



EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES: SINERGIAS E IMPACTO EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES

LUIS JIMENA QUESADA

Catedrático de Derecho constitucional

Ex Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales (Consejo de Europa)

Universidad de Valencia

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL SENO DEL CONSEJO DE EUROPA: CONTEXTUALIZACIÓN Y RELEVANCIA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA. II. EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES COMO JURISDICCIÓN SOCIAL ESPECIALIZADA Y LAS SINERGIAS INTERNAS EN EL CONSEJO DE EUROPA. 1. Justiciabilidad y efectividad de los derechos sociales a través de los dos mecanismos de control ante el Comité. 2. Interacción del Comité y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3. Sinergias del Comité con otros órganos de control. III. EL COMITÉ Y SUS SINERGIAS EXTERNAS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 1. Con respecto al sistema universal. 2. Con relación a otros sistemas regionales. 3. La relación específica con la Unión Europea. IV. SINERGIAS E IMPACTO DEL COMITÉ EN EL ÁMBITO NACIONAL. V. REFLEXIONES FINALES: HACIA LA OPTIMIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES.

Palabras clave

Sistema global de derechos humanos; Complementariedad; Acervo social europeo; Estándar más favorable; Voluntad jurisdiccional positiva.

Resumen

El presente trabajo analiza la posición de la Carta Social Europea y los nuevos desarrollos de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales desde un enfoque complementario y pluralista del sistema de fuentes del Derecho con la vista puesta en la búsqueda del estándar más favorable en materia de derechos sociales. Desde este punto de vista, la complementariedad y el pluralismo se examinan tanto a nivel europeo (Consejo de Europa y Unión Europea) como en el ámbito universal y otras jurisdicciones regionales, sin olvidar la sinergia e impacto de las decisiones del Comité en el terreno nacional. En este sentido, se pone el énfasis en la necesidad de clarificar (verticalmente) la articulación entre la norma y la jurisprudencia nacional por un lado, y entre la normas y las jurisprudencias internacionales por otro, tomando en consideración el mencionado principio favor libertatis y, en consecuencia, haciendo prevalecer eventualmente la norma internacional sobre la norma nacional a través del adecuado control de convencionalidad ejercido por las jurisdicciones nacionales. Del mismo modo, el principio pro personae debe guiar (horizontalmente) la articulación



de las normas internacionales sobre derechos sociales. En todo caso, se concluye en el artículo que para hacer realidad esa optimización de los derechos sociales, es menester clarificar que, si el reconocimiento de los derechos carece de sentido sin la existencia de garantías, el valor de éstas últimas depende finalmente de la voluntad positiva de los actores responsables de ponerlas en práctica.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL SENO DEL CONSEJO DE EUROPA: CONTEXTUALIZACIÓN Y RELEVANCIA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

La Carta Social Europea (CSE) constituye el instrumento más emblemático del *Derecho europeo de los derechos sociales* o, si se prefiere, *Derecho social de los derechos humanos*. No por casualidad, la Carta Social de 1961 tiene su base habilitante primaria en el propio Estatuto del Consejo de Europa, en la medida en que esta organización nacida en 1949 persigue como uno de sus fines esenciales la acción común tendente a facilitar el «*progreso económico y social*» de sus Estados miembros [art. 1.a)] y el «*mantenimiento y mayor realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales*» [art. 1.b)].

El texto de la Carta Social de 1961 ha conocido una evolución, a través de diversas modificaciones operadas por la vía de los Protocolos. A estos efectos, conviene mencionar el Protocolo (núm. 1) adicional de 1988 que garantiza cuatro nuevos derechos¹; el Protocolo (núm. 2) de enmienda de 1991 que prevé la reforma del mecanismo de control², y el Protocolo (núm. 3) adicional de 1995 que establece el mecanismo de las reclamaciones colectivas. Por otra parte, la CSE revisada de 1996, que entró en vigor el 1 de julio de 1999, sustituirá progresivamente a la Carta de 1961, y por medio de esa revisión se «consolidan» en versión única los cuatro derechos introducidos por el Protocolo adicional de 1988,

¹ Efectivamente, la primera modificación de la Carta de 1961 se encauzó a través del Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988, cuya entrada en vigor se produjo el 4 de septiembre de 1992. El Protocolo amplía y mejora la protección de algunos derechos ya incluidos en la Carta, referentes al derecho al trabajo y a la protección social, en concreto: el derecho a igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de formación sin discriminación basada en el sexo (art. 1), el derecho a la información y a la consulta (art. 2), el derecho a participar en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo (art. 3), y el derecho de las personas ancianas a la protección social (art. 4).

² El contenido del Protocolo de 1991, que formalmente no ha entrado en vigor (al precisar la unanimidad de todos los Estados Partes en la Carta), pero cuyo contenido en la práctica es aplicado tras una decisión del Comité de Ministros de diciembre de 1991, mediante la que se pedía a los órganos de control de la Carta que aplicaran ese Protocolo incluso antes de su entrada en vigor «en la medida en que el texto de la Carta lo permitiere». Así, todas las disposiciones del Protocolo de 1991 son aplicables, excepto (a diferencia de los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) la elección de miembros del Comité Europeo de Derechos Sociales por la Asamblea Parlamentaria (siguen siendo elegidos por el Comité de Ministros).

se amplía el catálogo de derechos y se recoge el mecanismo de reclamaciones colectivas previsto en el Protocolo de 1995³.

De los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, 43 han ratificado la CSE⁴ (ya sea la revisada de 1996 —concretamente 33— ya sea solamente la originaria de 1961 todavía 10) y sólo 15 el Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995. Lo cierto es que España no es una buena alumna en este sentido, pues pese a constituirse como «Estado social y democrático de Derecho» (art. 1 de la Constitución de 1978), se sitúa en el nivel más bajo de compromiso: en concreto, ratificó la CSE de 1961 el 6 de mayo de 1980 y el Protocolo adicional de 1988 el 24 de enero de 2000; pero sigue sin asumir el Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995 (ni siquiera firmado por el momento) o la CSE revisada de 1996 (cuya firma se produjo el 23 de octubre de 2000).

Semejantes asimetrías son inaceptables, pues dibuja claramente una especie de inadmisibles Europa social a varias velocidades. En efecto, si el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH, actualmente modificado por 16 Protocolos) se adoptó para dotar de efectividad a algunos de los derechos consagrados por la Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948 (básicamente, derechos civiles y políticos), la CSE vino a completar el vacío en materia de derechos sociales para hacer realidad el principio de indivisibilidad⁵ y reforzar esa coherencia propugnada por la Declaración Universal⁶.

³ Según el art. D de la Carta revisada, incluido en la Parte IV: «1. Las disposiciones del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas se aplicarán a las obligaciones contraídas en aplicación de la presente Carta para los Estados que hayan ratificado el citado Protocolo. 2. Todo Estado que no esté obligado por el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas podrá, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Carta o en cualquier fecha posterior, declarar mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa que acepta la supervisión de sus obligaciones en virtud de la presente Carta según el procedimiento establecido en dicho Protocolo».

⁴ Los 4 países miembros que quedan al margen de ese concierto social europeo son Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza.

⁵ Vislumbrando esa demora de once años (de la CSE con respecto al CEDH), Pierre-Henri Teitgen, en el informe que presentó a la Asamblea Consultiva (Parlamentaria) del Consejo de Europa el 5 de septiembre de 1949, en nombre de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Administrativos, apuntó que «ciertamente, las libertades profesionales y los derechos sociales, de un valor capital, deberán ser asimismo definidos y protegidos en el futuro; sin embargo, ¿quién no entenderá que conviene empezar por el principio, garantizando en la Unión Europea la democracia política, para después coordinar nuestras economías antes de acometer la generalización de la democracia social?», en *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. I, La Haye, Martinus Nijhoff, 1975, p. 219.

⁶ El art. 28 de la Declaración propugna que «toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos».



Ello no obstante, si se comparan los dos tratados más emblemáticos del Consejo de Europa (CEDH y CSE), se comprobará que existen anómalas asimetrías incompatibles con el principio de indivisibilidad, tanto en el plano del reconocimiento de los derechos como en el ámbito de las garantías respectivas: en particular, aceptación del conjunto de disposiciones en el CEDH *versus* sistema de aceptación «a la carta» en la CSE y la convivencia de la CSE de 1961 (con el Protocolo de 1988) junto a la CSE revisada de 1996; así como aceptación obligatoria del derecho de recurso individual ante el TEDH *versus* aceptación facultativa del procedimiento de reclamaciones colectivas. Por lo demás, el Consejo de Europa, que reconoce a la CSE como «Pacto europeo de democracia social» y complemento natural del «Pacto europeo de democracia política» (el CEDH) no es consistente con tal reconocimiento (la Organización impone la ratificación del CEDH, pero no de la CSE, para acceder a la condición de Estado miembro) ni con la dimensión social de los tres pilares del propio Consejo de Europa (pues Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos deben necesariamente leerse en clave de Democracia Social, Estado Social y Derechos Sociales).

De tal suerte, las causas «clásicas» que se esgrimieron en su día para relegar la posición de los derechos sociales (como el manido argumento del único o mayor coste de los derechos socio-económicos en comparación con los derechos cívico-políticos, o como la presunta «alergia» de los derechos socio-económicos a su justiciabilidad) han quedado ampliamente superadas en la actualidad por su carácter falaz. Con relación al «precio» de los derechos sociales, compensemos la falacia con estas preguntas: ¿acaso no tiene coste económico alguno el ejercicio del derecho de manifestación, la satisfacción del derecho a un proceso justo o la financiación de una campaña electoral para la puesta en práctica del derecho de sufragio?; ¿acaso no debe realizarse un informe de «factibilidad» (*ex ante* y *ex post facto*) para la vigencia de cualquier norma jurídica, afecte a derechos cívico políticos o a derechos socio-económicos? A mayor abundamiento, los informes anuales del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la supervisión del cumplimiento de las sentencias del TEDH pone en evidencia la cuantificación en millones de euros de la ejecución de dichas sentencias (de los derechos civiles y políticos), para lo cual incluso se cuenta con un Fondo Fiduciario en el Consejo de Europa destinado a ayudar a los países condenados que tengan dificultades en hacer frente a esa ejecución.

Por añadidura, esos mismos informes anuales ponen de manifiesto la falacia consistente en atribuir problemas de justiciabilidad y efectividad sólo a los derechos sociales. Así, en dichos informes se constata que la justiciabilidad no es tan inmediata si se pone el acento en las numerosas sentencias del TEDH que están pendientes de ejecución, una ejecución que a lo peor tardará muchos años o no llegará nunca. Por todo ello, estimo preferible hablar de «efectividad» de derechos (sean cívico-políticos, sean socio-económicos) antes que de su «justiciabilidad». Y, a este respecto, sería muy sencillo encontrar ejemplos de sentencias del TEDH que han contado con verdaderos problemas de ejecución, hasta

demorarse más de una década⁷ y, diversamente, decisiones del CEDS que se han ejecutado al cabo de pocos meses o han sido atendidas incluso por el Estado demandado durante la sustanciación del caso⁸. En el siguiente epígrafe incorporaré otros ejemplos meridianos de efectividad de decisiones del CEDS⁹.

En el mismo orden de consideraciones, la supuesta exclusiva necesidad de concertación internacional para el avance en materia de derechos sociales¹⁰ ha quedado igualmente puesta en entredicho, y de manera ostensible en el contexto de la crisis económica y financiera global. Ésta nos ha enseñado que la crisis no ha afectado solamente a las conquistas sociales ya conseguidas, sino asimismo al acervo en el terreno de los derechos civiles y políticos. En otros términos, el retroceso en el ámbito de los derechos sociales ha ido paralelo a la degradación de los derechos civiles y políticos, en una especie de indivisibilidad negativa que, a fin de cuentas, ha mostrado que el coste de sacrificar los derechos sociales es mayor para la democracia que el de protegerlos. Adquiere así pleno sentido la ecuación incluida en la propia Constitución española cuando establece en su art. 10.1 que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás» (consiguientemente, se incluyen asimismo los derechos sociales, no debiendo olvidarse que el primer texto internacional

⁷ Por ejemplo, STEDH de 13 de junio de 1979, *Marckx c. Bélgica*: el Gobierno belga tardó once años en modificar la legislación civil que discriminaba a los hijos extramatrimoniales en cuanto a derechos sucesorios (véase a este respecto la sentencia de la propia Corte de Estrasburgo dictada el 29 de noviembre de 1991 en el caso *Vermeire c. Bélgica*).

⁸ En el curso de la sustanciación de las Reclamaciones núm. 33/2006 (*Movimiento Internacional ATD-Cuarto Mundo c. Francia*) y 39/2006 (*FEANTSA c. Francia*), el propio CEDS tomó nota en sendas Decisiones de fondo de 5 de diciembre de 2007 (§54 y §53, respectivamente) de la nueva Ley francesa núm. 2007-290 de 5 de marzo de 2007 sobre el derecho a la vivienda (*Loi núm. 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit opposable au logement*).

⁹ Más ilustraciones en L. JIMENA QUESADA, «La ejecución de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales: enfoque comparado con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en la obra colectiva *Tratado sobre Protección de Derechos Sociales* (co-dirs. M. TEROL BECERRA y L. JIMENA QUESADA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 249-267.

¹⁰ Léase H. WIEBRINGHAUS, «Rapport introductif sur la Charte sociale européenne», en *La Charte sociale européenne. Dix années d'application*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 1978, p. 25. Dicho autor recuerda la lógica siguiente: todo progreso socio-económico como el que pretendió introducir la Carta de Turín de 1961 implica tener en cuenta una serie de factores básicos. En primer lugar, ese progreso implica una fuente de gastos adicionales que, por ejemplo, en lo que atañe a la mejora de las condiciones laborales, han de soportar el Estado o los empresarios; a continuación, con independencia de quién asuma la financiación, esa carga financiera se traduce irremediamente en un aumento del coste y de los precios de los bienes producidos en el país que pretende llevar a cabo ese avance social; por ello, y en tercer término, ese país se expone al riesgo de ver debilitado su comercio internacional si no convence a los otros países para que realicen un progreso social similar, lo que en definitiva conlleva una concertación internacional en un contexto cada vez más globalizado.



de derechos humanos que habló explícitamente de dignidad lo hizo desde una vertiente socio-laboral)¹¹ son *«fundamento del orden político y de la paz social»*.

II. EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES COMO JURISDICCIÓN SOCIAL Y ESPECIALIZADA Y LAS SINERGIAS INTERNAS EN EL CONSEJO DE EUROPA.

1. Justiciabilidad y efectividad de los derechos sociales a través de los dos mecanismos de control ante el Comité

El Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), compuesto por quince miembros independientes elegidos por el Comité de Ministros del Consejo de Europa por un mandato de seis años (renovable una sola vez), se configura como la instancia de garantía de la CSE, equivalente al TEDH con respecto al CEDH. Esto significa que el CEDS asegura la interpretación «suprema» de la CSE.

Dicho lo anterior, el CEDS desarrolla su cometido a través de dos procedimientos de control: el de informes y el de reclamaciones colectivas. La jurisprudencia del CEDS adquiere la forma de «conclusiones» en el caso de la interpretación jurídica elaborada en el marco del sistema de informes establecido mediante la Carta de 1961 y de «decisiones de fondo» (con forma de sentencia y eventuales votos particulares) en el supuesto de la interpretación jurídica desarrollada en el procedimiento judicial contradictorio de reclamaciones colectivas introducido a través del Protocolo de 1995.

Más concretamente, la Carta de 1961 estableció un mecanismo de presentación de informes por los Estados cada dos años sobre las disposiciones aceptadas al ratificarla. Ello hacía que cada ciclo de control y, por ende, tanto la adopción como la publicación de las conclusiones del CEDS, adolecieran de una considerable lentitud. Desde el 1 de octubre de 2007, por decisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se puso en marcha un nuevo sistema de presentación de informes nacionales, de modo que cada Estado Parte en la Carta debe someter cada año (a fecha 31 de octubre) un informe sobre un grupo temático¹².

¹¹ Se trata de la Declaración de Filadelfia adoptada el 10 de mayo de 1944 en el marco de la Organización Internacional del Trabajo. En dicha Declaración, que figura como anexo al texto de la Constitución de la OIT, se señala expresamente: *«a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades»*.

¹² A tal efecto se han establecido cuatro grupos temáticos: grupo I sobre «Empleo, formación e igualdad de oportunidades» (arts. 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24 y 25); grupo II sobre «Salud, seguridad social y protección social» (arts. 3, 11, 12, 13, 14, 23 y 30); grupo III sobre «Derechos relacionados con el trabajo» (arts. 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28 y 29), y grupo IV sobre «Niños, familias, migrantes» (arts. 7, 8, 16, 17, 19, 27 y 31). En la práctica, por tanto, cada grupo temático es objeto de presentación de un informe cada cuatro años

En este sentido, el sistema de informes sigue careciendo de una importante fuerza de reacción ante situaciones nacionales que merecerían una respuesta más rápida en términos de justicia social, pues en el intervalo de cuatro años entre informe e informe referente a cada grupo temático, es posible que se hayan producido cambios normativos o jurisprudenciales internos, con conclusiones tardías del CEDS. Por tal motivo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha aprobado recientemente (2 de abril de 2014) una reforma con objeto de hacer más operativo el sistema de informes y simplificarlo para los Estados que hayan aceptado el más expeditivo procedimiento de reclamaciones colectivas¹³.

Efectivamente, el procedimiento judicial de reclamaciones colectivas (susceptibles de ser formuladas por sindicatos nacionales y organizaciones empresariales, así como por ONG internacionales con estatuto participativo en el Consejo de Europa¹⁴) dota de mayor visibilidad al respeto de los derechos consagrados por la Carta y, sobre todo, ha mostrado un enorme potencial de justiciabilidad y efectividad en su funcionamiento (una media de cuatro meses para pronunciarse sobre la admisibilidad y de siete meses para el fondo del asunto), previéndose asimismo la adopción de las llamadas medidas inmediatas (similares a las medidas cautelares contempladas en el art. 39 del Reglamento del TEDH) y de las intervenciones de terceros a título de *amicus curiae*.

En estas coordenadas, conviene ilustrar el impacto de la jurisprudencia del CEDS a través de ejemplos concretos de efectividad de sus conclusiones en el sistema de informes y de sus decisiones en el procedimiento de reclamaciones colectivas. Así, en el caso de España, fue en el cumplimiento de las conclusiones del CEDS como la conocida LOGSE de 1990 elevó la edad de educación obligatoria de los 14 a los 16 años¹⁵, equiparándola así a la edad mínima de 16 años de acceso al mercado de trabajo (evitándose los perjuicios para esa franja de menores entre 14 y 16 años que *de facto* trabajaban), o como el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, extendió a las empleadas de hogar el beneficio de los permisos previstos en el art. 37 del Estatuto de los Trabajadores (incluido el de lactancia). Otra ilustración más reciente tiene que ver con las conclusiones relativas a 2013

¹³ Vid. L. JIMENA QUESADA, «Interdependence of the Reporting System and the Collective Complaint Procedure: Indivisibility of Human Rights and Indivisibility of Guarantees», in *European Social Charter and the Challenges of the XXI Century* (dirs. Marilisa D'Amico and Giovanni Guiglia), Verona, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli/Roma, 2014, pp. 143-158.

¹⁴ Las ONG nacionales pueden quedar asimismo legitimadas siempre que el país que haya aceptado dicho procedimiento formule una declaración en tal sentido, lo que en la praxis revela desgraciadamente un solo supuesto (el de Finlandia) entre los quince Estados que se han obligado por dicho mecanismo.

¹⁵ Ley Orgánica 1/1990 de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE). La hasta hace poco vigente Ley Orgánica 10/2002 de 23 de diciembre de Calidad de la Educación mantenía esa obligatoriedad en su art. 9.3: «La enseñanza básica incluye diez años de escolaridad. Se iniciará a los seis años de edad y se extenderá hasta los dieciséis». La actual Ley Orgánica de Educación (LOE) de 6 de abril de 2006 sigue manteniendo esa obligatoriedad en su art. 4.2.



(publicadas en enero de 2014), en donde el CEDS determinó que la exclusión (salvo en casos excepcionales referentes a urgencia por enfermedad grave o accidente; asistencia a la mujer embarazada, antes y después del parto; extranjeros menores de dieciocho años) de las personas extranjeras en situación irregular del derecho universal de acceso a los cuidados básicos sanitarios era contrario al art. 11 CSE. Dicha exclusión se introdujo en reciente legislación estatal «anticrisis» que, pese a ser secundada en algunas Comunidades Autónomas, no ha sido objeto de asunción en otras¹⁶.

A la vista de esta resolución del CEDS, la misma significa que la normativa enjuiciada es contraria a la Carta Social y, por ende, debe ser modificada (por el Gobierno o por el Parlamento), desatendida (por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, incluido el personal sanitario que se vea confrontado a las situaciones controvertidas), inaplicada (por los órganos jurisdiccionales nacionales ejerciendo el control de convencionalidad) y anulada (por el Tribunal Constitucional). No sugiero un acto de «rebeldía» por parte de los diferentes poderes públicos nacionales, sino sencillamente un acto de responsabilidad y de coherencia con los compromisos internacionales sobre derechos humanos suscritos por España, pues todos esos órganos constitucionales deben atender y respetar el mandato interpretativo del art. 10.2 en conexión con el mandato aplicativo impuesto por los arts. 93 a 96 de la Constitución¹⁷.

¹⁶ En su Conclusión, el CEDS afirma: «los Estados Partes en la Carta tienen obligaciones positivas en materia de acceso a la asistencia sanitaria con respecto a los migrantes, se encuentren o no en situación irregular» (*Médecins du Monde - International c. Francia*, Reclamación núm. 67/2011, decisión de fondo de 11 de septiembre de 2012, §144). En lo que concierne específicamente al art. 11, el Comité ha recordado que dicha disposición en su apartado 1, «*impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas apropiadas para eliminar las causas de una salud deficiente, y que según la interpretación del Comité ello significa, entre otros elementos, que los Estados deben garantizar a toda persona el derecho de acceso a la asistencia sanitaria y que el sistema de salud debe ser accesible a toda la población*», en la medida en que «*la atención sanitaria constituye condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana y que la dignidad humana representa un valor fundamental que se sitúa en el núcleo del Derecho europeo positivo en materia de derechos humanos —ya se trate de la Carta Social Europea o del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme c. Francia, Reclamación núm. 14/2003, decisión de fondo de 8 de septiembre de 2004, § 31; Defence for Children International c. Bélgica, Reclamación Núm. 69/2011, decisión de fondo de 23 de octubre de 2012, §§ 100-101)*».

¹⁷ En especial, la interpretación del CEDS deberá ser tomada en consideración de manera determinante y decisiva por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su resolución (en estado de litispendencia) del conflicto positivo de competencias (núm. 4540/2012) planteado por el Gobierno de la Nación frente al Gobierno Vasco y contra diversas disposiciones del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi que divergen justamente del Real Decreto-ley 16/2012 (por el momento, véase el Auto 239/2012 del Pleno del TC de 12 de diciembre de 2012 en el que parece atisbarse la línea trazada por el CEDS en la materia que nos ocupa).

Paso ahora a ilustrar la justiciabilidad y efectividad de las decisiones del CEDS adoptadas en el marco del mecanismo de reclamaciones colectivas, y ello por referencia a los distintos niveles internos del poder público (judicial, ejecutivo y legislativo):

- Un ejemplo de cómo a la modificación normativa puede anticiparse una ejecución vía judicial, a través del ejercicio del control de convencionalidad por las jurisdicciones internas, puede verse en la Reclamación núm. 14/2003 (*caso Federación internacional de ligas de derechos humanos contra Francia*, decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004), que no sólo fue ejecutada por las autoridades francesas¹⁸, sino llevada a la práctica por el máximo escalón de la jurisdicción administrativa francesa (el Consejo de Estado, mediante su Decisión de 7 de junio de 2006, *Association Aides et autres*) al descartar la aplicación de la legislación francesa controvertida asumiendo la solución alcanzada en la Reclamación núm. 14/2003¹⁹.
- Una modalidad de ejecución por vía ejecutiva la ofrece la retirada de libros de texto del sistema educativo que incluían manifestaciones homófobas contrarias a la educación sexual y reproductiva no discriminatoria impuesta por el art. 11 de la Carta: Reclamación núm. 45/2007 (*Interights contra Croacia*, decisión de fondo de 30 de marzo de 2009)²⁰.

Y una ilustración sobre cumplimiento por vía legislativa, y dentro de un razonable plazo, puede comprobarse con motivo de la Reclamación núm. 48/2008 (*ERRC contra Bulgaria*, decisión de fondo de 18 de febrero de 2009), tras la cual el Gobierno búlgaro informó al Comité de Ministros del Consejo de Europa que el Parlamento nacional había procedido a modificar la Ley de Asistencia Social en fecha 10 de febrero de 2010 (Gaceta Oficial núm. 15 de 23 de febrero de 2010) para suprimir la limitación temporal en el disfrute de las prestaciones de subsidio de desempleo y conformarse así al derecho a la asistencia social, entendida como recursos mínimos garantizados, reconocido en el art. 13 CSE²¹.

Para cerrar el presente epígrafe, resulta interesante aludir al impacto de las resoluciones del CEDS sobre medidas «anticrisis». De manera concreta, en el año 2012 dictó

¹⁸ Vid. la Resolución ResChS (2005) 6 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de mayo de 2005 con motivo de la 925.ª reunión de los Delegados de los Ministros, en la que se «toma nota de la Circular [del Gobierno francés] DHOS/DSS/DGAS núm. 141 de 16 de marzo de 2005 relativa a la asunción de la atención urgente ofrecida a los extranjeros residiendo en Francia de manera irregular y no beneficiarios de la ayuda médica de Estado».

¹⁹ Véanse también las decisiones de fondo de 20 de octubre de 2009 (reclamación núm. 47/2008, *DCI c. Países Bajos*) (reclamación núm. 47) y de 23 de octubre de 2012 (reclamación núm. 69/2011, *DCI c. Bélgica*).

²⁰ Vid. la Resolución CM/Res ChS (2009)7 adoptada el 21 de octubre de 2009 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la que se da cuenta de la actitud positiva de las autoridades croatas de retirar el material pedagógico controvertido del listado de manuales para el año académico 2009/2010.

²¹ Véase Anexo a la Resolución del Comité de Ministros CM/Res ChS (2010) 2 de 31 de marzo de 2010.

el CEDS las dos primeras decisiones que abordaron frontalmente la problemática de las medidas de austeridad y flexibilidad del mercado laboral adoptadas bajo imposición de la Troika. Se trata de las dos decisiones de fondo del CEDS de 23 de mayo de 2012 de resolución de las Reclamaciones colectivas núm. 65/2011 y núm. 66/2011 (ambas contra Grecia, formuladas por los sindicatos griegos *Federación general de empleados de las compañías públicas de electricidad* y *Confederación de sindicatos de funcionarios públicos*).

En la primera decisión (Reclamación núm. 65/2011), el CEDS concluyó que se había producido una violación del art. 4.4 CSE, por cuanto la ley nacional que autorizaba el despido sin preaviso ni indemnización a los asalariados con contrato de duración indefinida durante un período inicial de doce meses es incompatible con dicha disposición de la Carta. En la segunda decisión (Reclamación núm. 66/2011), el CEDS llegó a la conclusión de violación de diversas disposiciones de la Carta Social (arts. 4.4, 7.7, 10.2 y 12.3), al enjuiciar las disposiciones restrictivas sobre vacaciones anuales, sistemas de aprendizaje y formación, y cobertura de la seguridad social en los llamados «contratos de aprendizaje especiales» para asalariados de entre 15 a 18 años, así como las disposiciones referentes a la irrisoria remuneración (un pequeño porcentaje del salario mínimo nacional) susceptible de ser percibida por los asalariados recién incorporados al mercado laboral menores de 25 años.

Lo interesante de ambas decisiones es que el CEDS ha establecido una especie de ponderación de las medidas de flexibilización con la salvaguardia prioritaria de la dignidad de los trabajadores y trabajadoras. Ambas decisiones (lo mismo que las cinco decisiones de 7 de diciembre de 2012 sobre la drástica reducción de pensiones en Grecia²²) han gozado de cierta aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales y atención por la doctrina²³, así como gran eco mediático²⁴, en la medida en que el Gobierno griego

²² Se trata de las cinco decisiones de fondo de resolución de las Reclamaciones núm. 76/2012, 77/2012, 78/2012, 79/2012 y 80/2012. En particular, dice el CEDS en esas decisiones que el art. 12 CSE (derecho a la seguridad social) está concebido más en términos de progresividad que de regresión; pero, en caso de establecerse restricciones, ellas no deben conducir a una precarización o a una pauperización de la población afectada y, en cualquier caso, el Gobierno griego no ha demostrado que haya intentado adoptar otras medidas alternativas menos costosas para la población afectada, ni que haya habido consultas y diálogo con los interlocutores sociales en un ámbito tan esencial. Adicionalmente, el efecto acumulativo de todo estos déficits, unido a las reducciones de las pensiones en sí, hace descansar exclusivamente sobre los pensionistas, en su calidad de contribuyentes, las consecuencias de la crisis económica de manera injustificada y contraria a la Carta Social Europea.

²³ Vid. C. ALFONSO MELLADO, L. JIMENA QUESADA, y C. SALCEDO BELTRÁN, *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, Albacete, 2014, p. 300.

²⁴ A título de ejemplo, el artículo titulado «L'austérité grec que jugée illégale» en el diario francés *Le Figaro*, del 19 de octubre de 2012 (*Le Figaro.fr / France*), en donde puede leerse: «Europa crítica a Europa. El Comité Europeo de Derechos sociales, un órgano del Consejo de Europa, ha juzgado ilegales diversas medidas adoptadas por Grecia para flexibilizar su mercado laboral en respuesta a las demandas de reforma formuladas por la UE y el FMI».

incidía en el argumento de haber adoptado dichas medidas por imposición de la Troika. Lo cual suscita las posibles divergencias de enfoques entre el Consejo de Europa y la UE (*infra*, apartado III.3).

2. Interacción del Comité y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Enlazando con lo anteriormente expuesto, es obvio que la interacción del CEDS y del TEDH resulta inexorable por la propia fuerza del principio de indivisibilidad y por la convergencia textual de la CSE y del CEDS en terrenos «mixtos». De hecho, una de las causas de los desacertados enfoques que han acometido la protección de los derechos sociales radica indudablemente en haber asumido de manera hipócrita el discurso acerca de la indivisibilidad de todos los derechos humanos. Yo creo que no es necesario seguir reconfortándonos permanentemente en recordar pronunciamientos como la sentencia *Airey c. Irlanda* de 9 de octubre de 1979 del TEDH para constatar la evidencia de no poder establecer divisiones tajantes o compartimentos estancos entre derechos cívico políticos y derechos socio-económicos: la prohibición del trabajo forzado, la libertad sindical o la educación ofrecen consiguientemente claros ejemplos de derechos reconocidos al mismo tiempo tanto en el CEDH como en la CSE.

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

- en primer lugar, el principio de indivisibilidad desde la citada STEDH *Airey c. Irlanda* de 1979²⁵, que sin embargo ha conocido fluctuaciones recientes «a la baja»^{26,27};

²⁵ Esa misma técnica extensiva inspiró la adopción de la STEDH *Annoni de Boussola c. Francia* de 14 de noviembre de 2000, que reprochó los obstáculos financieros impuestos a los demandantes para tener acceso a la vía casacional en el orden interno.

²⁶ En particular, en contraste con la STEDH *D. c. Reino Unido* de 2 de mayo de 1997, se ha criticado que con la STEDH *N. c. Reino Unido* de 27 mayo de 2008 (no violación en relación con la expulsión de una persona extranjera enferma de SIDA hacia su país de origen, en donde carecería de acceso a medicamentos adaptados y consecuentemente vería reducida ineluctablemente su esperanza de vida) el principio de indivisibilidad habría perdido mucha fuerza, sacrificándose las obligaciones positivas que pesan sobre los Estados para realizar los derechos sociales elementales con objeto de evitar cargas financieras. De tal suerte, se produciría una quiebra de la filosofía de la STEDH *Airey* de 1979, al sostenerse en la STEDH *N.* de 2008 que «*si bien numerosos derechos que enuncia tienen prolongaciones o implicaciones de orden económico y social, el Convenio apunta esencialmente a proteger derechos civiles y políticos*» (párrafo 44).

²⁷ SSTEDH *Muñoz Díaz c. España* de 8 de diciembre de 2009 o *García Mateos c. España* de 19 de febrero de 2013.

- el segundo método interpretativo ha tenido como soporte el *principio de no discriminación* reconocido en el art. 14 CEDH en combinación con otras disposiciones convencionales como los arts. 6 y 8 CEDH o el art. 1 del Protocolo núm. 1²⁸;
- y, en tercer lugar, cabe destacar la técnica de *conexión de derechos o vía indirecta de protección*, según la cual el Tribunal de Estrasburgo ha revelado interesantes dotes de audacia hermenéutica dando entrada a situaciones o derechos no cubiertos expresamente por el texto convencional (sobre todo a través de los arts. 3 y 8 CEDH), como el medio ambiente²⁸ o la protección social de personas en situación vulnerable como extranjeros afectados por órdenes de expulsión que agravarían y acelerarían su estado terminal de salud²⁹, segregación escolar de los niños pertenecientes a minorías gitanas³⁰, mujeres extranjeras sometidas a esclavitud moderna o doméstica³¹, casos de violencia doméstica en perjuicio de menores³², o supuestos de violencia de género³³.

Ahora bien, tampoco conviene exagerar el potencial «social» del TEDH, so pena de caer en cierto desencanto; y de ahí la necesaria interacción que se anunciaba. Así, sin descartar nuevos desarrollos³⁴, es evidente que en materia de asistencia social o de lucha contra la pobreza y la exclusión social resulta más adecuada la base habilitante de los arts. 13 y 30 respectivamente de la CSE que el art. 3 CEDH³⁵, lo mismo que el art. 15 CSE se muestra más idóneo que el art. 8 CEDH en la inclusión social de las personas con discapacidad, como por lo demás ha reconocido la propia Corte europea³⁶.

En ese orden de cosas, intentando efectuar una lectura en clave más positiva con respecto al proceder inmovilista sobre situaciones de precariedad, o reacio en el terreno de la discapacidad, es pertinente señalar que ambas posturas del TEDH tal vez denoten un alarde de realismo, en el sentido de no poder abarcar más allá de lo que el texto con-

²⁸ SSTEDH *López Ostra c. España* de 9 de diciembre de 1994 sobre olores y *Moreno Gómez c. España* de 16 de noviembre de 2004 sobre contaminación acústica.

²⁹ STEDH *D. c. Reino Unido* de 2 de mayo de 1997.

³⁰ STEDH *D.H. y otros c. República checa* de 13 de noviembre de 2007.

³¹ STEDH *Siliadin c. Francia* de 26 de julio de 2005.

³² STEDH *Z y otros c. Reino Unido* de 10 de mayo de 2001.

³³ STEDH *Opuz c. Turquía*, de 9 de septiembre de 2009.

³⁴ Como la STEDH *Winterstein y otros c. Francia* de 17 de octubre de 2013, en la que concluyó una violación del art. 8 CEDH por las condiciones de desalojo de los demandantes —de las caravanas que servían de vivienda y expresaban su modo de vida— y los obstáculos al correspondiente realojo.

³⁵ Decisión de inadmisibilidad del TEDH *Budina c. Rusia* de 18 de junio de 2009, sobre precariedad de una persona mayor a causa de la insuficiente pensión de jubilación.

³⁶ Entre otras, SSTEDH *Botta c. Italia* de 24 de febrero de 1998 y *Molka c. Polonia* de 14 de abril de 2006, o Decisión de inadmisibilidad *Jitka Zehnalova y Otto Zebnal c. República Checa* de 14 de mayo de 2002.

vencional y sus Protocolos le marcan, por más que fuerce las posibilidades hermenéuticas, pues finalmente no constituye en puridad un «Tribunal Europeo de Derechos Sociales».

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

Por tal motivo, es menester subrayar la retroalimentación entre el TEDH y el CEDS. Éste acostumbra a utilizar la jurisprudencia del TEDH en sus decisiones, especialmente en el contexto del reiterado procedimiento judicial de reclamaciones colectivas. Correlativamente, el TEDH ha ido haciéndose eco de modo paulatino de la jurisprudencia del CEDS, lo que ha permitido superar «viejas divergencias» interpretativas. A modo de ilustración, el CEDS había elaborado una interpretación más dinámica y favorable a la libertad sindical (art. 5 CSE) en su faceta negativa (con respecto a las cláusulas de monopolio sindical previas a la contratación) que la jurisprudencia inicial más restrictiva de dicha libertad por parte de la Corte europea (art. 11 CEDH). Ese enfoque evolutivo del CEDS (confirmado mediante la Decisión de fondo de 22 de mayo de 2003, dictada en la Reclamación colectiva núm. 12/2002, *Confederación de empresas suecas c. Suecia*) ha sido objeto de recepción por la jurisprudencia ulterior del TEDH, con mención expresa a la jurisprudencia del CEDS (STEDH *Sørensen y Rasmussen c. Dinamarca* de 11 de enero de 2006). Ese mismo espíritu de interacción se manifestó en la famosa STEDH *Demir y Baykara c. Turquía* de 12 de noviembre de 2008 sobre libertad sindical y negociación colectiva de funcionarios, o en la más reciente ya citada STEDH *Winterstein y otros c. Francia* de 17 de octubre de 2013 sobre derecho a la vivienda³⁷. A pesar de ello, la necesidad de diálogo judicial sigue siendo acuciante, como lo demuestra la controvertida Decisión del TEDH de 7 de mayo de 2013, de inadmisibilidad de las demandas n^{os} 57665/12 y 57657/12 [*Ioanna KOUFAKI c. Grecia y ADEDY (Confederación de sindicatos de funciona-*

³⁷ Tanto en las fuentes (§§ 80-89, cita explícita de las decisiones adoptadas por el CEDS en las reclamaciones núm. 33/2006, 51/2008 y 64/2011) como en la ratio decidendi (§§ 165-167, mención expresa de la decisión del CEDS en la reclamación núm. 51/2008).

rios públicos)³⁸ c. Grecia]. A este respecto llama la atención que, a pesar de la identidad de objeto entre las circunstancias de ambas demandas y las sometidas al examen del CEDS mediante las Reclamaciones núm. 65/2011 y núm. 66/2011 contra Grecia anteriormente reseñadas, el TEDH decide ignorar y ni siquiera mencionar las decisiones del CEDS de 23 de mayo de 2012 para declararse (apartado 50 de la decisión de inadmisibilidad) «*competente para conocer de las alegaciones formuladas*» y, no obstante, añadir que «*para el Tribunal no se desprende ninguna apariencia de violación de los derechos y libertades garantizados*» por las disposiciones convencionales invocadas. Por mi parte, sobran comentarios acerca del grado de motivación consistente en no detectar «*apariencia de violación*» y así concluir que *las demandas son «manifiestamente infundadas»*; pero la decisión del TEDH invita desgraciadamente, cuando menos, al escepticismo³⁹.

En semejante escenario, por último, debe seguir poniéndose el acento en explotar esas necesarias sinergias. Y, desde esta perspectiva, el procedimiento de reclamaciones colectivas ante el CEDS cumple una función en alguna medida preventiva (al no precisarse el agotamiento de los recursos internos), por cuanto puede evitar eventuales contenciosos individuales ante el TEDH tras la preceptiva utilización de los remedios domésticos⁴⁰.

3. Sinergias del Comité con otros órganos de control

La aproximación a las sinergias del Comité con otras instancias del Consejo de Europa comporta la toma consideración tanto de aquellos órganos de «monitoring» que se ocupan de aspectos relacionados directa o indirectamente con la salvaguardia de los dere-

³⁸ Repárese en que dicho sindicato demandante ante el TEDH es el mismo que introdujo exitosamente la Reclamación núm. 66/2011 contra Grecia ante el CEDS (supra).

³⁹ Sobre el particular, ha apuntado J. BONET PÉREZ, «Reforma de los regímenes de Seguridad Social en Europa: el Comité Europeo de Derechos Sociales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a la potencial regresividad en el goce y disfrute del derecho a la seguridad social», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 34, 2014, p. 60: «el establecimiento de un mecanismo de reclamaciones colectivas es una contribución importante no sólo para completar el sistema de informes, sino también como factor que favorece la convergencia interpretativa entre el CEDS y el TEDH, aun cuando ello no sea un proceso que pueda (o deba) cerrarse definitivamente».

⁴⁰ A título de ejemplo, desde enero de 2012 se formularon miles de demandas ante el TEDH contra Hungría en relación con pensiones y prestaciones sociales que, de haber aceptado Hungría el procedimiento de reclamaciones colectivas, podrían haberse evitado (no sólo ante el TEDH, sino previamente ante las jurisdicciones internas) con la «solución europea» del CEDS. Es lo que ha sucedido en el caso de Grecia (que sí ha aceptado el Protocolo sobre reclamaciones colectivas), en donde la legislación anti-crisis ha sido sometida al CEDS mediante las reclamaciones comentadas. En el caso de Hungría la mayoría de esas demandas han sido inadmitidas por «manifiestamente infundadas», con alguna excepción (STEDH *N.K.M. c. Hungría*, de 14 de mayo de 2013; violación del art. 1 del Protocolo núm. 1, por la confiscación desproporcionada —privación injustificada de sus bienes— que comportaba el gravar con el 98% una parte de la indemnización por despido de la demandante en virtud de una ley entrada en vigor diez semanas antes de haber cesado en su trabajo).

chos humanos como de las principales instituciones políticas que inciden positivamente en el respeto de ellos, ya sea como elementos coadyuvantes en la clarificación y establecimiento de los hechos, ya sea como elementos de refuerzo de la argumentación jurídica.

Con relación al primer tipo de órganos, resulta ilustrativa la decisión del CEDS de 11 de diciembre de 2009 sobre la Reclamación núm. 49/2008 (*INTERIGHTS c. Grecia*), en la que se acogió la tesis impugnatoria de la entidad reclamante, declarando la vulneración del art. 16 CSE (protección social, jurídica y económica de la familia) en la medida en que el Gobierno griego habría continuado desahuciendo a la fuerza a las personas gitanas sin proponerles un alojamiento adecuado, todo ello acompañado de discriminación racial en materia de acceso a la vivienda. Para alcanzar la conclusión violatoria el CEDS se basó, entre otras fuentes, en el informe de 2006 sobre la República Helénica del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa⁴¹ o en el informe de 2009 sobre Grecia de la Comisión Europea contra el Racismo y la Xenofobia del Consejo de Europa (ECRI)⁴², además de inspirarse en la jurisprudencia del TEDH (se citan, entre otras, las sentencias dictadas el 27 de mayo de 2004 o el 13 de mayo de 2008 en el caso *Connors* y en el caso *McCann*, respectivamente, ambos contra el Reino Unido).

En lo que concierne al otro grupo de instituciones, es interesante resaltar cómo fuentes de *soft-law* adoptadas por las instituciones políticas (como el Comité de Ministros o la Asamblea Parlamentaria) son susceptibles de utilización para reforzar la fundamentación jurídica de las decisiones vinculantes del CEDS. Ilustrémoslo con un ejemplo reciente: en su decisión de fondo de 2 de julio de 2013 (Reclamación Núm. 74/2011, *Felles forbundet for Sjøfolk c. Noruega*) se abordó la cuestión de la legislación nacional sobre edad de jubilación obligatoria de los marineros a los 62 años. Tras el examen de la legislación

⁴¹ Del mismo modo, en una decisión dictada apenas dos meses antes (19 de octubre de 2009, con relación a la Reclamación núm. 51/2008, *Centro de Derechos para los Gitanos Europeos c. Francia*) se acogió asimismo las pretensiones impugnatorias de la organización reclamante, según la cual las personas itinerantes, viajantes o nómadas («gens du voyage») en Francia eran víctimas de injusticia en el acceso a la vivienda, y especialmente de exclusión social y de desahucios forzosos, así como de segregación en la atribución de las viviendas, de condiciones mediocres de alojamiento y de falta de seguridad; el CEDS se apoyó nuevamente al efecto en el Memorándum del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa realizado tras su visita a Francia en 2008.

⁴² En otra decisión precedente, de 3 de diciembre de 2008 (Reclamación núm. 46/2007, *Centro de Derechos para los Gitanos Europeos c. Bulgaria*) el CEDS entendió que se habían vulnerado los apartados 1, 2 y 3 del art. 11 (derecho a la salud) en combinación con la cláusula de no discriminación del art. E de la Carta revisada de 1996, así como su art. 13 (derecho a la asistencia social y médica), por cuanto las autoridades no habrían tomado «las medidas apropiadas para remediar la exclusión, la marginación y los riesgos ambientales a los que la población gitana está expuesta en Bulgaria, así como las dificultades que encuentran numerosos gitanos para acceder a los servicios médicos» (apartado 51). Para alcanzar dicha conclusión, en el apartado 46 de la decisión de fondo, el CEDS acude al tercer informe sobre Bulgaria (2003) de la ECRI, así como al informe de seguimiento sobre Bulgaria (2001-2005) del Comisario de Derechos Humanos.



litigiosa, el CEDS concluyó una doble violación: por un lado, del art. 24 CSE (derecho de los trabajadores a protección en caso de despido), por cuanto se entendió que la normativa nacional permitía el despido directo por razón de edad, no garantizando de tal suerte a los trabajadores del mar una protección en caso de rescisión del contrato de trabajo, y ello con independencia del posible derecho al beneficio de una pensión de jubilación para los trabajadores afectados; y, por otro lado, del art. 1.2 CSE (protección eficaz del derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido), en la medida en que ese impedimento de seguir ejerciendo libremente la profesión de su elección en el caso de los marineros comportaría una diferencia de trato desproporcionada y no justificada en comparación con los trabajadores empleados en otras profesiones, y sin que se verifiquen en la actualidad los problemas de seguridad marítima y salud laboral que otrora justificaban esa diferenciación.

En lo que nos atañe, merece ser resaltado el enfoque novedoso que el CEDS opera al considerar el derecho a ganarse la vida por un trabajo libremente elegido como uno de los principales objetivos igualmente del art. 23, *«a saber, permitir a las personas mayores que permanezcan como miembros de pleno derecho de la sociedad y, consiguientemente, que no sufran ostracismo alguno por razón de su edad. Partiendo de dicho punto de vista, el Comité ha considerado que había que reconocer a toda persona activa o jubilada el derecho a participar en los diversos ámbitos de actividad de la sociedad, incluidas las medidas tendentes a permitir a las personas mayores que continúen trabajando o animándolas a ello (Digesto de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, 1 septiembre 2008; remisión a las Conclusiones XIII-5, Finlandia, p. 323). Entre dichas medidas figuran la prolongación de la edad para jubilarse o la posibilidad de acogerse a una jubilación anticipada con el fin de ejercer otro empleo o una actividad no asalariada»* (apartado 117); y completa su argumentación el CEDS recordando que: *«Los instrumentos adoptados en la materia por la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa [ver apartados 24 a 27 supra —se incluyen referencias la Resolución 1793(2011). Por una longevidad positiva: capitalizar el empleo y el potencial de trabajo de las personas mayores; la Recomendación 1796 (2007) sobre La situación de las personas mayores en Europa, y la Resolución 1502(2006) La cohesión social frente a los desafíos demográficos] van a ese respecto en la misma dirección que la Carta»*.

III. EL COMITÉ Y SUS SINERGIAS EXTERNAS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

1. Con respecto al sistema universal

Sin lugar a dudas, la fuente de sinergia externa más próxima al CEDS viene constituida por la institución análoga de la ONU, es decir, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En tal sentido, el CEDS se ha inspirado (tanto en el sistema de informes como en el procedimiento de reclamaciones colectivas) en las determinantes

interpretaciones elaboradas por el Comité de la ONU en desarrollo del Pacto de 1966 en la materia.

En lo atinente al sistema de informes, en las citadas Conclusiones de 2013 sobre España (publicadas en enero de 2014) sobre acceso a la salud de las personas inmigrantes en situación irregular, el CEDS subrayó: «*Esta idea de accesibilidad universal ha sido igualmente subrayada como uno de los elementos esenciales del derecho a la protección de la salud por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas: «§12. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte» [Observación general núm. 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)]».*

En el terreno de las reclamaciones colectivas es menester aludir el amparo de las personas que desgraciadamente engrosan el conocido como «cuarto mundo», o pobres del mundo desarrollado, que ha sido objeto de análisis, entre otras, en dos Reclamaciones colectivas contra Francia (la núm. 33/2006 formulada por el *Movimiento Internacional ATD-Cuarto Mundo*, y la núm. 39/2006 presentada por la *Federación europea de asociaciones nacionales que trabajan con los «sin techo»-FEANTSA*). En ambos casos, resueltos mediante sendas decisiones de fondo de idéntica fecha (5 de diciembre de 2007) se decidió por el CEDH que se habían vulnerado los compromisos internacionales incluidos en la Carta revisada, concretamente el derecho a la vivienda (art. 31) en combinación con la no discriminación (art. E) y, además, en el caso de la Reclamación núm. 33/2006, el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30). Merece destacarse que, una vez más, el CEDS se hace eco de la idea de sistema global de derechos humanos, de forma que se nutre en una plausible acción de sinergia de otras fuentes internacionales, como las Observaciones núm. 4 y 7 del Comité de Naciones Unidas sobre los derechos económicos, sociales y culturales, así como de la acción desempeñada por el Relator especial de Naciones Unidas sobre el derecho a una vivienda adecuada.

Desde la misma perspectiva de vulnerabilidad, en la decisión de fondo de 5 de junio de 2008 (Reclamación núm. 41/2007, *Centro de defensa de los derechos de las personas con discapacidades mentales c. Bulgaria*), el CEDS acogió la denuncia referente a la vulneración del derecho a la educación de los niños con discapacidades psíquicas moderadas, severas o profundas sobre la base del art. 17.2, considerado aisladamente y en conjunción con el art. E (principio de no discriminación) de la Carta revisada (apartado 54), en la medida en que las tasas de acceso de dichos niños al sistema educativo (en las estructuras del régimen general o, en su defecto, en estructuras especializadas) comportaba un agravio comparativo con relación a los demás niños. Una vez más, en su fundamentación jurídica el CEDS acudió al dictar su decisión (apartado 37) a los criterios de dotación, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad establecidos en este terreno por la Observación General núm. 14 sobre el derecho a la educación elaborada por el Comité de la ONU, en la que se

sostiene que los centros de enseñanza y los programas educativos deben ser accesibles a todos, sin discriminación, y que la enseñanza debe ser concebida de tal forma que responda a las necesidades de niños que tengan dificultades específicas.

Más tarde, en la decisión de 20 de octubre de 2009 (Reclamación núm. 47/2008, *Defence for Children International c. Países Bajos*) se analizó el reproche lanzado por la organización reclamante a la legislación holandesa, que privaría a los menores extranjeros en situación irregular en los Países Bajos del derecho a la vivienda (art. 31) y, como consecuencia de ello, de otros derechos autónomamente considerados o en combinación con el art. E (no discriminación) de la Carta revisada. Lo interesante de esta decisión radicó en que el CEDS aludió no únicamente a los derechos que los niños ostentan en su condición de persona, como todas las demás, sino señaladamente a determinados derechos que la Carta les reconoce a título particular por su situación específica, conjugada con la fragilidad, la autonomía limitada y potencial de evolución y acceso a la edad adulta (se traen a colación, a tal efecto, el derecho a un alojamiento del art. 31.2; el derecho a la salud derivado de los arts. 7, 8, 11 y 19.2; el derecho a la educación comprendido en los arts. 9, 10, 15, 17 y apartados 11 y 12 del art. 19; la protección de la familia y el derecho de reagrupación familiar en los arts. 16, 19.6 y 27; la protección frente a los peligros de explotación infantil en los arts. 7.1 y 17; la prohibición del trabajo de niños menores de quince años en los apartados 1 y 3 del art. 7; o condiciones de trabajo específicas para los trabajadores de entre quince y dieciocho años en el art. 7); y todo ello —en lo que nos ocupa— teniendo en cuenta el principio del interés superior del menor consagrado en la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño, con cita adicional de la Observación General núm. 5⁴³ y de la jurisprudencia precedente del propio CEDS (se menciona la decisión de fondo de 7 de diciembre de 2004, dictada en la Reclamación núm. 18/2003, *OMCT c. Irlanda*, apartado 61).

En fin, y para completar el círculo de sinergias en el plano universal, cabe subrayar otro tipo de retroalimentación, a saber, la contribución de alguna instancia internacional relevante a título de *amicus curiae* en el marco de algún procedimiento de reclamación colectiva: así sucedió por primera vez, inaugurando semejante posibilidad, con motivo de la Reclamación núm. 69/2011 (*Defence of Children International c. Bélgica*), que se resolvió mediante la decisión de fondo de 23 de octubre de 2012 en la que se declaró la violación de varias disposiciones de la CSE revisada (arts. 7.10, 11.1 y 3, y 17.1) a causa de la situación de desamparo de los menores extranjeros, acompañados o no y demandantes de asilo (tanto en el plazo de la salud como de su asistencia social y médica), que se encuentran

⁴³ Documento CRC/GC/2003/5, apartados 45-47.

en situación irregular o son demandantes de asilo en Bélgica⁴⁴. En particular, como se avanzaba, la sustanciación de la Reclamación núm. 69 ha contado con las primeras contribuciones importantes derivadas de la posibilidad de actuar en la citada calidad de *amicus curiae* prevista en el Reglamento del CEDS (art. 32A), concretamente por ACNUR y por la organización no gubernamental PICUM (*Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants*).

2. Con relación a otros sistemas regionales

Dentro del sistema regional europeo, al margen de las relaciones especiales entre el Consejo de Europa y la Unión Europea (*infra*, III.3), el CEDS se ha hecho eco asimismo de los trabajos de la OSCE. Así ocurrió, a título de ejemplo, en el marco de la Reclamación núm. 42/2008 (*Centre on Housing Rights and Evictions, COHRE c. Croacia*), resuelta mediante la decisión de fondo de 22 de junio de 2010, en la que se acogieron las denuncias formuladas por la organización reclamante acerca de la violación del art. 16 (protección de la familia) a la luz de la cláusula de no discriminación contenida en la CSE, por cuanto la población de etnia serbia, desplazada durante la guerra en la antigua Yugoslavia, habría sido víctima de un trato discriminatorio consistente en que dichas familias (por causa de su origen étnico) no habrían podido recuperar las viviendas que ocupaban antes del conflicto ni tampoco habrían podido beneficiarse del acceso a los programas de vivienda establecidos al efecto.

De igual manera, en la más reciente decisión de fondo de 12 de septiembre de 2014, de resolución de la Reclamación núm. 89/2013 (*Federación de Asociaciones Familiares Católicas en Europa c. Irlanda*), el CEDS tuvo en cuenta los trabajos de la OSCE⁴⁵, pero en este caso para concluir que no se había vulnerado por parte del Estado demandado el art. 17 CSE, al no constatarse por el CEDS la ausencia de medidas efectivas en la identificación y persecución de actos de trata de seres humanos y explotación sexual de menores.

Al margen de esas sinergias *intraeuropeas*, entiendo de gran interés aludir al diálogo judicial intercontinental, en este caso entre la Corte Interamericana de Derechos Hum-

⁴⁴ Con ello se venía a reafirmar la línea jurisprudencial abierta y corroborada en dos decisiones precedentes sobre menores extranjeros en situación irregular en materia de asistencia médica (Decisión de fondo de 8 de septiembre de 2004 sobre la Reclamación núm. 14/2003, *Federación internacional de ligas de derechos humanos c. Francia*) o de alojamiento (Decisión de fondo de 20 de octubre de 2009 sobre la Reclamación núm. 47/2008, *Defensa Internacional de los Niños c. Países Bajos*).

⁴⁵ Concretamente, el Informe de 21 de febrero de 2013 redactado por la Representante Especial de la OSCE y Coordinadora por la lucha contra la trata de seres humanos tras su visita a Irlanda (OSCE SEC. GAL/246/12, 21 febrero 2013).

nos y el CEDS⁴⁶. De particular relevancia en esta línea es la decisión de fondo de 25 de junio de 2010 sobre la Reclamación núm. 58/2009 (*COHRE c. Italia*). En ella, el CEDS se hizo eco de las denuncias formuladas por la organización reclamante, en donde se reprochaba a las autoridades italianas que la legislación de emergencia (basada en «medidas de seguridad» conocidas como «emergenzarom») adoptada para hacer frente a la situación de las personas gitanas (población romaní y sinti) habría sometido a éstas a un discurso racista y xenófobo, así como a campañas ilegales de expulsiones de los campamentos y del territorio italiano, con vulneración de los arts. 16 (protección social, jurídica y económica de la familia), 19 (protección y asistencia de los trabajadores migrantes y sus familias), 30 (protección contra la pobreza y la exclusión social) y 31 (derecho a la vivienda), invocados autónomamente y en conexión con la cláusula de no discriminación del art. E de la Carta revisada.

En cualquier caso, como se decía, la mayor aportación del CEDS en esta Reclamación núm. 58/2009 consiste en haber *européizado* la noción de violación agravada y responsabilidad agravada (tomada de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se cita explícitamente en la decisión de fondo)⁴⁷, que considera producida cuando se cumplen dos criterios: uno, la adopción de medidas violatorias de derechos humanos que afectan expresamente a grupos vulnerables; el otro, la pasividad de los poderes públicos, que no solamente omiten adoptar las medidas apropiadas contra los autores de dichas violaciones, sino que concurren a provocar esa violencia.

Esta novedosa jurisprudencia del CEDS se vio consolidada con motivo de la Reclamación núm. 63/2010 (*COHRE c. Francia*), resuelta mediante decisión de fondo de 28 de junio de 2011, con solución condenatoria motivada por el desalojo y desmantelamiento de campamentos gitanos, así como las expulsiones de Francia de las personas de etnia gitana (básicamente de nacionalidad búlgara y rumana) durante el verano de 2010: concretamente, el CEDS concluyó por unanimidad que hubo una violación del art. E (no

⁴⁶ Véase la obra colectiva de J. GARCÍA ROCA, P.A. FERNANDEZ, P. SANTOLAYA, y R. CANOSA, (eds.): *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2012; pero, sobre todo, el libro de R.Z.R., LEAO, *La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, Fabris Editora, Porto Alegre, 2009; y, más recientemente, L. BURGORGUE-LARSEN, «Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Tratado sobre protección de derechos sociales* (dirs. M. Terol Becerra y L. Jimena Quesada), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, así como V. BAZÁN y L. JIMENA QUESADA, *Derechos económicos, sociales y culturales. Cómo se protegen en América latina y en Europa*, Astrea, Buenos Aires, 2014.

⁴⁷ Véase apartado 75 de la decisión, en donde se citan las siguientes sentencias de la Corte de San José de Costa Rica: *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, 25 de noviembre de 2003, par. 139; *Las Masacres de Ituango c. Colombia*, 1 de julio de 2006, par. 246; *Goiburú y otros c. Paraguay*, 22 de septiembre 2006, par. 86 a 94; y *La Cantuca c. Perú*, 29 de noviembre de 2006, par. 115 y 116).

discriminación) combinada con el art. 31.2 (prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación) y con el art. 19.8 CSE revisada de 1996 (garantías relativas a la expulsión de los trabajadores migrantes y sus familias), entendiéndose nuevamente que había mediado una responsabilidad y violación agravadas (apartado 53).

Debe agregarse, para cerrar este epígrafe, que dicha decisión tuvo un gran impacto mediático, que se vio acrecentado por el hecho de haber sido objeto de una fuerte controversia en el seno de la Unión Europea, que precisamente acabó cerrándose en falso con una negociación política que evitó que la Comisión Europea iniciara formalmente un procedimiento de infracción ante el Tribunal de Justicia de la Unión: de hecho, en su decisión de 28 de junio de 2011, el CEDS constató (apartado 34) que «ningún procedimiento de infracción ha sido, hasta la fecha, iniciado contra Francia por la Comisión Europea por aplicación discriminatoria del derecho a la libertad de circulación». Lo cual nos lleva a analizar las específicas sinergias con la Unión.

3. La relación específica con la Unión Europea

En general, en el plano jurisprudencial, pese a que no sucede lo mismo en la dirección inversa (el TJUE no ha mencionado hasta la fecha al CEDS, lo mismo que se silencia en la CDFUE, tanto en el texto como en las Explicaciones anejas), el CEDS sí tiene presente la jurisprudencia del TJUE cuando ello comporta reforzar la protección de los derechos consagrados en la CSE⁴⁸. Como ilustración, reviste interés la decisión de fondo de 23 de enero de 2013 de resolución de la Reclamación núm. 72/2011 (*Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos c. Grecia*) en la que el CEDS concluyó la violación del art. 11 CSE (derecho a la salud) como consecuencia de la contaminación masiva y los efectos perniciosos para la salud de los habitantes cercanos al río Asopos y en los alrededores de la zona industrial de Inofyta, situada a 50 kilómetros al norte de Atenas; y ello especialmente por la ausencia de un programa de información sistemática y de sensibilización de la población afectada por la citada polución, contraviniendo de este modo las autoridades griegas sus obligaciones positivas en la materia.

Debe recalarse que, por una parte, en una positiva acción de sinergia, el CEDS se hace eco de la jurisprudencia ambiental tanto del TEDH⁴⁹ como del TJUE⁵⁰; y, por otra

⁴⁸ Una reunión conjunta reciente del TJUE y del CEDS tuvo lugar en Luxemburgo, el 1 de diciembre de 2014, como objeto de mejorar ese diálogo judicial europeo en el plano de los derechos sociales.

⁴⁹ Verbigracia, en el párrafo 51 se citan las SSTEDH *López Ostra c. España* de 9 de diciembre de 1994, *Guerra y otros c. Italia* de 19 de febrero de 1998, y *Ledyayeva y otros c. Rusia* de 26 de octubre de 2006.

⁵⁰ En lo que concierne al Tribunal de Luxemburgo véase, a título de ejemplo, párrafos 25 y siguientes de la decisión, en donde se citan, entre otras, las SSTJUE de 2 de diciembre de 2012 (*Comisión Europea c.*



parte, el CEDS reafirma así su propia jurisprudencia precedente, que ha sido particularmente exigente con relación al derecho a la seguridad e higiene en el trabajo al entroncarlo directamente con el derecho a la integridad física y psíquica (Decisión de fondo de 17 de octubre de 2001 sobre la Reclamación núm. 10/2000, *Tehyry y STTK ry c. Finlandia*), así como con respecto al derecho a la salud del conjunto de la población frente a actividades contaminantes como la explotación del lignito (Decisión de fondo de 6 de febrero de 2007 sobre la Reclamación núm. 30/2005, *Fundación Marangopoulos por los derechos humanos c. Grecia*).

En análogo sentido convergente debe mencionarse la ya citada decisión de fondo de fecha 2 de julio de 2013 (Reclamación núm. 74/2011, *Felles forbundet for Sjøfolk c. Noruega*) sobre edad de jubilación obligatoria de los marineros. Interesa destacar que el CEDS incide en la no discriminación por razón de edad, en paralelo a la jurisprudencia del mismo signo que viene desarrollándose por el TJUE y de la discusión en el seno de la UE acerca de la adopción de una nueva Directiva sobre igualdad de trato que se ocupe específicamente, entre otros motivos, de la edad⁵¹.

Al contrario, se ha producido un enfoque jurisprudencial divergente entre el TJUE y el CEDS en materia de conciliación de las libertades económicas y los derechos sociales. Así, la aproximación desde Luxemburgo ha venido marcada por la adopción de las SSTJUE *Viking* (de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05) y *Laval* (de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05): según estos pronunciamientos, los derechos sociales (concretamente, de sindicación y de negociación colectiva) habrían quedado sometidos a una lógica económica que les subordinaría a los imperativos de la libre circulación y la libre competencia, ilustrando una oposición «cuasicultural»⁵². En ambos supuestos, la acción sindical pretendió contrarrestar prácticas deslocalizadoras de «dumping social», pues en el primero las medidas de conflicto colectivo tendían a disuadir al empleador (*Viking*) de cambiar el pabellón finlandés de uno de sus buques y registrarlo bajo pabellón de otro Estado miembro (Estonia), y en el segundo esas medidas de conflicto perseguían que los

República Helénica, asunto C-534/09) o de 9 de abril de 2012 (*Comisión Europea c. República Helénica*, asunto C-297/11), o el párrafo 152 (con cita de las SSTJUE de 5 de mayo de 1998, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Compassion in World Farming Ltd.*, asunto C-157/96; o de 11 de septiembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c. Consejo de la Unión Europea*, T-13/99).

⁵¹ En los párrafos 31 a 33 se citan, entre otras, las SSTJUE *Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA* de 16 de octubre de 2007 (asunto C-411/05), *The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* de 1 de mayo de 2009 (asunto C388/2007), *Domnica Petersen c. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe* de 3 de julio de 2010 (asunto C-341/2008), *Gisela Rosenblatt c. Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH* de 18 de diciembre de 2010, o *Torsten Hörnfeldt c. PostenMeddelande AB* de 5 de julio de 2012 (asunto C-141/11).

⁵² Así la califican J. P. MARGUENAUD y J. MOULY, «La jurisprudence sociale de la Cour EDH: bilan et perspectives», *Droit social*, núm. 9/10, 2010, p. 891.



asalariados de una empresa (Laval) de Letonia del sector de la construcción desplazados a Suecia pudieran acogerse al régimen laboral sueco más favorable que el del país de origen. En ambos casos, las SSTJUE habrían preferido ubicar el derecho de acción colectiva de los asalariados en la categoría de «derechos fundamentales de segundo rango» supeditados a las libertades económicas, a las que quedarían sometidos. Parece así establecerse una especie de jerarquización entre derechos sociales y libertades económicas en detrimento de los primeros⁵³.

Diversamente, en la Decisión de fondo de fecha 3 de julio de 2013 (Reclamación núm. 85/2012, *Confederación General del Trabajo de Suecia y Confederación General de directivos, funcionarios y empleados c. Suecia*) el CEDS analizó los cambios introducidos en el terreno de la libertad sindical y la negociación colectiva en la legislación sueca tras la sentencia *Laval* del TJUE (de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05). Efectivamente, el CEDS ha adoptado una postura divergente a la del TJUE, al concluir una violación de los apartados 2 y 4 del art. 6 (derecho a la negociación colectiva), así como de las letras a) y b) del art. 19.4 (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y asistencia, concretamente a recibir un trato no menos favorable que los nacionales en materia de remuneración y demás condiciones laborales, y de afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas ofrecidas por los convenios colectivos) de la Carta Social Europea⁵⁴. Resta por saber si el TJUE, teniendo en cuenta además que existe un debate en el seno de las instituciones políticas legisladoras de la UE en torno a la reconsideración del estatuto de los trabajadores desplazados, se hará eco asimismo de la vigencia de la CDFUE (desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, es decir, a partir del 1 de diciembre de 2009 y, por ende, con posterioridad a dichas sentencias pronunciadas en 2007) para converger con la postura del CEDS, en la medida en que la CDFUE (cuyo catálogo de derechos sociales se ha redactado teniendo en cuenta explícitamente la Carta Social Europea) postula dicha armonización en su art. 53. El caso es que ha habido pronunciamientos anteriores y posteriores a los casos *Laval* y *Viking* que deberían invitar al optimismo en tal dirección⁵⁵; si bien las últimas decisiones del TJUE sobre derechos

⁵³ P. RODIÈRE, «L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la CJCE», *Droit social*, núm. 5, 2010, p. 578, así como J. ASTOLA MADARIAGA, «Lo social y lo económico en los Tratados de la Unión y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 13, 2009, pp. 376-377.

⁵⁴ Para un análisis comparativo y exhaustivo de la sentencia «Laval» del TJUE y de la decisión del CEDS sobre la Reclamación núm. 85/2012, léase C. SALCEDO BELTRÁN, *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*, Bomarzo, Albacete, 2014, especialmente pp. 37-127.

⁵⁵ En tal sentido, genera ciertas expectativas la más reciente STJUE *Comisión c. Alemania* (de 15 de julio de 2010, asunto C-271/08) en la que, si bien el juicio de ponderación de los jueces de Luxemburgo se decanta por las libertades económicas, se alude a la negociación colectiva claramente como derecho fundamental (mencionándose, adicionalmente, por vez primera la Carta Social Europea revisada de 1996 junto a la CDFUE) y se

sociales reconocidos en la CDFUE lamentablemente atemperan dicho optimismo⁵⁶. La cuestión no es baladí, ni meramente teórica, especialmente cuando los efectos de la crisis económica, en términos de degradación *indivisible* de los derechos cívico-políticos y de los derechos socio-económicos, no han quedado en absoluto mitigados⁵⁷. Bajo tal ángulo, obsérvese que en la fundamentación jurídica de las cinco decisiones «anticrisis» sobre recorte de pensiones en Grecia (Reclamación núm. 76/2012, 77/2012, 78/2012, 79/2012 y 80/2012), que condujo a las decisiones de 7 de diciembre de 2012 (vulneración del art. 12 CSE), el CEDS declara que las autoridades de un país no pueden utilizar el pretexto de medidas impuestas desde determinados organismos (la Troika) para eludir los compromisos asumidos en virtud de la CSE, que como tal tratado internacional debe ser respetado en el ámbito interno; tampoco se acepta la conocida como «doctrina Bosphorus» asumida por el TEDH (presunción general de conformidad del Derecho de la UE con respecto al CEDH)⁵⁸.

A este respecto, cabe observar igualmente que el TJUE ha quedado al margen del análisis de las medidas anticrisis impulsadas por la Troika, las cuales sí han recibido un severo reproche por parte del Parlamento Europeo bajo una doble óptica: por ahondar en el endémico déficit democrático (la Eurocámara denuncia su exclusión, siquiera a título de consulta, con respecto a la opaca organización y gestión de las operaciones de la Troika) y por vulnerar el acervo social europeo (con cita explícita de la CSE y de las decisiones del CEDS contra Grecia)⁵⁹. Por cierto, el Defensor del Pueblo Europeo, que recibió

opera un análisis de conciliación (y no de jerarquización) entre derechos fundamentales que parece ir más en la línea de la STJUE *Schmidberger* (de 12 de junio de 2003, asunto C-112/00), en la que, junto a la STJUE *Omega* (de 14 de octubre de 2004, asunto C-36/02) parecería incluso haberse otorgado prevalencia a los derechos fundamentales frente a las libertades clásicas del mercado. *Vid.* J. MORIJN, «Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and the Omega in the Light of the European Constitution», *European Law Journal*, núm. 12 (1), 2006, pp. 15-40.

⁵⁶ Así lo ilustran las SSTJUE *Association de médiation sociale* (15 de enero de 2014, asunto C-176/2012) y *Victor Manuel Julián Hernández y otros* (10 de julio de 2014, asunto C-198/13), sobre los arts. 27 y 20, respectivamente, de la CDFUE.

⁵⁷ Las últimas huelgas generales en Grecia en noviembre de 2014 (que suceden a una treinta de huelgas anteriores) y la espada de Damocles de un nuevo rescate a la República Helénica así lo ponen de manifiesto.

⁵⁸ STEDH *Bosphorus Hava Yollari Tutizim ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda* de 30 de junio de 2005. Léase P. STANGOS, «Les rapports entre la Charte sociale européenne et le droit de l'Union européenne ne: le rôle singulier du Comité européen des Droits Sociaux et de sa jurisprudence», *Cahiers de droit européen*, núm. 49, 2013, pp. 319-39⁵⁹. Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2014, sobre los aspectos laborales y sociales del papel y las actividades de la Troika (BCE, Comisión y FMI) en relación con los países de la zona del euro sujetos a un programa (2014/2007(INI)).

⁵⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2014, sobre los aspectos laborales y sociales del papel y las actividades de la Troika (BCE, Comisión y FMI) en relación con los países de la zona del euro sujetos a un programa (2014/2007(INI)).

alguna queja denunciando esas medidas de austeridad en Grecia, se estimó incompetente para abordar el problema, pero ejerció de «mediador» incitando al Parlamento Europeo a pronunciarse en tal sentido⁶⁰.

IV. SINERGIAS E IMPACTO DEL COMITÉ EN EL ÁMBITO NACIONAL

En el epígrafe II.1 (*supra*) se han avanzado ejemplos de cómo las resoluciones del CEDS han sido asumidas y ejecutadas en el ámbito nacional (también en el caso de España) en los distintos niveles del poder público (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Parece ahora conveniente incidir en esa última rama del poder, recordando asimismo que las citadas decisiones «anticrisis» en Grecia de mayo (flexibilidad laboral) y de diciembre (recortes de pensiones) de 2012 han gozado de cierta aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales⁶¹. Dicho lo cual, lo más interesante es que alguna de esas decisiones del CEDS (especialmente la dictada en la Reclamación núm. 65/2011) ha tenido eco mediático e impacto jurisdiccional en España, pese a no haber aceptado nuestro país el procedimiento de reclamaciones colectivas.

En particular, en el plano judicial ordinario, algunos órganos jurisdiccionales españoles han llegado a ejercer el «control de convencionalidad» con apoyo explícito en esa decisión del CEDS dictada el 23 de mayo de 2012 en la Reclamación núm. 65/2011 para, haciendo valer la prevalencia de un tratado (a la sazón, la CSE) sobre la normativa nacional (la legislación de reforma del mercado laboral que implantó, entre otra medidas, el contrato de apoyo a emprendedores que da entrada a un periodo de prueba de doce meses durante los cuales es posible el despido sin indemnización y sin preaviso), descartar la aplicación de esta última: esa postura la inauguró la Sentencia núm. 412/2013, de 19 de noviembre de 2013, del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona (procedimiento núm. 426/2013 en materia de despido) y ha sido seguida con diversa intensidad por otros órganos jurisdiccionales del orden social⁶².

⁶⁰ Decision of 7 November of 2012 of the European Ombudsman closing his inquiry into complaint 973/2012/ANA against the European Commission.

⁶¹ Pueden leerse M. YANNAKOUROU y C.T. TSIMPOUKIS, «Flexibility without security and deconstruction of collective bargaining: the new paradigm of Labour Law in Greece», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 35, núm. 3, 2014, p. 341 (véase una versión más breve en español de dicho trabajo bajo el título «La Reforma Laboral en Grecia (2010-2012)», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34, 2013). Véase asimismo C. DELIYANNI-DIMITRAKOU «La Charte sociale européenne et les mesures d'austérité grecques: à propos des décisions des décisions Núm. 65 et 66/2012 du Comité européen des droits sociaux fondamentaux», *Revue de Droit du Travail*, Núm. 7/8, 2013, pp. 457-470.

⁶² Una meridiana crítica en C. SALCEDO BELTRÁN, «El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional», *Revista de Derecho Social*, 2013, núm. 62, pp. 93-122.

Con una posición contraria, el TC ha decidido sencillamente ignorar la citada decisión del CEDS al pronunciarse explícitamente sobre esa misma norma nacional en la reciente STC 119/2014, de 16 de julio (recurso de inconstitucionalidad núm. 5603-2012, interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo). El pronunciamiento mayoritario contrasta con el voto particular discrepante suscrito por tres magistrados constitucionales, que sí mencionan la reiterada decisión del CEDS. Verdaderamente, el proceder del TC resulta de lo más preocupante al no atender el canon europeo y, por tanto, establecer una especie de brecha entre éste y el canon constitucional⁶³.

Sin embargo, dicha brecha no debería producirse, por la sencilla razón de que el canon europeo es también canon constitucional (impuesto por los arts. 10.2 y 93 a 96 de la Constitución) y, consecuentemente, canon que se impone a la propia jurisdicción constitucional. El TC está sometido a la Constitución, no por encima de ella y, lógicamente, esa sumisión se extiende a las mencionadas disposiciones constitucionales⁶⁴. Lo curioso es que, incluso tras la STC 119/2014, se ha seguido aplicando el criterio convencional marcada por el CEDS en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, resaltando esas disposiciones constitucionales y el valor de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados⁶⁵, una internacionalización de nuestro ordenamiento constitucional que por lo demás ha venido consolidada y reforzada por la reciente *Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*.

V. REFLEXIONES FINALES: HACIA LA OPTIMIZACIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Llegados a este punto, me parece fundamental que no sigamos empeñados en reinventar, sino en ser coherentes y dotar de efectividad y optimizar lo ya inventado. Con tal

⁶³ Un tono muy crítico respecto de ese pronunciamiento en C. MOLINA NAVARRETE, «Reforma laboral y «Justicia Constitucional»: el Tribunal Constitucional ni es «infalible» ni ya tiene la «última palabra». Comentario a la STC 129/2014, de 16 de julio, RI 5603-2012, interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo», *RTSS-CEF*, núm. 377-378, agosto-septiembre 2014, pp. 183-190.

⁶⁴ Desgraciadamente, el TC se ha alejado asimismo en otros casos recientes del canon europeo (en este caso, del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH, en un asunto muy relevante referente al disfrute del derecho a la vivienda) pese a ocuparse de supuestos sustancialmente análogos a los resueltos en Estrasburgo, como en la STC 188/2013, de 14 de noviembre (recurso de amparo núm. 3769-2012), en donde decide apartarse de lo resuelto por la ya citada STEDH *Winterstein y otros c. Francia* de 17 de octubre de 2013. En el caso de la STC 188/2013, dos de los cinco magistrados suscribieron un voto particular discrepante con sólido apoyo en esa sentencia europea; a la sazón, esos dos magistrados son asimismo dos de los tres que luego han suscrito el voto disidente frente al criterio mayoritario de los otros nueve en la STC 119/2014 sobre la reforma laboral.

⁶⁵ Lo ilustra la reciente Sentencia núm. 352 de 5 de noviembre de 2014 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona (procedimiento de despido núm. 116/2014).

filosofía, ya que se decide «reinventar» una CDFUE (con el enorme coste económico que ello comportó en dietas, etc., para los redactores, expertos, etc.) con catálogo de derechos pero sin garantías específicas, ¿por qué no poner más empeño en explotar «al alza» las sinergias en ella previstas, concretamente a la luz de la interacción entre los niveles de protección mencionados en el título VII, en congruencia con el principio *favor libertatis* contemplado en el art. 53 CDFUE, lo mismo que en el art. 53 CEDH o en el art. 32 CSE —art. H CSE revisada?; ¿por qué obviar en sede jurisdiccional comunitaria que el catálogo de derechos sociales de la CDFUE —especialmente incluidos en el título sobre «solidaridad»— se ha basado en la CSE revisada de 1996, como explícitamente se reconoce en las Explicaciones anejas del Praesidium?; ¿por qué se genera desde el TJUE en su jurisprudencia más reciente la sensación de que es más tímido ahora con respecto al catálogo de derechos sociales de la CDFUE, esto es, ahora que cuenta con una base habilitante expresa, que en su precedente jurisprudencia social pretoriana?

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

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

En este escenario, no estamos confrontados a un problema de adopción de normas o de establecimiento de garantías sobre derechos sociales, sino a un problema de compro-

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

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

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

TITLE

THE EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS: SYNERGIES AND IMPACT ON THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS SYSTEM AND ON DOMESTIC LEGAL ORDERS

SUMMARY

I. INTRODUCTORY REMARKS. THE PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS WITHIN THE COUNCIL OF EUROPE: CONTEXTUALISATION AND RELEVANCE OF THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER. II. THE EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS AS SPECIALISED SOCIAL JURISDICTION AND INTERNAL SYNERGIES IN THE COUNCIL OF EUROPE. 1. Justiciability and effectiveness of social rights through the two monitoring mechanisms before the Committee. 2. Interaction of the Committee and the European Court of Human Rights. 3. Synergies of the Committee with other monitoring bodies. III. THE COMMITTEE AND ITS EXTERNAL SYNERGIES WITHIN THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS SYSTEM. 1. With regard to the universal system. 2. In relation to other regional systems. 3. The specific relationship with the European Union. IV. SYNERGIES AND IMPACT OF THE COMMITTEE AT THE DOMESTIC LEVEL. V. FINAL REFLECTIONS: TOWARDS THE OPTIMISATION OF THE PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS.

KEY WORDS

Global System of Human Rights; Complementarity; European Social Acquis more favourable standard; Positive judicial will.

ABSTRACT

This paper analyses the position of the European Social Charter and the new developments in the case law of the European Committee of Social Rights from a complementary and pluralistic approach to the system of law sources with a view to finding the most favourable standard in the field of social rights. From this point of view, complementarity and pluralism are discussed both at European level (Council of Europe and European Union) and at the universal scope and other regional levels, without forgetting the synergy and impact of the Committee's decisions on the national context. In this sense, the emphasis is put on the need to clarify (vertically) the articulation between the national norm and case law on the one hand, and, on the other hand, between international norms and jurisprudences, by taking into consideration the above mentioned favor libertatis principle and, consequently, making the international standard eventually prevail over national standard through a proper control of conventionality exercised by national jurisdictions. Similarly, the pro personae principle should guide (horizontally) the articulation of international standards on social rights. In any case, the paper concludes that the real optimisation of social rights requires clarifying that if the recognition of rights is meaningless without the existence of guarantees, the value of the latter ultimately depends on the positive will by stakeholders to implement them.

Fecha de recepción: 23/02/2015

Fecha de aceptación: 10/04/2015