

**LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES
EN EL CONSEJO DE EUROPA**

***THE JUSTICIABILITY OF SOCIAL RIGHTS
IN THE COUNCIL OF EUROPE***

CAROLE NIVARD¹

*Maître de conférences en droit public
Université de Rouen*

Artículo recibido el 15 de junio de 2016

Artículo aceptado el 25 de junio de 2016

RESUMEN

Los derechos sociales están generalmente menos protegidos que los derechos civiles y políticos. Sin embargo, en el ámbito del Consejo de Europa, los sistemas de la Carta social europea y del Convenio europeo de los derechos humanos ofrecen las condiciones para un avanzar hacia la justiciabilidad de los derechos sociales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos evoluciona y adopta una interpretación dinámica que amplía los derechos del Convenio europeo hasta la esfera social. Por otra parte, el sistema de la Carta social se ha reforzado con el establecimiento del sistema de reclamaciones colectivas que permite una garantía cuasi judicial de los derechos

¹ CUREJ-EA 4703. La autora agradece muy calurosamente a la Profesora M^a Carmen SALCEDO BELTRÁN por su relectura y sus correcciones lingüísticas.

sociales. Finalmente, los jueces nacionales aceptan cada vez más la aplicabilidad directa de la Carta social europea.

No obstante, el alcance de este movimiento es heterogéneo puesto que el respeto del derecho social implica la adopción por el Estado de medidas positivas, derivándose de ello una justiciabilidad más limitada.

PALABRAS CLAVE: derechos sociales, Justiciabilidad, Consejo de Europa, Carta social europea, Convenio europeo de los derechos humanos, Tribunal europeo de derechos humanos, Comité europeo de derechos sociales, Aplicabilidad directa.

ABSTRACT

Among human rights, social rights are less protected than civil and political rights. However, within the Council of Europe, the European Social Charter and the ECHR systems offer good conditions for the emergence of justiciability of social rights. Indeed the European Court of Human Rights through its dynamic interpretation enlarges the field of protected rights and includes social rights. Moreover the Social Charter System has been reinforced with the institution of collective complaints which permits a quasi-judicial guarantee of social rights. Finally national judges accept increasingly direct enforceability of the European Social Charter. The range of this movement is however heterogeneous. Generally, the more the respect of the right will impose the adoption of positive measures from the State, the more its justiciability will be limited

KEYWORDS: social rights, Justiciability, Council of Europe, European Social Charter, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, European Committee on Social Rights, Direct Applicability.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. VIAS DE JUSTICIABILIDAD

- A. Socialización de los derechos del Convenio europeo de derechos humanos*
- B. Jurisdiccionalización de la garantía de los derechos de la Carta social europea*
- C. Invocación de los convenios europeos ante los tribunales nacionales*

II. ALCANCE DE LA JUSTICIABILIDAD

A. Exigibilidad del beneficio al nivel de realización alcanzado

1. El acceso justiciable a las prestaciones existentes
2. La preservación parcialmente exigible de las prestaciones existentes

B. Exigibilidad limitada con respeto a la concesión de prestaciones

1. Justiciabilidad difícil de la realización positiva del derecho
2. Justiciabilidad confinada al contenido mínimo del derecho

INTRODUCCIÓN

Entre los derechos humanos, los derechos sociales tienen como destinatarios los trabajadores y la protección social, en particular, de los grupos vulnerables.

Si se les compara con los derechos civiles y políticos, estos sufren de una garantía debilitada. Esta diferencia de tratamiento se encuentra tanto a nivel internacional como a nivel interno². En el Consejo de Europa, se traduce en un reconocimiento de los derechos humanos en dos convenios distintos, complementados por mecanismos de supervisión diferentes: uno de carácter judicial y otro realizado por expertos independientes. De hecho, el Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra derechos civiles y políticos y está supervisado por el Tribunal europeo de derechos humanos de Estrasburgo. Del otro lado, los derechos sociales se encuentran garantizados en la Carta social europea cuyo respecto está asegurado por el Comité europeo de derechos sociales.

Si definimos la justiciabilidad de los derechos sociales como la posibilidad de someter su respeto al control de un órgano jurisdiccional, existe la idea, que todavía se mantiene, en cuanto a que su naturaleza imposibilita tal control. Efectivamente, los derechos sociales serían derechos prestacionales cuya realización supone la intervención del legislador social. Contrariamente a los derechos civiles y políticos, no se consideran derechos subjetivos, de efectividad inmediata, sino derechos programáticos o meros principios que orientan al legislador o sólo le imponen obligaciones de medios.

Sin embargo, la naturaleza puramente programática de los derechos sociales no es sostenible³. El análisis del contenido de los derechos humanos, desde el punto de vista de las obligaciones que imponen, permite discutir esta visión. Por una parte, conviene admitir que los derechos sociales no tienen el monopolio de las obligaciones positivas de actuar ya que los derechos

² En particular al nivel constitucional. Véase por ejemplo, ILIOPOULOS-STRANGAS J. (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Bruylant, 2000, 1033 págs.

³ En este sentido, véase esta revista, HERREROS LOPEZ J. M., "La justiciabilidad de los derechos sociales", núm. 1/2011, julio-diciembre 2011; NIVARD C., *La justiciabilité des droits sociaux. Etude de droit conventionnel européen*, Bruylant, 2012, págs. 143-160.

civiles y políticos pueden igualmente exigir de los Estados la aprobación de medidas. Por otra parte, el respeto de los derechos sociales supone asimismo obligaciones de abstención. Por ello, la idea de un carácter homogéneo de los derechos sociales diferente al resto de los derechos humanos, debe estar superada.

Todos los derechos humanos son complejos en la medida en que son vectores de distintas obligaciones estatales. Así algunos autores han podido considerar que el conjunto de los derechos humanos da lugar a tres tipos de obligaciones estatales: respetar, proteger y realizar⁴. En consecuencia, la diferencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales no es una diferencia de su naturaleza sino eventualmente de grado⁵. En este sentido, la mayoría de los derechos sociales daría lugar a más obligaciones positivas que ciertos derechos civiles. En cualquier caso, ningún argumento substancial se opondría a la justiciabilidad de los derechos sociales.

Admitido este presupuesto, hay que reconocer que esta justiciabilidad se obstaculiza en la práctica a causa de la persistencia de tópicos respecto a estos derechos. A pesar de ello, se puede constatar la emergencia de movimientos de refuerzo en cuanto a los mecanismos de supervisión de estos derechos así como una aceptación creciente de los jueces a conocer de peticiones que los alegan. A nuestro modo de ver, tal movimiento es comprobable en el Consejo de Europa.

A primera vista, no hay justiciabilidad de los derechos sociales en esta organización europea. En efecto, la Carta social europea (en adelante, CSE), el texto de consagración específico de los derechos sociales, no se combina con un mecanismo de garantía jurisdiccional. El respeto de la Carta a nivel europeo está garantizado por el Comité europeo de los derechos sociales (en adelante, CEDS), compuesto de expertos independientes, y no por un juez. A ello se añade que el único juez internacional existente en el Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), es competente para controlar la aplicación del Convenio europeo de los derechos humanos (en adelante, CEDH), tratado consagrando derechos dichos civiles y políticos. A esta situación se suma la no justiciabilidad de los derechos de la Carta social europea a nivel interno, puesto que la mayoría de los jueces nacionales rechazan todo efecto directo a este Tratado en sus ordenamientos jurídicos respectivos.

Ahora bien, esta primera impresión merece matizarse. Por un lado, algunos derechos del Convenio europeo de los derechos humanos pueden calificarse de derechos mixtos en la medida en que se encuentran clasificados tanto en Tratados de protección de los derechos civiles y políticos como en Tratados de protección de los derechos sociales. Se trata, por ejemplo, de la libertad sindical (garantizada por el artículo 11 CEDH que reconoce la libertad

⁴ Esta clasificación puede ser atribuida a EIDE A., “El derecho a la alimentación adecuada como derecho humano”, Serie de estudios sobre los derechos humanos n° 1, publicación de las Naciones Unidas, 1989 (Actualización, E/CN.4/Sub.2/1999/12).

⁵ En el mismo sentido, véase CONTRERAS PELÁEZ F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, 1994, pág. 21.

de asociación y por el artículo 5 CSE) o la prohibición del trabajo forzado (artículos 4 CEDH y 1 § 2 CSE). Estos derechos sociales son bien justiciables ante el Tribunal europeo. Además, tratándose de los otros derechos del CEDH, algunas sentencias del Tribunal europeo ilustran una cierta permeabilidad del Convenio a la materia social⁶. Por otro lado, el mecanismo de garantía de la Carta social europea se modificó profundamente en 1995 con la instauración del sistema de reclamaciones colectivas establecido en complemento del procedimiento existente de control basado en informes nacionales. El nuevo mecanismo permite a organizaciones internacionales o nacionales de representación de los trabajadores o patronos, así como a organizaciones no gubernamentales, someter al Comité europeo de los derechos sociales una alegación de violación de un derecho de la Carta social europea por un Estado parte a causa de una legislación o de una situación nacional. Ahora bien, este mecanismo opera una verdadera “tensión” hacia una garantía de tipo jurisdiccional.

En resumen, existe un movimiento hacia la justiciabilidad de los derechos sociales, que se formaliza por distintas vías, con diferente alcance, dedicando los apartados siguientes a su estudio.

I. VIAS DE JUSTICIABILIDAD

El movimiento hacia una garantía jurisdiccional de los derechos sociales sobre la base del CEDH y de la CSE pasa por diversas vías.

La primera consta en las sentencias del TEDH que interpretan los términos de CEDH de tal forma que les dotan de un contenido que invade la esfera de los derechos sociales. Esta primera vía puede calificarse de socialización de los derechos del CEDH (A).

La segunda designa el movimiento de jurisdiccionalización del mecanismo de supervisión del CSE (B).

Por último, la tercera vía se desarrolla a nivel interno. Se trata de la invocación creciente del CEDH y de la CSE con el fin de garantizar el respeto de derechos sociales (C).

Estas tres vías se retroalimentan poniéndose en evidencia en las continuas referencias recíprocas entre los distintos órganos de control.

A. Socialización de los derechos del Convenio europeo de derechos humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es competente para examinar el respeto únicamente de los derechos del Convenio europeo. Se niega a conocer derechos de la Carta

⁶ SUDRE F., « La "perméabilité" de la Convention européenne des droits de l'Homme aux droits sociaux », in *Pouvoir et liberté, Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, págs. 467-478. Véase esta revista PÉREZ ALBERDI R., “La jurisprudencia social del tribunal europeo de derechos humanos”, núm. 1/2011, julio-diciembre 2011.

social europea o de todo derecho que no se encuentre reconocido como tal por el Convenio⁷. Por ello, fuera del caso particular de los derechos mixtos⁸, el Tribunal no podría garantizar el respeto de un derecho social sino por el vector de un derecho civil formalmente garantizado en el Tratado. Puede interpretar el contenido de un derecho convencional en sentido amplio hasta el punto que invada la materia social o absorba el contenido de un derecho de las mismas características. Con ello, el derecho social se encuentra así materialmente integrado en un derecho del Convenio y se beneficia, por consiguiente, de un control jurisdiccional ante el Tribunal. Esa es la socialización de los derechos del CEDH que se define como este movimiento jurisprudencial que tiende a darles un determinado contenido social.

Esta “permeabilidad” del Convenio a los derechos económicos y sociales fue asumida muy pronto por el Tribunal en su sentencia *Airey c. Irlanda* del 9 de octubre de 1979. En concreto, consideró que no se debía “*descartar esta interpretación (...) no existe ningún compartimento estanco que aisle [los derechos sociales] del ámbito amparado por el Convenio*» (...); *aunque el Convenio protege esencialmente derechos civiles y políticos, muchos de ellos tienen implicaciones sociales o de naturaleza económica*”. En efecto, si bien el Convenio “*enuncia esencialmente derechos civiles y políticos, muchos de ellos tienen prolongaciones de orden económico y social*” (párr. 26). En el caso que se enjuiciaba, esta afirmación permitió a la jurisdicción europea lograr del artículo 6 CEDH (Derecho a un proceso equitativo) una obligación de proporcionar una asistencia judicial gratuita en materia civil cuando resulta necesaria para gozar del derecho a un recurso efectivo.

La sentencia *Airey* no dio lugar a una jurisprudencia abundante en materia social, pero sí deben ser objeto de atención algunas sentencias que proporcionaron alguna doctrina importante en este sentido.

A modo de ejemplo, se inició un movimiento jurisprudencial importante tras la calificación por el Tribunal de una prestación social no contributiva como un “bien” en el sentido del artículo 1 del Protocolo 1 CEDH (Protección de la propiedad). Esta es la interpretación de la sentencia *Gaygusuz c. Austria* del 16 de septiembre de 1996 y de la decisión *Stec y otros c. Reino Unido* de 6 de julio de 2005. Con fundamento en este artículo, alegado sólo o en combinación con el principio de prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH), el Tribunal desarrolló una jurisprudencia considerable en cuanto a la supresión o reducción de prestaciones sociales. En este tipo de asuntos, el Tribunal europeo protege un derecho a una ayuda social, que está consagrado también en el artículo 13 CSE (Derecho a una asistencia social y médica), aunque sea por la vía indirecta y por el vector de un derecho civil del Convenio.

En otra controversia planteada, el TEDH incluyó la cuestión del derecho al empleo en el ámbito del artículo 8 CEDH (Derecho al respeto a la vida privada y familiar). Es el caso de la

⁷ Comisión EDH del 1 de diciembre de 1993, *Asunto M. P. c. Grecia*; 6 de abril de 1994, *Asunto Markopoulou c. Grecia*; 6 de septiembre de 1995, *Asunto FEDERSPEV c. Italia*.

⁸ Cabe destacar la jurisprudencia constructiva del TEDH que consagra la libertad sindical y sus diferentes elementos con arreglo al artículo 11 CEDH.

sentencia *Sidabras y Džiautas c. Lituania* de 27 de octubre de 2004, en la que condenó una medida de prohibición de acceso a numerosos empleos del sector privado. La violación se produjo por la vía del carácter discriminatorio de la sanción, considerando el Tribunal que una prohibición de este tipo “*causa [a los aspirantes] graves dificultades en cuanto a la posibilidad de ganar su vida, lo que tiene repercusiones evidentes sobre su vida privada*” (párr. 48).

Estos dos ejemplos muestran que la jurisprudencia del Tribunal tiende a conceder un contenido social a los derechos del Convenio, el cual es compartido con algunos derechos de la Carta social europea. Estos últimos se benefician material e indirectamente de una justiciabilidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

B. Jurisdiccionalización de la garantía de los derechos de la Carta social europea

La problemática de la justiciabilidad de los derechos sociales ante el Comité europeo de los derechos sociales se encuentra invertida con relación a la garantía ante el Tribunal europeo. En ese caso, existe una garantía de derechos sociales formalmente reconocidos, pero no es de carácter jurisdiccional. La vía de la justiciabilidad es así evolutiva ya que se trata de constatar un movimiento de transformación hacia una protección de tipo jurisdiccional. Este movimiento implica dos aspectos.

Por una parte, la instauración de un procedimiento de reclamaciones colectivas que implicó una jurisdiccionalización del mecanismo de garantía de la Carta. Desde un punto de vista procesal, el sistema de reclamaciones colectivas introdujo una fisonomía contenciosa al procedimiento en el Comité. El reclamante presenta una denuncia contra un Estado que alega una violación de la Carta. Existe pues un litigio entre dos partes en torno a la cuestión del respeto de las obligaciones de la Carta, litigio que el Comité está encargado de resolver tras un procedimiento contradictorio⁹. En este marco, el Comité puede ser calificado de “casi juez” en la medida en que es un órgano, compuesto de personalidades independientes y terceras, cuya función es decidir y decir el derecho (“jurisdictio”). La diferencia con un juez reside esencialmente en la falta de carácter vinculante y ejecutorio de sus decisiones. Aún más, según los textos¹⁰, las decisiones del Comité no concluyen el procedimiento sino que sirven de base a la adopción de una resolución o de una recomendación por el Comité de los Ministros, órgano político del Consejo de Europa. Esta debilidad procesal no descarta la función de juez ejercida por el Comité que tiene la última palabra sobre la valoración jurídica de la reclamación. En efecto, según el informe explicativo del Protocolo adicional que establece un sistema de reclamaciones colectivas de 1995, el Comité de los Ministros no puede pronunciarse sino sobre consideraciones de política social y económica, sin poder

⁹ Artículos 6 y 7 del Protocolo adicional a la Carta social europea que establece un sistema de reclamaciones colectivas.

¹⁰ Artículo 9 del Protocolo adicional a la Carta social europea que establece un sistema de reclamaciones colectivas.

replantear la valoración jurídica del Comité de expertos¹¹. Si el órgano político, en un principio, podía iniciar una práctica contraria¹², ahora parece respetar la integridad de la función del CEDS¹³. Además, las decisiones de este último se benefician en la práctica de una autoridad clara ante los Estados contratantes. Efectivamente, tras las actas de violación, la casi totalidad de los Estados adoptan medidas con el fin de poner su situación de conformidad con la Carta social¹⁴.

Por otra parte, y a nivel más sustancial, esta vía evolutiva de justiciabilidad se traduce en una concretización, o incluso un subjetivización, del contenido de los derechos de la Carta. En efecto, la denegación de toda justiciabilidad a los derechos sociales ha sido argumentada en su carácter de injustificables, es decir, su incapacidad de ser objeto de un control por un juez. Como se ha visto anteriormente, se alega su carácter genérico y programático así como su naturaleza de derechos-prestación para significar que su aplicación requiere una intervención soberana del legislador que impide al juez la legitimidad de definirlos o imponerlos. Por ello, las disposiciones de reconocimiento de los derechos sociales, y, en particular, la Carta social europea, no crearían derechos subjetivos que los individuos pudieran invocar ante los tribunales. Eso podría explicar por qué los Estados Partes han rechazado la instauración de un recurso individual ante el Comité europeo de los derechos sociales, en favor del sistema de reclamaciones colectivas que es un procedimiento de naturaleza colectiva y objetiva. En efecto, este procedimiento permite enfrentar una norma nacional o una situación general a las exigencias de la Carta y no una situación individual.

No obstante, el examen de la jurisprudencia del Comité demuestra que esta concepción de los derechos sociales no es correcta. En efecto, al definir los conceptos amplios o al precisar las obligaciones que se derivan de sus disposiciones, el Comité concreta el contenido de los derechos de la Carta. Así pues, los derechos sociales pierden su carácter genérico a medida que el Comité especifica la interpretación de la letra de la Carta. Además, los derechos sociales no se condenan a un control o una justiciabilidad de naturaleza colectiva como puede dar a entender la naturaleza de su mecanismo de reclamaciones. Existen, por ejemplo,

¹¹ Informe explicativo sobre el Protocolo adicional a la Carta social europea que establece un sistema de reclamaciones colectivas, párr. 46 (“*el Comité de los Ministros no puede poner en entredicho la evaluación jurídica del Comité de expertos independientes. No obstante, la decisión que toma (resolución o recomendación) puede basarse en consideraciones de política social y económica*”).

¹² En tres de sus resoluciones, el Comité de los Ministros pudo tomar en cuenta para su apreciación, argumentos del Estado Parte que el CEDS había rechazado (ResChS(2002)4 de 26 de marzo de 2002, relativa a la decisión CEDS de 16 de noviembre de 2001, *Confédération française de l'Encadrement (CFE-CGC) c. France*, reclam. 9/2000 ; ResChS(2002)2 de 21 de febrero de 2002, relativa a la decisión CEDS de 17 de octubre de 2001, *STTK ry et Tehy ry c. Finlande*, reclam.10/2000 ; resolución ResChS(2005)11 de 8 de junio de 2005, relativa a la decisión CEDS de 8 de diciembre de 2004, *Centre européen des droits des Roms (CEDR) c. Grèce*, reclam.15/2003).

¹³ El conjunto de las resoluciones adoptadas desde el mes de julio de 2005 toman notas sin reserva del informe del Comité europeo de los derechos sociales y, tratándose de las actas de violación, comprometen los Estados interesados a poner su situación de conformidad con la Carta.

¹⁴ Gracias a la evaluación de seguimiento de las decisiones del Comité (disponible en la página web <http://hudoc.esc.coe.int>), se indica por los Estados las medidas tomadas aunque estas no permiten siempre concluir a una conformidad de la situación.

mecanismos de denuncias individuales en otros sistemas de garantía de los derechos sociales, como el establecido por el Protocolo facultativo al Pacto Internacional relativo a los derechos económicos, sociales y culturales del 10 de diciembre de 2008 o las previstas para el Convenio americano relativo a los derechos humanos.

Se ha de tener presente también que, en el marco de la Carta social europea, algunas obligaciones concretas definidas por el Comité son identificables y posiblemente exigibles por un individuo. Tal parece ser el caso del conjunto de las prohibiciones de discriminación, en particular, en el empleo, que son garantizadas por la Carta y pueden fácilmente ser extrapolables a una situación individual. Es el caso del derecho a la asistencia social que el Comité definió como un “*verdadero derecho subjetivo [...] en el que respeto puede reclamarse ante los tribunales*”¹⁵ o ante un órgano no jurisdiccional independiente. No debiendo olvidar que el Comité ha afirmado que la Carta garantiza a toda persona el derecho a un mínimo de cuidados médicos¹⁶ así como el derecho a un refugio de urgencia¹⁷. Estos derechos definen, en consecuencia, un contenido que sería exigible por todo individuo ante un juez.

La evolución de la garantía de los derechos de la Carta hacia una garantía jurisdiccional, tanto a nivel formal como a nivel sustancial, demuestra perfectamente la posible justiciabilidad de estos derechos.

C. Invocación de los convenios europeos ante los tribunales nacionales

La justiciabilidad internacional de los derechos sociales, por medio de la socialización de los derechos de la CEDH o por la jurisdiccionalización del mecanismo de control del CSE, encuentra su prolongación a nivel interno en los órganos jurisdiccionales nacionales. Esta “justiciabilidad interna” se concreta así en la invocabilidad de ambos Tratados ante estos órganos jurisdiccionales así como por la aplicación que realicen de la jurisprudencia de los órganos europeos.

En primer lugar, la “socialización” de los derechos del Convenio europeo de los derechos humanos se prolonga a nivel nacional gracias a los efectos y a la autoridad del Convenio y de las sentencias del Tribunal europeo en los ordenamientos jurídicos internos. De hecho, las sentencias de éste tienen fuerza obligatoria para el Estado parte en el litigio, como lo enuncia

¹⁵ Comité de expertos independientes, Conclusiones I, Observación interpretativa, artículo 13, pág. 64; Conclusiones X-2, España, artículo 13 § 1, pág. 123; Conclusiones XIII-3, Addendum, Luxemburgo, artículo 13 § 1, pág. 72-74; CEDS, Conclusiones XVIII-1, Grecia, artículo 13 § 1, pág. 369.

¹⁶ CEDS de 8 de septiembre de 2004, *Fédération Internationale des Ligues de Droits de l’Homme (FIDH) c. France*, reclam. 14/2003.

¹⁷ CEDS de 20 de octubre de 2009, *Défense des Enfants International (DEI) c. Pays-Bas*, reclam.47/2008, párr. 47.

el artículo 46 § 1 CEDH¹⁸. Más allá, se reconoce actualmente una determinada “autoridad interpretativa”¹⁹ de las sentencias del TEDH.

En efecto, las autoridades nacionales tienden *de facto* a adoptar la interpretación de las disposiciones del Convenio efectuada por el Tribunal europeo en estas sentencias, incluso sin condena de su Estado. Pretenden así prevenir una posible condena cuando existe una jurisprudencia reiterada del Tribunal europeo. La “socialización” del Convenio se encuentra entonces retransmitida a nivel interno por los órganos jurisdiccionales nacionales incitados a respetar la jurisprudencia europea. Los jueces nacionales son los “jueces de derecho común” del CEDH. La primacía del Convenio, así como su efecto directo, les impone controlar el respeto de los derechos que garantiza a los individuos. Por ejemplo, tras la jurisprudencia europea *Gayguzuz c. Austria* del 16 de septiembre de 1996, los altos órganos jurisdiccionales franceses admitieron calificar a los subsidios sociales como “bienes” cuyo respeto está garantizado por el Convenio en su artículo 1 del Protocolo 1CEDH²⁰.

Al contrario, parece *a priori* más difícil que los órganos jurisdiccionales nacionales tomen el relevo del movimiento de jurisdiccionalización del control europeo de los derechos del CSE. Ello se debe a que si la invocabilidad del Convenio europeo no plantea más de problema, no es el caso de la Carta social europea.

Recordemos que dos criterios son tradicionalmente necesarios para poder calificar una norma de *self-executing*: por un lado, el criterio subjetivo que supone que los Estados Partes deben haber tenido la intención de conceder tal efecto creando derechos subjetivos con destino a los individuos y no simples obligaciones interestatales. Y, por otro lado, el criterio objetivo que exige que la norma sea suficientemente precisa para no requerir medidas internas con el fin de completarlo²¹.

Esos dos criterios no serían cumplidos por la Carta social europea, y por tanto impiden el reconocimiento de su aplicabilidad directa, puesto que se oponen dos series de argumentos. En primer lugar, algunas de sus disposiciones reflejan la falta de voluntad de los Estados Partes en este sentido. Eso resultaría, por una parte, de la forma de redacción de los artículos de tipo “los Estados Partes se comprometen a...” y no “Toda persona tiene derecho a...”. Por otra parte, eso se derivaría del Anexo a la CSE relativo a la parte III, que dispone que “*se entiende que la Carta contiene obligaciones jurídicas de carácter internacional cuya aplicación está sometida únicamente al control establecido en la Parte IV*”. Estas formulaciones demostrarían el rechazo de la idea de concesión de derechos subjetivos por la Carta que podría ser objeto de un control a nivel nacional.

¹⁸ Apartado que dispone que « *Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.* ».

¹⁹ Para referencias, véase SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l’homme*, PUF, 2015, 12a ed., párr. 250-252 y 258.

²⁰ Cour de cassation, sala social, de 14 de enero de 1999, *Bozkurt c. CPAM de Saint-Etienne*, Bull. civ. V, n° 24, y Conseil d’Etat, Assemblée, de 5 de marzo de 1999, *Rouquette, Leb.*, pág. 37.

²¹ DUPUY P.-M., KERBRAT Y., *Droit international public*, Dalloz, 2012, 11a ed., pág. 450.

En segundo lugar, las disposiciones de la Carta serían demasiado imprecisas y vagas y/o llamarían explícitamente a la aprobación de medidas complementarias por parte del Estado. No se cumpliría así el criterio objetivo. No hay necesidad aquí de presentar las numerosas críticas y atenuaciones que pueden oponerse a estas series de argumentos²². Basta con constatar que, a pesar de la redacción de la Carta social europea, órganos jurisdiccionales nacionales han admitido conocer de algunas de sus disposiciones.

Una clara evolución ha tenido lugar en este sentido. Efectivamente, abandonando su postura inicialmente reservada frente a la Carta, cada vez más jueces admiten de controlar sus disposiciones²³. La actitud de los órganos jurisdiccionales franceses y belgas es un ejemplo en este sentido. Durante largo tiempo, los tribunales supremos franceses rechazaron toda invocabilidad a la Carta²⁴. Ahora bien, volvieron recientemente sobre esta denegación. Así, el *Conseil d'Etat*, que es la jurisdicción suprema del orden administrativo, procedió a una revocación de su jurisprudencia reconociendo el efecto directo de los artículos 5 (Derecho sindical)²⁵ y 24 (Derecho a protección en caso de despido)²⁶ de la Carta social revisada. La Sala social de la *Cour de cassation* (jurisdicción suprema del orden judicial), aunque no lo reconoce aún de manera expresa, aceptó el respeto de los artículos 5²⁷, 6 (Derecho de negociación colectiva)²⁸ y 5, combinado con el artículo E (prohibición de discriminación)²⁹, de la misma Carta.

El *Conseil d'Etat* belga acepta la invocabilidad de algunas disposiciones de la Carta social como el derecho a acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, garantizado al artículo 6 § 4³⁰. Su jurisprudencia en este sentido también ha evolucionado. Si inicialmente negó todo efecto directo al artículo 4§ 4 CSE (Derecho a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo)³¹, con posterioridad en el año 2008 procedió a una revocación de esa jurisprudencia considerando que “*en la medida en que impusiera a los Estados una prohibición de adoptar algunas medidas, la disposición citada es suficientemente precisa*

²² Para estudios en este sentido, véase SALCEDO BELTRÁN C., “La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales”, *Trabajo y Derecho*, enero 2016, n° 13, págs. 27-52; C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Etude de droit conventionnel européen*, Bruylant, 2012, págs. 113-198.

²³ Para ilustraciones relativas a diversos países europeos, véase GORI G., « Domestic Enforcement of the European Social Charter : The Way Forward », in DE GRAINE G., DE WITTE B. (ed.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, págs. 69-88. BELORGEY J.-M., « La Charte sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation : le Comité européen des droits sociaux », *Revue de droit sanitaire et social*, 2007, págs. 226-240.

²⁴ En cuanto al *Conseil d'Etat*, véase CE, de 20 de abril de 1984, *Melle Valton et Melle Crépeaux*, n° 37772 et 37774. Para la *Cour de cassation*, véase Cass., sala social, de 17 de diciembre de 1996, *Glaziou*, n° 92-44203.

²⁵ CE de 23 julio de 2014, *Syndicat national des collègues et des lycées*, n° 358349 y otros.

²⁶ CE de 10 de febrero de 2014, *Fischer*, req. 358992.

²⁷ Cass., sala social, de 23 de marzo de 2011, *GIE des laboratoires*, n° 10-60185.

²⁸ Cass., sala social, de 14 de abril de 2010, *Sté SDMO Industries*, n° 09-60426 et 09-60429 ; 10 de noviembre de 2010, *Syndicat des cheminots Force Ouvrière de la Loire et al.* n° 09-72856 ; 1 de diciembre de 2010, *Association de gestion des actions en faveur des personnes âgées (AGAFPA)*, n° 10-60117 ; 16 de febrero de 2011, *Sté Robert Bosch France*, n° 10-60189 et 10-60191.

²⁹ Cass, sala social de 29 de febrero de 2012, n° 11-60203; 10 de mayo de 2012, n° 11-60235.

³⁰ CE belga de 22 de marzo de 1995, *Henry*, n° 52424, APT, 1995, pág. 228.

³¹ CE belga de 16 de octubre de 1997, V., n° 68914, R.W., 1998-1999, at 331.

para tener un efecto directo”³². Si bien es cierto que, mientras tanto, Bélgica había procedido a ratificar la Carta social revisada, esto no afectó a la redacción del artículo 4§ 4 que siguió siendo la misma que la de la Carta de 1961. En ambos casos, los jueces sólo reconocen tal efecto a algunas de las disposiciones de la Carta que consideran suficientemente precisas y siguen rechazándolo las otras³³.

A nuestro juicio, esta posición es cuestionable. Los ejemplos mencionados ponen de manifiesto que las mismas disposiciones son objeto de una apreciación distinta en función de los intérpretes y que esta apreciación evoluciona en el tiempo mientras que la redacción de las disposiciones permanece inalterable. Además, la imprecisión de la letra del Tratado es una crítica que puede ir dirigida al conjunto de los Tratados de consagración de los derechos humanos.

Por otro lado, no toma en cuenta el trabajo de interpretación del órgano de control, es decir del Comité europeo de los derechos sociales, que contribuye a especificar el contenido de los derechos de la Carta. Finalmente, la imprecisión sólo debería tener impacto en la determinación de las obligaciones que el derecho social impone a los deudores. Ésta exigiría, en particular, que un amplio margen de apreciación se deje a las autoridades nacionales para realizar el derecho social. Por tanto, la evaluación del carácter más o menos preciso del derecho sólo se debería producir en el momento de la verificación del cumplimiento de la Carta Social Europea respecto del contenido planteado y no en el momento del examen de su invocabilidad.

Aún parcial e imperfecto, existe una tendencia reciente de los órganos jurisdiccionales nacionales hacia una aceptación creciente de la aplicabilidad directa de la Carta social europea. Este movimiento es el que inspira a los jueces españoles. El efecto directo de la Carta social europea no es unánime, al menos por el momento. Ciertamente, decisiones de órganos jurisdiccionales de primera instancia han aceptado la invocabilidad de la Carta social europea³⁴, pero los Tribunales superiores de justicia, el Tribunal Supremo³⁵ y el Tribunal constitucional³⁶ han rechazado tal efecto.

³² CE belga de 25 de abril de 2008, n° 182.454, observaciones de DE BROUXIN P.-O. in VAN DROOGHENBROECKS (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Larcier, 2014.

³³El Conseil d'Etat francés así rechazó el efecto directo del artículo 2 § 1 (Derecho a una razonable duración del trabajo) en una sentencia CE de 30 de enero de 2015, *Union syndicale solidaires*, n° 363520 y del artículo 15 (Derecho de las personas minusválidas a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad) de la Carta social revisada (CE de 4 de julio de 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes*, n°341533). El Conseil d'Etat belga, por ejemplo, rechazó el efecto directo de los artículos 1 (Derecho al trabajo), 2 (Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas), 3 (Derecho a la seguridad e higiene en el trabajo) y 15 CSE (Derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social) de la Carta social de 1961 alegando que estas disposiciones “*como no producen ningún efecto normativo respecto a los individuos, no pueden proporcionarles derechos subjetivos, su solo efecto siendo imponer obligaciones a las Partes Contratantes*” (CE belga de 10 de diciembre de 1996, *Hoefkens*, n° 63473, T.P.B., AT 580).

³⁴ Véase SSJS de Barcelona n° 2 de 19 de noviembre de 2013 (n° 421/2013), Tarragona n° 1 de 2 de abril de 2014 (n° 179/2014), Mataró n° 1 de 29 de abril de 2014 (n° 144/2014), Barcelona n° 3 de 5 de noviembre de 2014

Al término de esta breve presentación, vemos que las tres vías de justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa emergen con más o menos claridad. En este sentido, la justiciabilidad es un movimiento que avanza frente al que la niega, existiendo interferencias e influencias recíprocas entre estas distintas vías. La eficacia de tal movimiento se examina en las siguientes páginas.

II. ALCANCE DE LA JUSTICIABILIDAD

Cuando la realización de los derechos sociales impone opciones de política social, o incluso de política económica, el problema principal que frena su control jurisdiccional se ubica en la preservación del margen de apreciación del legislador sobre estas cuestiones. Se considera que la política social, y por ello, las elecciones en cuanto a la asignación de recursos económicos limitados, están reguladas por la decisión política que sólo puede cuestionar un juez con mucha prudencia. Por ello, el alcance de la justiciabilidad es dependiente, a menudo, de la reserva apuntada. Así pues, el control jurisdiccional se permitirá una vez que el legislador ha actuado, y en consecuencia operará una verificación limitada. Por eso, la justiciabilidad de los derechos sociales cuando imponen al Estado permitir el disfrute del nivel de realización de los derechos alcanzado, plantea pocas dificultades (A). Al contrario, es más difícil para el juez pedir al legislador actuar, es decir, aplicar una política social o proporcionar prestaciones determinadas (B).

A. Exigibilidad del beneficio al nivel de realización alcanzado

Una gradación puede hacerse entre la justiciabilidad avanzada de los derechos sociales cuando imponen conceder el acceso a prestaciones existentes (1) y la justiciabilidad menos avanzada de la obligación de mantenimiento de las prestaciones existentes (2).

1. El acceso justiciable a las prestaciones existentes

Cuando las autoridades políticas implementan los derechos sociales, definen políticas sociales y crean prestaciones que benefician a las personas, respondiendo con ello a la fijación de determinadas condiciones. Así, el legislador adopta medidas que corresponden a una visión de la justicia social políticamente definida. Llegado el caso de que el juez intervenga para

(nº 352/2014), Barcelona nº 19 de 5 de noviembre de 2014 (nº 352/2014), Toledo nº 1 de 27 de noviembre de 2014 (nº 536/2014), Las Palmas de Gran Canaria nº 9 y Fuerteventura nº 2 de 31 de marzo de 2015 (nº 705/2014 y nº 58/2015), Toledo nº 2 de 9 de abril de 2015 (nº 202/2015), Las Palmas de Gran Canaria nº 1 de 11 de mayo y 3 de junio de 2015 (nº 74/2015 y 816/2014) citadas por C. SALCEDO BELTRÁN, “La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales”, *op. cit.*

³⁵ Tribunal supremo, Sala de lo Social, Auto de 4 de noviembre de 2015, recurso nº 926/2015.

³⁶ STC 119/2014, de 16 de julio de 2014.

garantizar el acceso a las prestaciones así definidas, no interfiere en estas decisiones sino que las acompaña o las dota de plena eficacia. Por consiguiente, la justiciabilidad del derecho a un acceso a las prestaciones existentes no plantea dificultad.

Así por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos protege el acceso a las infraestructuras escolares existentes, con base en el artículo 2 del Protocolo 1 CEDH³⁷. A partir de la sentencia *Asunto lingüístico belga* del 23 de julio de 1968, el Tribunal interpreta los términos del Convenio en el sentido de que no reconocen “*un derecho a la instrucción que los obligaría a organizar por su cuenta, o a subvencionar, una enseñanza de una forma o a un nivel determinados*”. Esta disposición no tiene, pues, por objeto obligar a cada Estado a crear un sistema de enseñanza general y oficial, “*sino solamente garantizar [...] el derecho a servirse, en principio, de medios de los instrucción existentes en un momento dado*”. Por ello, el Convenio no reconoce un derecho a la creación de un establecimiento en particular o a la subvención de la enseñanza privada, por ejemplo³⁸. No obstante, las normas de organización no deben privar al individuo de su derecho a la educación. El Tribunal pudo así condenar una denegación de acceso a la escuela debido al lugar de residencia de los padres³⁹ o la anulación arbitraria de los resultados del examen universitario de un estudiante⁴⁰.

De la misma manera, tratándose del derecho a la salud, si para un juez puede ser complicado arbitrar sobre medidas referentes a la política sanitaria, puede ser más sencillo garantizar que toda persona tenga acceso a las prestaciones de salud proporcionadas al conjunto de la población. La sentencia *Chipre c. Turquía* sentó el principio según el cual un Estado contratante que pusiera la vida de una persona en peligro rechazando a ésta los cuidados médicos que se comprometió a proporcionar al conjunto de la población, violaría el artículo 2 CEDH (Derecho a la vida)⁴¹. Por ello, un Estado que impide a una población determinada beneficiarse de los cuidados accesibles a los otros, infringiría el Convenio.

Por otro lado, el derecho al acceso a los cuidados existentes no prejuzga el nivel de las prestaciones. En consecuencia, si una persona sostiene que un tratamiento médico no es suficientemente reembolsado, no habrá ninguna infracción si la persona tiene acceso a los cuidados médicos de los que el conjunto de las personas afectadas por la misma enfermedad o la misma desventaja dispone en el país. Desde el punto de vista del artículo 8 CEDH, el Tribunal consideró también que el reembolso de tratamientos elementales, y no de tratamientos completos de una enfermedad, no viola el Convenio si solamente estos primeros se ofrecen a toda la población⁴².

³⁷ La primera frase del artículo dispone que “*A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción*”.

³⁸ Comité EDH de 9 de marzo de 1977, *Asunto 40 madres de familia c. Suecia*.

³⁹ TEDH de 13 de diciembre de 2005, *Asunto Timichev c. Rusia*.

⁴⁰ TEDH de 7 de febrero de 2006, *Asunto Mürsel Eren c. Turquía*.

⁴¹ TEDH, GS, de 10 de mayo de 2001, *Asunto Chipre c. Turquía*.

⁴² TEDH de 4 de enero de 2005, *Asunto Pentiacova y 48 otros c. Moldova*.

De manera general, dos derechos transversales pueden alegarse con el fin de garantizar el acceso a las prestaciones sociales existentes: el derecho a beneficiarse de un recurso efectivo y de todas las garantías de un proceso equitativo y el derecho a la no discriminación.

En primer lugar, los derechos procesales del CEDH, garantizados en los artículos 6 (Derecho a un proceso equitativo) y 13 (Derecho a un recurso efectivo), son aplicables a los litigios en materia social. Así, una persona que pretende beneficiarse de una prestación social puede fundamentar su recurso efectivo para reivindicar su derecho en virtud en el artículo 13⁴³ o el derecho a un procedimiento contradictorio con arreglo al artículo 6 CEDH⁴⁴.

La Carta social europea no contiene disposición similar al artículo 13 CEDH. Sin embargo, según la jurisprudencia del Comité europeo de los derechos sociales, la mayoría de los derechos de la Carta dan lugar a una obligación material de prever vías de recurso internas para permitir a los individuos denunciar una violación de su derecho⁴⁵.

En segundo lugar, la prohibición de la discriminación puede alegarse con el fin de garantizar que el acceso a las prestaciones sociales esté asegurado sin diferencia de tratamiento injustificada. Con respecto al CEDH, el artículo 14 acompaña la socialización de los derechos del Convenio añadiendo una obligación de no discriminación en los litigios sociales que conoce el Tribunal.

Me permito añadir que la adopción del Protocolo nº 12 al CEDH del 4 de noviembre de 2000⁴⁶ debería multiplicar estas incursiones en el ámbito de los derechos sociales dado que sienta un principio general de no discriminación completamente autónomo con relación a los derechos del Convenio. Tratándose de la Carta social, la prohibición de la discriminación es reconocida formalmente por el Preámbulo de la Carta de 1961⁴⁷ y al artículo E de la Carta social revisada, que prohíbe discriminar en el disfrute del conjunto derechos reconocidos por la Carta⁴⁸. El CEDS además desarrolló una jurisprudencia precisa y detallada que define un régimen de este derecho semejante al determinado por el Tribunal europeo⁴⁹.

Finalmente, la justiciabilidad de estas obligaciones, aunque conciernen al ámbito social, no provoca dificultad ya que preserva la integridad del margen de apreciación del Estado.

⁴³ Véase entre otras, TEDH de 27 de marzo de 2007, *Asunto Karaçay c. Turquía*, párr. 44-45, tratándose de sanciones impuestas contra un empleado del sector público que ejerce su derecho de huelga.

⁴⁴ Por ejemplo, TEDH de 29 de mayo de 1986, *Asunto Feldbrugge c. Países Bajos*, respecto un litigio relativo a asignaciones de seguro enfermedad.

⁴⁵ Para un panorama general, véase el Digest de la jurisprudencia del Comité europeo de los derechos sociales establecido por el Secretariado de la Carta social europea, el 1 de septiembre de 2008.

⁴⁶ Protocolo que ha sido ratificado por España.

⁴⁷ El preámbulo dispone que “*el goce de los derechos sociales debe quedar garantizado sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social*”.

⁴⁸ El artículo E dispone que “*Se garantizara el disfrute de los derechos reconocidos en la presente Carta sin discriminación alguna basada, en particular, en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción u origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el nacimiento o cualquier otra situación*”.

⁴⁹ Véase entre otras, CEDS de 4 de noviembre de 2003, *Autismo-Europa c. Francia*, reclam. 13/2002.

Efectivamente, en este caso, el juez se limita a garantizar el acceso a prestaciones que el Estado decidió conceder y según el nivel que determinó.

2. La preservación parcialmente exigible de las prestaciones existentes

Se puede afirmar que el control jurisdiccional ha sido poco invasivo cuando se ha tratado de prestaciones existentes que son restringidas o limitadas para determinados beneficiarios. En este caso, el juez no se ha pronunciado sobre la oportunidad o la forma que debe tomar una prestación social sino que ha examinado su posible mantenimiento. El control judicial es indudablemente más avanzado que el relativo al acceso a la prestación. Al cuestionarse sobre la legalidad de la reducción de algunas prestaciones, el juez tiene que apreciar la opción de política social de reducción o supresión de algunas prestaciones. En consecuencia, el control será más limitado.

La cuestión de la preservación del nivel de protección de los derechos sociales que existe en un momento determinado se refiere obviamente a la existencia posible de una obligación de *stand-still* o de no regresión. Ésta impondría a los Estados no poner en entredicho el nivel de protección o de realización de los derechos fundamentales alcanzado, presentando un sentido particular en cuanto a los derechos sociales cuando las disposiciones que los consagran imponen expresamente que se apliquen progresivamente⁵⁰. De ello se deriva, lógicamente, *a sensu contrario*, que esté prohibido para los Estados disminuir el nivel de protección ofrecido. Ahora bien, tras un estudio de la jurisprudencia europea, se puede afirmar que tal prohibición no existe. Sería más justo hablar de un marco jurídico europeo de las políticas sociales regresivas. Estas obligaciones, definidas en el contexto del Consejo de Europa, tienen incontestablemente una resonancia particular en este período de crisis económica y financiera que da lugar en muchos países europeos a un desmantelamiento de los Estados sociales. Dos casos fundamentales se destacan en las jurisprudencias del Tribunal europeo y del Comité europeo de los derechos sociales, uno que concierne una justiciabilidad objetiva, otro una justiciabilidad subjetiva.

La primera situación se refiere al examen de convencionalidad de una legislación que reduce drásticamente el nivel de la protección social. En el marco de tal contencioso, donde se trata de controlar la legalidad de una norma con relación a una norma superior, el control del juez puede basarse en los criterios jurisprudenciales definidos por el CEDS. Este último tuvo la ocasión de precisar su jurisprudencia en famosas decisiones en las que concluyó la incompatibilidad con la CSE de medidas de austeridad adoptadas por Grecia en cumplimiento de sus obligaciones determinadas por la Troika (Comisión Europea, Banco Central Europeo y el FMI). En particular, para lo que nos concierne aquí, resolvió la existencia de violación del artículo 12§ 3 que impone a los Estados Partes “*A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social*”. La naturaleza dinámica de este derecho debería a

⁵⁰ Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 2 § 1 del Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales.

priori prohibir toda regresión. No obstante, confirmando su jurisprudencia previa⁵¹, el Comité recuerda en estas decisiones que una evolución restrictiva del sistema de seguridad social no constituye como tal una violación del artículo 12§ 3 CSE. En efecto si “medidas de saneamiento de la hacienda pública en tiempo de crisis económica” pueden ser necesarias “con el fin de garantizar el mantenimiento y la viabilidad del sistema de seguridad social”, el Estado “debe mantener un sistema de seguridad social obligatoria suficientemente amplio y evitar excluir categorías enteras de trabajadores de la protección social ofrecida por este sistema”⁵². Más concretamente, comprobó si las restricciones de las prestaciones de seguridad social son de tal amplitud que pueden “implicar una degradación significativa del nivel de vida y de las condiciones de vida de un número importante de los pensionistas” y si el Estado está obligado a “salvaguardar una protección suficiente para los miembros más vulnerables de la sociedad”⁵³.

La segunda situación se refiere a la convencionalidad de una decisión de reducción o supresión de un subsidio social percibido por un beneficiario. Ahora bien, como ya se señaló anteriormente, el artículo 1 del Protocolo 1 CEDH (Derecho a la propiedad) se aplica a las prestaciones sociales que uno percibe⁵⁴. Esta disposición no garantiza el derecho a obtener una prestación puesto que no puede interpretarse como un “derecho a adquirir bienes”, sino solamente como un “derecho a ver sus bienes protegidos”.

Así, basándose en este precepto, el Tribunal europeo pudo garantizar el mantenimiento de derechos mínimos cuya pérdida o reducción pudiera constituir una carga excesiva para los subsidiados sociales. Un primer contencioso se refiere a las sanciones disciplinarias o penales que privan a las personas interesadas de su derecho a una pensión de jubilación. Estas sanciones pueden constituir una carga excesiva si el individuo no tiene acceso a otras prestaciones. Así pues, la privación total de pensión de jubilación de un abogado que contribuía a un régimen complementario obligatorio pudo considerarse desproporcionada⁵⁵.

Otro supuesto es el retraso sistemático del pago de pensiones de jubilación, que también puede constituir una violación si estos últimos constituyen la renta principal de las personas⁵⁶. Además, la reducción de las prestaciones operada de manera especialmente brusca y para un individuo en particular, hará pesar una carga excesiva contraria al Convenio⁵⁷. Así lo pone de manifiesto la sentencia de 15 de septiembre de 2009, *Moskal c. Polonia*, al confirmar que la pérdida total de una prestación social que constituye la única fuente de ingresos de una persona, viola el artículo 1 del Protocolo 1 CEDH.

⁵¹ Comité de expertos independientes, Conclusiones XIV-1, Observación interpretativa, artículo 12 § 3, pág. 48; CEDS, Conclusiones XV-1, Addendum, Polonia, artículo 12 § 3, pág. 161.

⁵² CEDS de 12 de mayo de 2012, *GENOP-DEI y ADEDY c. Grecia*, reclam. n° 66/2011, párr. 47.

⁵³ Entre otras, CEDS, del 7 de diciembre de 2012, *Syndicat des Pensionnés de la Banque agricole de Grèce (ATE) c. Grecia*, reclam. n° 80/2012, párr. 76.

⁵⁴ TEDH, GS, de 6 de julio de 2005, *Asunto Stec y otros c. el Reino Unido*.

⁵⁵ TEDH de 3 de marzo de 2011, *Asunto Klein c. Austria*.

⁵⁶ TEDH de 12 de julio de 2005, *Asunto Solodiouk c. Rusia*.

⁵⁷ TEDH de 12 de octubre de 2004, *Asunto Kjartan Ásmundsson c. Islandia*.

El Convenio no protege pues la integridad de las prestaciones sociales de los individuos ya que la disminución de las prestaciones es admisible. Sin embargo, esto último no debe afectar de forma considerable y específica a una persona, o dejarla sin ningún medio de subsistencia. El CEDS considera también, desde el punto de vista del artículo 13 CSE, que la reducción o la suspensión de las prestaciones de asistencia social respeta a la Carta solamente si no priva la persona interesada de todo medio de subsistencia⁵⁸. Por ello, la supresión “*de la concesión de las prestaciones que garantizan una renta mínima a personas en estado de necesidad [parados en edad de trabajar] durante un tiempo*” es contraria a la Carta⁵⁹.

Sin embargo, esta jurisprudencia resulta poco operativa en caso de reducciones de las prestaciones sociales en circunstancias de gran dificultad financiera de un país. Al examinar la cuestión de la reducción de los salarios y pensiones en el sector público griego, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó las demandas como manifiestamente mal fundadas⁶⁰. Teniendo en cuenta las circunstancias económicas excepcionales y el amplio margen de apreciación de los Estados en cuanto a política social, consideró que la vulneración del derecho a la propiedad de los demandantes no era desproporcionada. En efecto, a su juicio, la reducción no exponía a la demandante a dificultades de subsistencia.

En suma, la reducción de los derechos sociales es posible mientras el mínimo necesario para la subsistencia se preserve, lo que anuncia una justiciabilidad limitada de los derechos sociales cuando imponen obligaciones de proporcionar prestaciones.

B. Exigibilidad limitada con respeto a la concesión de prestaciones

Las dificultades que presenta la justiciabilidad de la realización positiva de los derechos sociales explican por qué cuando estos derechos exigen la concesión de prestaciones, su justiciabilidad se reduce a un contenido mínimo (2).

1. Justiciabilidad difícil de la realización positiva del derecho

El fenómeno de socialización de los derechos del CEDH lleva al Tribunal de Estrasburgo a conocer de la acción social de los Estados Partes. En esta materia, el TEDH actúa con cautela. De hecho, desde la sentencia *James y otros c. el Reino Unido*, afirma que “*el legislador dispone de un gran margen para llevar una política económica y social*”⁶¹. En este caso concreto, constata que la decisión de adoptar leyes que conllevan privación de propiedad implica “*el examen de cuestiones políticas, económicas y sociales sobre las que pueden existir profundas divergencias razonables en una sociedad democrática*” (*ibid.*). La

⁵⁸ CEI, Conclusiones XIV-1, Observación interpretativa del artículo 13, pág. 52-58; CEDS, Conclusiones 2006, Estonia, artículo 13, pág. 210.

⁵⁹ CEDS de 18 de febrero de 2009, *Centro europeo de los derechos del Roms (CEDR) c. Bulgaria*, reclam. 48/2008.

⁶⁰ TEDH de 7 de mayo de 2013, *Asunto Koufaki y ADEDY c. Grecia*. Véase para el Portugal, TEDH de 8 de octubre de 2013, *Asunto Da Conceição Mateus y Santos Januário c. Portugal*.

⁶¹ TEDH de 21 de febrero de 1986, *Asunto James y otros c. el Reino Unido*, párr. 46.

privilegiada posición de las autoridades nacionales y la diversidad de las soluciones posibles justifican la preocupación del juez internacional en no incidir en la competencia del responsable nacional. Su control es pues menos exigente, con lo que sólo un error manifiestamente irracional será sancionado⁶². En este ámbito, los Estados disponen de un amplio margen de apreciación de manera casi ineluctable⁶³.

Este marco es aún más amplio cuando la cuestión que se plantea consiste en saber si el Convenio exige del Estado la adopción de una política o de medidas sociales y, en consecuencia, una obligación positiva por su parte. El Tribunal debe entonces pronunciarse sobre la suficiencia de la acción pública. Cuando determina obligaciones positivas, el Tribunal está muy atento a que las medidas exigidas por el Convenio no constituyan “una carga desproporcionada o excesiva” para las autoridades oficiales. Al preocuparse de la cantidad de medios requeridos, el Tribunal europeo flexibiliza las obligaciones de actuar del Estado. En la sentencia *Ilaşcu c. Moldavia y Rusia*, el Tribunal define que la determinación de las obligaciones positivas depende del “*justo equilibrio a preservar entre el interés general y los intereses del individuo*”, de “*la diversidad de las situaciones en los Estados Partes*”, y de “*las elecciones en hacer en términos de prioridades y recursos*”. Además, estas obligaciones “*no deben tampoco interpretarse para imponer una carga desproporcionada o excesiva*”⁶⁴.

Se observa bien la reticencia del Tribunal en orden a formular obligaciones positivas costosas en materia social. Así queda patente en la sentencia *Chapman c. el Reino Unido* en la que “*el artículo 8 no reconoce como tal el derecho a proporcionar un domicilio, ni, por derivación, la jurisprudencia*”. El Tribunal demuestra así su falta de voluntad de ampliar la protección del Convenio al derecho al alojamiento, derecho social por excelencia (garantizado por el artículo 31 de la Carta social revisada). Esta posición se justifica, a su modo de ver, en que “*la cuestión de si el Estado concede fondos para que todo el mundo tenga un techo incumbe al ámbito político y no judicial*”⁶⁵.

En cuanto a la Carta social, la dificultad del control de la realización de los derechos sociales se tradujo en la formulación de obligaciones reducidas. La mayoría de los derechos de la Carta social europea, en particular, de protección social, comprometen el Estado a establecer infraestructuras, servicios, prestaciones, sin precisar el nivel o la forma que deben tomar. Los derechos de la Carta se declinan así en obligaciones estatales de tomar medidas, dejando al mismo tiempo un margen de maniobra en cuanto a su contenido. Por ello, más bien que

⁶² Véase, por ejemplo, TEDH, GS, el 4 de diciembre de 2007, *Asunto Dickson c. el Reino Unido*, párr. 78, que dispone que “*cuando el asunto plantea cuestiones o implica elecciones complejas de estrategia social, el margen de apreciación es más amplio. [...] En similar caso, el Tribunal respeta generalmente la elección política del legislador, a menos que tenga un “fundamento manifiestamente desrazonable”*”.

⁶³ Véase entre otras sentencias, TEDH de 20 de noviembre de 1995, *Asunto Pressos Compania Naviera SA y otros c. Bélgica*, párr. 37; 23 de octubre de 1997, *Asunto Nacional and Provincial Edificio Society y otros c. el Reino Unido*, párr. 80; GS, de 8 de julio de 2003, *Asunto Hatton y otros c. el Reino Unido*, párr. 97; GS, de 6 de octubre de 2005, *Maurice c. Francia*, párr. 84; GS, de 12 de abril de 2006, *Asunto Stec y otros c. el Reino Unido*, párr. 52; GS, de 29 de abril de 2008, *Asunto Burden c. el Reino Unido*, párr. 60.

⁶⁴ TEDH, GC, de 8 de julio de 2004, *Asunto Ilaşcu y otros c. Moldavia y Rusia*, párr. 332.

⁶⁵ TEDH, GS, de 18 de enero de 2001, *Asunto Chapman c. el Reino Unido*, párr. 99.

obligaciones de resultado, la Carta parece formular, para ciertos derechos, obligaciones de medios, entendidas como obligaciones de tomar medidas a fin de lograr este resultado sin que este último deba necesariamente alcanzarse. Dicho esto, si una obligación de medios parece menos rigurosa que la obligación de resultado, no es menos vinculante. Según el Comité, no debe conducir a una protección ilusoria del derecho⁶⁶.

A fin de precisar el contenido vinculante de este tipo de obligación, el Comité europeo de los derechos sociales ha desarrollado una jurisprudencia que establece una obligación de medios que se podría calificar de “reforzada”. En una decisión *Autismo-Europa c. Francia*, del 4 de noviembre de 2003 (relativa a la cuestión del acceso a la educación de las personas minusválidas), precisa que cuando la realización de un derecho de la Carta “*es excepcionalmente compleja y especialmente costosa, el Estado Parte debe esforzarse por alcanzar los objetivos de la Carta en un plazo de tiempo razonable, con un progreso perceptible y en una medida consistente, utilizando lo mejor posible los recursos que puede movilizar*”⁶⁷. Esta imposición supera la simple obligación de medios en la medida en que se esperan resultados. En efecto, el Estado debe actuar respetando tres criterios: según un plazo de tiempo razonable, indicando progresos mensurables y por medio de una financiación en la que utilice lo mejor posible los recursos disponibles.

Esta obligación de medios “reforzada” tiene *a priori* vocación de aplicarse para los derechos de la Carta cuya realización resulta específicamente delicada y depende en gran parte de las elecciones operadas por el legislador. De manera reveladora, el Comité formuló tal obligación relativa a los derechos de protección social que son la protección de los niños (artículo 17 CSE) y la de los minusválidos (artículo 15 CSE)⁶⁸, el derecho a la protección de la salud (artículo 11 CSE)⁶⁹ y el derecho al alojamiento desde el punto de vista del artículo 16 CSE 1961⁷⁰ o del artículo 31 Carta social revisada⁷¹. Estos derechos, cuando exigen del Estado la instauración de políticas globales y especialmente costosas, pueden formalizarse en una obligación de medios reforzada, lo que permite al Comité ejercer un control, incluso limitado, de la acción del Estado cuando éste se beneficia de un amplio margen de apreciación. Sin embargo, el examen más avanzado de las decisiones de disconformidad pone de manifiesto que, más que el análisis preciso de los medios aplicados, o, la comprobación de los criterios de la obligación de medios, el Comité se limita a menudo a señalar las insuficiencias más manifiestas. La violación resulta de una situación general muy incompleta o insatisfactoria. Según esta jurisprudencia, la obligación de medios reforzada sería entonces una mera

⁶⁶ CEDS de 5 de diciembre de 2007, *Movimiento internacional ATD Cuarto-Mundo c. Francia*, reclam. 33/2006, párr. 59; 5 de diciembre de 2007, *FEANTSA c. Francia*, reclam. 39/2006, párr. 53.

⁶⁷ CEDS de 4 de noviembre de 2003, *Autismo-Europa c. Francia*, párr. 53.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ CEDS de 6 de diciembre de 2006, *Fundación Marangopoulos para los Derechos humanos (FMDH) c. Grecia*, reclam. 30/2005, párr. 204.

⁷⁰ CEDS de 8 de diciembre de 2004, *Centro europeo de los derechos del Roms (CEDR) c. Grecia*, reclam. 15/2003, párr. 21.

⁷¹ CEDS de 5 de diciembre de 2007, *Movimiento internacional ATD Cuarto-Mundo c. Francia*, reclam. 33/2006, párr. 62; 5 de diciembre de 2007, *FEANTSA c. Francia*, reclam. 39/2006, párr. 56.

obligación de resultado mínimo. Se incorpora pues a la idea de una justiciabilidad confinada a un contenido mínimo.

2. Justiciabilidad confinada al contenido mínimo del derecho

Los jueces son generalmente cautelosos en imponer a las autoridades estatales una obligación de establecer políticas costosas. Tienen la tendencia de efectuar un control limitado concediendo un amplio margen de apreciación o formulando obligaciones de medios que hacen que la obligación de proporcionar prestaciones sociales sólo sea exigible judicialmente con referencia a un contenido mínimo. La jurisprudencia del Comité demuestra que cada derecho de la Carta tiene un nivel mínimo de realización exigido a todo Estado. Así, un nivel mínimo de protección es impuesto por la Carta, sin que se tengan en cuenta los esfuerzos proporcionados por el Estado o los progresos que hubiera podido realizar.

Este contenido mínimo puede traducirse en la fijación de un umbral por debajo del cual el nivel de protección no puede descender. Así pues, el artículo 4 § 1 CSE garantiza el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso. Ahora bien, el Comité considera que una remuneración suficiente debe ser necesariamente superior al umbral de pobreza del país, es decir, superior al 50% del salario medio nacional. En paralelo, el importe de las prestaciones sociales “*no puede ser inferior al umbral de pobreza, fijado en 50% de la renta mediana ajustada*”. Este mismo límite mínimo es aplicado para definir el cumplimiento del artículo 13 § 1 CSE (Derecho a la asistencia social y médica) así como el nivel de las pensiones de vejez exigido por el derecho de las personas de edad avanzada “*a recursos suficientes para permitirles llevar una existencia decente*” (artículos 4 al.1, a) del Protocolo adicional de 1988 y 23, apartado 1, a) de la Carta social revisada).

Por otra parte, el Comité europeo de los derechos sociales desarrolló una jurisprudencia en la que define progresivamente una especie de conjunto básico de derechos sociales que deben beneficiar a toda persona, sin exclusión, encuadrados dentro del respeto de la dignidad humana. Hay pues, a su modo de ver, un núcleo duro de derechos que deben beneficiar a toda persona incluidos los extranjeros cualquiera que sea su estatuto (los extranjeros son a menudo excluidos del goce de los derechos o de la igualdad de trato con los nacionales). Así, en decisiones *FEANTSA c. Países Bajos* y *CEC c. Países Bajos*⁷², el Comité afirmó que toda persona puede prevalerse de un derecho a la asistencia social y médica urgente con fundamento del artículo 13 § 4 de la Carta así como de un derecho a proporcionarle un alojamiento urgente con arreglo al artículo 31 § 2 de la Carta social revisada.

Respecto a la CEDH, el Tribunal de Estrasburgo no admitió inmediatamente la obligación de proporcionar una asistencia social, incluso mínima. Durante mucho tiempo, vaciló en interpretar los artículos 3 (Prohibición de la tortura y de los tratamientos inhumanos o

⁷² CEDS de 2 de julio de 2014, *FEANTSA c. Países Bajos*, n° 86/2012; 1 de julio de 2014, *Conférence des Eglises Européennes (CEC) c. Países Bajos*, n° 90/2013.

degradantes) y 8 CEDH (Derecho al respeto de la vida privada) como que tenían tal contenido social.

Tratándose del artículo 3, esta disposición, que no garantiza un determinado nivel o una determinada calidad de vida⁷³, resultó inicialmente estéril hacia las situaciones de miseria⁷⁴. No obstante, el Tribunal había dejado abierta la posibilidad de una evolución en una decisión *Budina c. Rusia*, que no excluía que una persona completamente dependiente de la asistencia del Estado, sufriera una vulneración de su derecho en caso de indiferencia de las autoridades ante su estado de indigencia⁷⁵. El Tribunal dio el paso recientemente optando por una interpretación “socializante” del artículo 3 en su famosa sentencia *M.S.S c. Bélgica y Grecia*. En cuanto a un asunto relativo a las condiciones de existencia de un solicitante de asilo en Grecia, decidió que las autoridades nacionales “*deben ser consideradas responsables, debido a su pasividad, de las condiciones en las que estuvo viviendo durante meses, en la calle, sin recursos, sin acceso a instalaciones sanitarias, sin forma de satisfacer necesidades básicas*”⁷⁶. Se confirmó esta interpretación posteriormente⁷⁷. Esta jurisprudencia traduce la posibilidad de exigir del Estado el suministro de un mínimo de prestación social, sobre la base de una disposición del Convenio europeo, cuando una persona se encuentra en una situación de precariedad extrema y sin medio de remediar su situación.

Esta justiciabilidad mínima concedida recientemente es alentadora ya que traduce la voluntad de algunos jueces del TEDH de desarrollar la protección de los derechos de la CEDH en el ámbito que incumbe tradicionalmente a los derechos sociales. Dicho esto, no se puede satisfacer con esta perspectiva minimalista la protección completa de los derechos, derivando en la existencia de situaciones de indigencia extrema. El alcance de los derechos sociales es mucho más rico como lo muestra la jurisprudencia del Comité europeo de los derechos sociales que, a través de sus decisiones y conclusiones, adopta interpretaciones innovadoras y estimulantes de la CSE. Tal jurisprudencia merecería alimentar la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales europeos, tanto a nivel supranacional como nacional, con el fin de mejorar la eficacia de la garantía de los derechos sociales. Tal objetivo resulta prioritario en este período actual de fuerte crisis económica. A nuestro juicio, los jueces deben tomar su parte de responsabilidad a este respecto. Están en juego el mantenimiento de la cohesión social e incluso la supervivencia de las democracias en Europa.

⁷³ TEDH de 28 octubre de 1999, *Asunto Pančenko c. Letonia*; 7 de junio de 2001, *Ivanov c. Letonia*.

⁷⁴ Comité EDH de 9 de mayo de 1990, *Asunto Van Volssem c. Bélgica*, que trata de una demandante, en dificultad financiera, que viva con sus tres niños de edad bajo en un alojamiento social funcionando enteramente con electricidad y que había sufrido suspensiones y amenazas de suspensiones del suministro de electricidad.

⁷⁵ TEDH de 18 junio de 2009, *Asunto Budina c. Rusia*.

⁷⁶ TEDH, GS, de 21 de enero de 2011, *Asunto M.S.S c. Bélgica y Grecia*, párr. 263.

⁷⁷ TEDH de 31 de julio de 2014, *Asunto F.H. c. Grecia*; 11 de diciembre de 2014, *Asunto A.L.K c. Grecia*; 7 de julio de 2015, *Asunto V.M. y otros c. Bélgica*, (devuelta en gran sala); el 4 de febrero 2016, *Asunto Amadou c. Grecia*.