

TOMARSE EN SERIO EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Especial referencia a los derechos sociales, el derecho a la vivienda y la prohibición de los desalojos forzosos

FRANCISCO JIMÉNEZ GARCÍA

I. INTRODUCCIÓN. LA IMPRESCINDIBLE DIMENSIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS: HACIA UN «PACTA SUNT SERVANDA» DEMOCRÁTICO.—II. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: UN SISTEMA APERTURISTA A LA CULTURA JURÍDICA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (INSTRUMENTOS INTERNACIONALES E INTERPRETACIONES INSTITUCIONALES Y JUDICIALES).—III. LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES EN EL MARCO INTERNACIONAL: DE OBLIGACIONES GENERALES A OBLIGACIONES INMEDIATAS Y HORIZONTALES: 1. *El marco internacional de regulación y control*. 2. *Obligaciones generales y obligaciones inmediatas y de carácter horizontal*.—IV. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES: 1. *La jurisprudencia expansiva e integradora del entorno jurídico-social común y evolutivo del TEDH*. 2. *La ponderada jurisprudencia social del TJUE en relación con las libertades económicas*.—V. EL DERECHO INTERNACIONAL A LA VIVIENDA ADECUADA: 1. *El contenido sustantivo y procesal del derecho a la vivienda adecuada: la prohibición de los desalojos forzosos*. 2. *El reconocimiento del derecho a la vivienda en el marco del Consejo de Europa: la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y del TEDH*. 3. *Breve referencia al caso español y los desahucios*.—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN. LA IMPRESCINDIBLE DIMENSIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS: HACIA UN «PACTA SUNT SERVANDA» DEMOCRÁTICO

El Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) se ha constituido en un régimen específico dotándose de técnicas jurídicas cuya *vis* expansiva ha influido en otros sectores del sistema internacional. Dentro de estas singularidades destaca el concepto de jurisdicción como elemento determinante para concretar el ámbito espacial y personal de aplicación de los derechos reconocidos así como para dirimir la responsabilidad del Estado garante de tal aplicación.

Asimismo, la teoría de las obligaciones positivas sustentada sobre la diligencia debida y efectividad real de los derechos proclamados que ha permitido, en función de ciertos elementos y circunstancias, no sólo proyectar consecuencias jurídicas desde las relaciones horizontales entre los particulares hacia la responsabilidad del Estado, sino integrar y declarar la dimensión socio-económica de los derechos justiciables. Lo que se pretende en virtud de esta doctrina es, lo que tantas veces se ha repetido en la jurisprudencia de los tribunales internacionales sobre derechos humanos, reconocer que estos convenios e instituciones creadas por los Estados tienen como finalidad proteger derechos que no son teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos en el contexto socio-histórico y jurídico en que son reivindicados. No resulta suficiente que el Estado se comprometa internacionalmente en el respecto de estos derechos, incluso que adopte legislación al respecto, sino que instituya un marco normativo, procesal e institucional adecuado que permita la realización efectiva de los derechos reconocidos. Para tal cometido no basta la adopción de *indicadores de estructura, sino la previsión de indicadores de proceso* (1).

El reconocimiento convencional de estos derechos no sólo supone el cumplimiento de las obligaciones sustantivas, tanto de orden positivo como negativo, sino también la necesidad de crear un marco procesal adecuado para la plena realización de los mismos de conformidad con la autonomía institucional y procedimental del Estado en cuestión. En el asunto P. y S. c. Polonia, el TEDH afirmaba respecto al derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio que si bien el objeto esencial del mismo es proteger al individuo contra las

(1) Tal y como describe Ch. Courtis, los *indicadores de estructura* son aquellos que «dan cuenta del marco jurídico institucional existente para cumplir con ciertos derechos, si están reconocidos en la Constitución, si están reconocidos legislativamente, cuál es la estructura institucional del Estado para hacer frente a este derecho. Por su parte, los *indicadores de proceso*, según el mismo autor, serían aquellos «que permiten identificar cuáles son los pasos que ha dado el Estado para avanzar progresivamente en la cristalización de esos derechos» esto incluiría «las leyes, las normas, los planes, los programas, la inversión de recursos dirigidos a la plena realización de los derechos consagrados en los Pactos y en la Constitución». Asimismo es importante señalar también que pueden diseñarse indicadores de proceso «para verificar si las medidas adoptadas por el Estado cumplen con aspectos cualitativos específicos; por ejemplo, si la adopción de medidas incluyó un mecanismo participativo, si cumplió con requisitos de acceso a la información y transparencia, si las normas dictadas establecen derechos para las personas o un recurso para el caso de incumplimiento o violación». *Vid.* COURTIS, Ch., «Cómo vigilar el cumplimiento de las obligaciones estatales», en GONZÁLEZ MONGUÍ, P. E., *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Universidad Libre de Colombia, 2009 págs. 472-473. *Vid.* también TRINIDAD NÚÑEZ, P., «Hacia la exigibilidad internacional de las obligaciones contraídas por los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales: el caso de Colombia», *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 6 núm. 1, 2012 (<http://www.urjc.es/ceib>).

injerencias arbitrarias de las autoridades públicas, sin embargo, también derivan obligaciones positivas inherentes al efectivo «respeto» a la vida privada. Estas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas destinadas a garantizar tal derecho en la esfera de las relaciones entre particulares, incluyendo tanto la provisión de un marco regulador sobre la ejecución y exigibilidad de estos derechos («a regulatory framework of adjudicatory and enforcement machinery protecting individuals' rights»), como la aplicación, en su caso, de medidas específicas. Pero además, se incide en que el Estado tiene una obligación positiva de activar un *marco procesal* que posibilite el ejercicio efectivo del derecho de que se trate, creado de un modo coherente que permita tener en cuenta los diferentes intereses legítimos implicados conforme a las obligaciones derivadas del Convenio. Mientras que el artículo 8 CEDH no contiene requisitos procesales explícitos, sin embargo, para su comprensión es importante determinar si, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso y, en concreto, la naturaleza de la decisión a tomar (en este caso, el derecho al aborto), al individuo no sólo se le garantiza el derecho a un proceso equitativo y a un recurso judicial efectivo para hacer valer el derecho legalmente reconocido, sino también el derecho a estar involucrado en el proceso de toma de decisiones sobre el mismo, visto como un todo, en un grado suficiente que le proporcione la protección requerida a sus intereses (2).

En este sentido, existe otra dimensión del Derecho internacional de los derechos humanos que en ocasiones se obvia deliberadamente. Si el Estado se ha comprometido internacionalmente en el respeto y obligatoriedad de tales derechos en cuanto a la configuración de sus distintas políticas estatales, incluyendo la política y actuación judicial, no sólo se ha de examinar y valorar el grado de cumplimiento en función de los controles internacionales llevados a cabo (*ultima ratio*), sino también en función de la virtualidad jurídica de tales compromisos en los ordenamientos internos sin alterar su propia identidad nacional. Y para apreciar tal coherencia no basta con la normativa convencional asépticamente incorporada en el ordenamiento nacional, sino también la asunción de todo el acervo práctico y jurisprudencial hermenéuticamente generado en torno a la misma. Se trata no sólo de coherencia jurídica estatal que evite dos realidades irreconocibles con idénticos destinatarios, sino del derecho del ciudadano a exigir del Estado el cumplimiento por las vías procesales nacionales pertinentes de los compromisos adquiridos internacionalmente de conformidad con los postulados y los principios que rigen el propio Derecho internacional ratificado e integrado. No se trata de constreñir al Estado más allá de su voluntad expre-

(2) Cfr. STEDH de 30 de octubre de 2012, pars. 94-99.

sada internacionalmente, sino de exigirle el cumplimiento estricto del derecho suscrito de conformidad con los márgenes de apreciación internacionalmente reconocidos. Resulta necesario tomarse en serio el Derecho internacional de los derechos humanos para que la asunción del mismo no quede en un mero acto publicitario ante la opinión pública internacional o como el presupuesto formal para acceder a otras prestaciones o beneficios de distinta índole no relacionados con el contenido de los derechos convenidos (3). Como afirmara Dworkin «si no podemos exigir que el Gobierno llegue a las respuestas adecuadas respecto de los derechos de sus ciudadanos, podemos reclamar que por lo menos lo intente. Podemos reclamar que se tome los derechos en serio, que siga una teoría coherente de lo que son tales derechos, y actúe de manera congruente con lo que él mismo profesa» (4). Se trataría de avanzar, entendida como una nueva fase, hacia un «*pacta sunt servanda democrático*» y un *control de convencionalidad* que hagan del ciudadano partícipe activo de los derechos reconocidos en el contexto internacional (sustantivo y hermenéutico) sin que, precisamente, esta internacionalidad difumine o extinga la potencialidad jurídica ínsita en los mismos. Como ha indicado Petersmann respecto del derecho de acceso a la justicia, «human rights require all governments and intergovernmental organizations to review how the power-oriented structures of the Westphalian “international law among states” must be restructured so as to respect citizens as legal subjects and protect and promote human rights more effectively» (5). No se cuestiona la discrecionalidad de la política exterior de los Estados ni los amplios márgenes de apreciación que el Derecho internacional les garantiza, pero una vez que éstos

(3) Tómesese como ejemplo las negociaciones entre la UE y Pakistán en materia de acuerdos de readmisión de extranjeros y acuerdos de cooperación y desarrollo. Ante la denuncia del Parlamento Europeo de que el Estado asiático no era parte en los tratados fundamentales de derechos humanos y que, por lo tanto, resultaba cuestionable la aprobación con este Estado de un acuerdo de readmisión de inmigrantes irregulares sin las garantías mínimas internacionales sobre derechos humanos, Pakistán procedió a la ratificación del Pacto de derechos civiles y políticos de 1966 así como a la Convención contra la tortura de Naciones Unidas. Sin embargo no sólo formuló un número considerable de reservas (incluyendo reservas generales o potestativas) que vaciaba de contenido obligacional tales acuerdos, sino que presentó reservas a los artículos necesarios para garantizar que la readmisión de extranjeros se ajustase a los estándares mínimos internacionales. *Vid.* al respecto las objeciones presentadas por España a estas reservas (BOE, núm. 179, de 27 de julio, y núm. 180, de 28 de julio de 2011), y ARENAS HIDALGO, N., «El acuerdo europeo de readmisión de inmigrantes en situación irregular con Pakistán. Punto de inflexión o huida hacia delante», *RGDE*, núm. 24, junio de 2011.

(4) DWORKIN, D., *Los Derechos en Serio*, traducción Marta Guastavino, Barcelona, Ariel Derecho, 1984, pág. 278.

(5) PETERSMANN, E-U., «Human rights, international economic law and “constitutional justice”», *EJIL*, 2008-4, págs. 769-798, en particular, págs. 771-772.

suscriben acuerdos internacionales que reconocen derechos a sus ciudadanos, parafraseando al TEDH (6), se crea un interés jurídico-patrimonial a favor de las personas que cumplen las condiciones previstas en los mismos de acuerdo con los parámetros internacionales que ha de ser satisfecho por los tribunales nacionales aun cuando tal planteamiento genere dilemas constitucionales (*control de convencionalidad judicial*).

II. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: UN SISTEMA APERTURISTA A LA CULTURA JURÍDICA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (INSTRUMENTOS INTERNACIONALES E INTERPRETACIONES INSTITUCIONALES Y JUDICIALES)

Esta obligación implica necesariamente que los ordenamientos nacionales han de prever los procedimientos y recursos oportunos que faciliten el cumplimiento del contenido esencial de los derechos internacionalmente reconocidos. Sin alcanzar la naturaleza constitucional otorgada por una amplia mayoría de las constituciones latinoamericanas a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados (7), el sistema constitucional español ofrece distintas vías de integración y exigibilidad de estos derechos. Es cierto que nuestro ordenamiento no ha «constitucionalizado» expresamente el Derecho internacional de los derechos humanos, a pesar de las fundamentales referencias incorporadas en los artículos 10.2 y 39 CE. No obstante, sí que se ha producido una «constitucionalización» de este régimen internacional en función de otras vías. Además de la interpretativa e integradora del artículo 10.2 CE sobre la que volveré más adelante, no se ha de olvidar que el acervo sobre los derechos fundamentales que garantizan la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (CDFUE), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Li-

(6) Cfr. asunto *Stec y otros c. Reino Unido*, Decisión TEDH (Gran Sala) de 6 de julio de 2005, par. 54, y asunto *Manzanas Martín c. España*, STEDH de 3 de abril de 2012, par. 34.

(7) Vid. BREWER-CARÍAS, A. R., «La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el Orden Interno. Estudio de Derecho constitucional Comparado Latinoamericano», en <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/Brewer>; HENDERSON, H., «Los Tratados internacionales sobre derechos en el orden interno: la importancia del principio pro homine» en *Revista IIDH* 2004. Desde una perspectiva más general: STEINER, H. J.; ALSTON, PH., y GOODMAN, R., *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Oxford University Press, 2008; BUERGENTHAL, T., «Modern Constitutions and Human Rights Treaties», *Columbia Journal Transnational International Law*, núm. 211, 1998, págs. 211-221, y «The Domestication of International Human Rights: Non-Self-Executing Declarations and Human Rights Treaties», *Yale Journal International Law*, 1999, págs. 129-221.

bertades Fundamentales así como las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, constituye parte integrante del derecho originario de la Unión Europea que goza de primacía frente a cualesquiera de las disposiciones de orden interno, incluso las constitucionales, con las que pudiera entrar en colisión. Por su parte el artículo 51 de la CDFUE precisa que sus disposiciones, incluyendo derechos económicos, sociales y culturales, están dirigidas a los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión, por lo que éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión. Igualmente y en virtud del principio de equivalencia y efectividad, corresponde al ordenamiento jurídico nacional instaurar cauces procesales que garanticen la salvaguardia de los derechos reconocidos por el derecho de la UE a condición de que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia), ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (8). Además este ordenamiento unionista interacciona con otros instrumentos internacionales concordantes. Como ha destacado el Abogado General Yves Bot en el controvertido asunto *Melloni*,

«la Carta no constituye un instrumento aislado y desconectado de las otras fuentes de protección de los derechos fundamentales. Ella misma prevé que la interpretación de sus disposiciones debe realizarse teniendo debidamente en cuenta otras fuentes jurídicas, sean nacionales o internacionales. De esa forma, el artículo 52, apartado 3, de la Carta hace del CEDH un estándar mínimo por debajo del cual no puede descender el Derecho de la Unión, y el artículo 52, apartado 4, de la Carta prevé que, en la medida en que ésta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones» (9).

(8) Vid. STJUE asunto *Byankov*, C-249/11 de 4 de octubre de 2012, par. 69.

(9) Conclusiones presentadas el 2 de octubre de 2012 por Abogado General en el asunto C-399/11 relativo a la primera cuestión prejudicial suscitada por el Tribunal Constitucional español. Respecto a la tercera cuestión prejudicial planteada se discutía si el sistema constitucional español podría otorgar mayores derechos o garantías (respecto a la no entrega en casos de procesos en rebeldía) que las previstas en el ordenamiento de la Unión Europea de acuerdo con la previsión del artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Sobre esta cuestión la Gran Sala del TJUE en su Sentencia de 26 de febrero de 2013 (pars. 60 y 63) es muy taxativa al afirmar que si bien «es cierto que el artículo 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según

En nuestro sistema constitucional, no obstante, hay que diferenciar entre la posición normativa de los tratados internacionales y la aplicabilidad o eficacia directa de sus disposiciones. Respecto a la posición normativa, los tratados internacionales sobre derechos humanos *válidamente celebrados*, al igual que el resto de los tratados, en virtud del artículo 96.1 CE forman parte de nuestro ordenamiento jurídico una vez publicados oficialmente en España, siendo sus normas jurídicas de aplicación directa (art. 1.5 del Código Civil). Además, los mencionados tratados ofrecen una «fuerza activa y de resistencia» frente a toda legislación anterior y posterior contraria a los mismos. En tal sentido, pueden modificar o derogar la legislación vigente que contravenga sus disposiciones [art. 94.1.e)], mientras que sus disposiciones convencionales sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho internacional (art. 96.1 CE) (10). En el supuesto de que tales acuerdos no hubiesen sido tramitados conforme a las disposiciones constitucionales correspondientes, habrían de ser calificados como inconstitucionales (tratados no válidamente celebrados *ex* artículo 96 CE, aunque internacionalmente fueran válidos) o, en su caso, dotarles de fuerza reglamentaria sin capacidad de derogación o modificación legislativa (art. 94.2 CE).

Por su parte, el artículo 10.2 CE dota de contenido internacional —vía interpretativa e integradora— a los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos. Tal disposición no dota de carácter constitucional a los tratados internacionales pues como ha destacado la doctrina, el artículo 10.2 CE «no

su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión [...] En consecuencia, permitir que un Estado miembro invocara el artículo 53 de la Carta para subordinar la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición, no prevista por la Decisión marco 2009/299, de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar que se lesionen el derecho a un proceso con todas las garantías y los derechos de la defensa protegidos por la Constitución del Estado miembro de ejecución, conduciría, al poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión marco, a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que ésta pretende reforzar, y por consiguiente a comprometer la efectividad de la referida Decisión marco». Sobre este asunto *vid.* GARCÍA SÁNCHEZ, B., «Pluralismo constitucional en la Unión Europea y heterogeneidad de las normas penales de los estados miembros: problemas del principio de reconocimiento mutuo», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 106, 2012, págs. 191-222; ARROYO JIMÉNEZ, I., «Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional», en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, octubre de 2011 (www.indret.com); TORRES PÉREZ, A., «Euroorden y conflictos constitucionales: a propósito de la STCE 199/2009 de 28-9-2009», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2010, págs. 441-471.

(10) Cfr. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., «Las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno en el sistema español», en *Derecho Internacional Público. Problemas Actuales*, Madrid, 1993, págs. 93-101.

atribuye un rango constitucional a los derechos y libertades proclamados en textos internacionales que no estén también recogidos en la Constitución española, pero sí establece una conexión entre los que la Norma fundamental contiene y los de aquellos instrumentos, a los fines de determinar el contenido y alcance de los primeros» (11). Tal mandato no sólo se refiere a los derechos y libertades proclamados internacionalmente, sino también a la interpretación que de tales derechos y libertades efectúa el órgano encargado de su interpretación y, en su caso, de su aplicación judicial. Nuestro Tribunal Constitucional ha destacado respecto de las sentencias condenatorias del TEDH que *la decisión del órgano internacional de control declarando la violación del tratado acredita, también, la violación de los correspondientes derechos fundamentales presentes en nuestro ordenamiento interno*, «puesto que el contenido de aquellos constituye también parte del de éstos, formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español, como resulta de la circunstancia de que los tratados y acuerdos internacionales sobre Derechos Humanos sean insoslayables instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales de la Constitución Española» (12). Dicha doctrina no supone una traslación mimética del referido pronunciamiento que ignore las diferencias normativas existentes entre la Constitución Española y el Convenio

(11) Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.; ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Civitas, 2004, pág. 266. Sobre esta disposición vid. ROLDÁN BARBERO, J., «El juez español y el Derecho internacional», en *Retos para la Jurisdicción Internacional*, S. SANZ CABALLERO y R. ABRIL STOFFELS (coord.), Madrid, Civitas, 2012, págs. 177-183; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española: 25 años de Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, Thomson/Civitas, 2006, págs. 19-62; SAIZ ANRAIZ, *La Apertura Constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Europea*, Madrid, Consejo del Poder Judicial, 1999.

(12) Vid. ATC 260/2000, de 13 de noviembre, FJ 2. Respecto al TEDH resulta clásica la conclusión de nuestro TC acerca de que se trata del «órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado. De ello se sigue que, declarada por Sentencia de dicho Tribunal una violación de un derecho reconocido por el Convenio Europeo que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como Juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales, respecto de los cuales nada de lo que a ello afecta puede serle ajeno» (STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ 2). En relación con la incidencia de las observaciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU, vid. STC 70/2002, de 7 de abril, y STS (Penal) 1173/2009, de 17 de noviembre, y TRINIDAD NÚÑEZ, P., «La aplicación judicial en España de las decisiones de los órganos de base convencional de supervisión de derechos humanos creados en el seno de las Naciones Unidas», en *La Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Español*, F. MARIÑO MÉNENDEZ (coord.), Madrid, 2009, págs. 329-349.

Europeo de Derechos Humanos ni la necesidad de acotar el ámbito del recurso de amparo a sus estrictos términos, en garantía de la operatividad y eficacia de este medio excepcional de protección de los derechos fundamentales (13).

La doctrina constitucional también ha recurrido al artículo 10.2 CE para interpretar los derechos de carácter económico y social previstos en nuestra Constitución bajo el epígrafe de los «Derechos y deberes de los ciudadanos», incluso los enmarcados dentro de los «Principios rectores de la política social y económica», en particular, respecto a los derechos del niño y la delimitación entre el régimen de la seguridad social y las prestaciones y asistencia social en el que la Carta Social Europea ha tenido especial protagonismo (14). Si bien es verdad que conforme al artículo 53.3 de la Constitución el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios rectores de la política social y económica informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y que sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido que *la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales*. Y, desde esta perspectiva, ha recordado que los principios rectores de la política social y económica no son meras normas sin contenido, sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección. De ese modo, una decisión que desconozca tal orientación acentúa la falta de justificación y razonabilidad de la resolución impugnada (15).

Un resumen de los principios anteriormente mantenidos acerca del valor interpretativo e integrador de la evolución del DIDH en nuestro marco constitucional *ex* artículo 10.2 CE, lo encontramos en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre la constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo. Adoptando un criterio contextual-evolutivo de nuestra cultura jurídica, en el que la práctica internacional resulta determinante, esta Sentencia señala que

«[...] la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su

(13) *Vid.* SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6, y 16/2004, de 23 de febrero, FJ 3.

(14) Sobre este particular, *vid.* JIMÉNEZ GARCÍA, F., «La Carta Social Europea (Revisada): Entre el desconocimiento y su revitalización como instrumento de coordinación de las políticas sociales europeas», *REEI*, núm. 17, 2009 (www.reei.org)

(15) *Cfr.* SSTC 203/2000, de 24 de julio, FJ 4; STC 126/1994, de 25 de abril, FJ 5; STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6.

configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, *la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición.*

Por lo que hace a nuestro sistema constitucional, el camino de entrada de parte de estos elementos conformadores de la cultura jurídica, que por lo demás se alimentan e influyen mutuamente, viene dado por el recurso a un principio fundamental de la interpretación de la Constitución, que es el dispuesto en el artículo 10.2 CE. La referencia a ese precepto, también invocado por los recurrentes, *nos exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en el título I de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, interpretación que de ninguna manera puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales* (STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5, y en la misma línea, entre otras muchas, SSTC 50/1989, de 21 de febrero; 64/1991, de 22 de marzo, y 38/2011, de 28 de marzo). A lo anterior se une la constatación de que esos tratados se van incorporando paulatina y constantemente a nuestro ordenamiento, a medida que, acordados en el seno de la sociedad internacional, la Unión Europea o el Consejo de Europa, España los ratifica, con lo cual la regla hermenéutica del artículo 10.2 CE lleva asociada una regla *de interpretación evolutiva*, que nos permitirá explicar el artículo 32 CE y el ajuste al mismo de la Ley 13/2005» (16).

Respecto a la cuestión de la aplicabilidad directa de los derechos convencionalmente suscritos por parte de los órganos jurisdiccionales españoles, obviamente, sólo se produce cuando éstos presentan un contenido suficientemente claro, inequívoco e incondicional. Nuestro Tribunal Supremo, con relación a

(16) *Vid.* STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9. El énfasis es añadido. Este análisis aperturista e internacionalista contó con el rechazo de varios magistrados. En tal sentido el Magistrado A. Ollero Tassara afirmaba en su voto particular que «el evolucionismo interpretativo impuesto por la Sentencia busca apoyo, por la vía del artículo 10.2 CE, en el derecho comparado. Lo que en dicho artículo se propone como criterio de interpretación llega a cobrar categoría de norma supraconstitucional. Parece lógico que tratados suscritos por España, pese a su obvia generalidad, deban orientar a la hora de buscar salida ante posibles dudas hermenéuticas; pero no tanto convertir nuestra doctrina constitucional en una terminal vicaria de resoluciones ajenas» (FJ 6).

los convenios de la OIT en materia de vacaciones pagadas, ha reconocido la integración en nuestro ordenamiento de tales convenios (por vía del art. 96 y art. 10.2 CE), la obligatoriedad de la interpretación conforme y complementaria de nuestra legislación con respecto a esta normativa internacional y su aplicación directa en ausencia de convenio colectivo que la desarrolle (17). No obstante, en el supuesto de que estos criterios no concurren, el mandato constitucional de *interpretación conforme* se mantiene vigente y, en el supuesto de que resultara inviable, podría abrirse, tal y como sucede con respecto al Derecho de la UE, la responsabilidad patrimonial de la administración —incluyendo la *responsabilidad del Estado legislador*— cuando se trate de una violación suficientemente caracterizada y exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por el particular. Respecto del Derecho comunitario, el Tribunal Supremo ha declarado que la interpretación del instituto de la responsabilidad patrimonial debe ser de carácter extensivo en el sentido de que ha de ser siempre favorable a la protección del particular frente al actuar del Estado, de una parte porque así lo exige el carácter objetivo de esa responsabilidad en el ámbito del Derecho interno y, de otra, porque no es sino una forma de paliar las deficiencias que otras técnicas de protección de esos intereses presentan, no siendo en consecuencia razonable que el particular vea minorado su derecho a la tutela judicial efectiva en beneficio del Estado infractor (18).

(17) Cfr. STS 4798/2010 (Sala de lo Social), de 26 de julio de 2010, FJ 3.

(18) *Vid.* STS 4975/2010, Sala Tercera, Contencioso Administrativo, de 17 de septiembre de 2010, FJ 11. Respecto al incumplimiento de las observaciones del Comité de Derechos Humanos relativas a la doble instancia, el Tribunal Supremo ha admitido implícitamente tal responsabilidad al estimar que «es verdad que la jurisprudencia ha declarado que, dentro de las reclamaciones por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia tienen cabida las relativas a pérdida de oportunidades procesales, cuando esa pérdida es imputable efectivamente a un funcionamiento anormal de dicha Administración. Sin embargo, es irrefutable que, en este caso, no se puede reprochar a la Administración de Justicia, la pérdida de una oportunidad no prevista en el ordenamiento y ello por mucho que un órgano internacional haya recomendado su existencia. Las consecuencias que derivan de la infracción del artículo 14.5 del PIDCP ratificado por España reconocida por el Comité de Derechos Humanos en su dictamen de 5 de noviembre de 2004 no tienen cabida en el ámbito de este proceso, iniciado por petición dirigido al Ministerio de Justicia, competente para dilucidar si se produjo un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y en el que la Sala de instancia concluyó que no existió ese tipo de funcionamiento anormal. Y respecto a la eventual responsabilidad del estado legislador por omisión de la regulación pretendida se trata de una cuestión respecto de la que el Ministerio de Justicia carece de competencia para pronunciarse. En su caso, la pretensión administrativa debería sustanciarse ante el Consejo de Ministros, por lo que al no haberlo hecho el recurrente no puede este Tribunal en sede casacional pronunciarse sobre las consecuencias patrimoniales del eventual incumplimiento por el estado-legislador de lo

III. LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES EN EL MARCO INTERNACIONAL: DE OBLIGACIONES GENERALES A OBLIGACIONES INMEDIATAS Y HORIZONTALES

1. *El marco internacional de regulación y control*

Desde una perspectiva de análisis de los instrumentos y los mecanismos de control, hemos de seguir manteniendo que los derechos de contenido económico, social y cultural (DESC) siguen presentando una dimensión jurídica *en demora* respecto de los derechos civiles y políticos. Si bien es verdad que los Pactos Internacionales de 1966 junto con la Declaración Universal de 1948 constituyen lo que se ha denominado la «Carta Internacional de los derechos humanos» que comprende un catálogo global de derechos sin distinción en virtud de su naturaleza, la progresión jurídica de los derechos catalogados no ha sido la misma. En el ámbito universal, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) fue creado por el ECOSOC mediante la Resolución 1985/17, de 28 de mayo. No se trata, pues, de un órgano convencional con las garantías de independencia y exigibilidad que esto implica. Por su parte, el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que introduce los mecanismos tradicionales de control relativos a las denuncias interestatales e individuales (19) y añade el

estatuído en un Pacto Internacional». Vid. STS 462/2012, Sala Tercera Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de 30 de enero de 2012, FJ 6.

(19) Conforme al artículo 2 «las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento». En cuanto a la admisibilidad de la comunicación se requiere, entre otros presupuestos, que se haya presentado en el plazo de un año tras el agotamiento de los recursos internos disponibles en la jurisdicción interna salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente (art. 3). Asimismo se establece que el Comité podrá negarse a considerar una comunicación que no revele que *el autor ha estado en situación de clara desventaja, salvo que el Comité entienda que la comunicación plantea una cuestión grave de importancia general* (art. 4). Por su parte, el artículo 10 prevé las comunicaciones entre Estados sujeta a la condición de reciprocidad. Sobre este Protocolo *vid.* RIQUELME CORTADO, R., «El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Comunicaciones de personas y grupos como piedra angular», *REEI*, núm. 24, diciembre de 2012 (<http://www.reei.org>); COURTIS, Ch., *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Ginebra, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), y Comisión Internacional de Juristas (CIJ), 2008; LANGFORD, M., «Closing the gap? An introduction to

más novedoso y facultativo procedimiento confidencial de investigación ante la información de violaciones graves o sistemáticas (20), se aprobó el 10 de diciembre de 2008, entrando en vigor el 5 de mayo de 2013 una vez depositado el instrumento de ratificación número 10. Esto es, casi cincuenta años después de su adopción, el PIDESC apenas ha tenido un recorrido jurídico de protección real de los derechos en él declarados. Este acontecimiento protocolario resulta de máximo interés para España pues se constituyó en Estado parte el 23 de septiembre de 2010 y, a partir de la entrada en vigor del mencionado Protocolo, se podrán presentar comunicaciones individuales por parte de las particulares que se encuentren en una *situación de clara desventaja* respecto a estos derechos o la comunicación plantee una *cuestión grave de importancia general*. No obstante, nuestro Estado no ha reconocido la competencia del Comité respecto del procedimiento confidencial de investigación (21).

En el ámbito europeo y a pesar de múltiples propuestas a favor de ampliar la jurisdicción del TEDH al ámbito de los derechos económicos y sociales, el sistema del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) instaurado por la Carta Social de Turín de 1961 sigue limitándose a la fuerza publicitaria de los informes o conclusiones sobre las políticas estatales, constituyendo su principal progreso las reclamaciones colectivas del Protocolo adicional de 1995, mecanismo relegado a 15 Estados partes de un Consejo de Europa de 47 Estados, entre los que no figura el Estado español. Desde la perspectiva de la UE podemos seguir manteniendo que a pesar de los progresos alcanzados, sus «Tratados constitucionales» no otorgan a la UE ni los poderes ni los instrumentos necesarios para la instauración de una verdadera política social común que permita a la entidad comunitaria definir los contenidos prestacionales mínimos que deben respetarse uniformemente en todos los países de la Unión y, en todo caso, las referencias sociales incorporadas, incluidas las relativas a la Carta Social Europea, no instituyen un catálogo de derechos, sino que sirven exclusivamente para establecer los objetivos comunitarios en política social (22). La observación de

the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, vol. 27-1, 2009, págs. 1–28.

(20) *Vid.* artículo 11 del Protocolo. Por el momento el procedimiento de investigación ha sido aceptado por El Salvador y Portugal, que también reconocen la competencia del Comité para examinar las comunicaciones interestatales.

(21) *Vid.* BOE, núm. 48, 25 de febrero de 2013.

(22) Conforme al artículo 9 TFUE «en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana». *Vid.*, al respecto, BENLOLOCARABOT, M., «Les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union Européenne. Entre instrumen-

tales objetivos se hace por dos vías. En primer lugar, a través de la interpretativa de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión que, si bien, no crea nuevas competencias, vincula a las instituciones de la Unión y a los Estados en la aplicación del Derecho de la UE en función del carácter constitucional otorgado a la Carta por el artículo 6 TUE (23). En segundo lugar, a través de la competencia compartida en materia de «Política Social» del Título X del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Conforme a su artículo 151, la Carta Social Europea inspirará esta política, reconociendo que se podrán adoptar, en los ámbitos sociales reconocidos (24), mediante directivas o acuerdos a nivel

talisation et “fondamentalisation”?), *Revue des Droits de l’Homme*, vol.6, junio de 2012, <http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/>; ILIOPOULOS-STRANGAS, J., «La Charte des Droits Fondamentaux de l’Union Européenne face à la protection constitutionnelle des droits sociaux dans les États membres», en *Droits Sociaux et Droit Européen. Bilan et Prospective de la Protection Normative*, J. F. FLAUS (dir.), Brussels, Bruylant, 2002, págs. 11-87; HERVEY, T. K., y KENNER, J., *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, 2003; POIARES MADURO, V. M., «L’équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l’UE», en Philip ALSTON, *L’Union européenne et les droits de l’Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, págs. 465-489.

(23) Como ha sido resaltado, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, incluyendo su dimensión social inspirada directamente en el sistema convencional de la Carta Social Europea, se convierte en uno de los parámetros de «constitucionalidad» de los actos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión así como de los actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión (art. 51.1 de la Carta), con las salvedades excluyentes que incorporan las protocolarias reservas consensuadas respecto del Reino Unido y de la contradictoria Polonia que afectan, entre otros, a los derechos y principios sociales. Es más y en virtud del artículo 52.7 de la propia Carta, en la labor interpretativa y de aplicación que se deba efectuar a tal efecto, se habrán de tener en cuenta las Explicaciones a las que se hace referencia en la Carta y *precisamente en estas Explicaciones se incluye no sólo el contenido de la Carta Social Europea de Turín de 1961, que ha sido ratificada por la casi totalidad de los Estados miembros de la UE, sino también las disposiciones de la Carta Social Europea revisada de 1996 (incluyendo sus Anexos y comentarios) que como anteriormente se ha indicado sólo ha sido ratificada por un reducido número de Estados miembros*. Así pues, ¿podemos entender que la Unión Europea y sus Estados miembros al ratificar el Tratado de Lisboa asumen compromisos sociales por referencia exegética que no han asumido en el marco convencional originario que los contiene? En principio la respuesta necesariamente ha de ser afirmativa pues conforme al Derecho internacional general nada impide tal efecto, siempre y cuando la incorporación se ajuste a los criterios y condiciones previstas en la remisión, en este caso, en la medida en que sus disposiciones son referenciadas en las Explicaciones anejas a la Carta y como criterio interpretativo que habrán de tener en cuenta los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea y de los Estados miembros. *Vid.* JIMÉNEZ GARCÍA, «La Carta Social Europea (Revisada)...», *loc. cit.*

(24) Esto es, la mejora del entorno de trabajo para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; las condiciones de trabajo; la seguridad social y la protección social de los trabajadores; la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; la información y consulta a los trabajadores; la representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión; las condiciones de empleo de los nacionales de terceros

europeo entre los interlocutores sociales, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros (arts. 153.2 y 155 TFUE). Tales disposiciones no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social ni deberá afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste y no impedirán a los Estados mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados. Asimismo se excluye de este marco normativo el ámbito de las remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el derecho de cierre patronal (art. 153.4 TFUE). No obstante esta limitación y en virtud del principio general de no discriminación, el TJUE ha señalado que los acuerdos marcos adoptados deben interpretarse en el sentido de que expresan un principio de derecho social de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva. Por este motivo una interpretación de una cláusula de un acuerdo marco (o en su caso, una directiva) que excluyera categóricamente del concepto de «condiciones de empleo», a los efectos de dicha cláusula, las condiciones económicas, como las relacionadas con la retribución y las pensiones, equivaldría a reducir, haciendo caso omiso del objetivo asignado a dicha cláusula, el ámbito de protección reconocido a los trabajadores afectados frente a las discriminaciones (25).

2. *Obligaciones generales y obligaciones inmediatas y de carácter horizontal*

No obstante y como veremos, el contexto socio-económico y cultural ha tenido especial relevancia en cuanto a la definición de los derechos fundamentales de la persona. Incluso y desde la doctrina se ha constatado que en la actualidad no se puede seguir manteniendo la clásica distinción entre las obligaciones negativas que imponen esencialmente los derechos civiles y políticos y las obligaciones positivas dimanantes de los derechos socio-económicos. A tal efecto, se ha apuntado que resulta más adecuado sugerir que «todos los derechos —sean civiles y políticos o económicos sociales y culturales— generan un *continuo* o

países que residan legalmente en el territorio de la Unión; la integración de las personas excluidas del mercado laboral; la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo.

(25) *Vid.* al respecto SSTJUE, *Lotti y Matteucci y Bruno y Pettini*, asuntos acumulados 395/08 y 396/08, de 10 de junio de 2010, pars. 32-36; *Impact*, asunto 268/06, de 15 de abril de 2008, par. 114; *Del Cerro Alonso*, asunto C-307/05, de 13 de septiembre de 2007, par. 308.

espectro de obligaciones negativas y positivas, que los Estados deben respetar, garantizar y satisfacer adecuadamente aun cuando se siga poniendo el énfasis sobre las obligaciones positivas en relación con los derechos económicos» (26). Desde la perspectiva de los derechos civiles, en concreto en relación con el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 del CEDH, el Tribunal de Estrasburgo ha reiterado, en función de la dimensión social que tal derecho implica, que la frontera entre las obligaciones positivas y negativas respecto de este derecho no se presta a una definición precisa puesto que los principios aplicables son comparables. En ambos casos, se ha de tender a alcanzar un justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto (27). Se podría afirmar que existe una *opinio iuris* consolidada en torno a la interacción existente entre el carácter universal, independiente e indivisible de los derechos y la interdependencia existente entre los mismos tal y como se declaró en la Declaración de Viena de 1993 en el marco de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos y se ha mantenido en la Declaración del Milenio de 2000. En los Principios de Limburgo se postuló que teniendo en cuenta que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, se debería prestar la misma atención y consideración urgente a la aplicación, fomento y protección tanto de los derechos civiles y políticos, como de los económicos, sociales y culturales (28), mientras que en el marco del Consejo de Europa, se ha proclamado que la responsabilidad social compartida constituye un concepto que cuestiona la ineficacia de la fragmentación y de la consecución de objetivos no concertados que impiden la innovación social que permita responder a los déficits de una verdadera cohesión social (29).

(26) Vid. ESPEJO YAKSIC, N., «Los Derechos Económicos sociales y culturales: consagración, contenido y justiciabilidad», en *Manual sobre Justiciabilidad de Derechos Sociales para Jueces en Iberoamérica*, Santiago, Chile, Red Iberoamericana de Jueces, OXFAM-Chile, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, 2009, pág. 28.

(27) STEDH asunto *R. R. c. Polonia*, sentencia de 26 de mayo de 2011, par. 189.

(28) Del 2 al 6 de junio de 1986, se reunió en Maastricht, Países Bajos, un grupo de distinguidos expertos en Derecho Internacional convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht) y el Instituto Urban Morgan para los Derechos Humanos de la Universidad de Cincinnati (Ohio, EEUU). El propósito de la reunión era el considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes del PIDESC, así como la cooperación internacional según lo dispuesto en la Parte IV del Pacto. Los expertos aprobaron por unanimidad un conjunto de principios sobre la materia que los congregó, conocidos como los Principios de Limburgo, los cuales han ganado, con el tiempo, progresiva autoridad como instrumento interpretativo del PIDESC.

(29) Cfr. FARREL, G., *Towards a Europe of Shared Social Responsibilities – Challenges and Strategies*, núm. 23, Editions du Conseil de l'Europe Strasbourg Cedex, 2011, págs. 10-11. <http://book.coe.in>.

Los derechos económicos, sociales y culturales, al igual que el resto de los derechos suscritos internacionalmente por los Estados, generan una serie de obligaciones tal y como se deducen de las Observaciones generales presentadas por el CDESC (30). En primer lugar, *obligaciones de carácter general* relativas a las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento. Este conjunto de obligaciones implican una serie de actuaciones, negativas y positivas, por parte de los Estados que pueden o deben incidir en las actividades de los agentes no estatales. En tal sentido, los Estados se comprometen a una obligación de carácter negativo por parte de cualquier órgano o funcionario del Estado (incluido los integrantes del poder judicial) o de una institución de carácter público consistente en no lesionar directamente los derechos reconocidos. A tal efecto, en la Observación general núm. 19 (2008) sobre «el derecho a la seguridad social» se establece que la obligación de respetar exige que los Estados partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la seguridad social. Esta obligación supone, «entre otras cosas, el abstenerse de toda práctica o actividad que, por ejemplo, deniegue o restrinja el acceso en igualdad de condiciones a una seguridad social adecuada». Por su parte, la obligación de proteger implica acciones positivas del Estado con el objeto de prevenir el abuso de terceras personas en contra de tales derechos y, finalmente, la obligación de cumplir supone adoptar las medidas necesarias para dar plena efectividad a tales derechos lo que entraña compromisos de facilitar, promover y garantizar. La conjunción de esta variedad de obligaciones implica que no sólo corresponde al Estado y sus órganos el cumplimiento de las mismas, sino que asimismo han de adoptar medidas para evitar que el incumplimiento provenga de agentes no estatales. A tal efecto en la *Declaración sobre obligaciones de los Estados partes en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales* se reitera por parte del CDESC que:

«Por *respetar los derechos* se entiende que los Estados partes han de garantizar la conformidad de sus leyes y políticas sobre las actividades empresariales con los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. En el contexto de esta obligación, los Estados partes han de procurar que las empresas observen la debida diligencia para asegurarse de que no impiden el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto por las personas que dependen de sus actividades o se ven perjudicadas por ellas.

Proteger los derechos significa que los Estados partes deben ofrecer una protección eficaz a los titulares de derechos contra las violaciones de sus derechos

(30) Las Observaciones generales pueden consultarse en la siguiente dirección: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>.

económicos, sociales y culturales en las que intervengan agentes empresariales, mediante la adopción de leyes y reglamentos adecuados y de procedimientos de vigilancia, investigación y rendición de cuentas para establecer y hacer cumplir las normas de actuación empresarial. Como el Comité ha explicado en repetidas ocasiones, el incumplimiento de esta obligación puede producirse por acción u omisión. Es de máxima importancia que los Estados partes faciliten acceso a recursos efectivos a las víctimas de violaciones empresariales de los derechos económicos, sociales y culturales, por la vía judicial, administrativa, legislativa o por otro medio adecuado. Los Estados partes también deben tomar medidas para impedir que empresas con domicilio social en su jurisdicción vulneren los derechos humanos en el extranjero, sin atentar a la soberanía ni menoscabar las obligaciones de los Estados de acogida en virtud del Pacto» (31).

Junto a estas obligaciones generales se establecen una serie de *obligaciones inmediatas y obligaciones progresivas* dimanantes del artículo 2 del PIDESC (32). De conformidad con tal disposición, se establece como una obligación directa de los Estados la *utilización del máximo de los recursos* (recursos humanos, tecnológicos, informativos, naturales y recursos financieros y tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales) para cumplir con los estándares mínimos de protección. De acuerdo con la Observación general núm. 3 (1990) sobre «la índole de las obligaciones de los Estados», se precisa que aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción. Para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. Por su parte, en el marco del Consejo de Europa, el CEDS

(31) UN. ECOSOC, Doc. E/C.12/2011/1, de 12 de julio de 2011, puntos 4 y 5.

(32) De acuerdo con esta disposición «cada uno de los Estados Partes en el Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos».

indicaba que la Carta debe ser interpretada de manera que dé vida y sentido a los derechos sociales fundamentales. De ello se desprende, en particular, que las restricciones que afecten a los derechos deben ser interpretadas estrictamente, es decir, entendidas de tal modo que quede intacta la esencia del derecho en cuestión y se permita alcanzar el objetivo general de la Carta (33).

Así pues, la «disponibilidad de recursos», aunque condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el hecho de que los recursos sean limitados no constituye en sí mismo una justificación para no adoptar medidas. Los Estados tienen el deber, además, de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un coste relativamente bajo (34). En la Carta de 16 de mayo de 2012 dirigida por la Presidenta del CDESC, Sra. Ariranga G. Pillay, a los Estados con motivo de la protección de los derechos consagrados en el Pacto en el contexto de la crisis económica y financiera, se precisa que todos los cambios o ajustes propuestos en materia de políticas tienen que cumplir los siguientes requisitos:

«En primer lugar, la política debe ser una medida provisional que abarque solamente el período de crisis. En segundo lugar, debe ser necesaria y proporcional, en el sentido de que la adopción de cualquier otra política, o la simple inacción,

(33) Reclamación colectiva núm. 14/2003, Decisión de 7 de septiembre de 2004, *Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos c. Francia*, par. 29.

(34) De acuerdo con el Informe relativo a la «Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto» (UN. ECOSOC, Doc. E/C.12/2007/1, de 21 de septiembre de 2007), el Comité señaló que en caso de que un Estado Parte aduzca «limitaciones de recursos» para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, el Comité examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y con arreglo a los siguientes criterios objetivos: *a)* el nivel de desarrollo del país; *b)* la gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; *c)* la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica; *d)* la existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone, por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; *e)* si el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo, y *f)* si el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto. Para determinar si un Estado Parte ha adoptado medidas razonables hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente la plena efectividad de las disposiciones del Pacto, el Comité atribuye suma importancia a que en el Estado Parte se cuente con procesos de adopción de decisiones transparentes y participativos.

tendría efectos más perjudiciales sobre los derechos económicos, sociales y culturales. En tercer lugar, debe tener un carácter no discriminatorio e incluir todas las iniciativas posibles, incluidas medidas fiscales, para apoyar los subsidios sociales encaminados a mitigar el posible aumento de las desigualdades en tiempos de crisis e impedir que se vean desproporcionadamente afectados los derechos de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados. En cuarto lugar, en la política se debe especificar un contenido mínimo básico de derechos o el nivel mínimo de protección social, conceptos desarrollados por la OIT y velar por que ese contenido mínimo básico siempre esté protegido (35).»

La otra obligación inmediata es *la obligación de no discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos* tal y como se establece en el artículo 2.2 del PDESC. De acuerdo con la Observación general núm. 20 (2009) relativa a «la prohibición de discriminación» se prohíbe toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto. La discriminación también comprende la incitación a la discriminación y el acoso. Asimismo, se reconoce la discriminación positiva respecto grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes y se prohíben las discriminaciones indirectas, esto es, aquellas que hacen referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación. Por ejemplo, exigir una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela puede ser una forma de discriminar a las minorías étnicas o a los no nacionales que no posean, o a quienes se hayan denegado, esas partidas. Asimismo en las Observaciones finales presentadas por el CDESC respecto de España en 2012 se destacó la preocupación por las modificaciones introducidas en extranjería que recortan los derechos de acceso de los inmigrantes en situación irregular a los servicios públicos de salud. A tal efecto, el Comité recomendó al Estado español asegurar que, de conformidad con la Observación general núm. 14 (2000) del Comité sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto) y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, las reformas adoptadas no limiten el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, cualquiera sea su situación legal (36).

(35) *Vid.* HRC/NONE/2012/76.

(36) *Vid.* Doc. E/C.12/ESP/CO/5, de 6 de junio de 2012.

IV. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Si bien es verdad que se exige la adopción de legislación para garantizar la progresividad ínsita en tales derechos, sin embargo el CDESC ha reiterado que no es suficiente y que tales medidas deben ir acompañadas de medidas prácticas que hagan efectivos tales derechos. Por su parte, el CEDS ha recordado que el objeto y la finalidad de la Carta, en cuanto instrumento de protección de los derechos humanos, consisten en proteger derechos no teóricos sino efectivos, por lo que estima que la aplicación satisfactoria de la misma no puede ser alcanzada por el solo efecto de la legislación si la aplicación de ésta no es efectiva ni rigurosamente controlada (37). Es más, corresponde al gobierno del Estado parte en el sistema de la Carta Social europea el adoptar todas las medidas necesarias, incluyendo las de vigilancia e intervención, para que tales obligaciones sean respetadas, incluso cuando conforme al Derecho interno la competencia corresponda a instancias regionales o locales, a sindicatos o a organismos profesionales (38).

1. *La jurisprudencia expansiva e integradora del entorno jurídico-social común y evolutivo del TEDH*

A pesar de no haberse institucionalizado procedimientos internacionales de carácter judicial, los DESC han obtenido reconocimiento jurisdiccional por distintas vías (39). Tal efecto se ha conseguido mediante el reconocimiento de

(37) Cfr. CEDS, Conclusiones XIII-3, págs. 292 y 295.

(38) Vid. *Centro de Derechos para los Gitanos Europeos c. Italia*, Reclamación núm. 27/2004, Decisión de 7 de diciembre de 2005, pars. 25-26. Sobre la justiciabilidad de los derechos sociales resulta ineludible la obra de referencia de ABRAMOVICH, V., y COURTIS, Ch., *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

(39) El sistema interamericano de protección de los derechos humanos también ha consolidado una doctrina jurisprudencial que, en virtud de ciertos criterios —la conexidad entre derechos y la doctrina de las obligaciones positivas—, ha incluido los DESC no previstos en el Pacto de San José como parte del orden público que protege y garantiza. El criterio evolutivo y progresista en materia de derechos humanos es una seña de identidad de esta institución jurisdiccional que ha reconocido recientemente que «en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos [...]. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos» (Corte IDH, caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia del 24 de febrero de 2012, par. 120; caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación*

conceptos autónomos, la protección indirecta («*ricochet*»), la técnica de las obligaciones positivas y el efecto horizontal (40) e, incluso, mediante el recurso

in vitro) vs. *Costa Rica*, Sentencia de 28 noviembre de 2012, par. 245). A diferencia de otras jurisdicciones internacionales, la CorteIDH ha adoptado con normalidad, desde la perspectiva de la interpretación de los derechos que garantiza, las observaciones del CDESC para precisar el contenido de los derechos reconocidos en el Pacto tal y como puede comprobarse en la Sentencia de 31 de agosto de 2012 en el caso *Furlan y Familiares vs. Argentina* o la Sentencia de 28 de noviembre de 2012 en el asunto *Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») vs. Costa Rica*. La Corte ha especificado varios aspectos de los conceptos de progresividad y no-regresividad en temas de derechos sociales. Asimismo ha interpretado que aparte de regular el desarrollo progresivo de estos derechos, una interpretación sistemática de la Convención Americana requiere entender que las obligaciones de respeto y garantía se aplican a los derechos económicos, sociales y culturales (caso *Acevedo Buendía y otros («Cesantes y Jubilados de la Contraloría») vs. Perú*, Sentencia de 1 de julio de 2009, pars. 100-102). Se ha de resaltar que la CorteIDH no ha reconocido, por el momento, una violación directa del artículo 26 del Pacto que impone la obligación de progresividad respecto de los DESC, a diferencia de la Comisión que en el asunto de los *Cinco pensionistas* entendió que las medidas legislativas impugnadas vulneraban tal disposición. Tal pretensión no fue asumida por la Corte al entender que los derechos cuestionados referentes a la seguridad social y a la pensión debían analizarse a efectos de constatar una violación del artículo 26 sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativo de la situación general prevaleciente (caso «*Cinco Pensionistas*» vs. *Perú*, Sentencia de 28 de febrero de 2003, pars. 142-148). Tal conclusión deja la puerta abierta al examen jurisdiccional de las políticas legislativas de los Estados que afecten al conjunto de la población. A tal efecto, *vid.* el voto concurrente de la Jueza M. May Macaulay en el asunto *Furlan y Familiares vs. Argentina*, Sentencia de 31 de agosto de 2012, par. 343). Sobre este sistema *vid.* AGUILAR CAVALLO, G., «La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Derechos Sociales», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 13, enero-junio de 2010, págs. 3-60; F. SALVIOLI, «La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos», *Revista IIDH*, 2004, págs. 101-167.

(40) En este sentido y haciendo referencia a las Observaciones generales del CDESC y al Protocolo de San Salvador, la CorteIDH ha reconocido el *derecho a la salud* como parte del derecho a una vida digna y el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad (caso de los «*Niños de la Calle*» (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, par. 191; caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*; Sentencia de 4 de julio de 2007, par. 78), precisando además que el deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicio de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, abarca tanto a las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos de salud, como aquellas instituciones que se dedican exclusivamente a servicios privados de salud (caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de 4 de julio de 2006, pars. 141 y 89 y 90; caso *Vera Vera y otra vs. Ecuador*, Sentencia de 19 de mayo de 2011, pars. 42-44). Por otra parte, dentro del derecho a la vida y a la integridad física se ha entendido incluido el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud, precisando que la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer tal derecho (caso *Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») vs. Costa Rica*,

al *soft law*, esto es, a instrumentos internacionales no directamente vinculantes pero que reflejan la evolución de la comunidad internacional y de la sensibilidad colectiva (41). El propio TEDH, por ejemplo, ha optado por una interpretación integradora del entorno social del concepto del derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH. Para el Tribunal, sería demasiado restrictivo el limitar la noción de «vida privada» a un «círculo íntimo» sin tener en cuenta el mundo exterior de este círculo. Tal disposición garantiza, según el TEDH, un concepto amplio de este derecho que comprende el derecho a llevar una «*vida social privada*», la posibilidad del individuo a desarrollar su propia identidad social mediante el desarrollo de las relaciones con sus semejantes. Y dentro de este concepto se incluyen, por ejemplo, las actividades profesionales y de trabajo que constituyen el marco donde la mayoría de las personas tienen ocasión de estrechar lazos con el mundo exterior (42). F. Sudre ha destacado cómo a través de la técnica de las obligaciones positivas asumida por la jurisprudencia del TEDH un buen número de derechos sociales enunciados en la Carta Social revisada han sido asumidos por el Tribunal, tales como el derecho de los niños y los jóvenes a la protección, derechos de las trabajadoras a la protección de la maternidad, derecho de la

Sentencia de 28 noviembre de 2012, pars. 148-150). Las otras vías de integración de la dimensión socio-económica de los derechos se han centrado en la especial vulnerabilidad de ciertas poblaciones, como los pueblos indígenas (caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia 17 de junio de 2005, par. 163; caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010; caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012), así como la especial atención convencional prestada a la protección de los derechos del niño que exige del Estado, entre otras, la obligación de proveer una educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual (caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, pars. 185-187 y caso «*Instituto de Reeducación del Menor*» vs. *Paraguay*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, pars. 172-176; sobre otras dimensiones relacionadas con los derechos del niño, *vid. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002; caso *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011; caso *Atala Riffó y Niñas vs. Chile*, Sentencia del 24 de febrero de 2012; caso *Forneron e hija vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012). Finalmente hay que resaltar dentro del sistema interamericano la protección por vía de reparación (caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, caso *González y otras («Campo Algodonero»)* vs. *México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009; caso *Atala Riffó y Niñas Vs. Chile*, Sentencia del 24 de febrero de 2012).

(41) *Vid.*, al respecto, COSTA, J-P., «La Cour Européenne des Droits de l'Homme et la protection des droits sociaux», *Revue Trimestrielle de des Droits de l'Homme*, núm. 82, 2010, pág. 211. *Vid.* también sobre las distintas técnicas de integración MANTOUVALOU, V., «Labour rights in the European Convention on Human Rights: An intellectual justification for an integrated approach to interpretation», *Human Rights Law Review*, 2013-2.

(42) *Vid.* SSTEDH asuntos *Niemietz c. Alemania*, 16 de diciembre de 1992, par. 29; *Bigaeva c. Grecia*, de 28 de mayo de 2009, par. 23; *Fernández Martínez c. España*, Sentencia de 15 de mayo de 2012, pars. 56-57.

familia y los niños a la protección social, jurídica y económica, derecho de los trabajadores migrantes y de su familia a la asistencia, derecho de las personas mayores a un protección social, derecho a la vivienda, etc. (43). Asimismo este autor destaca la potencialidad que en el ámbito de la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales ofrece el Protocolo 12 al CEDH en la medida en que reconoce con carácter general el principio de no discriminación respecto a la legislación nacional de los Estados permitiendo que tal situación pueda ser fiscalizada por el TEDH (44).

El Tribunal de Estrasburgo ha sostenido, en particular respecto al derecho a un proceso equitativo previsto en el artículo 6 de su Convenio, que no existen compartimentos estancos entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales puesto que la eficacia de los primeros depende de los segundos (45). Para el TEDH es evidente que la progresiva efectividad de los de-

(43) Cfr. SUDRE, F., «La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme: un exercice de "jurisprudence fiction" ?», *Revue Trimestrielle de des Droits de l'Homme*, núm. 55, 2003, págs. 755-779, en particular, 759-768.

(44) España es parte en el mencionado Protocolo, cuyo informe explicativo también fue publicado en *BOE*, núm. 64, de 14 de marzo de 2008. Conforme al mencionado informe explicativo se señala que el término ley incluye también los tratados internacionales. Además se precisa que alcance de la protección adicional en virtud del artículo 1 se refiere a los casos en que una persona es objeto de discriminación: i) en el goce de todo derecho específicamente concedido al individuo por el derecho nacional; ii) en el goce de cualquier derecho derivado de obligaciones claras de las autoridades públicas en el Derecho nacional, es decir, cuando la ley nacional obliga a esas autoridades a actuar de cierta manera; iii) por parte de las autoridades públicas debido al ejercicio de un poder discrecional (por ejemplo, la concesión de ciertas subvenciones); iv) debido a otros actos u omisiones por parte de las autoridades públicas (por ejemplo, el comportamiento de los responsables de la aplicación de las leyes para sofocar una revuelta). Si bien se insiste que el objetivo de este Protocolo no es regular las relaciones entre particulares generando obligaciones horizontales indirectas y de carácter positivo para el Estado, no obstante se especifica que no se puede descartar totalmente que el deber de «asegurar» que figura en el artículo 1.1 implique obligaciones positivas. Esta cuestión puede plantearse, por ejemplo, cuando exista un vacío manifiesto en la protección ofrecida por el Derecho nacional contra la discriminación. Manteniendo el carácter excepcional de estos supuestos, toda obligación positiva en el ámbito de las relaciones entre particulares se referiría, en el mejor de los casos, a las relaciones en la esfera pública normalmente regida por la ley, por la que el Estado tiene cierta responsabilidad (por ejemplo: la denegación arbitraria del acceso a un trabajo, el acceso a restaurantes o a servicios que puedan poner los particulares a disposición del público, como los servicios de sanidad o la distribución de agua y de electricidad, etc.). La manera precisa en que el Estado debería responder variará según las circunstancias. Está claro que no pueden verse afectados los asuntos puramente privados. La reglamentación de ese tipo de asuntos podría interferir también en el derecho de cada uno al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, garantizado por el artículo 8 del Convenio.

(45) *Vid.* TEDH, asunto *Airey c. Irlanda*, Sentencia de 9 de octubre de 1979. Esta visión ha permitido la extensión del derecho al proceso equitativo a procesos que afectan a seguros, prestaciones y asistencia sociales a pesar del tenor literal del artículo 6 del CEDH referido a procesos

rechos económicos y sociales debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida de cada momento y en cada caso concreto. Ello comporta que los Estados estén obligados a realizar una *función prestacional* que, estando de acuerdo con sus propias posibilidades, incida positivamente en la efectividad de los derechos protegidos en el Convenio. Para el Tribunal europeo, el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es un factor decisivo en contra de dicha interpretación en virtud de la vinculación existente entre los mismos (46). Ello no ha impedido, por otro lado, que se reitere de forma constante el amplio margen de apreciación con que cuenta el Estado para tomar medidas de carácter general en materia económica o social. Gracias al conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades, las autoridades nacionales se encuentran, en principio, en mejor posición que el juez internacional para determinar cuál es el interés público en materia económica o en materia social, salvo si su decisión se revela «*manifiestamente carente de un fundamento razonable*» (47). Se trata, pues, de una cuestión sumamente fronteriza o de invasión del marco convencional competencial. En tal sentido, el propio Tribunal en el examen de la doctrina de las obligaciones positivas, ha desatacado que en ocasiones la cuestión radica en *delimitar la frontera que separa los derechos garantizados por el Convenio, de una parte, y los derechos sociales garantizados por la Carta Social Europea, por otra*. A tal efecto, el TEDH ha admitido que la evolución continua de la sociedad europea ha exigido, por un lado, cada vez mayores esfuerzos y compromisos de las autoridades nacionales para superar las distintas deficiencias existentes, lo que, a su vez, ha supuesto que los Estados intervengan cada vez más en la vida privada de sus ciudadanos. Sin embargo, *el campo de intervención del Estado y la noción progresiva de vida privada no se corresponde siempre con el contenido más limitado de las obligaciones positivas implícito en la última noción* (48).

La jurisprudencia de Estrasburgo ha interpretado los derechos económicos y sociales reconocidos en su sistema convencional de conformidad con los tratados internacionales aplicables a la materia. Respecto de la *prohibición del trabajo for-*

civiles y penales. *Vid.*, al respecto, los asuntos *Deumeland c. Alemania*, de 29 de mayo de 1986; *Feldbrugge c. Holanda*, de 29 de mayo de 1986; *Salesi c. Italia*, de 26 de febrero de 1993; *Shuler-Zegraggen c. Suiza*, de 24 de junio de 1993; *Zielinski y Pradal & González c. Francia*, Sentencia de 28 de octubre de 1999; *Mihailov c. Bulgaria*, Sentencia de 21 de julio de 2005.

(46) Cfr. TEDH asunto *Airey c. Irlanda*, Sentencia de 9 de octubre de 1979, par. 25.

(47) Cfr. TEDH asunto *Manzanas Martín c. España*, Sentencia de 3 de abril de 2012, par. 41.

(48) Cfr. TEDH asunto *J. Zehnalová y O. Zehnal c. República Checa*, Decisión sobre admisibilidad de 14 de mayo de 2002, par. 1.

zado u obligatorio, se ha especificado que limitar el cumplimiento del artículo 4 CEDH únicamente a las actuaciones directas de las autoridades del Estado iría en contra de los instrumentos internacionales consagrados específicamente a este problema (en particular, los Convenios de la OIT), y equivaldría a vaciar a éste de su contenido. En consecuencia, de esta disposición derivan necesariamente unas obligaciones positivas para los Gobiernos de adoptar disposiciones en materia penal que sancionen las prácticas citadas por el artículo 4 y aplicarlas en la práctica aun cuando responda a relaciones particulares (49). Respecto al *derecho a la educación* previsto en su Protocolo 1.º —calificado como uno de los servicios más importantes en un Estado moderno—, se ha precisado que un Estado debe alcanzar un equilibrio entre, por un lado, las necesidades educativas de aquellos que se encuentran bajo su jurisdicción y, por otro, su limitada capacidad para acomodarlos. Sin embargo, el Tribunal no ha pasado por alto que, a diferencia de otros servicios públicos (asistencia sanitaria, pensiones, beneficios infantiles), el derecho a la educación goza de una protección directa en el Convenio. Se trata además de un servicio público particular que no aporta sólo directamente beneficios a aquellos que lo utilizan, sino que también sirve para funciones sociales más amplias. En una sociedad democrática, según el TEDH, el derecho a la educación es indispensable para el desarrollo de los derechos humanos y desempeña un papel fundamental. Tras reconocer la obligatoriedad y gratuidad de la educación primaria, ha resaltado la importancia de lo que en los países se ha denominado «sociedad del conocimiento» en el que la educación secundaria desempeña una función cada vez más importante en el desarrollo personal con éxito y en la integración social y profesional de los individuos en cuestión. En una sociedad moderna disponer sólo de conocimientos y habilidades básicas constituye una barrera para el desarrollo personal y profesional satisfactorio y limita la adaptación al entorno trayendo consigo consecuencias de más largo alcance para su bienestar social y económico. Por este motivo y asumiendo un estricto criterio en el escrutinio del principio de proporcionalidad, ha entendido que la exigencia de abono de tasas para cursar la educación secundaria debido a la nacionalidad y estatus migratorio de los afectados (extranjeros residentes de forma irregular) a diferencia del resto de ciudadanos nacionales y otras categorías de extranjeros constituye una violación de la prohibición de la discriminación del artículo 14 en relación con el derecho a la educación (50).

(49) Cfr. TEDH asunto *Siliadin c. Francia*, 26 de octubre de 2005, par. 89. Asimismo TEDH asunto *C.N. c. Reino Unido*, Sentencia de 13 de noviembre de 2012.

(50) TEDH asunto *A. Ponomaryov y V. Ponomaryov c. Bulgaria*, Sentencia de 21 de junio de 2011, pars. 54- 64.

Asimismo se ha acudido a la Carta Social Europea (incluido las conclusiones de su Comité) así como a la normativa social de la UE en la precisión del *derecho a la libertad sindical* —incluyendo su dimensión negativa—, previsto en el artículo 11 del Convenio (51). Es más y como se ha puesto de manifiesto en el asunto *Demir y Baykara c. Turquía*, la Gran Sala del TEDH ha estimado que a efectos de interpretar el sentido de los términos de las disposiciones del Convenio puede y debe tener en cuenta *otros elementos del Derecho internacional sobre la materia distintos a la misma, como las interpretaciones realizadas de estos elementos por los órganos de control competentes y la práctica de los Estados europeos que manifiesten sus valores comunes*. El consenso emergente de los instrumentos internacionales especializados y de la práctica de los Estados contratantes puede constituir un elemento pertinente a tener en cuenta en la interpretación de las disposiciones del Convenio en los casos específicos que le sean sometidos (52). Por esta razón rechazó el argumento del Estado turco acerca de que la inexistencia de un Protocolo adicional que ampliase el sistema del Convenio y la competencia del propio TEDH a ciertos derechos económicos y sociales impedía a este Tribunal hacer efectivos vía judicial derechos previstos en la Carta Social Europea no amparados por el CEDH. Por el contrario, para el Tribunal de este hecho habría que destacar que tal actitud de los Estados miembros iba acompañada de la voluntad de reforzar el mecanismo de la Carta Social. Así pues, se trataría de un argumento a favor de la existencia de un consenso de los Estados contratantes para hacer avanzar los derechos económicos y sociales (53). Con esta argumentación se reconoció no sólo el derecho de los funcionarios municipales a fundar sindicatos, sino también que, de acuerdo con el desarrollo del derecho al trabajo en virtud del Derecho internacional, en particular los Convenios OIT, la Carta Social Europea revisada, la «jurisprudencia» del CEDS y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 11 del Convenio incluye como parte esencial el derecho a la negociación colectiva que se hace extensivo a la función pública. El hecho de que Turquía no haya ratificado la Carta Social revisada y no sea Estado miembro de la UE no impidió tal conclusión, pues según el TEDH, *en este contexto no es necesario que el Estado haya ratificado el conjunto de los instrumentos aplicables al asunto concernido*. Basta, para el Tribunal, que los instrumentos

(51) TEDH, asunto *Sorensen y Rasmussen c. Dinamarca*, sentencia de 11 de enero de 2006, pars. 54-77; *Sindicatul Pastoral Cel Bun c. Rumanía*, Sentencia de 31 de enero de 2012, pars. 35-87.

(52) TEDH (Gran Sala), asunto *Demir y Baykara c. Turquía*, de 12 de noviembre 2008, par. 85.

(53) *Ibid.*, par. 84.

internacionales pertinentes denoten una evolución continua de las normas y principios aplicados en el Derecho internacional o en el Derecho interno de la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa y atestigüen, sobre un aspecto preciso, una visión comunitaria en las sociedades modernas (54).

También existe una amplia jurisprudencia en torno a las *prestaciones sociales* en relación con el derecho a la propiedad del artículo 1 del Primer Protocolo vinculado con el principio de no discriminación del artículo 14 CEDH. A tal efecto, el Tribunal ha reiterado que la mencionada disposición no otorga ningún derecho a convertirse en propietario de ningún bien ni ningún derecho a una pensión o prestación social de un importe determinado ni tal derecho impone restricción alguna a la libertad de los Estados contratantes para decidir si instaurar o no un régimen de prestación social o elegir el tipo o el nivel de las prestaciones que deberán ser acordadas en virtud de dicho régimen. Sin embargo, desde el momento en que un Estado contratante adopta una normativa previendo el pago de una determinada prestación social —independientemente de que la concesión de dicha prestación dependa del pago de una cotización previa—, se deberá considerar que esta normativa genera un interés patrimonial dependiente del ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo 1.º para las personas que cumplan sus condiciones. La prohibición de discriminación que consagra el artículo 14 va, por tanto, más allá del disfrute de los derechos y libertades que el Convenio y sus Protocolos imponen a cada Estado garantizar. Se aplica también a los derechos que, estando incluidos dentro del ámbito de aplicación general de cualquier artículo del Convenio, cada Estado haya decidido voluntariamente reconocer (55).

Respecto a los *derechos de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato* y, en concreto, respecto a prever la posibilidad de que cualquiera de los progenitores obtenga, durante un período posterior al permiso de maternidad, un permiso parental para el cuidado de un hijo, cuya duración y condiciones serán fijadas por la legislación nacional, los convenios colectivos o la práctica, previsto en el artículo 27 de la Carta Social Europea revisada, el TEDH ha entendido que la exclusión de los militares de

(54) Cfr. *ibid.*, pars. 147-154 y 86. En el asunto *Enerji Yapi-Yol Sen contra Turquía*, STEDH de 21 abril 2009 y tomando como base tal decisión, incluyendo la normativa internacional citada, se reconoce también el derecho de huelga como medio de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la negociación colectiva laboral (par. 24).

(55) TEDH asuntos *Stec y otros c. Reino Unido*, Decisión de la Gran Sala de 6 de julio de 2005, pars. 54-55; *Andrejeva c. Letonia*, Sentencia (Gran Sala) de 18 de febrero de 2009, pars. 74-77; *Múñoz Díaz c. España*, Sentencia de 8 de diciembre de 2009, pars. 44-46, *Manzanas Martín c. España*, Sentencia de 3 de abril 2012, pars. 32-43.

sexo masculino respecto del derecho a un permiso parental para el cuidado de hijos, del que sí gozan sus homólogas femeninas, constituye una violación del principio de no discriminación del artículo 14 en relación con el derecho a la vida familiar del artículo 8. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal ha optado por una interpretación evolutiva de la sociedad reflejada en textos jurídicos internacionales y elementos de Derecho comparado pertinentes que evidencia que la progresión hacia la igualdad de sexos hoy en día constituye un objetivo fundamental de lo Estados miembros del Consejo de Europa y que sólo consideraciones muy relevantes pueden hacer compatible con la Convención previsiones de discriminación en este ámbito (56).

Por otra parte, y respecto al *derecho de tener acceso a la información necesaria sobre la salud* (en este caso concreto, el derecho a un diagnóstico médico sobre el estado y salud del feto como parte del derecho a la salud de la mujer de cara al ejercicio legal del derecho al aborto), se ha estimado que tal derecho queda integrado en el derecho a la vida privada de la mujer reconocido en el artículo 8 del Convenio. Si bien es cierto que el Convenio no garantiza un derecho a la asistencia médica gratuita ni a específicos servicios médicos, se ha establecido por parte del TEDH que el recurso a tal disposición resulta relevante respecto de las denuncias sobre la *insuficiencia de los servicios de salud* (57). El *derecho a la salud* ha incidido incluso en el análisis del artículo 3 del Convenio que prohíbe la tortura y los malos tratos en relación con procesos de extradición en los que corriera peligro la integridad física de la persona en cuestión como consecuencia de la imposibilidad de continuar con un tratamiento médico fundamental para su salud (58). No obstante, la Gran Sala del TEDH ha matizado tal doctrina en el asunto *N c. Reino Unido* de 27 de mayo 2008 al precisar que la decisión de expulsar a un extranjero aquejado de una enfermedad física o mental grave a un país en el que los medios para tratar esta enfermedad son inferiores a los disponibles en el Estado contratante, puede plantear una cuestión desde el punto de vista del artículo 3, pero *solamente en casos muy excepcionales, cuando las consideraciones humanitarias que militan a favor de la no expulsión son imperiosas*. Al no entender cumplido este umbral mínimo en el caso referido, el TEDH entendió que no existía violación de la disposición invocada. Además hizo hincapié en que si bien muchos derechos tienen prolongaciones de orden económico y social, el Convenio persigue esencialmente

(56) Cfr. TEDH asunto *Konstantin Markin c. Rusia*, Gran Sala, Sentencia de 22 de marzo de 2012, pars. 151 y 124-150.

(57) Cfr. TEDH asunto *R. R. c. Polonia*, Sentencia de 26 de mayo de 2011, pars. 196-198.

(58) Cfr. TEDH asunto *D. c. Reino Unido*, de 2 de mayo de 1997, pars. 53-54.

proteger derechos civiles y políticos. También constata que el progreso de la medicina y las diferencias socio-económicas entre los países hacen que el nivel de tratamiento disponible en el Estado contratante y el que existe en el país de origen puede variar considerablemente, sin embargo, el artículo 3 CEDH no impone al Estado contratante la obligación de paliar tal disparidad proporcionando asistencia sanitaria gratuita e ilimitada a todos los extranjeros que carecen de derecho a permanecer en su territorio. Concluir lo contrario impondría una carga muy pesada a los Estados contratantes (59). De esta forma, se asumen las alegaciones del Gobierno británico que había defendido que el Convenio se había elaborado principalmente con el fin de garantizar unos derechos civiles y políticos y no unos derechos económicos y sociales. Según las alegaciones británicas, la protección prevista en el artículo 3 sería absoluta y fundamental, mientras que las disposiciones relativas a los servicios sanitarios contenidas en otros instrumentos internacionales, como la Carta Social Europea y el PIDESC, sólo tendrían un carácter programático y no conferirían a la persona unos derechos directamente ejecutorios. Permitir a un demandante reclamar el acceso a una asistencia sanitaria por el medio indirecto de la invocación al artículo 3, es decir, pasando por «la puerta de atrás», privaría al Estado de todo margen de apreciación; sería además una medida totalmente impracticable y contraria al espíritu del Convenio (60).

2. *La ponderada jurisprudencia social del TJUE en relación con las libertades económicas*

En la Unión Europea, si bien es cierto que el TJUE desde hace tiempo ha proclamado que la Comunidad no es exclusivamente una unión económica sino que también persigue objetivos sociales, ha generado una importantísima «jurisprudencia social no discriminatoria» y ha hecho referencia incidentalmente a la Carta Social Europea (61), no será hasta muy recientemente cuando el sistema

(59) TEDH (Gran Sala), asunto *N.c. Reino Unido*, de 27 de mayo 2008, par. 44.

(60) *Ibid.*, par. 24.

(61) Desde las Sentencias *Defrenne III* de 15 de junio de 1978, asunto C-149/77, y *Blaizot*, de 2 de febrero de 1988, asunto C- 24/86, a la más reciente Sentencia *Maruko*, de 1 de abril de 2008 resuelta por la Gran Sala del Tribunal de Justicia (asunto C-267/06). *Vid.* sobre esta cuestión, LENAERTS, K., y FOUBERT, P., «Social Rights in the Case-Law of the European Court of Justice», en *Social, Economic and Cultural Rights. An Appraisal of Current European and International Developments*, P. VAN DER AUWERAERT y otros (eds.), Maklu, Antwerp/Apeldoorn, 2002, págs. 267-296.

de esta Carta sea examinado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo como parámetro de legalidad comunitaria, eludiendo en todo caso la «jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales». Con motivo del asunto *Laval & Partneri Ltd*, el TJUE reconocía la vinculación de la entonces Comunidad a la normativa social declarada en el artículo 136 TCE (actual art. 151 TFUE), incluida la Carta Social Europea, concluyendo respecto a las medidas de conflicto colectivo que constituyen «un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia» (62). En consecuencia y en consideración a los objetivos relativos al «desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas» y la consecución de «un alto nivel de empleo y de protección social» proclamados en el artículo 2 TCE, se afirma que los *derechos sociales pueden constituir una restricción justificada a las libertades económicas fundamentales garantizadas en el Tratado en aras a equiparar —por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social—, los objetivos de la política social (art. 136 TCE) con los éxitos de la política económica comunitaria*. En concreto se declara que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores del Estado de acogida frente a una eventual práctica de *dumping social*, puede constituir una razón imperiosa de interés general que puede justificar, en principio, una restricción a la libertad de prestación de servicios del artículo 49 TCE (63). Asimismo en el asunto *Impact*, la Gran Sala del Tribunal de Luxemburgo procedía a una interpretación contextual y teleológica acudiendo, entre otros elementos interpretativos, al artículo 20 de la Carta Social Europea que reconoce el derecho de todos los trabajadores a una «remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso». Habida cuenta de estos objetivos, entendió que la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de Derecho social comunitario que no puede ser interpretado de manera res-

(62) Cfr. apartado 91 de la Sentencia del TJCE, asunto C-341/05.

(63) Cfr. *ibid.* apartados 101-111 de la Sentencia. Pocos días antes en el asunto *Viking* el TJCE, tras hacer referencia al derecho de huelga como medida de conflicto colectivo reconocido en la Carta Social Europea, ya había declarado que dado que «la Comunidad no sólo tiene una finalidad económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, en particular, como se indica en el artículo 136 CE, párrafo primero, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social», *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union*, STJCE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05, pars. 43 y 78-79.

trictiva (64). Por su parte, en el asunto *Comisión c. Alemania*, de nuevo la Gran Sala recordaba que el derecho a la negociación colectiva está reconocido como derecho fundamental por la Carta Social Europea, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aun cuando debe conciliarse con las exigencias derivadas de las libertades protegidas por el TFUE (65), lo que ha dado lugar a una fuerte corriente crítica en el sentido de que de tal jurisprudencia parece establecerse una jerarquización entre derechos sociales y libertades económicas en detrimento de los primeros (66).

V. EL DERECHO INTERNACIONAL A LA VIVIENDA ADECUADA

1. *El contenido sustantivo y procesal del derecho a la vivienda adecuada: la prohibición de los desalojos forzosos*

Además de la referencia del artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la principal disposición sobre el derecho a la vivienda de alcance internacional la encontramos en el artículo 11 del PDESC, sin obviar que el artículo 17 del PDCP reconoce que nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en relación con su domicilio (67). En el ám-

(64) STJCE (Gran Sala) de 15 de abril de 2008, asunto C-268/06, pars. 110-114.

(65) STJCE (Gran Sala) de 15 de julio de 2010, asunto C-271/08, pars. 37-44.

(66) Vid. JIMENA QUESADA, L., «La jurisprudencia europea sobre derechos sociales», 2011 (www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/13.pdf), págs. 298-306, en particular págs. 305-306. Sobre esta «jurisprudencia social» del TJUE, vid. LASA LÓPEZ, A., *Los Derechos Sociales en el Constitucionalismo de Mercado: Aporías de la Dimensión Social en la Unión Europea*, Bilbao, UPV, 2012, págs. 147-204.

(67) Este derecho tiene un reconocimiento transversal a través de otros tratados de derechos humanos. A tal efecto se reconoce en la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951 (art. 21); en el artículo 5.2 del Convenio núm. 117, de 1962, de la OIT sobre política social (normas y objetivos básicos); en la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 [art. 5.e).iii)]; en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 [arts. 14.2.h) y 15 2]; en la Convención sobre los derechos del niño de 1989 [arts. 16 1) y 27.3]; en el Convenio núm. 169, de 1989, de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales (arts. 14, 16 y 17); en la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990 [art. 43.1.d)] y en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 (arts. 9 y 28). Sobre el alcance internacional de este Derecho, vid. *Derecho a una Vivienda Adecuada*, Folleto Informativo núm. 21/Rev.1, Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2010 (http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf) y el Informe de la Relatora Especial, R. Rolnik, sobre una «Vivienda adecuada como ele-

bito europeo, tal derecho no está previsto en la Carta Social Europea de Turín, sino que será la Carta Social Europea revisada donde se reconozca. Además de calificarse como objetivo de la política de los Estados partes, el artículo 31 establece que con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las partes se comprometen a tomar medidas destinadas a favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente; a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación, así como a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes. Igualmente tal derecho es reconocido como parte integrante del derecho de las personas minusválidas a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad (art. 15); del derecho de la familia a protección social, jurídica y económica (art. 16); del derecho de las personas de edad avanzada a protección social (art. 23); y del derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30). Treinta y dos Estados de los 47 Estados del Consejo de Europa han ratificado la Carta Social Europea revisada, entre los que no figura España. No obstante, la firma de la Carta el 23 de noviembre de 2000 por nuestro Estado implica, en virtud de la regla general del derecho de los

mento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto», UN. Doc. A/HRC/22/46, distribuido oficialmente el 24 de diciembre de 2012. Si bien es verdad que en otros marcos convencionales de protección de los derechos humanos no aparece expresamente reconocido este derecho, como es el supuesto interamericano y el africano, el contenido obligacional puede derivar implícitamente de otros derechos. A tal efecto hemos de destacar cómo en el caso *Centro de Acción para los Derechos Sociales y Económicos y Centro para los Derechos Económicos y Sociales c. Nigeria*, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dictaminó que «aunque el derecho a la vivienda no está previsto explícitamente en la Carta Africana, el resultado de la combinación de las disposiciones que protegen el derecho a disfrutar del mejor estado de salud mental y física que se pueda alcanzar..., el derecho a la propiedad y la protección que se otorga a la familia, es prohibir la destrucción injustificada de la vivienda, porque cuando esto ocurre se ven adversamente afectados el patrimonio, la salud y la vida de la familia. Por lo tanto, se observa que el efecto combinado de los artículos 14, 16 y 18.1) conduce a la interpretación de que en la Carta está incluido un derecho a la vivienda» (Communication 155/96 *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) / Nigeria*, 27 de octubre de 2001, pars. 60-63). Además indica que «the particular violation by the Nigerian Government of the right to adequate housing as implicitly protected in the Charter also encompasses the right to protection against forced evictions. The African Commission draws inspiration from the definition of the term «forced evictions» by the Committee on Economic Social and Cultural Rights which defines this term as «the permanent removal against their will of individuals, families and/or communities from the homes and/or which they occupy, without the provision of, and access to, appropriate forms of legal or other protection» (<http://www.achpr.org/communications/decision/155.96/>). Vid. también 276/03 *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council)/Kenya*, 25 de noviembre de 2009, par. 191.

tratados fundamentada en el principio de buena fe y prevista en el artículo 18 del Convenio de Viena de 1969, que los poderes públicos españoles no podrán adoptar medidas que frustren el objeto y fin de esta disposición, lo que implica además la interpretación conforme a la Carta Social Europea revisada por parte de los jueces de las disposiciones nacionales relativas al tema de la vivienda.

Por su parte, el artículo 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE dispone que con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales. De acuerdo con las Explicaciones de la Carta, esta disposición se inspira en el artículo 13 de la Carta Social Europea y en los artículos 30 y 31 de la Carta Social revisada, así como en el punto 10 de la Carta Comunitaria. La Unión debe respetar tal derecho en el marco de sus políticas, en concreto, las basadas en el artículo 153 del TFUE. Se trataría en particular de las referencias a la lucha contra la exclusión social y la modernización de los sistemas de protección social, ámbitos que no aparecen incluidos en el artículo 153.2.b) en cuanto materias sobre las que se podrán adoptar directivas de disposiciones mínimas de aplicación progresiva.

En el marco de las Naciones Unidas existe una relevante «jurisprudencia» del CDESC en torno al derecho a la vivienda reconocido en el artículo 11 del PIDESC. En primer lugar y de conformidad con la Observación general núm. 4 (1991), se trata de un derecho reconocido *a todos*, precisando que el concepto de «familia» al que se refiere el artículo 11 ha de entenderse en sentido lato, sin admitir roles de género estereotipados de carácter discriminatorio (68). Además se reconoce el derecho a una vivienda *adecuada* con la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad (69). Aun cuando la adecuación viene determi-

(68) *Vid.* al respecto la Observación general núm. 16 (2005) sobre «la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales», UN. Doc. E/C.12/2005/4, de 11 de agosto de 2005, y Observación General núm. 20 (2009) relativa a «la no discriminación y los Derechos económicos, sociales y culturales», UN. Doc. E/C.12/GC/20, de 2 de julio de 2009.

(69) El derecho a la vivienda adecuada, indica el Comité, no puede considerarse aisladamente de los demás derechos que figuran en los dos Pactos Internacionales y otros instrumentos internacionales aplicables. Además de las referencias al concepto de dignidad humana y al principio de no discriminación, el pleno disfrute de otros derechos, tales como el derecho a la libertad de expresión y de asociación (como para los inquilinos y otros grupos basados en la comunidad), de elegir la residencia, y de participar en la adopción de decisiones, son indispensables si se ha de realizar y mantener el derecho a una vivienda adecuada para todos los grupos de la sociedad. De manera semejante, el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada,

nada por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité ha considerado que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto. Entre ellos se destaca el relativo a la *seguridad jurídica de la tenencia* (70). *La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.*

La seguridad jurídica de la tenencia no significa derecho a la propiedad o a las tierras. Como se ha destacado, el derecho a una vivienda adecuada es más amplio que el derecho a la propiedad, puesto que contempla derechos no vinculados con la propiedad y tiene como fin asegurar que todas las personas, incluidas las que no son propietarias, tengan un lugar seguro para vivir en paz y dignidad (71). Para la consecución de tales objetivos obviamente se reconoce un amplio margen de actuación a los Estados en virtud de su identidad nacional y el grado de desarrollo. No obstante lo anterior, se considera que el ciudadano

la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada.

(70) Otros factores determinantes del mismo son de acuerdo con la Observación general 4: *Disponibilidad* de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; *Gastos soportables* (los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas); *Habitabilidad*; *Asequibilidad* (en particular para los grupos en situación de desventaja y los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas); *Lugar* (la vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Asimismo, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes); *Adecuación cultural* (las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos).

(71) *Vid. Derecho a una Vivienda Adecuada*, Folleto Informativo núm. 21/Rev.1, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, págs. 6-9.

adquiere en virtud del Pacto ciertos derechos directamente exigibles (72), especialmente vinculados con los desalojos forzosos. De acuerdo con la Observación general núm. 7 (1997) relativa al «derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos», entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran: *a)* una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; *b)* un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; *c)* facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; *d)* la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; *e)* identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; *f)* no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; *g)* ofrecer recursos jurídicos, y *h)* ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales. Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda.

2. *El reconocimiento del derecho a la vivienda en el marco del Consejo de Europa. La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y del TEDH*

En el marco del Consejo de Europa, podemos destacar dos vertientes jurisprudenciales. En primer lugar, la del CEDS mediante la resolución de distintas reclamaciones colectivas. A tal efecto se ha denunciado la falta de políticas

(72) En particular se citan los siguientes: *a)* apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales; *b)* procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal; *c)* reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación; *d)* denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda, y *e)* reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas. En algunos sistemas jurídicos podría ser también adecuado estudiar la posibilidad de facilitar juicios en situaciones que implican niveles de gran aumento de personas sin hogar. *Vid.* par. 17 de la Observación general, núm. 4.

adecuadas que aseguren la vivienda (o alojamientos sociales) a ciertos sectores de la población y actúen en materia de desalojos de conformidad con los estándares internacionales anteriormente indicados. Igualmente, ha exigido políticas efectivas, incluidos procedimientos de investigación y enjuiciamiento, frente a fenómenos privados de violencia, racismo y xenofobia contra ciertos asentamientos de población, haciendo responsable al Estado en los supuestos de pasividad, tolerancia o connivencia (73). En segundo lugar, la reiterada y consolidada jurisprudencia del TEDH acerca del derecho a la vivienda en conexión con el derecho al debido proceso (art. 6 CEDH), el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) o el derecho a la propiedad (art. 1 del Protocolo 1.^o). Para el TEDH, las sociedades modernas consideran la vivienda como una necesidad primordial, cuya regulación no puede dejarse por completo al libre juego del mercado. El margen discrecional de los Estados es bastante amplio para contemplar legislación que garantice en esta materia una mayor justicia social, incluso cuando dicha legislación se inmiscuya en las relaciones contractuales entre personas privadas y no favorezca directamente ni al Estado ni a la socie-

(73) *Vid.* reclamación 27/2004, *Centro de Derechos para los Gitanos Europeos (CEDR) c. Italia*, 7 de diciembre de 2005, párs. 36-37, 41-46; *Federación Europea de las Asociaciones Nacionales que trabajan con personas sin hogar (FEANTASÁ) c. Francia*, reclamación 39/2006 de 5 de noviembre de 2007, párs. 76 y 163; *Centro de Derechos para los Gitanos Europeos (CEDR) c. Francia*, reclamación 51/2008, 19 de octubre de 2009, párs. 69-71; *Defensa de los Niños Internacional c. Países Bajos*, reclamación 47/2008, 20 de octubre de 2009, par. 43. Tales decisiones han sido recientemente confirmadas en el asunto *Centro por el Derecho a la Vivienda y Contra los Desalojos (COHRE) c/ Italia*, reclamación núm. 58/2009, decisión de 25 de junio de 2010, párs. 49-110. En esta decisión además se declaraba a Italia responsable del clima subyacente de racismo y xenofobia existente en el país en relación con los campamentos romanes. A tal efecto se declaró que tales campamentos habían sido destruidos y sus habitantes habían sido desalojados por la fuerza y, con frecuencia, expulsados de Italia por parte de la policía estatal u otros representantes de la autoridad pública, muchas veces sin notificación previa y sin que se ofrezcan viviendas alternativas. En otras ocasiones, dichos campamentos habían sido objeto de incendios y vandalismo por parte de particulares sin que las autoridades competentes iniciaran de forma regular los debidos procesos de investigación y enjuiciamiento de estos delitos. Asimismo se denunció con contundencia la violación por parte de Francia respecto de las expulsiones colectivas (evacuaciones) de gitanos de origen rumano y búlgaro que tuvieron lugar en 2010 en un clima de odio racial y violencia destacando que las mismas no habían respetado los mínimos de dignidad y no discriminación exigidos por el Derecho internacional y la UE. Para el Comité tales violaciones no sólo afectaron a las víctimas de las mismas, sino que ponían en causa el interés de la colectividad en su conjunto y de las normas fundamentales comunes a los Estados miembros del Consejo de Europa en materia de derechos humanos, democracia y Estado de Derecho. *Vid.*, al respecto, *Centro por el Derecho a la Vivienda y Contra los Desalojos (COHRE) c/ Francia*, reclamación 63/2010, 28 de junio de 2011, par. 54.

dad como tal (74). Asimismo y respecto a distintas modalidades de expropiaciones y desalojos, se ha declarado competente para examinar el «justo equilibrio» entre las exigencias del interés general y las exigencias de la protección de los derechos fundamentales del individuo (75).

En materia de desahucios, el Tribunal ha elaborado una consolidada doctrina en torno a las garantías procesales implícitas en el artículo 8.2 CEDH relativas a que toda injerencia de la autoridad pública en el marco de los derechos reconocidos en esta disposición no sólo ha de estar prevista por ley, sino que ha de estimarse como necesaria en un sociedad democrática. Sobre esta base jurídica, el TEDH ha destacado que la pérdida de la vivienda es la forma más extrema de injerencia en el derecho al respecto del domicilio. Por este motivo, toda persona susceptible de verse afectada por una injerencia de tal magnitud debería en principio tener acceso a un tribunal independiente que examine la proporcionalidad de la misma desde la perspectiva de los principios aplicables en virtud del artículo 8.2, aun cuando en virtud del derecho nacional se haya extinguido su derecho de residencia (76). A tal efecto, se ha estimado que los afectados deben tener derecho a un recurso efectivo ante las autoridades judiciales que les garantice el examen completo y real, acompañado de una motivación adecuada, de tales criterios de necesidad y proporcionalidad, cuestionándose los procedimientos abreviados o aquellos que sólo contemplan supuestos excepcionales de revisión de los procedimientos ejecutivos de desahucios (77).

(74) Cfr. STEDH (Pleno) *James y otros c. Reino Unido*, Sentencia de 21 de febrero de 1986, par. 47.

(75) Cfr. SSTEDH, asunto *Bruncona c. Finlandia*, de 16 de noviembre de 2004, pars. 65-69; *Depalle c. Francia y Brosset-Triboulet y otros c. Francia*, ambas de 29 de marzo de 2010, pars. 77-93.

(76) Cfr. SSTEDH asunto *Buckland c. Reino Unido*, Sentencia de 18 de septiembre de 2012 par. 65; asunto *McCann c. Reino Unido*, Sentencia de 13 de mayo de 2008, par. 3.

(77) Por este motivo se ha declarado contrarios a los mismos, los procedimientos abreviados contra los desahucios que no permiten al Tribunal considerar la proporcionalidad del mismo salvo en casos muy excepcionales, en particular, la necesidad de que hayan ocurrido hechos nuevos y fundamentales desde la notificación del desalojo (cfr. asunto *McCann c. Reino Unido*, pars. 52-55). Igualmente se ha considerado que la posibilidad de aplazamiento de la ejecución de la orden de recobrar la posesión por un período máximo de doce meses, aun cuando se prevea prórrogas adicionales, no es suficiente por si misma para considerar que la legislación nacional proporciona las garantías procesales necesarias establecidas en el artículo 8. El Tribunal entiende que no se puede aceptar el argumento según el cual la incompatibilidad de la legislación nacional con el artículo 8 ha quedado eliminada por el mero hecho de que un individuo pueda permanecer en su domicilio mediante la presentación de sucesivas demandas para aplazar la ejecución de la orden de recobrar la posesión, sin que un tribunal entre a examinar la proporcionalidad del desahucio. En sentido contrario se impondría una carga excesiva, y por lo general imposible, de impugnar la propia legislación nacional (cfr. asunto *Buckland c. Reino Unido*, pars. 66-70).

El margen de discrecionalidad de los Estados en los ámbitos relativos a la aplicación de las políticas sociales y económicas, incluyendo en materia de vivienda, es ampliamente reconocido por el TEDH en la medida en que son las autoridades estatales las mejor capacitadas y situadas para evaluar una multiplicidad de factores, necesidades y condiciones locales inherentes a la elección y aplicación de las políticas de planificación. Ahora bien, este margen de discrecionalidad se constriñe cuando el derecho afectado es crucial en la determinación del disfrute de derechos esenciales de los individuos reconocidos en el Convenio (78), sin que en tal apreciación sea relevante la legalidad o ilegalidad de la situación de ocupación de acuerdo con el Derecho nacional (79). En los asuntos *Yordanova y otros c. Bulgaria* (2012) y *Winterstein y otros c. Francia* (2013) relativos al desmantelamiento de campamentos construidos de forma ilegal, el TEDH hace acopio no sólo de su propia jurisprudencia sobre la materia, sino también de la práctica derivada de las Observaciones generales del CDESC sobre el derecho a una vivienda adecuada así como de la del CEDS (80). Para el TEDH, las exigencias derivadas de esta práctica internacional no significa que las autoridades estatales tengan la obligación en virtud del Convenio de proporcionar viviendas a los solicitantes. El artículo 8 no otorga directamente un derecho a contar con una vivienda y, en consecuencia, toda obligación positiva de albergar a las personas sin hogar debe ser limitada. Sin embargo, la obligación de garantizar refugio a las personas especialmente vulnerables pueden influir de forma determinante en la concreción del derecho previsto en el artículo 8 en casos excepcionales. A tal efecto, se indica que la situación desfavorable del grupo social reclamante debe ser un factor de peso en la consideración de las políticas del Estado para hacer frente a su asentamiento ilegal y, en caso de que resulte necesario, en las modalidades de viviendas alternativas. Por estos motivos se consideró que la orden de desalojo no resultó conforme con los legítimos objetivos que se han de perseguir en una sociedad democrática (81). Como ha destacado A. Remiche, «the Court does not impose an unqualified duty on national authorities to provide evicted people with alternative housing

(78) Cfr. STEDH asunto *Connors c. Reino Unido*, de 27 de mayo de 2004, par. 26.

(79) Cfr. STEDH asunto *Bjedow c. Croacia*, 29 de mayo de 2012, par. 57.

(80) En particular, decisiones CEDS de 18 de octubre de 2006 relativa a la reclamación núm. 31/2005, *European Roma Rights Center c. Bulgaria*; de 19 de octubre de 2009, sobre la reclamación núm. 51/2008, *Centre Européen des Droits des Roms (CEDR) c. France*; de 24 de enero de 2012 relativa a la reclamación núm. 64/2011, *Forum Européen des Roms et Gens du Voyage c. France*.

(81) Cfr. SSTEDH asuntos *Yordanova y otros c. Bulgaria*, de 24 de abril de 2012, pars. 73 y 83 y 130-134, y *Winterstein y otros c. Francia*, de 17 de octubre de 2013, pars. 141-167.

but it obliges them to demonstrate that the risk of homelessness which may flow from an eviction order and, if necessary, arrangements for alternative housing, were duly considered and weighed» (82).

3. Breve referencia al caso español y los desahucios

En nuestro sistema constitucional, como hemos indicado, el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada del artículo 47 CE consagra un derecho social o de prestación que exige, consiguientemente una intervención del Estado en la esfera social y económica y un deber positivo de los poderes públicos para la consecución de la igualdad material que propugna el artículo 9.2 de la Constitución (83). Por parte de la doctrina se ha destacado que el derecho a la vivienda no ha de confundirse con el derecho de propiedad del artículo 33 CE por lo que no se agota en facilitar el acceso a una vivienda en propiedad, sino que la protección alcanza también al uso y disfrute, con independencia del título jurídico que lo fundamente. También se ha afirmado que tal derecho consagra un auténtico *deber jurídico de medios* de los poderes públicos, conllevando su vulneración la utilización de los recursos judiciales pertinentes, sea ante la jurisdicción civil o contencioso-administrativa e, incluso ante la jurisdicción constitucional. A tal efecto, este derecho debe conectarse sistemáticamente con otros preceptos constitucionales fundamentales (principio de igualdad, derecho a la integridad física y moral, derecho a la intimidad personal y familiar, derecho a la libertad de residencia o el derecho a la educación) lo que implica importantes consecuencias en sede de control jurisdiccional, incluso en el específico ámbito de la tutela de derechos constitucionales por el Tribunal Constitucional (84). Estos mecanismos de protección han resultado ampliados, pues como hemos des-

(82) Vid. REMICHE, A., «*Yardanova and others v Bulgaria*: the influence of the social right to adequate housing on the interpretation of the civil right to respect for one's home», *Human Rights Law Review*, 2012-4, págs. 1-14, en particular pág. 13.

(83) STS 1071/2002, de 18 febrero de 2002, Sala de lo Contencioso, FJ 10.

(84) Vid. al respecto, PACHECO JIMÉNEZ, M. N., y SALES, L., «Derecho a la vivienda: del reconocimiento constitucional a la realización efectiva. Los cambios del siglo XXI», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 2011, págs. 349-398; PONCE SOLÉ, J., «Derecho urbanístico, derecho a la vivienda y personas sin hogar. Nuevos desarrollos y perspectivas en España a la vista de las novedades europeas en la materia», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 255, 2010, págs. 39-78; GARCÍA CALVENTE, Y., «La protección del derecho a una vivienda digna a través del sistema tributario», en *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en Homenaje al Profesor Calvo Ortega*, t. I, Valladolid, Lex Nova, págs. 1005-1026.

tacado, desde el 5 de mayo de 2013 se permite la presentación de reclamaciones individuales ante el CDESC en virtud del Protocolo Facultativo al PIDESC.

En el Informe referido a España del Relator Especial, Sr. Miloon Kothari, sobre «una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado», se indicaba que entre los países desarrollados, nuestro Estado había experimentado uno de los mayores aumentos del precio de la vivienda en los últimos años, pues en los años examinados los precios de las viviendas habían aumentado en valores reales a una tasa media anual de casi el 10 por 100, mientras que los precios en Madrid y Barcelona aumentaron por encima del 100 por 100 entre 1997 y 2007. Igualmente se destacaba el elevado grado de endeudamiento hipotecario entre las familias señalando que una situación de ese tipo no era sostenible a largo plazo y que un mayor porcentaje de la población experimentaría problemas de pago en el futuro, lo cual podría afectar a su derecho a una vivienda adecuada (85). Por su parte, en el Informe del CDESC sobre nuestro país presentado en 2012, se manifestó la profunda preocupación por la situación de los individuos y de las familias que se encuentran abrumados por los costes de la vivienda tras haber accedido a hipotecas de larga duración, situación que ha ocasionado que muchos hayan sido desalojados de sus viviendas y que otros estén en alto riesgo de perderla. A tal efecto, el Comité recomendaba que nuestro país impulsara una reforma legislativa que faculte la dación de la vivienda en pago de la deuda hipotecaria, de modo que esta opción no dependa únicamente de la discrecionalidad de las entidades bancarias. Asimismo al Comité de las Naciones Unidas le preocupaba que se siguieran realizando desalojos forzosos sin las debidas garantías legales, sin que las personas afectadas sean consultadas previamente, y sin que se les ofrezca una alternativa de alojamiento o compensación (86).

(85) UN Doc. A/HRC/7/16/Add.2, 7 de febrero de 2008, párr. 15.

(86) *Vid.* UN. Doc. E/C.12/ESP/CO/5, pars. 21-23. El Comité recomienda que el Estado parte implemente un marco legislativo que establezca requisitos y procedimientos adecuados a seguir antes de que se proceda a un desalojo, tomando en cuenta las disposiciones de la Observación general núm. 7 (1997) del Comité sobre el derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr. 1 del Pacto): los desalojos forzosos, las recomendaciones del Relator Especial sobre una vivienda adecuada y los principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo (A/HRC/4/18, anexo I). Asimismo al Comité le preocupa que todavía no se haya adoptado una definición oficial de «persona sin hogar», como base para la recolección de datos desagregados sobre el número de personas sin vivienda, para poder evaluar la evolución del fenómeno y adoptar medidas adecuadas en la materia (art. 12). El Comité recomienda que el Estado parte establezca una definición oficial de «persona sin hogar» de conformidad con las recomendaciones del Relator Especial sobre una vivienda adecuada y las directrices de la Conferencia europea de consenso sobre las personas sin hogar (*European Consensus Conference on Homelessness*) celebrada en Bruselas en 2010. Recomienda también que el Estado parte recopile datos desagregados sobre el

En el ámbito europeo, el CEDS ha declarado la no conformidad del derecho español sobre el artículo 16 de la Carta Social Europea (derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica), ámbito en el que se tiene en cuenta el derecho a la vivienda, la prohibición de los desalojos ilegales y la obligación del establecimiento de las garantías procesales adecuadas, incluyendo un recurso efectivo, para garantizar el derecho a la vivienda. Además de recordar la obligación de promover el derecho de la vivienda en lugares que asegure el pleno goce de la vida familiar en un medio ambiente de estabilidad, se precisa que a fin de evitar las expulsiones ilegales, los Estados deben contar con procedimientos destinados a limitar los riesgos de expulsión, en particular, la obligación de negociación o concertación con los interesados para encontrar soluciones alternativas a la expulsión; la obligación de fijar un plazo de preaviso razonable antes de la fecha de expulsión; el acceso a vías de recursos judiciales efectivos; el acceso a asistencia jurídica; y el derecho a indemnización en caso de expulsión ilegal (87). En los asuntos *Raji y otros c. España* (demanda 3537/13) y *Ceesay Ceesay y otros c. España* (demanda 62688/13), el TEDH dictaba el 31 de enero y 4 de octubre de 2013 respectivamente, de conformidad con el artículo 39 de su Reglamento, medidas provisionales ordenando al Estado español la suspensión de distintas órdenes de desahucio (respecto a la Cañada Real en Madrid y los pisos ocupados en Salt en Girona) hasta que se le informara por las autoridades españolas sobre los acuerdos adoptados para asegurar un vivienda adecuada y servicios sociales a los demandantes.

Mientras tanto, nuestro Tribunal Constitucional mediante Auto de 17 de julio de 2011 dictado por el Pleno rechazaba la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sabadell por posible vulneración de los artículos 9.3, 24.1 y 47 de la CE por distintas disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 579, 695 y 698). Según el Juez proponente la limitación de los motivos de oposición a la ejecución hipotecaria impide efectuar un examen real sobre la validez del negocio jurídico hipotecario en virtud de los motivos invocados por los recurrentes, sin que la remisión al procedimiento ordinario que corresponda represente una verdadera garantía de protección de los legítimos intereses de los afectados, provocando de este modo la indefensión del ejecutado en relación con la protección del derecho a una vivienda digna y adecuada. No obstante, para el Tribunal Constitucional, en

número de personas sin vivienda y el impacto de la crisis económica y financiera para ellas, con el fin de formular e implementar medidas de rehabilitación efectivas.

(87) Cfr. CEDS Conclusiones XIX-4, artículo 16, de 12 de septiembre de 2011 en relación con el período 01/01/2005-31/12/2009, págs. 356-359.

virtud de su prístina Sentencia 41/1981 ampliamente consolidada y aun cuando reconoce el carácter limitado de las excepciones suspensivas del procedimiento, no estima vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en aras a la singularidad del título ejecutivo y el principio de paz jurídica (88). Sólo el Magistrado E. Gay Montalvo, en su voto particular, introduce el contexto social y económico existente, con especial referencia al fenómeno causante de la «ingeniería financiera», para cuestionar la constitucionalidad de las disposiciones recurridas y denunciar la indefensión que tales productos hipotecarios produjeron a los ciudadanos debido a la complejidad y opacidad que presidía tal sistema financiero.

Esta situación generó un frente distinto ante el sistema jurisdiccional de la UE mediante la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por el Juzgado núm. 3 de lo Mercantil de Barcelona en el asunto *Aziz c. Catalunya Caixa* (89). Ante la imposibilidad de invocar un derecho comunitario a la vivienda adecuada, el asunto se derivó hacia el respeto de los derechos del consumidor amparados por los actuales artículos 12 y 114.3 TFUE y la entonces vigente Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (90), en cuanto que la legislación española limitaba de forma sustancial, tanto formal como materialmente, el ejercicio de la tutela efectiva de los derechos reconocidos en esta normativa (91). Para la valoración de estas cláusulas contractuales ni el Abogado

(88) Cfr. ATC 113/2011, de 9 de julio de 2011, FJ 4.

(89) *Vid.* TJUE (Sala Primera), Sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11. *Vid.* también la Sentencia de 14 de junio de 2012 respecto al caso *Banco Español de Crédito*, asunto C-618/10.

(90) Modificada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011.

(91) El órgano jurisdiccional remitente señalaba que, conforme al Derecho procesal español, los motivos de oposición en los procedimientos judiciales de ejecución hipotecaria están limitados. Únicamente cabría oponer la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, el error en el cálculo de la cantidad debida (cuando la deuda sea el saldo de cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado) y la existencia de otra hipoteca —no cancelada— inscrita con anterioridad. El órgano jurisdiccional remitente observa que ninguno de estos motivos de oposición era aplicable al caso planteado. Asimismo se apunta que, según el artículo 698, apartado 1, de la LEC, cualquier reclamación que el deudor pudiera formular basada en otros motivos (como la relativa a la validez de las cláusulas del préstamo del que nace la deuda) sería resuelta en un juicio ordinario separado, sin que se suspenda el procedimiento judicial de ejecución. Según el artículo 698, apartado 2, de la LEC, el juez competente en este procedimiento ordinario tan sólo puede asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo reteniendo todo o parte del precio de la subasta que deba entregarse al acreedor. Además, las reformas procesales introducidas por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y la Ley 19/2009, de 29 de noviembre, incorporan modificaciones en los procedimientos de desahucios que facilitan el recurso a la comunicación edictal y reducen las garantías

General ni el TJUE tuvieron en cuenta el derecho a la vivienda adecuada ni la jurisprudencia internacional referida al mismo, sino si, pese a las exigencias de la buena fe, dichas cláusulas causaban en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Y a tales efectos se procedió a examinar la situación jurídica en que se encontraba el consumidor a la vista de los medios de que disponía con arreglo a la normativa nacional para que cesara el uso de cláusulas abusivas (92). Para la Abogado General, Sra. Juliane Kokott, el sistema de protección de la normativa comunitaria se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información. Habida cuenta de esta situación de inferioridad, la Directiva 93/13 prescribe que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, imponiéndose que se reemplace el *equilibrio formal* que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un *equilibrio real* que pueda restablecer la igualdad entre las partes. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, la Abogado General asume que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una *intervención positiva*, ajena a las partes del contrato. A la luz de estos principios, recalca que corresponde al juez nacional apreciar, incluso de oficio, el carácter abusivo de una cláusula contractual y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional (93). Al no existir en el Derecho de la Unión una armonización de las medidas nacionales de ejecución forzosa, según se pronuncia la Sentencia del TJUE, corresponde al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos, establecer la regulación procesal que permita alcanzar la finalidad anteriormente indicada en función de los principios de equivalencia y efectividad. Si el ordenamiento nacional no prevé tal posibilidad, corresponderá al juez nacional en virtud de los anteriores principios (corolarios del principio de primacía) adoptar las *medidas cautelares oportunas para garantizar la plena eficacia de los derechos reconocidos en la normativa comunitaria* (94).

en la realización de los actos de comunicación procesal (arts. 686, *in fine*, y 164 LEC), generando problemas de indefensión.

(92) *Vid.* STJUE (Sala Primera), *Aziz*, asunto C-415/11, par. 68. *Vid.* también los pars. 64-76 de las Conclusiones del Abogado General presentadas el 8 de noviembre de 2012.

(93) *Vid.* Conclusiones del Abogado General, pars. 39-42

(94) *Vid.* STJUE (Sala Primera), caso *Aziz*, asunto C-415/11, par. 59.

VI. CONCLUSIONES

Los derechos económicos y sociales, incluido el derecho a una vivienda adecuada, de forma indirecta han obtenido vía jurisprudencial lo que se les negó vía convencional: su justiciabilidad. El difícil equilibrio entre los derechos individuales y las realidades sociales imperantes ha sido objeto de una progresiva doctrina jurisprudencial internacional que ha introducido por distintas vías —el principio de las obligaciones positivas, del efecto horizontal y la plenitud del derecho justiciable en el contexto socio-económico existente y la convergencia de los valores comunes de las sociedades de los actuales Estados— los derechos sociales en el patrimonio jurídico constitutivo y construido de los derechos civiles y políticos, haciendo realidad el carácter autónomo e interdependiente de los derechos humanos. Los distintos supuestos jurisdiccionales examinados evidencian no sólo la dimensión social de los derechos fundamentales como la indivisibilidad de los mismos en el respeto de su propia identidad. Esta jurisprudencia «comitológica» y judicial forma parte del *corpus iuris* del Derecho internacional de los derechos humanos que se ha de incorporar en los ordenamientos nacionales, más cuando existe, como en el caso español, un mandato constitucional de integración e interpretación. En la actualidad, el fenómeno de la judicialización y la «comitología» ha generado, como no podía ser de otro modo, una red jurisprudencial en materia de derechos humanos constitutiva de un incipiente orden público internacional que es asumido por distintas jurisdicciones internacionales y nacionales. Uno de los elementos esenciales de esta jurisprudencia es la precisión y concreción de los elementos y presupuestos del *derecho de defensa y tutela judicial efectiva ante las actuaciones de las autoridades internacionales (incluido, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) y de las nacionales* (95).

(95) Los asuntos *Lockerbie* (CIJ), *Tadić* (TPIY), *Kadi* (TJUE) o *Nada* (TEDH) han recorrido, por ejemplo, recientemente la jurisprudencia del Tribunal Especial para el Líbano en torno a la concepción del Estado de Derecho y a los derechos de defensa de la personas afectadas. El propio Tribunal ha declarado que tales principios se han de interpretar conforme al Derecho internacional de los derechos humanos, tomando especialmente en consideración la jurisprudencia de instancias tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Cfr. *Fiscal c. Ayyash y otros*, asunto STL-11-01/PT/TC, Decisión relativa a la competencia y legalidad del Tribunal de 27 de julio de 2012, par. 88. *Vid.* también la Sentencia dictada por la Sala de Apelación sobre el mismo asunto (STL-11-01/PT/AC/AR90.1) de 24 de octubre de 2012, y en particular la Opinión disidente del Juez Baragwanath. Asimismo ÁLVAREZ, J. E., «*Tadić* revisited: the *Ayyash* decisions of the Special Tribunal for Lebanon», *J. Int. Criminal Justice*, 2013-2. Sobre el derecho de defensa ante los órganos jurisdiccionales internacionales *vid.*

Para tomarse en serio el Derecho internacional de los derechos humanos, en particular, el referido a los derechos económicos y sociales, los sistemas nacionales han de procurar el establecimiento de procedimientos de distinta naturaleza, incluida la judicial, que en virtud de los principios de efectividad y equivalencia habiliten los recursos pertinentes para que el ciudadano pueda hacer valer en sede nacional lo comprometido en sede internacional.

RESUMEN

Tomarse en serio el Derecho internacional de los derechos humanos implica superar las distintas fases de evolución de este sistema jurídico. En la actualidad, esto supone que la cultura jurídica reconocida e interpretada internacionalmente de estos derechos se ha de incorporar en los ordenamientos nacionales mediante la existencia de procedimientos equivalentes y efectivos. En el presente estudio se incide sobre el progreso de los derechos económicos y sociales en función de la jurisprudencia sentada por distintos comités especializados y por Tribunales internacionales de justicia, en particular el TEDH. A tal respecto cobra especial interés el tratamiento del derecho a la vivienda adecuada y la prohibición de los desalojos forzosos.

PALABRAS CLAVE: Derecho internacional de los derechos humanos; derechos sociales; derecho a la vivienda adecuada y prohibición de los desalojos forzosos.

ABSTRACT

Taking international human rights law seriously entails overcoming the various evolution stages of this legal system. Currently, it means that this system's legal culture, as it is recognized and interpreted internationally, should be incorporated into national legal systems through the existence of equivalent and effective procedures. The present study analyzes the progress of economic and social rights on the basis of the jurisprudence of various specialized committees as well as some International Tribunals, particularly the ECHR. In this regard, the treatment of the right to adequate housing and the prohibition of forced evictions present special interest.

KEY WORDS: international human rights law; social rights; right to adequate housing and prohibition of forced evictions.

JIMÉNEZ GARCÍA, F., «Las sanciones internacionales en el marco europeo: “protección diplomática subsidiaria”, “contramedidas colectivas” y el Estado de Derecho. Reflexiones en torno al asunto *Bank Melli Irán* y el derecho de defensa», en *RGDE*, núm. 29, enero de 2013.