayo de 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 fuerza²¹, sacrificándose las obligaciones positivas que pesan sobre los Estados para realizar los derechos sociales elementales con objeto de evitar cargas financieras²²; otro tanto cabría decir de la 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). De igual manera, en contraste con pronunciamientos anteriores (p.e. STEDH *Gaygusuz c. Austria* de 16 de septiembre de 1996) se ha criticado que la Decisión de inadmisibilidad del TEDH *El Orabi c. Francia* de 7 de mayo de 2010 (sobre rechazo de una pensión a la viuda, nacional de Argelia, de un soldado francés) habría supuesto un duro golpe para el potencial juego del principio de no discriminación por razón de nacionalidad en la percepción de prestaciones sociales a consecuencia de la degradación actual del contexto político-económico y podría ser el signo de una inquietante interpretación social regresiva del CEDH.²³ Por lo demás, la Corte europea ha seguido su línea reticente en el campo de la accesibilidad de las personas con discapacidad (Decisión de inadmisibilidad *Farcaș c. Rumanía* de 30 de septiembre de 2010).

Si se efectúa un balance crítico de esta primera tendencia, los ejemplos fluctuantes regresivos en materia de prestaciones sociales de extranjeros admitirían una lectura según la cual el Tribunal Europeo se mostraría reacio y circunspecto a hacer efectivas la indivisibilidad y las prolongaciones socio-económicas a causa de la crisis actual, pese a otros ejemplos positivos, tanto anteriores (STEDH *Koua Poirrez c. Francia* de 30 de septiembre

de 2003) como más recientes (SSTEDH *Fawsie c. Grecia* y *Saidoun c. Grecia*, ambas de 28 de octubre de 2010). La crisis económica seguramente haga mella asimismo en esa orientación inmovilista que rehúsa acometer las situaciones de precariedad o pobreza, ya desde la inadmisibilidad declarada por la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto *Van Volssem c. Bélgica* de 9 de mayo de 1990.²⁴ Junto a la crisis, tal vez el *self-restraint* del TEDH responda asimismo a un proceder timorato ante la avalancha de asuntos que registra.

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”; de hecho, sin descartar nuevos desarrollos, 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 art. 13 y 30 respectivamente de la Carta Social Europea que el art. 3 CEDH, lo mismo que el art. 15 de la Carta Social 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).

La segunda tendencia jurisprudencial, basada en la técnica de la sinergia entre los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, constituye la mejor apuesta interpretativa a favor de los derechos sociales. El máximo exponente lo ofrece la STEDH *Demir y Baykara c. Turquía* de 12 de noviembre de 2008, en donde se declara la violación del art. 11 CEDH en materia de derechos de sindicación y de negociación colectiva del funcionariado con apoyo en los arts. 5 y 6 de la Carta Social Europea y en la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, así como en las disposiciones equivalentes de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando Turquía no ha aceptado en cambio dichas disposiciones de la Carta Social ni es país miembro de la Unión. Esa interpretación evolutiva ha favorecido que, junto a las diversas facetas de la libertad sindical y la negociación colectiva,

se acabe reconociendo el derecho de huelga como indisociable y bajo el ángulo del art. 11 CEDH (STEDH *Enerji Yapi Yol Senc. Turquía* de 21 de abril de 2009), tras algunas incursiones indirectas en dicho terreno (STEDH *Karaçay c. Turquía* de 27 de marzo de 2007).

El balance crítico de esta segunda tendencia es más plausible, pues invita a superar recelos entre las instancias internacionales de protección de derechos sociales en busca de la solución más óptima para el respeto de la dignidad humana. Al tiempo, esa tendencia es germen de diálogo constructivo que invita a dejar de lado ese mismo tipo de reticencias por parte de las jurisdicciones nacionales:²⁵ a título de ejemplo, la jurisprudencia derivada de la mencionada STEDH *Gaygusuz c. Austria* de 16 de septiembre de 1996 (se consideró discriminatoria por razón de nacionalidad la denegación de una ayuda asistencial a un trabajador turco que quedó desempleado) fue aplicada por la Corte de Casación austríaca incluso con anterioridad a que la legislación nacional fuera reformada para reconocer la prestación social litigiosa a los extranjeros.²⁶

2. EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES (CEDS)

2.1. Líneas jurisprudenciales

El CEDS es la instancia de garantía de la Carta Social Europea (CSE), equivalente al TEDH con respecto al CEDH. Esto significa que el CEDS asegura la interpretación “suprema” de la CSE, a través de dos procedimientos de control: el de informes y el de reclamaciones colectivas. La jurisprudencia del CEDS adquiere la forma de “conclusiones” en el caso de la interpretación jurídica elaborada en el marco del sistema de informes establecido mediante la Carta de 1961 y de “decisiones de fondo” (con forma de sentencia y eventuales votos particulares) en el supuesto de la interpretación jurídica desarrollada en el procedimiento judicial contradictorio de reclamaciones colectivas introducido a través del Protocolo de 1995.²⁷ Desde esta perspectiva, la CSE y la jurisprudencia del CEDS tienen vocación y pretensión de configurarse como el “Pacto Europeo para la Democracia Social” y el “*ius commune*” por excelencia de la Europa de los derechos sociales, respectivamente.

En el presente trabajo se eludirá una reseña del *corpus* jurisprudencial elaborado en el marco del sistema de informes, para resaltar las líneas trazadas con motivo de la resolución de las reclamaciones colectivas, al tratarse del mecanismo

que dota de mayor visibilidad a la tarea desempeñada por el CEDS²⁸. A tal fin, el análisis de esas líneas jurisprudenciales girará en torno a las personas vulnerables que han sido objeto de protección (perspectiva subjetiva) y a derechos sociales concretos que han suscitado especial atención (aproximación objetiva).

La jurisprudencia del sistema de reclamaciones colectivas quedó inaugurada con un asunto referente a la *protección de la infancia*: la decisión de fondo de 9 de septiembre de 1999 sobre la Reclamación nº 1/1998 (*Comisión internacional de juristas c. Portugal*) declaró una violación del art. 7.1 CSE, disposición que prohíbe el trabajo infantil (antes de los quince años), interpretando restrictivamente incluso la posibilidad de los llamados “trabajos ligeros”; en otro grupo de reclamaciones colectivas formuladas por la *Organización mundial contra la tortura* contra diversos países (Reclamaciones nº 17, 18, 19, 20 y 21/2003, *c. Grecia, Irlanda, Italia, Portugal y Bélgica*, respectivamente, resueltas mediante decisiones de fondo de 7 de diciembre de 2004), el CEDS analizó el problema de los castigos corporales infligidos a menores en el ámbito familiar a la luz del derecho de los niños a la protección social y económica (art. 17.1 CSE). Desde una óptica diversa, la Reclamación nº 45/2007 (*Interights c. Croacia*, decisión de fondo de 30 de marzo de 2009) condujo a las autoridades croatas a 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 CSE.

En el terreno de la protección de las *personas con discapacidad*, la brecha jurisprudencial europea más avanzada quedó abierta merced a la decisión de fondo de 4 de noviembre de 2003 sobre la Reclamación nº 13/2002 (*Asociación internacional Autismo-Europa c. Francia*), en la que se concluyó una violación del art. 15 (derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad), en conexión con los arts. 17 (protección de los niños) y E (no discriminación) de la Carta revisada, por la insuficiencia de estructuras educativas y de acogida para personas con autismo, tanto niños como adultos. La posterior decisión de fondo de 5 de junio de 2008 sobre la Reclamación nº 41/2007 (*Centro de defensa de los derechos de las personas con discapacidades mentales c. Bulgaria*) reprochó las tasas de acceso e inclusión de los niños con tales discapacidades en las estructuras educativas ordinarias y su separación generalizada en centros especializados.

La jurisprudencia del CEDS se ha ocupado asimismo de la situación de las *personas extranjeras*, especialmente de los menores en situación irregular, que en cualquier caso no podrían quedar privados de las necesidades básicas para la dignidad humana en materia de asistencia médica (decisión de fondo de 8 de septiembre de 2004 sobre la Reclamación nº 14/2003, *Federación internacional de ligas de derechos humanos c. Francia*) o de alojamiento (decisión de fondo de 20 de octubre de 2009 sobre la Reclamación nº 47/2008, *Defensa Internacional de los Niños c. Países Bajos*). En conexión con este último aspecto, deben citarse dos Reclamaciones colectivas contra Francia (la nº 33/2006 formulada por el *Movimiento Internacional ATD-Cuarto Mundo*, y la nº 39/2006 presentada por la *Federación europea de asociaciones nacionales que trabajan con los “sin techo”*): en ambos casos, resueltos mediante sendas decisiones de fondo de idéntica fecha (5 de diciembre de 2007) se decidió por el CEDS que se habían vulnerado los compromisos internacionales incluidos en la Carta revisada, concretamente el derecho a la vivienda (art. 31) en combinación con la no discriminación (art. E) y, además, en el caso de la Reclamación nº 33/2006, el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30).

Pero, sin duda, ha sido en el campo de los *grupos minoritarios*, y especialmente de la protección de las personas de *etnia gitana*, en donde la jurisprudencia del CEDS ha adquirido mayor notoriedad, como consecuencia de una serie de reclamaciones formuladas por diversas organizaciones no gubernamentales, entre ellas el *Centro Europeo de Derechos de los Gitanos* contra diversos países²⁹. En sus decisiones, el CEDS ha acogido las denuncias sobre la insuficiencia de alojamientos permanentes, la ausencia o carácter inadecuado de campamentos gitanos, los desahucios y expulsiones sin garantías procedimentales de familias de etnia gitana, o la exclusión de servicios sanitarios y asistenciales, en numerosos casos con discriminación por motivos raciales.³⁰

Desde el punto de vista material, la problemática acerca del alcance del *derecho de sindicación* y del *derecho a la negociación colectiva* (arts. 5 y 6 de la Carta) de los miembros de las fuerzas armadas y policiales, con prohibiciones y restricciones respectivamente en numerosos países, ha sido analizada con motivo de diversas Reclamaciones colectivas formuladas, entre otros, por la *Federación Europea del Personal de los Servicios Públicos c. Francia, Italia y Portugal* (Reclamaciones nº 2, 4 y 5/1999), por el *Consejo europeo de sindicatos de policía c. Portugal* (Reclamaciones

El otro bloque material importante tiene que ver con la jurisprudencia sobre *derechos de ámbito laboral*. Así, el CEDS ha corregido la discriminación en el empleo entre categorías profesionales comparables (decisión de fondo de fecha 10 de octubre de 2000 sobre la Reclamación nº 6/1999, *Sindicato Nacional de Profesiones del Turismo c. Francia*), o ha dado cauce a la inversión de la carga de la prueba en asuntos de discriminación racial en el terreno laboral (decisión de fondo de 8 de noviembre de 2005 sobre la Reclamación nº 24/2004, *Sindicato SUD trabajo y asuntos sociales c. Francia*). La interdicción del trabajo forzoso (art. 2.1 de la Carta Social) se consideró vulnerada en perjuicio de los oficiales de carrera del ejército griego al tener que permanecer en el servicio militar hasta períodos de veinticinco años para compensar la formación recibida (decisión de fondo de 5 de diciembre de 2000 sobre la Reclamación nº 7/2000, *Federación internacional de ligas de derechos humanos c. Grecia*); o en detrimento de los objetores de conciencia con respecto a los soldados como consecuencia de la duración excesiva (hasta tres años) de la prestación social sustitutoria (decisión sobre el fondo de fecha 25 de abril de 2001 sobre la Reclamación nº 8/2000, *Consejo cuáquero para asuntos europeos c. Grecia*).

2.2. Desarrollos recientes

El CEDS ha conseguido disminuir

Conviene reseñar brevemente las aportaciones jurisprudenciales de esta última decisión, en las que el CEDS acogió las denuncias formuladas por la organización reclamante, en donde se reprochaba a las autoridades italianas que la legislación de emergencia adoptada para hacer frente a la situación de las personas gitanas (población romaní y sinti) habría sometido a éstas a un discurso racista y xenófobo, así como a campañas ilegales de expulsiones de los campamentos y del territorio italiano, con vulneración de los arts. 16 (protección social, jurídica y económica de la familia), 19 (protección y asistencia de los trabajadores migrantes y sus familias), 30 (protección contra la pobreza y la exclusión social) y 31 (derecho a la vivienda), invocados autónomamente y en conexión con la cláusula de no discriminación del art. E de la Carta revisada.

continuación, al versar la reclamación básicamente sobre la discriminación racial en el disfrute de los derechos invocados, se recuerda por el CEDS su propia jurisprudencia y la del TEDH para resaltar: que el art. E prohíbe no sólo la discriminación directa sino asimismo todas las formas de discriminación indirecta; que la carga de la prueba en asuntos de discriminación sobre personas vulnerables debe prever una inversión o desplazamiento apropiados (decisión de fondo de 3 de junio de 2008 sobre la Reclamación nº 41/2007, *Centro de defensa de los derechos de las personas con discapacidades mentales c. Bulgaria*), que la discriminación basada en el origen étnico constituye una forma de discriminación racial que no tiene cabida en una sociedad democrática contemporánea fundada en los principios de pluralismo y diversidad cultural (STEDH *Timichev c. Rusia*, de 13 de diciembre de 2005), y que las personas de etnia gitana constituyen un minoría desfavorecida y vulnerable necesitada de protección especial (STEDH *Orsus c. Croacia*, de 16 de marzo de 2010).

Por otra parte, el mayor desarrollo jurisprudencial de esta decisión de fondo de 25 de junio de 2010 sobre la Reclamación nº 58/2009 tiene que ver con la utilización, como el TEDH, de la técnica de la sinergia entre instrumentos internacionales de derechos humanos, puesto que al analizar la situación de exclusión social y condiciones deplorables sufridas por las personas de etnia gitana, el CEDS pone en conexión la Carta Social con la jurisprudencia del TEDH (en materia de prohibición de expulsiones colectivas o de protección de datos personales), con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de la que importa la noción de “violación agravada” y “responsabilidad agravada” de derechos humanos), o con las observaciones generales en materia de vivienda del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

Por último, merece una referencia la nueva jurisprudencia del CEDS que aborda los derechos sociales de personas refugiadas y desplazadas: la decisión de fondo de 22 de junio de 2010 de resolución de la Reclamación nº 52/2008 (*Centre on Housing Rights and Evictions contra Croacia*). En la reclamación se denunciaba una violación del artículo 16 (protección de la familia) a la luz de la cláusula de no discriminación contenida en el Preámbulo de la Carta Social Europea de 1961 (la ratificada por Croacia), por cuanto la población de etnia serbia, desplazada durante la guerra en la antigua Yugoslavia, habría sido víctima de un trato discriminatorio consistente en que dichas familias no habrían podido recuperar las vivien-

das que ocupaban antes del conflicto ni tampoco habrían podido beneficiarse de una compensación económica por la pérdida de sus viviendas. Tras delimitar su competencia *ratione temporis*³³, el CEDS declara una vulneración del artículo 16 de la Carta en razón del largo plazo empleado por las autoridades croatas para hacer efectivos los programas de ayuda a la vivienda desde que se pusieron en marcha en 2003, lo que ha provocado que las familias desplazadas que expresaron su deseo de retornar a Croacia y solicitaron dichas ayudas sin obtener una respuesta dentro de un plazo razonable no hayan podido acceder y disfrutar de una garantía de mantenimiento al lugar de retorno. Con carácter adicional, esa violación del artículo 16 se habría visto acompañada de discriminación, al no haber tenido en cuenta la especial vulnerabilidad de las numerosas familias desplazadas de minoría serbia, como consecuencia de su origen étnico.

III. El enriquecimiento mutuo del TEDH y del CEDS

La existencia de diferentes mecanismos de garantía en el Convenio Europeo (CEDH) y en la Carta Social Europea (CSE) puede generar contentiosos paralelos entre dichos mecanismos (entre el TEDH y CEDS). Y ello no sólo por la mencionada coincidencia redaccional 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 de la CSE revisada de 1996) y, por supuesto, de la *incursión* mutua (del TEDH en la CSE y del CEDS en el CEDH).

Esos contentiosos pueden generar divergencias jurisprudenciales: así sucedió con relación a la cláusula de democracia militante o beligerante de los funcionarios públicos en Alemania, que había sido avalada en un primer momento por la Corte Europea (STEDH *Glasenapp c. Alemania* y *Kosiek c. Alemania*, ambas de 28 de agosto de 1986, con fluctuación jurisprudencial posterior con motivo de la STEDH *Vogt c. Alemania* de 26 de septiembre de 1995), mientras que el CEDS las había puesto en tela de juicio³⁴. Otro tanto ha ocurrido con respecto a la duración de la prestación social de los objetores de conciencia al servicio militar, materia declarada inadmisibles “*ratione materiae*” bajo el ángulo del CEDH (a la luz del principio de no discriminación del art. 14 y de la prohibición del trabajo forzado del art. 4³⁵) y, al contrario, per-

cibida por el CEDS como problemática por entrar en colisión con el art. 1.2 CSE por desproporcionada con respecto al derecho del trabajador a ganar su vida por medio de un trabajo libremente elegido (decisión de fondo de 25 de abril de 2001 sobre la Reclamación nº 8/2000, *Consejo cuáquero para asuntos europeos c. Grecia*).

Ahora bien, esos contenciosos 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 manifiesta, como se expuso, en la famosa STEDH *Demir y Baykara c. Turquía* de 12 de noviembre de 2008 sobre libertad sindical y negociación colectiva de funcionarios.

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA: EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE)

1. Aspectos preliminares

La ausencia de un catálogo de derechos fundamentales (incluidos los derechos sociales) ha sido un déficit clásico en la evolución del orden jurídico comunitario hasta la inclusión en el “Derecho originario o primario” de la CDFUE mediante el Tratado de Lisboa de 2007³⁶. Si se introduce en este recorrido evolutivo el conocido como “Derecho derivado o secundario”, cabe aludir a cinco grandes fases con relación a la protección de los derechos sociales en la Unión³⁷:

- una primera fase del “mercado común” desde 1957 hasta 1974, en la que se consideraba lógico prescindir en la Comunidad económica europea de competencias en materia social, en la medida en que la mejora de las condiciones de vida y de

empleo debían ser el resultado automático del funcionamiento del mercado interior;

- una segunda fase de emergencia de una dimensión social desde 1974 hasta 1985, durante la cual la Comisión empezó a suplir esa laguna competencial con iniciativas legislativas de ámbito social sobre la base del entonces art. 100 del Tratado CEE (luego art. 94 TCE y actualmente art. 115 TFUE);
- una tercera fase de reforzamiento de esa dimensión social entre 1985 y 1997 en la que, tras la adhesión de nuevos socios con nivel de vida modesto (a la sazón, Portugal y España) se experimenta la necesidad de aproximar las legislaciones nacionales para que los efectos positivos del mercado interior vayan acompañados de un espacio social europeo que evite el recurso a prácticas de “dumping social”;
- una cuarta fase desde 1997 hasta 2007, en la que el Tratado de Ámsterdam introduce bases habilitantes expresas para la adopción de legislación directa en diversos ámbitos sociales, así como en la lucha contra la discriminación³⁸, y se extiende a través del Tratado de Niza el campo material del “método abierto de coordinación”³⁹, 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);
- y una quinta fase de asunción expresa de un catálogo propio de derechos sociales (el de la CDFUE) que se inaugura con el Tratado de Lisboa de 2007⁴⁰ en cuyo contexto (más promotor que la “Estrategia de Lisboa” lanzada en 2000 y renovada con incertidumbre posteriormente), además de la cláusula social transversal (art. 9 TFUE)⁴¹, incluso la pretendida cláusula de *opting out* con respecto a la CDFUE (negociada por Polonia y Reino Unido y secundada por República Checa) podría 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.

2. La contribución jurisprudencial social del TJUE

Salvadas las distancias entre los Tribunales europeos de Estrasburgo y de Luxemburgo, es lo cierto que, como en el caso del primero (que no cuenta con un tratado “propio” de derechos sociales), en el supuesto del segundo (que tampoco ha contado hasta la CDFUE con un catálogo “propio” de derechos sociales) la aproximación a la de-

fensa de los derechos sociales se ha nutrido de técnicas interpretativas que han permitido desarrollar la jurisprudencia comunitaria en dicho terreno.

Por lo pronto, parecía inexorable que el Tribunal de Luxemburgo diera entrada, siquiera contenida y en parco número, a algunos derechos sociales a través de la noción de “derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto asegura el Tribunal”, según la célebre fórmula introducida por la sentencia *Stauder* (de 12 de noviembre de 1969, asunto 29/69).⁴²

Sin haber llegado a construir una teoría de los derechos fundamentales (acaso no constituya ésa su tarea), el TJUE ha ensayado, o siquiera evocado, por vía jurisprudencial algunas categorías tomadas de los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros: así, en la STJUE *SMW Winzersekt* (de 13 de diciembre de 1994, asunto C-306/93, apartado 22) se enfocó el derecho de propiedad desde la perspectiva de su función social y su ponderación con el libre ejercicio de actividades profesionales, así como bajo el ángulo de los límites a los derechos fundamentales en conflicto y su contenido esencial (se alude a “aspectos sustanciales” o “propia existencia” en el apartado 24); más recientemente, en la STJUE *DEB y Bundesrepublik Deutschland* (asunto C-279/09), de 22 de diciembre de 2010, se alude nuevamente a la “propia esencia” del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 47 CDFUE precisamente por referencia a su vertiente social de acceso gratuito a la jurisdicción en caso de insuficiencia de recursos o de problemas económicos, y extendiendo su titularidad a las personas jurídicas, y no sólo físicas.

La 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.⁴³

Y, desde luego, 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 sexos⁴⁴, propició que se aplicara su lógica “a otros

aspectos de la política social” como el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo⁴⁵; además, la jurisprudencia comunitaria se opone a un trato 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 (SSTJUE *Asscher* de 27 de junio de 1996, asunto C-107/94, o *Rüffler* de 23 de abril de 2009, asunto C-544/07); o se ha mostrado contundente a favor de la protección de los derechos de los trabajadores en casos de insolvencia del empresario desde la famosa STJUE *Francovich* (de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90) o en supuestos de transmisión de empresas y continuación de la relación laboral con la STJUE *D’Urso* (de 25 de julio de 1991, asunto C-362/89); en lo que concierne al derecho a la información y consulta de los trabajadores en el seno de la empresa la jurisprudencia comunitaria se ha mostrado fluctuante, esto es, tanto con espíritu benévolo (STJUE *Confédération générale du travail* y otros, de 18 de enero de 2007, asunto C-385/05, sobre no inclusión de ninguna categoría de trabajadores para el cálculo de los umbrales determinantes de las obligaciones empresariales) como con orientación restrictiva (STJUE *Sorge*, de 24 de junio de 2010, asunto C-98/09, sobre reducción de información en determinados contratos de duración determinada).

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, apartados 17 y 18), y sigue consolidando su doctrina bajo las cláusulas, ya explícitas, de la CDFUE (por ejemplo, STJUE *Chatzi* de 16 de septiembre de 2010, asunto C-149/10, sobre el alcance del permiso parental en caso de nacimiento de gemelos).

En lo atinente a motivos concretos de no discriminación, la *igualdad de género* ha conocido igualmente una notoria evolución desde el famoso tránsito de la STJUE *Kalanke* (de 17 de octubre de 1995, asunto C-450/93) a la STJUE *Marschall* (de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95), coincidiendo en este segundo caso con el reconocimiento de una base habilitante expresa para la adopción de acciones positivas en el Tratado de Ámsterdam. En materia de *edad*, como botones de muestra recientes, la STJUE *Kücükdeveci* (de 18 de enero de 2010, asunto C-555/07) reprochó que una normativa nacional no tenga en cuenta los períodos

dicha prestación de supervivencia.⁴⁸

niciosos para el funcionamiento del mercado.

lectiva, sujeta a mayor grado de controversia.

con vacilaciones, no ha permanecido insensible

tiempo parcial vertical cíclico.

micas, a las que quedarían sometidos.⁵⁴

en las SSTJUÊ Rüffert (de 3 de abril de 2008, asun-

to C-346/06) y *Comisión c. Luxemburgo* (de 19 de junio de 2008, asunto C-319/06), parece establecerse una especie de jerarquización entre derechos sociales y libertades económicas en detrimento de los primeros⁵⁵, que se aparta de la STJUE *Albany* (de 21 de septiembre de 1999, asunto C-67/96) en donde se declaró que el derecho a la negociación colectiva podía quedar sustraído al Derecho de la competencia. Resta saber si la posición inaugurada con las SSTJUE *Viking* y *Laval* es susceptible de nueva fluctuación en el sentido conciliador operando nuevamente 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 CDFUE: en tal sentido, genera 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,⁵⁶ 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.⁵⁷

V. LAS SINERGIAS ENTRE EL CONSEJO DE EUROPA Y LA UNIÓN EUROPEA

Como se apuntó, la Carta Social Europea (CSE) del Consejo de Europa ha tenido una evolución desigual y fluctuante en su mención en los Tratados de la UE.⁵⁸ Por otro lado, la CSE también ha tenido su reflejo en el Derecho derivado de la UE (sobre igualdad de mujeres y hombres en el ámbito laboral y de la Seguridad Social, o en materia de seguridad e higiene en el trabajo) y, viceversa, las Directivas comunitarias han influido en la extensión del catálogo de derechos sociales incluido en la CSE revisada de 1996 (p.e., el art. 25 CSE revisada de 1996 se hace eco de la Directiva 80/987/CE sobre la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empleador, modificada por la Directiva 2002/74/CE).⁵⁹

Al lado de esas interacciones normativas, la existencia de los diversos niveles de garantía en el Consejo de Europa (TEDH y CEDS) y en la

Unión Europea (TJUE) puede acarrear contenciosos paralelos que requieren un grado de voluntad jurisdiccional positiva o convergente para la mayor optimización de los derechos sociales en juego. Así, en materia de prestaciones sociales de personas extranjeras o con residencia en otro país, confluyen las intervenciones jurisprudenciales del TEDH sobre la base combinada de los arts. 14 CEDH y 1 del Protocolo n° 1 (STEDH *Andrejeva c. Letonia* de 18 de febrero de 2009, o SSTEDH *Fawsie c. Grecia* y *Saidoun c. Grecia*, ambas de 28 de octubre de 2010), del CEDS con apoyo en el art. 12.4 CSE (decisión de fondo 3 de junio de 2008 sobre la Reclamación n° 42/2007, *Federación internacional de ligas de derechos humanos c. Irlanda*; o decisión de fondo de 9 de septiembre de 2009 sobre la Reclamación n° 50/2008, *Confederación Francesa Democrática del Trabajo c. Francia*) y del TJUE con respecto a normas como el Reglamento n° 1408/71⁶⁰ (STJUE *Habelt, Möser y Wachter* de 18 de diciembre de 2007, asuntos acumulados C-396/05, C-419/05 y C-450/05, respectivamente, o STJUE *K.D. Chuck* de 3 de abril de 2008, asunto C-331/06).

Profundizando en los contenciosos paralelos entre el CEDS y el TJUE, debe traerse a colación la cuestión de la flexibilización del mercado laboral, puesto que ambos se han pronunciado sobre la duración del tiempo legal de trabajo y la noción de trabajo efectivo, por referencia a la legislación francesa relativa a la no equiparación del tiempo de presencia que está el trabajador a disposición del empleador en el centro de trabajo ("régime d'astreinte" o "guardia localizada") y del tiempo de trabajo con actividad laboral ordinaria. El CEDS determinó sobre esta cuestión, en su decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004 sobre la Reclamación colectiva n° 22/2003 (*caso Confederación General del Trabajo c. Francia*), que la asimilación de los períodos de presencia con los períodos de descanso constituye una violación del art. 2 (apartados 1 y 5) de la CSE revisada (derecho a unas condiciones de trabajo equitativas). Afortunadamente, a similar conclusión llegó un año después la STJUE *Abdelkader Dellas, Confédération générale du travail y otros contra Premier ministre, Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité* (de 1 de diciembre de 2005, asunto C-14/04), pero sin mencionar en absoluto la decisión del CEDS, basándose exclusivamente en el Derecho de la Unión (Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo).

Más problemática, por último, puede presentarse la incidencia solapada de las tres instancias

(TEDH, CEDS y TJUE) en el terreno de las fricciones entre las libertades económicas de circulación y algunos derechos sociales de acción colectiva. Me limitaré a dejar apuntado que las mencionadas SSTJUE *Viking* (de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05), *Laval* (de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05), *Rüffert* (de 3 de abril de 2008, asunto C-346/06), *Comisión c. Luxemburgo* (de 19 de junio de 2008, asunto C-319/06) o *Comisión c. Alemania* (de 15 de julio de 2010, asunto C-271/08) atisban un escenario susceptible de generar divergencias con respecto a la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 11 CEDH o a la jurisprudencia del CEDS sobre el art. 6.4 CSE. En estas condiciones, resulta esencial dejar sentados los perfiles jurídicos de la acción favorable de sinergia entre las instancias europeas de garantía de los derechos sociales, con objeto de dotar de sustancia social al mercado suavizando los vientos de la globalización económica.⁶¹ En la praxis, el propio TEDH ha generado alguna fluctuación, motivada por la prioridad del “bienestar económico” sobre el ambiente saludable de la población,⁶² aunque haya seguido emitiendo pronunciamientos interesantes en este ámbito.⁶³

VI. ALGUNAS REFLEXIONES Y PROPUESTAS FINALES

El entrecruzamiento entre los diversos niveles europeos de garantía jurisdiccional de los derechos sociales analizados en el presente trabajo (TEDH, CEDS y TJUE) precisa de algunas ulteriores reflexiones y propuestas. Es cierto que la labor jurisprudencial primordial del CEDS se plasma en “decisiones de fondo”, a diferencia de la del TEDH o del TJUE, que se manifiesta en “sentencias”. Ello no obstante, esa diversa terminología tiene su proyección en términos de ejecución de cada resolución. Sin embargo, en términos de impacto en los ordenamientos internos, es equiparable el valor interpretativo vinculante de las respectivas jurisprudencias: ¿qué significa esto? Pues que si, a título de ejemplo, una jurisdicción nacional ha de decidir un conflicto en donde esté implicado un derecho fundamental que cuente con jurisprudencia eventualmente divergente del CEDS y del TEDH, habrá de aplicar en cada caso la más favorable (*favor libertatis*), como por lo demás viene impuesto por las cláusulas de estándar mínimo y llamada o remisión a la disposición más favorable establecidas por el art. 53 CEDH, el art. 32 CSE (art. H de la Carta revisada) y el art. 53 CDFUE.

Si se pone el acento exclusivamente en la problemática de la ejecución, el diagnóstico puede revelarse paradójico: así, se ha tardado en ocasiones más de una década en ejecutar sentencias del TEDH⁶⁴ y, diversamente, apenas unos meses en ejecutar decisiones de fondo del CEDS (o incluso con anterioridad a dictarse la decisión de fondo del CEDS ante una previsible condena).⁶⁵ El caso es que la jurisprudencia del CEDS, lo mismo que se nutre de otras instancias internacionales ya mencionadas, puede resultar útil a mecanismos incipientes, como el nuevo procedimiento de comunicaciones individuales instaurado en 2008 mediante el Protocolo facultativo al Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Este Protocolo ha sido ratificado por España en fecha 23 de septiembre de 2010,⁶⁶ ratificación que llama la atención en agravio comparativo con la asignatura pendiente de la aceptación del Protocolo de 1995 a la Carta Social sobre reclamaciones colectivas, y más aún si se tiene presente la reciente introducción mediante las últimas reformas estatutarias de catálogos de derechos sociales que se han inspirado aparentemente en la Carta Social.⁶⁷

En el seno del Consejo de Europa se perciben unas convergencias y paralelismos crecientes entre el TEDH y el CEDS.⁶⁸ Con respecto a la Unión Europea, sin dejar de afrontar su posible adhesión a la CSE, la reciente entrada en vigor del citado Tratado de Lisboa seguramente contribuirá a la mayor visibilidad de la jurisprudencia del CEDS, en la medida en que la CSE es citada como fuente inspiradora e interpretativa en la CDFUE y en las Explicaciones anejas. Además, esa vigencia de la CDFUE podría jugar a modo de pasarela material de los derechos que también se encuentran consagrados en la Carta Social revisada de 1996 que España no ha ratificado.⁶⁹

A fin de cuentas, el acercamiento en España a esa jurisprudencia europea (y, sobre todo, a la más específica y nutrida sobre derechos sociales, pero al tiempo más desconocida, la del CEDS) no constituye un mero reto pedagógico o de difusión en el ámbito académico o en la praxis jurídica, sino un imperativo de optimización de los arts. 10.2 y 93 a 96 de la Constitución y, por ende, de nuestro sistema constitucional de derechos fundamentales, lo que obviamente proyecta un creciente impacto y mayores posibilidades de garantía de los llamados principios rectores de la política social y económica y, en definitiva, de profundización solidaria en nuestro Estado social de Derecho a través de la integración internacional.⁷⁰

NOTAS

- * El presente trabajo de investigación se ha elaborado en el marco del proyecto CONSOLIDER HURI-AGE "El tiempo de los derechos" (Referencia CSD2008-068). Ministerio de Ciencia e Innovación. Convocatoria CONSOLIDER 2010. Corresponde a la ponencia presentada por el autor, bajo el título "La tutela supranacional de los derechos sociales: el espacio de la Unión Europea y del Consejo de Europa", en el IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, celebrado los días 27-28 de enero de 2011 en Santa Cruz de Tenerife.
1. En la doctrina española, se ha advertido que nada hay en la estructura de los derechos sociales o de prestación que impida considerarlos auténticos derechos: ESCOBAR ROCA, G.: Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos, Trama Madrid, 2005, pp. 58 y ss. En la doctrina extranjera, lo han puesto de manifiesto asimismo, entre otros, ABRAMOVICH, V., y COURTIS, Ch.: Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Trotta, 2002, p. 20; VERDIER, J.M.: "Protection et justiciabilité des droits sociaux", *Affari sociali internazionali*, Nº 1, 1992, o ALIPRANTIS, N.: "Les droits sociaux sont justiciables!", *Droit social*, Nº 2, 2006, y lo ha ilustrado de modo concreto ROMAN, D.: "L'universalité des droits sociaux à travers l'exemple du droit à la protection sociale", *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, nº 7, 2009, p. 131: "la garantía jurídica de los derechos sociales puede jurídicamente ser concebida con el mismo grado de efectividad y de universalidad que los derechos civiles. La batería de tests utilizados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Comité Europeo de Derechos Sociales así lo atestiguan."
 2. ABRAMOVICH, V., y COURTIS, Ch.: Los derechos sociales como derechos exigibles, ya cit., p. 23. En la misma dirección, BRILLAT, R.: "La Charte sociale européenne et le contrôle de son application", en el colectivo *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux. Défis à l'échelle mondiale* (ed. N. ALIPRANTIS), Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 41-42.
 3. Por ejemplo, ya VAN HOOFF, F.: "The legal nature of economic, social and cultural rights: A rebuttal of some traditional views", en el colectivo *The right to food* (eds. P. ALSTON y K. TOMASEVSKI), Utrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 97.
 4. ROMAN, D.: "La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social", *Droits des pauvres, pauvres droits? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux* (dir. D. ROMAN), Paris, Centre de Recherches sur les droits fondamentaux (Université Paris Ouest Nanterre la Défense), 2010, p. 27.
 5. Por tal razón, cubre una laguna importante en la doctrina constitucionalista la obra de TAJADURA TEJADA, J. (dir.): *Los principios rectores de la política social y económica*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004, 494 pp.
 6. COSSÍO DÍAZ, J.R.: *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 173 y ss.: la Constitución española contiene normas relativas no sólo a "derechos fundamentales prestacionales", sino igualmente a "derechos fundamentales de libertad con faceta prestacional."
 7. Protocolo facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, adoptado por la Asamblea General en la emblemática fecha del 10 de diciembre de 2008.
 8. Como bien ha subrayado TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho constitucional español* (Tomo I: Sistemas de fuentes. Sistema de los derechos), Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 6ª ed., 2010, p. 725: "la Carta Social Europea de 1961 fue adoptada por el Consejo de Europa como complemento del Convenio Europeo de 1950 en materia de derechos sociales, haciendo realidad el principio de indivisibilidad de todos los derechos humanos."
 9. Según las Explicaciones anejas, hasta siete derechos fundamentales de la Carta de la Unión se inspiran en otros tantos de la Carta Social Europea revisada de 1996.
 10. Un análisis más exhaustivo de dichas asimetrías en ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., y JIMENA QUESADA, L.: "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras su integración en el Tratado constitucional: asimetrías, inconsistencias y paradojas", en VV.AA., *Colóquio Ibérico: Constituição Europeia. Homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires*. Bo-

- 108

- pauvres, pauvre(s) droit(s)?", *Revue de Droit public*, mayo-junio 1989, p. 747.
25. Con este espíritu, al sistema multinivel de garantías de los derechos sociales alude PISARELLO G.: Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción, Madrid, Trotta, 2007, especialmente, pp. 111-138.
 26. Más ejemplos de aplicación directa de la CSE, al máximo nivel jurisdiccional ordinario de algunos países, pueden consultarse en MIKKOLA, M.: *Social Human Rights in Europe*, Helsinki, Legisactio Ltd, 2010, pp. 666 y ss.
 27. Como bien ha precisado BRILLAT, R.: "La Charte sociale européenne et le contrôle de son application", ya cit., p. 44: "el término 'jurisprudencia' utilizado desde hace años ya ha adquirido plena significación".
 28. Al margen de la búsqueda en la base de datos oficial (en la citada web de la Carta Social: www.coe.int/socialcharter), para acercarse a las líneas jurisprudenciales básicas del CEDS (elaboradas tanto en el sistema de informes como en el mecanismo de reclamaciones colectivas) es recomendable la lectura del Digesto de Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (que contiene una especie de compendio jurisprudencial artículo por artículo de la Carta Social) de acceso en las versiones oficiales del Consejo de Europa y en la última edición de septiembre de 2008 (en francés –*Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux*– y en inglés –*Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*). Por lo que se refiere en particular al procedimiento de reclamaciones colectivas, las decisiones del CEDS hasta 2005 pueden leerse en español en JIMENA QUESADA, L.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de reclamaciones colectivas. Vol. I: 1998-2005)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007. Además, la reseña actualizada en español de todas esas decisiones puede consultarse en la "Crónica de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales" publicada en la Revista Europea de Derechos Fundamentales, concretamente en el Nº 12 (segundo semestre de 2008) hasta 2008, en el Nº 14 (segundo semestre de 2009) la correspondiente a 2009, y en el Nº 16 (segundo semestre de 2010) la correspondiente a 2010.
 29. Como Grecia (Reclamación nº 15/2003, decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004), Italia (Reclamación nº 27/2004, decisión de fondo de 7 de diciembre de 2005) y Bulgaria (Reclamación nº 31/2005, decisión de fondo de 18 de octubre de 2006, así como Reclamación nº 46/2007, decisión de fondo de 3 de diciembre de 2008, y Reclamación nº 48/2008, decisión de fondo de 18 de febrero de 2009).
 30. Véase la Declaración de Estrasburgo sobre las personas de etnia gitana adoptada en la Reunión de alto nivel del Consejo de Europa sobre dichas personas celebrada el 20 de octubre de 2010. Los aspectos socio-culturales y socio-políticos son analizados en el libro de LIÉGEOIS, J.P.: *Roms en Europe/Roma in Europe*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe/Council of Europe Publishing, 2007.
 31. Dos importantes decisiones fueron adoptadas en 2009, concretamente la Reclamación nº 49/2008 (INTERIGHTS c. Grecia, decisión de fondo de 11 de diciembre de 2009) y la Reclamación nº 51/2008 (Centro de Derechos para los Gitanos Europeos c. Francia, decisión de fondo de 19 de octubre de 2009).
 32. A finales de 2010 fue registrada la última Reclamación en este terreno, la nº 63/2010 (Centre on Housing Rights and Evictions contra Francia), sobre cuya admisibilidad se habrá de pronunciar el CEDS en 2011. En ella se alega que el desalojo y desmantelamiento de campamentos gitanos, así como las expulsiones de Francia de las personas de etnia gitana durante el verano de 2010, constituirían una violación de los arts. 31 (derecho a la vivienda) y 19.8 (garantías relativas a la expulsión de los trabajadores migrantes y sus familias), así como del art. E (no discriminación).
 33. En este punto, el CEDS decide no pronunciarse sobre la anulación de los derechos de ocupación en lo que afecta a esa minoría serbia, por cuanto tales hechos se habrían producido a mediados de los años noventa del siglo pasado, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor de la Carta Social para Croacia (que la ratificó el 26 de febrero de 2003). El CEDS sigue el enfoque adoptado por la Gran Sala del TEDH, entre otros pronunciamientos, en la sentencia dictada el 8 de marzo de 2006 en el caso Blecic contra Croacia (demanda nº 59532/00).
 34. *Recueil de la jurisprudence relative à la Charte sociale européenne*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, Supplément 1, 1986, p. 2 ; así como *Recueil de la jurisprudence relative à la Charte sociale européenne*, Supplément 3, 1993, p. 2.
 35. Así, la Decisión de inadmisibilidad caso un grupo de objetores de conciencia c. Dinamarca de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 7 de marzo de 1977 (demanda Nº 7565/76, DR 9, 1978, pp. 117-125). Más recientemente

- 110

- re", *Cahiers de Droit européen*, n° 5-6, febrero 1994, p. 538.
46. En la STJUE *Rosenbladt* (de 12 de octubre de 2010, asunto C-45/09) se avala asimismo la cláusula de extinción automática de los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que han alcanzado la edad de jubilación, fijada a los 65 años en la normativa nacional litigiosa; en sentido análogo, ya con anterioridad, STJUE *Palacios de la Villa* (de 16 de octubre de 2007, asunto C-411/05).
 47. Para la delimitación, a efectos laborales, de las situaciones de enfermedad y de discapacidad, vid. STJUE *Chacón Navas* (de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05).
 48. Sobre no discriminación por razón de orientación sexual en el acceso a una asignación familiar, acúdase asimismo a STJUE D/Consejo (de 31 de mayo de 2001, asuntos acumulados C-122/99 P y C-125/99 P, en particular, apartado 47). Como precedente desfavorable, no considerado contrario al principio de igualdad, STJUE *Grant* (de 17 de febrero de 1998, asunto C-249/96), en la que se avala la denegación, por parte de un empresario, de una reducción en el precio de los transportes en favor de la persona, del mismo sexo, con la que un trabajador mantiene una relación estable, cuando tal reducción se concede en favor del cónyuge del trabajador o de la persona, de distinto sexo, con la que éste mantiene una relación estable sin vínculo matrimonial.
 49. Como precedente, la STJUE *BECTU* (de 26 de junio de 2001, asunto C-173/99) interpretó igualmente en sentido favorable los requisitos para el nacimiento del derecho a vacaciones anuales retribuidas.
 50. En ese mismo ámbito, puede leerse la STJUE *Meerts* (de 22 de octubre de 2009, asunto C-116/08) sobre cálculo de indemnización por despido en caso de resolución unilateral por el empresario del contrato de un trabajador contratado por tiempo indefinido y a tiempo completo mientras que este último disfruta de un permiso parental en jornada parcial.
 51. Vid. DEHOUSSE, F.: "Les arrêts Laval et Viking de la Cour de justice: vers une protection sociale plus petite dans une Europe plus grande?", *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruylant, 2008, en particular, pp. 500-502.
 52. RODIÈRE, P.: "L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la CJCE", *Droit social*, N° 5, 2010, p. 578.
 53. Así la califican MARGUÉNAUD, J.P. y MOULY, J.: "La jurisprudence sociale de la Cour EDH: bilan et perspectives", ya cit., p. 891.
 54. *Ibidem*.
 55. Analizando los asuntos *Viking*, *Laval*, *Rüffert* y *Comisión contra Luxemburgo*, ha criticado acertadamente ASTOLA MADARIAGA, J.: "Lo social y lo económico en los Tratados de la Unión y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", ya cit., pp. 376-377: el poner frente a frente derechos económicos y derechos sociales "ha permitido saber la ponderación de ellos hace el TJCE: los derechos sociales constituyen restricciones a los derechos económicos".
 56. En el fallo se declara el incumplimiento del Estado de las normas de libre competencia y libertad de prestación de servicios (Directivas 92/50/CEE y 2004/18/CE) al haber adjudicado directamente, sin haber convocado una licitación a escala de la Unión Europea, contratos públicos de servicios de planes de pensiones de empleo de los trabajadores de la función pública local a entidades y empresas aseguradoras designadas en un convenio colectivo celebrado entre interlocutores sociales.
 57. Así lo ha expresado MORIJN, J.: "Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and the Omega in the Light of the European Constitution", *European Law Journal*, 12 (1), 2006.
 58. Así, se mencionó en el Preámbulo del Acta Única Europea de 1986 al mismo nivel que el CEDH; desapareció en el Tratado de Maastricht de 1992 (en cuyo texto articulado sí se menciona el CEDH); se incluyó en el texto articulado del Tratado de la Comunidad Europea (actual Tratado sobre el Funcionamiento de la UE) tras el Tratado de Ámsterdam; y, tras el "fiasco" de la mera proclamación solemne de la CDFUE con ocasión del Tratado de Niza de 2001, e igual fracaso del Tratado constitucional de 2004, se reconoce el importante catálogo de derechos sociales de la CDFUE mediante el Tratado de Lisboa de 2007.
 59. FLAUSS, J.F.: Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales", en el colectivo *Escritos sobre Derecho europeo de los derechos sociales*, ya cit., pp. 25-54.
 60. Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (modificado

- 112

lización del Estado social", Revista Europea de Derechos Fundamentales, Nº 13, 2009, p. 63: "la solidaridad es también un valor internacional (...). Sin solidaridad, no hay futuro para Eu-

ropa. Por el contrario, en la medida en que la insolidaridad surja en forma de brotes protectionistas y políticas de dumping, en esa misma medida se estará entorpeciendo la superación de la crisis".

