

VNIVERSITAT  VALÈNCIA

**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL,  
CIENCIA POLÍTICA Y DE LA ADMINISTRACIÓN**



TESIS DOCTORAL  
Modalidad Doctorado Internacional

**LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN EL ORDEN  
CONSTITUCIONAL ESPAÑOL**

DOCTORANDA  
Daría Terrádez Salom

DIRECTOR  
Luis Jimena Quesada  
Catedrático de Universidad

Valencia, 2014



<b>CAPÍTULO I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y MÉTODO EMPLEADO</b> .....	9
1. La Carta Social Europea y su aceptación e impacto en España .....	11
1.1 Compromisos aceptados: la Carta Social Europea y su Protocolo de 1988 .....	12
1.1.1 La dignidad como vector del Estado social y democrático de Derecho y como valor axiológico, <i>también</i> , de los derechos sociales.....	12
1.1.2 Breve aproximación al impacto positivo de la Carta Social en España: protección de personas y situaciones vulnerables .....	17
1.1.3 Primera crítica a supuestos todavía necesitados de mejor protección.....	23
1.2 Referencia al Protocolo de 1991 .....	26
1.3 Asignaturas pendientes: el Protocolo de 1995 sobre reclamaciones colectivas y la Carta revisada de 1996. Una negativa y dos paradojas.....	31
2. Actualidad del tema de investigación, metodología y fuentes utilizadas .....	36
<b>CAPÍTULO II. BASES CONSTITUCIONALES DE INCORPORACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN ESPAÑA</b> .....	41
1. Artículos 93 a 96 y mandato aplicativo .....	43
2. Artículo 10.2 y mandato interpretativo .....	61
<b>CAPÍTULO III. LA INCORPORACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA POR INTERVENCIÓN DE LOS PODERES LEGISLATIVO Y EJECUTIVO</b> .....	77
1. Plano estatal.....	78
2. Plano autonómico.....	103
2.1 La presencia de la Carta Social Europea en los Estatutos de autonomía de nueva generación .....	103
2.2 La presencia de la Carta Social Europea en la normativa autonómica de desarrollo: las Cartas de Derechos Sociales de las Comunidades Autónomas .....	127

<b>CAPÍTULO IV. LA APLICACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA POR LA ACCIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES</b> .....	139
1. La Carta Social Europea en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	140
2. La Carta Social Europea en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional.....	157
3. La Carta Social Europea en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad valenciana.....	164
<b>CAPÍTULO V. LA UTILIZACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA POR OTROS ORGANISMOS E INSTANCIAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS Y LIBERTADES: EN ESPECIAL LAS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO</b> .....	171
1. Las Defensorías del Pueblo .....	172
1.1 Plano estatal.....	173
1.2 Plano autonómico.....	190
2. Breve comentario a la desaparición de algunas Defensorías del Pueblo .....	210
<b>CAPÍTULO VI. EL CONTROL EFECTUADO POR EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES CON RESPECTO DE ESPAÑA</b> .....	215
1. El sistema de informes del CEDS: breve descripción del procedimiento.....	218
2. Con relación a personas y categorías vulnerables de personas .....	226
2.1 Personas extranjeras .....	228
2.2 Infancia.....	238
2.3 Personas mayores .....	244
2.4 Personas con discapacidad:.....	251
3. Con respecto a los distintos derechos reconocidos .....	258
3.1 El derecho a una remuneración equitativa .....	259
3.2 Otros derechos sociales .....	265
a) El derecho a la salud y a los servicios sociales.....	266
b) Derecho a una vivienda .....	272

<b>CAPÍTULO VII. EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DEL CEDS .....</b>	<b>277</b>
1. Supervisión del Consejo de Europa .....	278
1.1 Comité de Ministros.....	279
1.2 Comité Europeo de Derechos Sociales.....	284
2. Ejecución en el plano interno: comparación con la ejecución de las sentencias del TEDH.....	288
<b>CAPÍTULO VIII. LOS SUPUESTOS OBSTÁCULOS A LA ACEPTACIÓN EN ESPAÑA DE LOS COMPROMISOS RELACIONADOS CON LA CARTA SOCIAL EUROPEA .....</b>	<b>293</b>
1. El Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995.....	294
2. La Carta Social Europea revisada de 1996 .....	302
<b>CAPÍTULO IX. LA POTENCIAL APLICACIÓN EN ESPAÑA DE LOS COMPROMISOS REFERENTES A LA CARTA SOCIAL PENDIENTES DE ACEPTACIÓN .....</b>	<b>309</b>
1. El Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995 .....	309
2. La Carta Social Europea revisada de 1996.....	316
2.1 La Carta de los Derechos Fundamentales de las Unión Europea: luces y sombras del reconocimiento de los derechos fundamentales en la UE .....	318
<b>CAPÍTULO X. CONCLUSIONES .....</b>	<b>327</b>
<b>ANEXO BIBLIOGRÁFICO .....</b>	<b>355</b>
<b>1. MONOGRAFÍAS .....</b>	<b>355</b>
<b>2. REVISTAS CIENTÍFICAS .....</b>	<b>360</b>
<b>3. INFORMES DE INSTITUCIONES DE DERECHOS HUMANOS .....</b>	<b>365</b>
<b>3.1 ARARTEKO .....</b>	<b>365</b>
<b>3.2 DEFENSORÍA DEL PUEBLO ANDALUZ.....</b>	<b>365</b>
<b>3.3 OTRAS.....</b>	<b>366</b>
<b>4. PONENCIAS Y CONCLUSIONES DE CONGRESOS.....</b>	<b>366</b>
<b>5. DOCUMENTOS DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES Y DEL CONSEJO DE EUROPA .....</b>	<b>367</b>
5.1 COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES.....	367
5.2 SECRETARIA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA .....	368
5.3 COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA.....	368

5.4 COMISARIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	369
5.5 ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA .....	369

*¿Cuál es el primer objetivo de la sociedad? Garantizar los derechos imprescindibles del hombre ¿Cuál es el primero de estos derechos? El de existir. La primera ley social es, pues, aquella que garantiza a todos los miembros de la sociedad los medios para existir: todas las demás están subordinadas a ella.*

Discurso a la Convención de 2 de diciembre de 1792, Maximilien Robespierre





## **CAPÍTULO I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y MÉTODO EMPLEADO**

El objetivo de este primer capítulo es el de centrar y delimitar el objeto de estudio, es decir la importancia de la Carta Social Europea en el conjunto normativo español referente a los derechos sociales. Estos, presentes en nuestra Constitución en forma de principios rectores de la política social y económica, se han venido representando en nuestro marco jurídico como “vectores secundarios” de nuestro sistema de derechos fundamentales, dejando su desarrollo y regulación en manos del legislador que, con mayor o menor pericia o, mejor dicho, con mayor o menor voluntad, ha ido estableciendo a lo largo de nuestro joven periplo democrático<sup>1</sup>.

España, en los albores de su recién estrenada democracia, era un Estado deseoso de incorporarse cuanto antes al conjunto de Estados democráticos y ello debía empezar por aceptar los convenios y tratados que, en materia de protección de los derechos fundamentales, habían ido surgiendo en Europa tras el fin de la Segunda Guerra Mundial con la emergencia del conocido como Derecho internacional de los derechos humanos. Con un retraso de numerosos años, que aún deja ver sus consecuencias, el constituyente español tenía entre sus tareas desarrollar el procedimiento de firma y ratificación de los tratados, convenios y cartas que garantizarían una protección añadida a los derechos fundamentales incluidos en la futura Constitución. Y la Carta Social Europea de 1961 era uno de esos convenios, que no únicamente se tuvo en cuenta en la elaboración del elenco constitucional español de derechos fundamentales, sino que en el proceso constituyente se mencionó como uno de los tratados europeos básicos que haría las

---

<sup>1</sup> Cubre, en este sentido, un importante vacío y un déficit de atención doctrinales en España en este terreno la obra colectiva de TAJADURA TEJADA, J. (dir.): *Los principios rectores de la política social y económica*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004.

veces de catálogo español en caso de optarse por una visión “orgánica” del texto constitucional sin tabla propia de derechos, sino con remisión a los tratados internacionales<sup>2</sup>: por fortuna, finalmente hubo tabla de derechos y esa remisión (consagrada en el art. 10.2 de la Carta Magna) presenta una enorme potencialidad.

Por lo demás, merece la pena asimismo observar que esa demora del constituyente español en materia de tratados internacionales se ha visto acentuada por un tardío desarrollo por parte del legislador de esas cláusulas constitucionales de apertura internacional, como lo acredita el reciente (y todavía pendiente de aprobación en el momento de cerrar estas páginas) *Proyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*<sup>3</sup>, que al menos presenta la virtud de pretender dejar zanjada la prevalencia de los tratados sobre las normas de producción nacional.

Por lo tanto, en este primer capítulo se analizará el impacto jurídico-constitucional de la ratificación de la Carta Social Europea en el sistema normativo español<sup>4</sup>, así como la ratificación de otros protocolos posteriores, pero además se analizará el que puede ser el mayor escollo que tiene España a la hora de dotar de verdadero sentido a lo establecido en el artículo 1.1º de la Constitución; afirmamos desde este

---

<sup>2</sup> Así lo recuerda uno de los ponentes constitucionales, concretamente PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 53: al abordar la redacción del anteproyecto constitucional (entre agosto y diciembre de 1977), con relación al título sobre derechos fundamentales, dice: “se inició el trabajo con mi exposición y las de Fraga y Solé Tura de los documentos que cada uno aportábamos como propuesta. Los ponentes de UCE, que no presentaron texto para este Título, manifestaron que su grupo se remitía al Convenio Europeo, a sus protocolos adicionales y a la Carta Social Europea”.

<sup>3</sup> BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 72-1, de 05/11/2013. En su art. 32, bajo la rúbrica “Prevalencia de los tratados”, se establece: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

<sup>4</sup>Para ello, se utilizará la ficha elaborada por el servicio de la Carta Social Europea donde se resumen los avances de España que, en el ámbito legislativo, han dado efectividad a lo establecido por la CSE, así como las carencias que el Comité Europeo de Derechos Sociales ha podido constatar, de acuerdo con la información facilitada por España a través de los informes bianuales que está obligada a presentar. Fecha de actualización: mayo 2013.

momento que la falta de ratificación de la Carta Social Europea, en su versión revisada, hace que el proclamado Estado social y democrático de Derecho, carezca de un sentido perfecto, es decir que está incompleto, lo que redundará en una merma de derechos sociales, y de su correspondiente garantía, que afecta negativamente al ciudadano.

## 1. La Carta Social Europea y su aceptación e impacto en España

España ratificó en 1980 la Carta Social Europea<sup>5</sup> (en adelante CSE), completando así su andadura hacia el establecimiento de un sistema integrado<sup>6</sup> de derechos fundamentales, así como sus procedimientos de garantía y protección. De acuerdo con el instrumento de ratificación, España se obligó respecto de lo establecido en los 38 artículos de la CSE, estableciendo únicamente una declaración<sup>7</sup> con relación a los artículos de la CSE que regulan el derecho sindical y el derecho a la negociación colectiva y su interpretación, en particular con respecto de los preceptos que regulan dichas materias en la Constitución española.

Además, España ratificó en el año 2000 el Protocolo a la CSE de 1988 que establecía algunos derechos más, como el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, el derecho a información y consulta de los trabajadores con relación a la situación de la empresa o a las situaciones que afecten a sus intereses, el derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las

---

<sup>5</sup>Esta primera parte del trabajo se centra en el análisis del impacto de la ratificación de la Carta Social Europea de 1961, por lo que cuando se hable de la CSE siempre será en referencia a dicha primera versión del texto normativo.

<sup>6</sup>Con relación a los derechos sociales, España ya había ratificado en 1977 el Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales de Naciones Unidas.

<sup>7</sup> Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961: “*España interpretará y aplicará los artículos 5º y 6º de la Carta Social Europea, en relación con el artículo 31 y el anexo a la Carta, de manera que sus disposiciones sean compatibles con las de los artículos 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución española*” B.O.E. nº153, de 26 de junio de 1980.

condiciones de trabajo y del entorno laboral y el derecho de protección social de las personas mayores.

## 1.1 Compromisos aceptados: la Carta Social Europea y su Protocolo de 1988

### 1.1.1 La dignidad como vector del Estado social y democrático de Derecho y como valor axiológico, *también*, de los derechos sociales

Antes de la ratificación de la CSE<sup>8</sup> y precisamente preparando el camino para la asunción de ese acervo social europeo, ya se produjo el primer avance a escala nacional hacia el establecimiento de un sistema de garantías, en este caso de los trabajadores, con la adopción del Estatuto de los Trabajadores<sup>9</sup> que desarrolló el artículo 35 de la Constitución, donde se establece el deber de trabajar y el derecho de todos los españoles al trabajo. El Estatuto recogió en su momento una serie de derechos que ya venían reconocidos por la Constitución, como el derecho a la huelga, la libertad de sindicación o el derecho a la negociación colectiva, recogidos a su vez en el texto de la CSE que se ratificaría un mes después. Asimismo, se regulaban los aspectos fundamentales de las relaciones de trabajo, como las vacaciones, la jornada laboral o la extinción del contrato de trabajo.

Podemos afirmar que la aprobación y entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores supuso la cristalización de la voluntad del legislador

---

<sup>8</sup> En esta primera parte del capítulo I no se va a entrar a detallar cada uno de los derechos establecidos en la CSE, pues España ratificó por entero la Parte II de dicha norma, excepto una denuncia efectuada al artículo 8.4.b, prohibición del empleo de las mujeres en trabajos subterráneos de minería y en determinadas actividades penosas, insalubres o peligrosas (B.O.E. de 10 de mayo de 1991), que no es de aplicación en nuestro país. Respecto del Protocolo adicional a la Carta de 5 de mayo de 1988, España aceptó todas sus disposiciones.

<sup>9</sup> Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, B.O.E nº64, de 14 de marzo de 1980.

social de establecer una regulación de las relaciones laborales y de sus condiciones adaptada a los nuevos tiempos democráticos. Un ejemplo de esta voluntad adelantada, respecto del texto de la CSE ratificado en abril de 1980, es la regulación del empleo de los menores de dieciséis años; el Estatuto prohibía a los menores de dicha edad realizar una actividad laboral, siendo más proteccionista que la CSE, pues en la Carta se prohibía el trabajo a los menores de quince años. Otro de los puntos que evidencian la voluntad del legislador social de establecer una regulación de las relaciones laborales y del derecho al trabajo acorde con los principios democráticos puede encontrarse en el artículo 4.c del Estatuto<sup>10</sup>, que establece el principio de no discriminación por razones *“de sexo, estado civil, por la edad dentro de los límites enmarcados por esta Ley, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español”*, adaptando el principio constitucional, el mandato contenido en el artículo 14 de la Constitución, a las relaciones laborales. La CSE contiene una alusión al principio de no discriminación en su preámbulo (esa declaración preambular ha quedado reforzada en el texto revisado de 1996, al pasar a integrar el texto articulado, concretamente el art. E), pues entendió que los derechos sociales debían de ser disfrutados sin distinción alguna basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social, al igual que los derechos civiles y las libertades públicas.

Siguiendo con el Estatuto de los Trabajadores, llama la atención el apartado e del artículo 4, que establece el debido respeto de la intimidad personal del trabajador y la consideración debida a su dignidad, siguiendo así al legislador constitucional que incluyó la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social en el art. 10.1 de la Carta Magna. En este punto, y dado el tema del presente trabajo de investigación, se hará un receso para realizar

---

<sup>10</sup>Este análisis de lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores se realiza en referencia a la primera versión de esta norma, la mencionada supra.

unas reflexiones sobre el concepto de dignidad humana y su gran importancia, sobre todo en materia de derechos sociales.

La dignidad de la persona es más que un concepto jurídico que se añade a los textos constitucionales, a las normas reguladoras de los derechos fundamentales o a las normas que desarrollan el ejercicio de dichos derechos. La dignidad de la persona es *“la característica propia e inseparable de toda persona en virtud de su racionalidad – independientemente del momento y por encima de las circunstancias en que se desenvuelva su vida – que se materializa en la realización, desarrollo y perfección de la propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes”*<sup>11</sup>; por lo tanto es un término que trasciende a la propia persona y cuyo respeto obliga al legislador a realizar su labor con la mayor precisión posible, máxime cuando de derechos sociales se trata. Tal y como se ha dicho, el valor de la dignidad humana viene recogido en el artículo 10.1 de la Constitución española pero, y sin ánimo de menospreciar nuestro texto constitucional, debemos citar en este punto y en clave comparada el artículo 1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania que establece, en su apartado primero, que *“La dignidad humana es intangible y su respeto y protección constituyen un deber de todos los poderes públicos”*<sup>12</sup> y añade en el apartado segundo que *“El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos humanos e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”*. Este reconocimiento del valor supremo de la dignidad humana, como fundamento de la paz y la justicia y como deber respecto de la labor de los poderes públicos establecida desde el primer momento en un texto constitucional, denota

---

<sup>11</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, M.A. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996.

<sup>12</sup> Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949 (Boletín Oficial Federal 1, pág. 1) (BGBl III 100-1), enmendada por la ley de 29 de julio de 2009 (Boletín Oficial Federal I, página 2248).

la voluntad de un Estado de dotar a su corpus de derechos fundamentales con el máximo nivel de protección y respeto<sup>13</sup>.

Asimismo, el valor de la dignidad humana, viene recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 1º afirmando que *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*, que, si bien, es un texto que tiene un carácter interpretativo nada desdeñable, de acuerdo con el artículo 10.2 de nuestra Constitución<sup>14</sup>. En ese sentido, y recogiendo las palabras de la Declaración, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma en su Preámbulo que *“la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana”*. Todo ello demuestra la importancia que tiene la dignidad de la persona, como eje vertebrador del respeto de los derechos fundamentales.

Pero, sobre todo, debe destacarse que, ya incluso con anterioridad a la propia Declaración Universal de 1950, el primer texto internacional sobre derechos humanos que mencionó explícitamente la dignidad humana, fue precisamente un instrumento relacionado con la protección de los derechos sociales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), concretamente la Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944 relativa a los fines y objetivos de la OIT, en donde puede leerse que *“la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social”*, afirmándose solemnemente, con tal espíritu, que *“todos los seres*

---

<sup>13</sup>Para un análisis de los modelos de recepción constitucional de la dignidad humana, tanto con enfoque comparado como teniendo en cuenta los parámetros internacionales europeos al respecto, debe acudir a la obra de OEHLING DE LOS REYES, A. *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2010; para el acercamiento concreto al ordenamiento constitucional germano asentado en la *Grundgesetz*, véanse pp. 246 a 266.

<sup>14</sup> Véase, también con un enfoque constitucional comparado, SAIZ ARNAIZ, A. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos*. El artículo 10.2 de la CE, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

*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”.*

Por último, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones con relación al artículo 10.1 de la Constitución y, especialmente, sobre el valor de la dignidad de la persona. El primer pronunciamiento, la STC 18/1981, aborda cuestiones sobre el derecho de reunión, establecido en el artículo 21.1 de la Constitución. Ahora bien, la segunda sentencia (STC 25/1981) es más rica en sus consideraciones sobre este primer párrafo del artículo 10 da la Constitución por referencia al ámbito que nos ocupa. La principal aportación de esta sentencia es la de establecer el doble carácter, subjetivo y objetivo, de los derechos fundamentales<sup>15</sup>. Esta doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la dignidad de la persona se vuelve a repetir en ulteriores pronunciamientos como la STC 57/1994<sup>16</sup>: en particular, en el FJ 3º se establece que ***“la regla del art.10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la***

---

<sup>15</sup>STC 25/1981, FFJJ 5º y 6º: primero encontramos el carácter subjetivo de los derechos fundamentales pues son *“derechos de los ciudadanos en sentido estricto”*, además de garantizar a éstos un status *jurídico “o la libertad en un ámbito de existencia”*. Este carácter subjetivo viene dado por la esencia misma de los derechos fundamentales pues son en primer lugar Patrimonio del Ser Humano como persona individual, en este caso como ciudadano. El segundo carácter que la sentencia nos describe es el de ser elemento esencial *“de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional”*, quizás este carácter sea más importante pues estos derechos, pertenecientes al fuero personal, toman ahora una dimensión colectiva dándoles un mayor alcance y sobre todo la posibilidad de poder ser exigidos por la colectividad como un todo. Esta configuración de los derechos fundamentales como *“ordenamiento objetivo de la comunidad nacional”* hace que ésta sea el marco donde se desarrolle *“una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado Social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art.1.1)”*. La última parte del séptimo párrafo del Fundamento Jurídico 5 resume perfectamente lo que el artículo 10.1 de la Constitución quiere expresar: *“Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia atañe a todos por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna”*.

<sup>16</sup> STC 57/1994 de 28 de febrero.



*persona se encuentre, constituyendo un **mínimum invulnerable** que todo estatuto jurídico debe respetar*". Como vemos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es constante en la afirmación de la dignidad de la persona como primer referente interpretativo tanto de cualquier derecho establecido en la Constitución Española como de cualquier norma jurídica, al constituir en última instancia el valor axiológico sobre el que se asienta el conjunto del edificio constitucional.

Esa dignidad de la que habla el Tribunal Constitucional, y que debe quedar inalterada, independientemente de la situación en la que la persona se encuentre, posee un valor aún mayor si a derechos sociales nos referimos, y si, tal y como establece en su preámbulo la Carta Social Europea de 1961, deben desplegarse "*en común todos los esfuerzos posibles para mejorar el nivel de vida y promover el bienestar de todas las categorías de [...] poblaciones*".

#### 1.1.2 Breve aproximación al impacto positivo de la Carta Social en España: protección de personas y situaciones vulnerables

Dejando ya de lado, pero no definitivamente, la importancia de la dignidad de la persona en materia de derechos sociales, volvamos al impacto positivo de la Carta Social en España por referencia a algunos avances normativos que se han producido en relación con personas y situaciones vulnerables.

Uno de los avances que supuso mayor impacto, por su difusión en los medios de comunicación, fue la modificación de los artículos 154 y 268 del Código Civil, donde se establecía la posibilidad de los padres y tutores de "*corregir razonable y moderadamente a los hijos*", mención que eliminó la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, de acuerdo con los requerimientos: de un lado, del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) de conformidad con el

art. 17 CSE; y, de otro lado, del Comité de los Derechos del Niño y porque suponía una contravención del artículo 19<sup>17</sup> de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989<sup>18</sup>. Sobre esta cuestión volveremos, pues es nutrida la jurisprudencia del CEDS, tanto en el marco del sistema de informes como en el contexto del procedimiento de reclamaciones colectivas, sobre el nivel de tolerancia cero en materia de castigos corporales infligidos a menores ya sea en el ámbito escolar, en la familia o en instituciones de acogida.

En relación con el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, el CEDS estimó en sus conclusiones que España no ofrecía las debidas garantías en relación con la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular. Dicha situación quedó solucionada con la inclusión, en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España<sup>19</sup> y su integración social, de la posibilidad de acceder a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles a los extranjeros inscritos en el Padrón municipal. A pesar de ello, la *perversión del sistema* hizo que en numerosos ayuntamientos se pusieran trabas a los empadronamientos de extranjeros, como si de una nueva competencia de ámbito local se tratara, negándoles así uno de los derechos más directamente entroncados con la dignidad de la persona, el derecho a la salud, pues está además íntimamente ligado al derecho a la vida. Y estas *perversiones del sistema* no se ven incluidas en los informes que

---

<sup>17</sup>Artículo 19,1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.2. Esas medidas de protección deberán comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

<sup>18</sup>Instrumento de ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. B.O.E. nº 313, de 31 de diciembre de 1990.

<sup>19</sup>Redacción según Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

España debe rendir cada dos años, por lo que no llegan a conocerse en el seno del CEDS<sup>20</sup>. A tal efecto, entendemos que resulta acuciante un conocimiento, en términos de cultura de los derechos y libertades, de la Carta Social y sus mecanismos de control, puesto que los interlocutores sociales y los demás actores de la sociedad civil tienen un importante papel que desempeñar implicándose en la optimización de tales mecanismos de control (en lo que atañe a España, por el momento, en el marco del sistema de informes). Esta perspectiva constituye, indudablemente, uno de los elementos que justifican ampliamente la elección del tema abordado en la presente tesis doctoral.

Prosiguiendo con los derechos de los extranjeros, en la ficha correspondiente a España y a sus avances respecto de las disposiciones de la CSE aceptadas que aparece en la web oficial de la Carta Social ([www.coe.int/socialcharter](http://www.coe.int/socialcharter)), es curiosa la referencia que se hace a la Ley Orgánica 14/2003<sup>21</sup> de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. A pesar de que esta reforma trajo consigo, tal y como afirma la ficha correspondiente a España, una simplificación de los trámites administrativos que debían realizar los extranjeros no comunitarios a la hora de obtener el permiso de residencia<sup>22</sup>, se introdujo además una modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local en lo referente al empadronamiento de extranjeros no comunitarios en situación irregular<sup>23</sup> y, si nos atenemos a la letra de la norma, a los extranjeros

---

<sup>20</sup>Esta situación podría cambiar si España ratificara el Protocolo sobre reclamaciones colectivas, de 1995 (STCE nº 158), que sería una herramienta muy útil a la hora de denunciar este tipo de actuaciones.

<sup>21</sup>Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

<sup>22</sup>Y así lo afirma también la Exposición de Motivos de la norma comentada.

<sup>23</sup>A lo largo de esta tesis siempre se hablará de extranjeros en situación irregular, pese a que numerosas normas comunitarias y nacionales hablan de extranjeros ilegales o

que no posean residencia permanente. Dicha modificación exige a los extranjeros en dicha situación, renovar su inscripción cada dos años, algo que no se exige al resto de extranjeros, comunitarios o no, ni tampoco al ciudadano nacional español, lo que a nuestro entender puede suponer una discriminación prohibida por el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que impide cualquier distinción basada en el origen nacional o social, nacimiento o cualquier otra situación. Si la Ley Orgánica 14/2003 se presentó ante el CEDS como una norma encaminada a simplificar los trámites en materia de extranjería, estimamos que la obligación de reportarse ante la administración local cada dos años, independientemente de que el domicilio habitual no haya cambiado, no es una simplificación administrativa, sino una carga para el ciudadano, en este caso el extranjero en situación irregular, que deberá superar los temores provocados por su situación para, al fin y al cabo, tener acceso a derechos sociales básicos, como el derecho a la asistencia sanitaria<sup>24</sup>.

Asimismo, en relación con el principio de no discriminación, esta vez respecto de las personas que padecen alguna discapacidad, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, incluyó una modificación en el artículo 37, y añadió el artículo 37 bis, a la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, para así incorporar el principio de igualdad de trato y no discriminación en el acceso a la actividad laboral de personas con discapacidad, tanto física como psíquica, a la luz del art. 15 CSE. La

---

en situación ilegal, pues entendemos que ninguna persona es ilegal, sino que se encuentran en una situación administrativa irregular. De hecho la Exposición de Motivos de la norma comentada habla de "*los mecanismos para incidir en la lucha contra la inmigración ilegal, cada vez más organizada y con mayores recursos para la consecución de sus objetivos*" asimilándola al crimen organizado y criminalizando una situación que, *a priori*, no debe ser identificada como un ilícito penal, pese a no serlo, para así evitar conductas excluyentes y discriminatorias.

<sup>24</sup> Para un análisis más detallado de los derechos de los inmigrantes en situación irregular, véase *Derechos Humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, CHUECA SANCHO, Á (Dir.) Editorial Lex Nova (2010). En especial, el capítulo VIII "*La inmigración irregular en el contexto normativo del Consejo de Europa*", por TERRÁDEZ SALOM, D.

norma, antes de su reforma por la Ley 62/2003 simplemente incluía, en el mencionado artículo 37, una referencia a la integración de los minusválidos *“en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido que se menciona en el artículo cuarenta y uno”*, referencia escasa que no respondía a las necesidades de dicho colectivo ni tampoco a lo establecido en el artículo 15 de la Carta Social Europea, que regula de forma más amplia la inclusión de las personas que forman este colectivo, en actividades laborales, así como de formación profesional. De hecho, ya contenía el precepto mencionado la posibilidad de *“estimular a los empleadores a su contratación”*, lo que no se encontraba en el artículo 37, antes de su reforma. Es más, el nuevo artículo 37 coloca en primer lugar la posibilidad de inserción laboral de los discapacitados en el sistema ordinario de trabajo y, si esa posibilidad no puede darse, se tendría en cuenta la fórmula especial de trabajo contenida en el artículo 41, que regula los Centros especiales de empleo. El artículo 37 bis añade además la posibilidad de tomar medidas de discriminación positiva *“destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad”*, sin que por ello el principio de igualdad de trato se vea alterado.

Otro de los aspectos que tienen una conexión directa con el principio de no discriminación y, además, con el respeto a la vida privada y familiar proclamada en el artículo 8 del CEDH, fue la inclusión en la Ley de Procedimiento Laboral<sup>25</sup> de las modificaciones incorporadas por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. La modificación introducida fue la prohibición de despido de la mujer durante el periodo de gestación y hasta que termine el periodo de suspensión del contrato por maternidad; dicha modificación llegó 19 años después de ratificar la

---

<sup>25</sup>Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, B.O.E. nº 86 de 11 de abril de 1995. Vigente hasta el 11 de diciembre de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social(B.O.E. nº 245 de 11 de octubre de 2011).

Carta Social Europea que sí contenía la prohibición expresa de despedir a la mujer durante su ausencia por permiso de maternidad; es más, insta a que dicho despido sea considerado ilegal<sup>26</sup>, por lo que el legislador español fue más allá, al prohibir el despido durante el embarazo, dado que la Carta Social puede considerarse una norma de mínimos que los Estados miembros pueden siempre ampliar. En este campo, conviene por ahora introducir tres breves comentarios, que serán objeto de ulterior desarrollo en otros capítulos: por una parte, aunque la protección de la mujer en razón de su maternidad se haya articulado sobre la base del art. 8 CSE, la cuestión de la conciliación de la vida familiar y profesional se reconoce de manera más amplia en el art. 27 CSEr, y dado que la legislación española en materia de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en este terreno es avanzada, no parece haber obstáculo alguno a que España acepte la Carta revisada bajo tal ángulo; por otra parte, la protección brindada por el art. 8 CEDH ha sido asumida en gran medida, en clara sinergia, por el CEDS en el marco más amplio de protección social, jurídica y económica de la familia (art. 16 CSE); y, en tercer término, la cuestión de la protección de la maternidad de la mujer trabajadora ha conocido asimismo progresos importantes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), lo que conlleva a que se apueste por una interacción positiva entre la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo (especialmente, el TEDH y el CEDS). Estas interacciones normativas a escala europea, y la necesidad de aprehenderlas en el plano nacional para la optimización de la efectividad de los derechos sociales, constituyen otro de los elementos sobre los que pivota la tesis doctoral.

En fin, y sin perjuicio de desarrollar estos avances en otros capítulos centrales de la tesis, conviene traer a colación otro de los progresos en materia de derechos sociales realizado por España, a saber, la promulgación de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se

---

<sup>26</sup>Artículo 8.2 de la Carta Social Europea.

establecen en la Seguridad Social<sup>27</sup> prestaciones no contributivas. Dicha ley tenía como objetivo desarrollar el artículo 41 de la Constitución, y así dar cumplimiento a su mandato que exigía el mantenimiento de un régimen de Seguridad Social “*para todos los ciudadanos*”, universalizando las prestaciones a aquellos ciudadanos que no hubieran contribuido a las arcas de la Seguridad Social. De esta forma, se daba cumplimiento igualmente al artículo 12.3 de la Carta Social Europea que establece la necesidad de un esfuerzo por parte de los Estados miembros para “*eleva progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social*”.

### 1.1.3 Primera crítica a supuestos todavía necesitados de mejor protección

A pesar de que España haya realizado grandes progresos en materia social, el CEDS sigue apuntando casos de no conformidad, respecto de determinados artículos de la CSE. Avancemos algunos ejemplos, que retomaremos con mayor detalle en otros capítulos.

En relación con el grupo de derechos concernientes al empleo, la formación y la igualdad de oportunidades, el Comité ha criticado que las personas con alguna discapacidad no siempre tengan garantizado un derecho a la educación y a la formación en un entorno común. Es decir, se trata de enfocar con la más absoluta normalidad el entorno educativo de dichas personas y no tender, como viene siendo la regla, a crear espacios educativos segregados del marco ordinario. Lo mismo ocurre con la integración en el mundo laboral, pues el Comité opina que dicho

---

<sup>27</sup>Derogada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que codificó las reformas aportadas por la norma comentada.

acceso se sigue produciendo sin las debidas garantías para que sea en condiciones de igualdad<sup>28</sup>.

Otro caso de no conformidad que, aún hoy en día, sigue perdurando con relación al artículo 18.3 de la CSE es la inexistencia de una prolongación de la vigencia del permiso de trabajo de los extranjeros no comunitarios, en caso de pérdida del empleo, que no permite a la persona afectada tener el tiempo suficiente para buscar otro empleo. El Comité solicitó a España que se otorgara un periodo de vigencia más extenso del permiso de residencia y trabajo que propiciara la búsqueda de un nuevo empleo, si bien dicha solicitud no se ha visto aún satisfecha<sup>29</sup>.

En lo atinente al examen de la adecuación de la legislación española a los derechos del ámbito laboral establecidos en la CSE, sigue existiendo una preocupación por parte del Comité respecto del salario mínimo interprofesional que, según opinión de dicho órgano, continua siendo inadecuado y, por lo tanto, no acorde a lo establecido en el artículo 4.1 de la CSE cuyo tenor literal exige de los Estados Parte su compromiso respecto del reconocimiento del derecho de *“los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso”*. Las conclusiones para España XIX-3 (2010), con relación al cumplimiento de los compromisos establecidos en el artículo 4.1 respecto del Salario Mínimo Interprofesional, ponen el acento en la cantidad, que define como débil y nada equitativa. Toma como referencia para ello el Real Decreto nº2128/2008, de 28 de diciembre, que establecía la cantidad de 624€

---

<sup>28</sup>Véanse las Conclusiones XIX-1 del Comité Europeo de Derechos Sociales (noviembre 2008), en relación con España y el cumplimiento de los artículos 1, 9, 10, 15 y 18 de la CSE de 1961. La no conformidad respecto del artículo 15.1 y 2 viene dada por la falta de información, pues España no aporta datos para cuantificar el número de personas con minusvalías declaradas oficialmente, ni datos sobre el impacto de programas de adaptación plurianuales que, según el gobierno, iban a ser implementados.

<sup>29</sup> En la ficha correspondiente a España, donde se resume la situación de la Carta Social Europea y su aplicación en nuestro país, sigue figurando la no conformidad con relación al artículo 18.3 de la CSE. La actualización de dicha ficha corresponde a mayo de 2013.



de SMI para el año 2009. Nótese que el Real Decreto 1888/2011, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2012, estableció la cantidad de 641,40€ mensuales, y para 2013<sup>30</sup> la cuantía apenas se ha incrementado (645,30€ mensuales), algo que a todas luces seguirá teniendo, como consecuencia lógica, la no conformidad del Comité, pues un incremento de apenas 21€ en tres años puede calificarse como exiguo y sigue sin garantizar *una vida decorosa*, tal y como establece la CSE en su artículo 4.1. Es más, el Real Decreto confiesa que el SMI previsto para el año 2012 supone el mantenimiento del establecido en 2011 y se ampara en el “*difícil contexto actual que aconseja la adopción de políticas salariales durante el año 2012 que puedan contribuir al objetivo prioritario de recuperación económica y a la creación de empleo*” para motivar dicha decisión<sup>31</sup>; decisión nada coherente con el respeto a la dignidad de la persona, establecida en el artículo 10.1 de nuestra Constitución, pues ese salario mínimo para nada es garantía de una vida decorosa, de una vida digna. Se sacrifica la dignidad en pos de una recuperación económica de dudosa consecución.

Con este breve e inicial repaso a los compromisos aceptados por España cuando ratificó la Carta Social Europea de 1961, hemos querido presentar los avances que, en materia de derechos sociales, ha realizado nuestro país, pero también las incomprensibles carencias que aún hoy existen. Dichas carencias seguramente sean una muestra de la falta de voluntad, por parte del legislador, de dotar a los derechos sociales de una serie de garantías sólidas que puedan dar contenido al Estado social y democrático de derecho en el que, según la Constitución, se constituyó España en 1978. Esa falta de voluntad, se vio atemperada en el año 2000 cuando se ratificó el Protocolo adicional

---

<sup>30</sup> Real Decreto 1717/2012, de 28 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2013, BOE nº314, de 31 de diciembre de 2012.

<sup>31</sup> El Real Decreto mencionado supra repite de nuevo las mismas razones, aunque añade que el incremento responde a la necesidad de una mejora tras el mantenimiento de las cuantías en 2012.

a la Carta Social Europea de 1988<sup>32</sup> que desarrolla cuatro derechos, a saber: el derecho a la igualdad de oportunidades y tratamiento en materia de empleo, sin discriminación por razón de sexo, el derecho a la información y a la consulta de los trabajadores en lo referente a la situación económica de la empresa o en relación a las decisiones que se vayan a tomar y puedan afectar a sus intereses, el derecho a tomar parte en los procedimientos decisorios y en la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral y, finalmente, el derecho de las personas mayores a una protección social, con especial énfasis en el mantenimiento de su independencia y de su implicación en la vida social activa.

Por desgracia, los derechos sociales siguen ocupando un lugar relegado, en detrimento del principio de indivisibilidad, interdependencia e igual importancia de todos los derechos fundamentales, con respecto a los derechos civiles y las libertades públicas; y muestra de ello es la obstinada actitud negativa hacia la ratificación de la Carta Social Europea revisada, lo cual se comentará detalladamente en el punto tercero de este capítulo.

## 1.2 Referencia al Protocolo de 1991

El presente Protocolo nació de la voluntad de dar mayor efectividad a la Carta Social Europea y, cuando entre en vigor<sup>33</sup>, quedarán reformados formalmente los artículos 23, 24, 25, 27, 28 y 29. Decimos formalmente porque, aunque dicho Protocolo no haya alcanzado vigencia al no ser aceptado unánimemente por los Estados Partes en la Carta Social, todas sus cláusulas (con la excepción del art. 25, que prevé la elección

---

<sup>32</sup>Instrumento de ratificación por parte de España, de 7 de enero, del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988. B.O.E. nº99, de 25 de abril de 2000.

<sup>33</sup>Según el artículo 8 del Protocolo, no entrará en vigor hasta que todos los Estados parte en la CSE lo firmen y ratifiquen. Únicamente 23 Estados lo han ratificado y 3 sólo lo han firmado, sin ratificación posterior.

de los miembros del CEDS por la Asamblea Parlamentaria –que es el sistema que se sigue para la elección de los jueces del TEDH– en lugar del sistema actual de elección por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa) se están aplicando en la práctica, tras la Decisión adoptada en tal sentido por unanimidad en 1991 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>34</sup>; lo cual, dicho sea de paso, constituye un expediente interesante desde la perspectiva de las fuentes del Derecho internacional (y, por ello mismo, del Derecho constitucional), esto es, la posibilidad de, a través de una Decisión adoptada por los representantes gubernamentales, dotar de efecto práctico a un tratado internacional cuya vigencia queda teóricamente sometida a la ratificación parlamentaria en cada país; lo cual, adicionalmente, nos trae a la memoria *mutatis mutandis* los problemas de déficit democrático que ha comportado tradicionalmente la fase ascendente del Derecho de la Unión Europea, negociado y adoptado en el seno del Consejo de la Unión, si bien en el caso de la *Carta Social de Estrasburgo* la finalidad protectora parece atemperar la crítica que, en cambio, se lanza habitualmente a las restricciones procedentes de la *Europa de Bruselas*.

Efectuemos, pues, un repaso, al contenido básico del Protocolo de 1991. El artículo 23 de la CSE establece el envío de copias de los informes mencionados en los artículos 21<sup>35</sup> y 22<sup>36</sup>, por parte de los Estados miembros, a las organizaciones nacionales que estén afiliadas a organizaciones internacionales de empleadores y trabajadores. Con el Protocolo en vigor, dichas organizaciones podrían enviar a su vez, sus observaciones al Secretario General del Consejo de Europa, observaciones que se remitirán además a los Estados Parte. Por lo

---

<sup>34</sup> Decisión adoptada el 9 de diciembre de 1991, sobre el futuro de la Carta Social Europea del Consejo de Europa, con motivo de la 467ª reunión de los Delegados de los Ministros.

<sup>35</sup> Referentes a las disposiciones aceptadas.

<sup>36</sup> Referentes a las disposiciones no aceptadas en el momento de la ratificación de la CSE, siendo el Comité de Ministros quien determine sobre que disposiciones deben, los estados parte, enviar informes, así como su periodicidad.

tanto, el procedimiento quedaría dotado de mayor transparencia, pues los informes de los Estados se enviarían de oficio, y no previa solicitud, tal y como sucedía anteriormente. Otra de las reformas añadidas, consistiría en mandar esos informes a las organizaciones no gubernamentales<sup>37</sup> con estatus de observador y cuyo ámbito de actuación esté relacionado con las materias que se traten. Con anterioridad, esa posibilidad no se daba, puesto que los informes únicamente llegaban a las organizaciones de trabajadores y empleadores, si éstos lo pedían, tal y como se ha dicho anteriormente.

El artículo 24 de la CSE también se vería profundamente reformado y mejorado, pues los informes se someterían al examen del Comité de expertos, tal y como se viene haciendo hasta ahora, si bien dicho Comité, respecto de los informes presentados sobre las disposiciones aceptadas, debería emitir unas conclusiones jurídicas evaluando la conformidad de las legislaciones de los Estados parte con el contenido de la CSE. Es más, el párrafo tercero del artículo 24 reformado, permite al Comité de expertos dirigirse al Estado parte para pedirle las informaciones complementarias que estime oportunas, así como reunirse con dicha parte, tanto a instancias del Comité como a instancias del Estado; de dichos procedimientos se informará a las organizaciones no gubernamentales mencionadas en el artículo 23.1. Por último, cabe añadir que se dará publicidad a las conclusiones y el Secretario General deberá transmitir las al Comité gubernamental, a la Asamblea parlamentaria y, además, a las organizaciones internacionales de trabajadores y empleadores, mencionadas en el artículo anterior.

---

<sup>37</sup> Cabe añadir a ello, que el Consejo de Europa, desde 2003, constituyó la Conferencia de Organizaciones Internacionales no Gubernamentales, cuyo propósito era hacer partícipes a las organizaciones de la sociedad civil, del proceso decisorio en el seno de la organización. Ello denota su deseo de mayor aproximación a la sociedad y a sus ciudadanos, paralelamente al de dotar a sus procesos decisorios de una mayor transparencia y democracia. La Conferencia está formada por más de 400 OING que poseen un estatus de participantes; sus expertos son consultados por los órganos del Consejo de Europa sobre temas de gran relevancia, como derechos humanos, infancia o inmigración.

El Protocolo de 1991 también reforma el artículo 25, que regula el Comité de expertos independientes (denominación que recibía hasta 1998 el Comité Europeo de Derechos Sociales). Este, en la actualidad, está compuesto por quince miembros<sup>38</sup>, pero son elegidos por el Comité de Ministros; si el Protocolo entrara en vigor, como se avanzó, sería la Asamblea Parlamentaria la que elegiría a dichos expertos independientes, propuestos por los Estados Parte, lo que reforzaría su independencia<sup>39</sup> y evitaría su politización<sup>40</sup>. A pesar de ser propuestos por los Gobiernos de los Estados Parte, los expertos no representan en ningún caso a los países que les hayan propuesto y además se ven sometidos a un régimen de incompatibilidad estricto, para que su independencia, imparcialidad y disponibilidad no se vean afectadas. A ello debemos añadir que la posibilidad de ser reelegido para un nuevo mandato de seis años, se limita a una sola vez, algo que el artículo 25 actual no deja suficientemente claro según el tenor literal del precepto pues afirma que “*Los miembros del Comité serán nombrados por un período de seis años y su mandato podrá ser renovado*”, sin especificar limitación alguna.

El artículo 27 regula el Subcomité del Comité social gubernamental, que es el encargado de examinar los informes de las partes contratantes y las Conclusiones del CEDS. El Protocolo de 1991 eleva la categoría de este ente al de Comité gubernamental y establece que preparará las decisiones del Comité de Ministros de acuerdo con los informes del CEDS y de los Estados Parte y, además, podrá presentar al Comité de

---

<sup>38</sup>Si bien en la CSE figura que el Comité de expertos está formado por siete miembros y en el Protocolo de 1991 los miembros serían nueve, una decisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa aumentó a quince expertos independientes su composición (reunión 751ª de los Delegados de ministros, celebrada del 2 al 7 de mayo de 2001).

<sup>39</sup>De acuerdo con el informe explicativo sobre el Protocolo de 1991.

<sup>40</sup>Conclusiones del V Foro Andaluz de Derechos Sociales, en colaboración con la Red Académica de la Carta Social Europea, con ocasión del 50 aniversario de la Carta Social Europea, Sevilla, 28 de abril de 2011.

Ministros propuestas con relación a determinadas cuestiones de índole social y sobre artículos de la CSE que debieran ser reformados o actualizados. Por lo tanto, el Protocolo, respecto del actual subcomité, realiza una ampliación de sus funciones, dotándolo de mayor presencia en el análisis político sobre la correcta aplicación de los preceptos contenidos en la CSE. Con esto no pretendemos afirmar que el papel del Comité de Ministros se vea reducido a mero receptor de los informes, sino que se ve apoyado en su labor por otro órgano especializado y que puede hacer llegar mejor las posturas de las organizaciones sociales; y ello tanto más cuanto que el Comité de Ministros es el órgano encargado de velar por la ejecución de las conclusiones y decisiones del CEDS, misma tarea que desempeña con respecto a la ejecución de las sentencias del TEDH.

Por último, cabe añadir que el Protocolo de 1991 reforma los artículos 28 y 29 de la CSE. El artículo 28 regula precisamente el papel del Comité de Ministros, que podrá elaborar una resolución sobre todo el ciclo de control (cada año constituye un ciclo de control) de aplicación de la CSE y podrá asimismo, formular recomendaciones a los Estados Parte, así como tomar las decisiones que estime oportunas a la vista de los informes presentados por el Comité gubernamental<sup>41</sup>; a ello se añade que la actual mayoría de dos tercios de los miembros con derecho a participar en las reuniones del Comité de Ministros, se sustituye por la mayoría de dos tercios de los Estados parte en la CSE que serán los que podrán votar<sup>42</sup>. Por su lado, el artículo 29 regula el papel de la Asamblea Parlamentaria, cuyo papel actual es el de revisar la aplicación de la CSE por parte de los Estados miembros, a través de las resoluciones del Comité de ministros y, por lo tanto, dependiente del

---

<sup>41</sup>El artículo 28 de la CSE en vigor, es decir sin las reformas efectuadas por el Protocolo de 1991, regula el papel de la Asamblea consultiva, receptora de las conclusiones del Comité de expertos. Esta presentará sus propias conclusiones al Comité de Ministros.

<sup>42</sup>Este cambio viene motivado por la tendencia de los Estados no parte de la CSE a abstenerse en las votaciones, lo que impedía a menudo que la mayoría necesaria fuese alcanzada, de acuerdo con el informe explicativo del Protocolo de 1991.

calendario establecido para el procedimiento de control. Con la aplicación del Protocolo de 1991 merced a la Decisión del Comité de Ministros de diciembre de 1991, la Asamblea Parlamentaria ya puede organizar debates sobre cuestiones de política social derivadas de la CSE, por lo que su participación será menos rígida, así como más ágil y rápida. Finalmente, es menester señalar que los artículos 28 y 29, con la reforma del Protocolo, cambian el orden del objeto regulado, para dejar claro que la Asamblea Parlamentaria sigue ligada a la aplicación de la CSE, pero ya no al procedimiento de control de ésta.

1.3 Asignaturas pendientes: el Protocolo de 1995 sobre reclamaciones colectivas y la Carta revisada de 1996. Una negativa y dos paradojas.

Tal y como se ha recordado al principio del presente capítulo, España se constituye en un Estado social y democrático de derecho a tenor de la fórmula que sirve de pórtico al texto constitucional de 1978 (art. 1). La calificación del Estado como social, quedó mejor definida al ratificarse la Carta Social Europea de 1961, incorporando así a nuestro ordenamiento nuevos y mejorados derechos sociales; insistimos en el concepto “derechos”, ampliando a su vez los comprendidos en la Constitución en el apartado correspondiente a los denominados “Principios rectores de la política social y económica”, cuya aplicación se asocia en el art. 53.3 CE a un desarrollo legislativo posterior.

Si bien, la CSE actualmente vinculante para España, data de 1961 y su contenido no corresponde a las necesidades sociales del presente. Y esta no es una apreciación únicamente aplicable a España; así lo vio el Consejo de Europa y así lo expuso en el informe explicativo de la Carta Social Europea revisada de 1996 (de ahora en adelante CSEr) al afirmar que *“La CSEr tiene en cuenta la evolución producida en el*

*derecho del trabajo y en la concepción de políticas sociales desde la elaboración de la Carta en 1961*<sup>43</sup>. Por ello una adaptación de la CSE era necesaria, como ineludible era la inclusión de nuevos derechos. Y por ello, en 1994<sup>44</sup>, la Comisión encargada de redactar dicha revisión, sacó a la luz el texto de la CSEr.

Además de los derechos referidos al trabajo, a la dignidad en el ámbito laboral, a la protección de los jóvenes, a la seguridad social y la protección social, entre otros, sobresalen dos derechos añadidos en la versión revisada de la Carta de 1996. Por un lado, el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social<sup>45</sup>, teniendo en cuenta que el término pobreza no hace únicamente referencia a las situaciones prolongadas de pobreza extrema, a lo largo de varias generaciones, sino también a las situaciones puntuales que entrañan un riesgo de pobreza; respecto de la exclusión social, el informe explicativo de la CSEr especifica que dicha situación puede darse en personas que padezcan impedimentos o circunstancias degradantes<sup>46</sup>, incluso en personas que, no siendo pobres, no puedan acceder a determinados

---

<sup>43</sup>Párrafo 8º “*La Charte sociale européenne révisée tient compte de l'évolution qui s'est produite dans le droit du travail et dans la conception des politiques sociales depuis l'élaboration de la Charte en 1961*” (traducción de la autora).

<sup>44</sup>El 5 de noviembre de 1990, en el marco de una Conferencia ministerial informal sobre los derechos humanos, uno de los temas tratados fue la Carta Social Europea y la necesidad de abrir un debate sobre su papel, contenido y funcionamiento. Dicho debate se trasladó, por recomendación de la Conferencia ministerial, al Consejo de ministros, que decidió, en su 449ª reunión (noviembre – diciembre 1990), autorizar la formación de una Comisión *ad hoc* para que estudiara la mejora de la CSE. Durante la 12ª reunión de dicha Comisión, del 10 al 14 de octubre de 1994, esta presentó su propuesta de Carta Social Europea revisada, adoptada finalmente por el Consejo de ministros el 3 de abril de 1996, tras consultar a la Asamblea parlamentaria y al Comité de expertos.

<sup>45</sup>*Artículo 30. Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social.* Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social, las Partes se comprometen:

a) a adoptar medidas en el marco de un planteamiento global y coordinado para promover el acceso efectivo, en particular al empleo, a la vivienda, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, y a la asistencia social y médica, de las personas que se encuentren o que corran el riesgo de encontrarse en una situación de exclusión social o de pobreza, así como de sus familias;

b) a revisar estas medidas con vistas a su adaptación, si resulta necesario.

<sup>46</sup>En clara alusión, en opinión de la autora, a la dignidad de la persona y al concepto de trato degradante que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos extendió a otras situaciones fuera del ámbito de tortura, véase el asunto D. contra Reino Unido de 2 de mayo de 1997.



servicios sociales por haber padecido una larga enfermedad, haber salido del entorno penitenciario o padecer una toxicomanía. Por lo tanto, el artículo 30 trata de englobar tanto a las personas que son víctimas de hecho de una situación de pobreza o de exclusión, como a las personas que pueden estar en riesgo de sufrir tales situaciones, un enfoque mucho más acorde con la situación actual y mucho más inclusivo. La jurisprudencia del CEDS ha profundizado en la delimitación de las nociones “pobreza” y “exclusión social”, como tendremos ocasión de exponer en los capítulos sucesivos.

El siguiente artículo que llama la atención es el artículo 31<sup>47</sup>, que establece el derecho a una vivienda y cuyo texto conmina a los Estados a tomar medidas para, de forma paulatina, terminar con el fenómeno de las personas que carecen de alojamiento, así como para hacer extensible el derecho a una vivienda digna a toda persona, rebajando los costes y promoviendo la vivienda social<sup>48</sup>.

Además de la mejora y ampliación, en cuanto a derechos se refiere, que trajo la versión revisada de la CSE, ésta vino precedida por el Protocolo adicional sobre reclamaciones colectivas cuyo objetivo, según el informe explicativo, es el de mejorar el sistema de aplicación de la CSEr, dependiente únicamente, y hasta ese momento, de los informes que presentan los Estados Parte. El sistema de reclamaciones colectivas implica, en el sistema de control de la correcta aplicación de

---

<sup>47</sup> *Artículo 31 Derecho a la vivienda.* Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las Partes se comprometen a adoptar medidas destinadas:

- 1) a favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente;
- 2) a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación;
- 3) a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes.

<sup>48</sup> En relación al derecho a la vivienda, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia, ya había declarado el carácter fundamental de dicho derecho. Para un análisis detallado de dicha jurisprudencia, véase KENNA, P. “*El derecho a la vivienda: obligaciones positivas y derechos exigibles (especial referencia a los estándares internacionales)*”, Revista Europea de Derechos Fundamentales, número 12, año 2008; del mismo autor “*El derecho a la vivienda en Europa : deberes positivos y derechos exigibles (según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*” en Revista de Derecho Político, número 74, año 2009.

la CSEr, a las organizaciones internacionales de trabajadores y empleadores, a las organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas (actualmente denominadas participativas) por el Consejo de Europa y a las organizaciones nacionales de empleadores y trabajadores; las organizaciones nacionales no gubernamentales sólo quedan legitimadas para formular reclamaciones colectivas si así lo declara cada Estado al aceptar este procedimiento, a lo cual ha accedido hasta la fecha sólo uno (Finlandia) de los quince países vinculados por dicho mecanismo.

Estas dos mejoras aportadas por las sucesivas reformas de la CSE original, que serán analizadas más detalladamente en capítulos posteriores, parecen suponer para España un escollo insalvable, pues la CSEr ha sido únicamente firmada, y se encuentra desde el año 2000 pendiente de ratificación, mientras el protocolo ni siquiera ha sido firmado. Y ello, a pesar del dictamen del Consejo de Estado<sup>49</sup> que afirma que *“la ratificación de la Carta Social Europea revisada no sólo no plantea problemas de aplicación en España sino que concuerda en buena medida con las previsiones y objetivos del Derecho interno, de modo que su ratificación no implicará la necesidad de modificar la legislación vigente”*.

Y aquí avanzamos ya las dos paradojas a las que se enfrenta España ante su negativa, casi enfermiza, a ratificar la CSEr. La primera viene dada por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 y, con éste, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE, de ahora en adelante), con carácter vinculante y el mismo valor que los Tratados. Y resulta paradójico porque la CDFUE se hace eco en su Preámbulo de *“los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las*

---

<sup>49</sup> Consejo de Estado, dictamen 1740/2000 aprobado el 11 de mayo de 2000.

*Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*"; y en el texto de dicha norma aparecen derechos que ya se encuentran incluidos en la CSEr, aunque redactados de forma diversa<sup>50</sup>. Por ejemplo, encontramos en el artículo 34 de la CDFUE, párrafo tercero, el reconocimiento y respeto del derecho a la ayuda social como medio para combatir la pobreza y la exclusión social, que recuerda al artículo 30 de la CSEr y así se explicita en las Explicaciones del Praesidium anejas al propio texto articulado de la CDFUE. Es más, la doctrina especializada en materia de derechos sociales afirma que la CDFUE podría actuar "a modo de *"pasarela material"* de algunos de los derechos reconocidos por la CSE revisada"<sup>51</sup>, por lo que resulta incomprensible la inactividad del Estado español con relación a la ratificación de la CSEr.

La segunda paradoja estaría relacionada con la jurisprudencia emanada del CEDS, resultado del examen de las reclamaciones colectivas. Si bien España no ha ratificado el protocolo estableciendo el sistema de reclamaciones colectivas, la jurisprudencia que emana del Comité está presente en las conclusiones a los informes presentados por España, pues el Comité se basa en dicha jurisprudencia a la hora de definir conceptos de la CSE que puedan resultar confusos o a la hora de detallar claramente las obligaciones de los Estados en relación con los compromisos aceptados. Y ello resulta paradójico, pues España, así

---

<sup>50</sup> Un repaso al catálogo de derechos sociales consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en las contribuciones de ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: "Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en JIMENA QUESADA, L. (Coord.), *Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; AZZARITI, G.: "Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei Diritti di Nizza", en SICLARI, M. (Coord.): *Contributi allo studio della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli Editore, 2003; GREWE, C. "Les droits sociaux constitutionnels: propos comparatifs à l'aube de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne", *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Vol. 12, N° 3-5, 2000; y TUR AUSINA, R.: "Luces y sombras de los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N°13, 2009.

<sup>51</sup>Véase nota al pie 40.

como el resto de Estados que no han aceptado el sistema de reclamaciones colectivas, no pueden hacer valer sus puntos de vista frente a dichas reclamaciones que son fundamento de las conclusiones del Comité.

En suma, este primer apartado del capítulo primero pretende presentar los ejes argumentales de este trabajo de tesis doctoral, por lo que se han desarrollado brevemente y de forma general. Dichos ejes argumentales tienen como objetivo fundamentar lo inaudito de la postura de España ante la reiterada inactividad, léase ignorancia frecuentemente, hacia la ratificación de la CSEr, pudiéndose afirmar incluso que dicha actitud comporta un perjuicio directo a la ciudadanía pues el sentido de Estado social queda carente de perfección, dado el actual sistema de protección de los derechos sociales establecidos en la CSE y las garantías mínimas que protegen la aplicación de nuestros Principios rectores de la política social y económica, garantías que se revelan todavía más debilitadas, si cabe, en el escenario actual de crisis económica.

## 2. Actualidad del tema de investigación, metodología y fuentes utilizadas

El presente trabajo, cuyo fin es el de estudiar el impacto real de la Carta Social Europea en el ordenamiento español con el fin de profundizar en la efectividad de los derechos sociales, se asienta lógicamente en la utilización de una metodología jurídico-constitucional.

En efecto, se trata de analizar el modo en que se inserta el conocido como “Pacto europeo de democracia social” por excelencia (la CSE) con parámetros actuales, esto es, en el escenario de la presente crisis económica mundial y en el marco de las tendencias actuales del

Derecho constitucional, acudiendo a las principales categorías dogmáticas jurídico-constitucionales (especialmente, los derechos sociales como parte integrante de los derechos fundamentales, la sinergia entre las fuentes nacionales e internacionales sobre derechos sociales, o el papel que desempeñan los diferentes poderes públicos nacionales en la defensa de tales derechos, entre otras).

Por añadidura, la temática elegida no sólo propicia profundizar internamente en la efectividad de los derechos sociales, dando a conocer el tratado europeo fundamental en la materia a través del análisis de los grandes bloques del Derecho constitucional (derechos fundamentales, sistema de fuentes, organización de los poderes de Estado –tanto en el plano estatal como desde la perspectiva del reparto territorial de competencias), sino que da pie para aproximarse a elementos de Derecho comparado en clave de constitucionalismo social (naturalmente, la jurisprudencia del CEDS sobre los 43 países Partes en la CSE facilita esa operación comparada) y, al tiempo, facilita un enfoque transnacional que apuesta por un acervo social común en Europa tendente a superar el déficit de concertación socio-económica internacional provocado por la crisis. Todo ello con el ingrediente añadido de escrutar las posibilidades de aproximación entre visiones europeas (la del Consejo de Europa y la de la Unión Europea) que a veces marchan a velocidades sociales diversas, señaladamente en tiempos de crisis económica; por lo que el reto del constitucionalista al asumir esa potencial o real confrontación resulta de una envergadura nada desdeñable. Por supuesto, en el uso de las fuentes doctrinales, no se descuidarán las pertinentes procedentes de otras disciplinas, como el Derecho del Trabajo o el Derecho Internacional, cuyas aportaciones en el ámbito de la Carta Social resultan ineludibles y de gran interés.

En este sentido, desde la perspectiva metodológica, se tendrá presente tanto lo que se ha venido a denominar el método constitucional

comparado u horizontal como lo que se ha dado en llamar asimismo el método constitucional supranacional o vertical<sup>52</sup>. En el caso del primero, no se ha pretenderá introducir una mera yuxtaposición de los ordenamientos de los países Partes en la CSE (y, especialmente, de los que integran la UE), sino confrontar y extraer aspectos comunes susceptibles de ser utilizados en favor de una mayor integración supranacional entre ellos en materia social<sup>53</sup>. En lo atinente al segundo método, en temáticas como la elegida, resulta inexorable hacerse eco de las cláusulas constitucionales de apertura al conocido como “Derecho internacional de los derechos humanos”, en el marco de un movimiento ineludible de *internacionalización del Derecho constitucional*<sup>54</sup> o, correlativamente, de *constitucionalización del Derecho internacional*<sup>55</sup>.

En coherencia con la metodología expuesta, se estructura la tesis doctoral en diez capítulos. En el primero, introductorio, se ofrece una

---

<sup>52</sup> CONSTANTINESCO, V. diferencia dos métodos: “*El primero, es el tema “horizontal”: ¿de la confrontación y de la comparación entre las constituciones europeas -y ahora ya no se trata solamente de una docena de constituciones, sino de una treintena!- puede nacer un modelo constitucional europeo? El segundo es el tema “vertical”: un cierto número de instrumentos internacionales y de organizaciones internacionales desarrollan, en su crecimiento, influencias (que a veces se convierten en interacciones) sobre las constituciones nacionales hasta el punto de querer rivalizar con ellas poniendo término a lo que podría denominarse la exclusividad constitucional de los Estados.*” CONSTANTINESCO, V.: “*¿Hacia la emergencia de un Derecho constitucional europeo?*” Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº8. Universidad de Valencia, 1994, p. 9.

<sup>53</sup> Esa utilidad del método comparado, más allá de la mera yuxtaposición de ordenamientos, es subrayada por LANCHESTER, F. en “*El método en el Derecho Constitucional comparado: Luigi Rossi y sus sucesores*”, Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 4, Universidad de Valencia, 1993, pp. 5-35.

<sup>54</sup> Semejante enfoque en FLAUSS, Jean-François: “*L’internationalisation de l’exercice de la fonction constituante: une nouvelle forme de constitutionnalisme?*”, en el colectivo *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis*, Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas/Berliner Wissenschafts/Bruylant, 2004.

<sup>55</sup> Así lo entiende ESCOBAR ROCA, G. *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Trama editorial, 2005, p. 145: “*desde el ámbito de los Estados es todavía mucho lo que queda por hacer para reforzar la vinculación de los textos internacionales, todo ello en la línea de la necesaria constitucionalización del Derecho internacional: por ejemplo, abriendo vías de apertura del catálogo de los derechos fundamentales hacia los derechos humanos, fomentando una interpretación integrada de los derechos fundamentales, tendente a las determinaciones del contenido propias de las formulaciones internacionales generosas, estableciendo mecanismos internos de ejecución de las resoluciones internacionales o abriendo vías de control judicial de los delitos contra la humanidad, cometidos fuera de las fronteras del propio Estado*”.

primera delimitación del objeto de estudio y del método empleado en la investigación. A continuación, en el capítulo segundo se estudia, como premisa fundamental, la habilitación constitucional para la incorporación de la Carta Social Europea en España. Los tres capítulos sucesivos se ocupan de la vertiente “nacional o doméstica” de aplicación concreta en España de la Carta Social, ya sea por intervención de los poderes ejecutivo y legislativo a nivel estatal o autonómico (capítulo tercero), ya sea por la acción de los órganos jurisdiccionales ordinarios o por la jurisdicción constitucional (capítulo cuarto), ya sea por otros órganos de relevancia constitucional, con cometido importante en materia de defensa de derechos y libertades como las Defensorías del Pueblo (capítulo quinto). Seguidamente el capítulo sexto introduce la vertiente “internacional” a través del análisis del control efectuado por el CEDS con respecto a España, cobrando mayor sentido dicha supervisión con el complementario estudio en el capítulo VII de la efectividad y relevancia práctica de la labor desempeñada por el CEDS a través del acercamiento a sus resoluciones y su jurisprudencia. Además de lo expuesto, la investigación quedaría incompleta si no se introdujera un enfoque prospectivo, esto es, que no se detenga en el análisis de la realidad existente, sino que escrute las posibilidades de superar los obstáculos existentes en España (capítulo octavo) a la hora de asumir el acervo social europeo en materia de derechos sociales (o sea, la aceptación del Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995 y la CSEr de 1996) y, adicionalmente, pondere la potencial aplicación en España de esos compromisos referentes a la Carta Social pendientes de aceptación (capítulo noveno); esto último nos parece que no sólo constituye un requisito metodológico, sino asimismo un imperativo deontológico e “ideológico” en cierto sentido<sup>56</sup> de un jurista constitucionalista estudioso de los derechos humanos (se introduce, pues, un enfoque garantista, lo cual es coherente con la idea según la cual los derechos valen tanto como sus garantías). En fin, el capítulo

---

<sup>56</sup>Con tal enfoque, léase GARCÍA BELAUNDE, D. “*Los derechos humanos como ideología*”, Revista Derecho, nº 36, Lima (Perú), diciembre de 1982.

décimo incluye unas insoslayables reflexiones y conclusiones finales. A todo lo cual se pone colofón con el correspondiente anexo sobre fuentes utilizadas.

Justamente, para cerrar este capítulo introductorio, debe precisarse que el enfoque constitucionalista se ve nutrido, en cuanto al uso de las fuentes, por las bibliográficas o doctrinales (un lugar nada despreciable ocupa la doctrina extranjera, dada la parca atención que ha recibido en el panorama bibliográfico español la CSE y la labor desempeñada por el CEDS), las normativas (nacionales e internacionales y, en este segundo caso, no sólo obligatorias, sino asimismo programáticas o de “soft-law”, a tenor del continuo proceso de emergencia de normas europeas de carácter social) y las jurisprudenciales (a este respecto, no sólo la jurisprudencia nacional y extranjera ordinaria y constitucional, sino sobre todo la jurisprudencia europea emanada, especialmente, del CEDS, del TEDH y del TJUE). En suma, es evidente que ese apoyo en las fuentes mencionadas no dejará de tener en cuenta la realidad de la protección de los derechos sociales en el panorama de crisis actual, sin caer en un enfoque meramente sociológico, sino eminentemente jurídico-constitucional, que ciertamente toma en consideración la interdependencia entre la norma jurídica y la realidad fáctica<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> GARCÍA PELAYO, M. *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, p. 102: “La explicación de las cuestiones constitucionales ha de ser una explicación jurídica, lo cual no es óbice para emplear conocimientos auxiliares procedentes de otras disciplinas científicas afines y no necesariamente jurídicas, en especial, los conocimientos políticos, filosóficos, sociológicos y económicos, procurando, eso sí, una información selectiva. [...] si bien el Derecho Constitucional no puede prescindir del aspecto total de la Constitución, ha de hacerlo sub especie iuris, es decir, los aspectos extrajurídicos le interesan en la medida en que, en virtud de esas conexiones necesarias que hacen de la Constitución una totalidad, sean interesantes para el aspecto jurídico de la Constitución”.



## CAPÍTULO II. BASES CONSTITUCIONALES DE INCORPORACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN ESPAÑA

España, tras la promulgación de su Constitución, ha ido potenciando su integración en el ámbito internacional, y desarrollando una profusa acción exterior, a través de la ratificación de tratados y convenios internacionales que, al incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico, han perfilado nuestro sistema de derechos, forjando así un Estado de derecho perfecto, en el sentido jurídico del vocablo, acorde en última instancia con la idea del Estado supranacional e internacionalmente integrado<sup>58</sup>.

La andadura internacional de España comenzó en 1955 cuando ingresó en Naciones Unidas, a pesar de estar bajo un régimen dictatorial<sup>59</sup> y dos años después de la muerte del General Franco ratificaba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>60</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>61</sup>, expresando así su clara voluntad de fundar el Estado social y democrático de derecho que

---

<sup>58</sup> Véase TORRES DEL MORAL, A. Estado de Derecho y democracia de partidos, Madrid, Universidad Complutense, 3ª ed., 2010, especialmente la lección 5ª: “*El Estado supranacional e internacionalmente integrado*”, pp. 110-111: tras subrayar la realidad de la creciente “*interdependencia de las naciones*”, enfatiza que quedan “*muy lejos los caracteres de clausura e impermeabilidad del Estado absoluto. La independencia estatal ha sido sustituida por todo un sistema de interdependencias, en el que, claro está, unos Estados son más dependientes que otros*”. En tal sentido, en el Prólogo a la primera edición (1991) del Estado de Derecho y democracia de partidos sostenía Antonio Torres: El Estado nació “*clausurado sobre sí mismo porque nació precisamente mediante la afirmación de su soberanía, esto es, de su poder supremo en el interior e independiente frente al exterior, en pie de igualdad con el Imperio y con el Pontificado*”, mientras que en la actualidad se trata de un Estado “*internacionalmente integrado en organizaciones supranacionales, en cuyas decisiones participa y a las que cede el ejercicio de competencias*”, por lo que “*es una evidencia*” que “*este Estado requiere una teoría diferente de la heredada*”.

<sup>59</sup> La incorporación de España a Naciones Unidas en 1955 no debe parecer una bondad de la supuesta apertura del régimen del General Franco. España entró a formar parte de la Sociedad de Naciones en 1919, quedando así afirmado su propósito de incorporación al ámbito de acción internacional. La relación con la Sociedad de Naciones y el sometimiento de España al Pacto que la creó, ya se encontraban regulados en la Constitución española de 1931, en los artículos 76 a 78, de donde ya se podía deducir el absoluto respeto de España a sus compromisos internacionales.

<sup>60</sup> Instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977, BOE nº103, de 30 de abril.

<sup>61</sup> Ídem supra.

más tarde quedaría constituido en el Artículo 1º de la Constitución española<sup>62</sup>.

La regulación constitucional de la firma y ratificación de tratados y convenios internacionales se encuentra en el capítulo tercero del Título III, en los artículos 93 a 96, que desarrollan el procedimiento para que España pueda obligarse mediante instrumentos internacionales de diversa índole, como tratados donde se plantea la cesión de competencias derivadas de la Constitución o que afecten al sistema de derechos fundamentales establecido en nuestra Norma suprema. La CE desarrolla, de tal suerte, dos procedimientos diferenciados, partiendo del carácter del tratado o convenio, sometiéndose a aprobación, mediante Ley orgánica, de los tratados que suponen una cesión de competencias y tramitándose de forma más sencilla los demás. Las peculiaridades de ambos procedimientos han quedado reguladas en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, regulación que deberá quedar completada con lo previsto, cuando se apruebe, en el mencionado Proyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales depositado en el Congreso de los Diputados en noviembre de 2013.

En segundo lugar, y dado que el tema de este trabajo de tesis doctoral gira en torno a los derechos sociales, analizaremos el mandato interpretativo desarrollado en el artículo 10.2 de la Constitución, cuyo fin es el de dotar a nuestro sistema de derechos de dinamismo, al tener que ser interpretados según los tratados y convenios en materia de derechos fundamentales e integrados lógicamente por la jurisprudencia de las instancias máximas de interpretación de dichos textos internacionales, incluyendo así, entre otros elementos, las sentencias

---

<sup>62</sup> La Ley Orgánica del Estado, de 1 de enero de 1967, exigía la necesidad de una ley para poder ratificar tratados y convenios internacionales que afectaran “*a la plena soberanía o a la integridad territorial del Estado*”, tal y como quedaba establecido en su artículo 9. La ratificación de dichos tratados o convenios debía ser aprobada por ley en las Cortes, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley Constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942. La ratificación de los Pactos Internacionales de Naciones Unidas, en 1977, se llevó a cabo de acuerdo a los preceptos mencionados.

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y las conclusiones y decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS).

El análisis de los preceptos mencionados se realizará acudiendo a la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional (en adelante TC), así como de las Declaraciones que éste emitió cuando España tuvo que dar su consentimiento a la firma del Tratado de Maastricht en 1992 y de la llamada Constitución europea en 2004.

### 1. Artículos 93 a 96 y mandato aplicativo

Tal y como se ha dicho, el capítulo tercero del Título III de nuestra Constitución regula la capacidad del Estado español de suscribir tratados internacionales y de obligarse al cumplimiento de los compromisos contenidos en aquellos. La acción exterior de los Estados supone una parte fundamental de su actividad diaria y la ratificación de Tratados y convenios internacionales es una muestra clara de la voluntad de un Estado de obligarse respecto de compromisos que trascienden sus fronteras y que crean un espacio de convivencia internacional. Lo cual, por lo demás, no es sino reflejo de la cada vez más ostensible realidad del Estado supranacional e internacionalmente integrado<sup>63</sup>.

Los preceptos del capítulo tercero contienen dos formas de adhesión a los tratados y convenios internacionales, dependiendo del tipo de obligaciones contenidas en aquellos. Se puede diferenciar entre los tratados y convenios de donde se derive la cesión de determinadas competencias a una instancia superior y el resto de tratados, que si bien

---

<sup>63</sup> De nuevo, para una aproximación al alcance de esta expresión en el sistema constitucional español, léase TORRES DEL MORAL, A.: *“El Estado supranacional e internacionalmente integrado”*, en *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Madrid, Universidad Complutense, 3ª. ed., 2010, pp. 109 y ss.

implican compromisos, no exigen dicha cesión competencial. Los primeros se autorizarán mediante Ley Orgánica, dada la magnitud de las obligaciones que entraña la firma de este tipo de Tratados, pues se está cediendo parte de la soberanía nacional a una instancia superior. Un ejemplo de esto último, además de la consabida adhesión a las Comunidades Europeas a partir de enero de 1986 mediante la suscripción de los tres Tratados constitutivos, puede encontrarse en la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional. El Alto Tribunal internacional es competente para investigar y juzgar el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y guerra, así como el crimen de agresión y su jurisdicción es universal. Esa jurisdicción universal exige su aceptación por parte de los Estados adheridos, siendo España uno de ellos y supone asimismo el deber, por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales de colaborar con esta instancia internacional. Además, su aceptación confiere a la Corte el poder de *“ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado Parte”*, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4, párrafo segundo de su Estatuto. Por lo tanto la adhesión de un Estado a un tratado internacional no significa la mera aceptación, sin más, de lo establecido en el texto, sino que de la firma y ratificación pueden derivarse obligaciones positivas que exijan del país firmante una acción, la toma de determinadas medidas o el cambio de normas nacionales preexistentes. Sirva lo anterior para afirmar de forma clara que cuando un Estado se obliga a través de un Tratado o Convenio internacional está realizando una acción de gran trascendencia legal; de ahí la importancia de este capítulo.

Tal y como hemos avanzado, los artículos 93 a 96 de nuestra Constitución prevén el procedimiento por el cual España podrá obligarse mediante la firma y ratificación de un convenio o tratado internacional, es decir la forma mediante la que se introducen en

nuestro ordenamiento normas no producidas internamente pero que sí tendrán una aplicación directa pasando a formar parte del corpus normativo estatal. A este respecto, procede dejar sentada nuestra postura, esto es: que las clásicas posturas entre monismo y dualismo al acometer la posición de los tratados internacionales en el ámbito interno, han quedado totalmente desdibujadas y atenuadas<sup>64</sup>, al menos en el terreno de los derechos fundamentales<sup>65</sup>. Son numerosos los tratados y convenios firmados y ratificados por el Estado español desde el comienzo de la etapa democrática, tras la promulgación de la Constitución española de 1978. Mas ha sido la incorporación de España a la actual Unión Europea, el acontecimiento que más trabajo ha dado al Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta que la integración de

---

<sup>64</sup> Sobre este punto, SCHEININ, M.: *"International human rights in National Law"*, en el colectivo *An Introduction to the International Protection of Human Rights* (eds. R. KANSKI and M. SUKSI), Turku/Abo, Institute for Human Rights/AboAkademi University, 2ª ed. rev., 2004, p. 418: *"En la actualidad, la clasificación en dualismo y monismo se entiende que ha quedado ampliamente desfasada. El amplio recurso a métodos de implementación 'comprometidos' como fórmula de incorporación; el proceso hacia la regulación constitucional del efecto jurídico de las normas internacionales; la posibilidad que tiene el poder judicial de aplicar doctrinas aperturistas sobre las fuentes del Derecho que propicia un amplio uso de las normas internacionales incluso cuando no ostenten un estatuto formal como normas de Derecho interno; y la creciente heterogeneidad de las normas internacionales, todo ello conduce a que la tradicional distinción entre dualismo y monismo haya perdido relevancia al ponderarse la concreta operatividad de las diversas normas internacionales en el marco constitucional y legal de un país dado"*.

<sup>65</sup> CANÇADO TRINDADE, A.A.: *"Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los derechos humanos"*, Colección "Cuadernos de derechos humanos" de Guatemala, 1995, p. 7: *"Este es un tema que por mucho tiempo nos ha atraído la atención, y que hemos intentado desarrollar a partir de la perspectiva de un internacionalista sensible a los avances del constitucionalismo (especialmente en América Latina) en materia de protección de los derechos humanos, y consciente de la necesidad de reducir la brecha que parece persistir en muchos de nuestros círculos jurídicos entre los enfoques internacionalista y constitucionalista de la temática de la protección de los derechos humanos. El antagonismo irreconciliable entre las posiciones monista y dualista clásicas probablemente llevó a los juristas a abordar más recientemente la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno desde ángulos distintos"*. Y prosigue el citado autor: *"Cabe, pues, naturalmente a los jueces internos interpretar y aplicar las leyes de los países respectivos, ejerciendo los órganos internacionales específicamente la función de supervisión, en los términos y parámetros de los mandatos que les fueron atribuidos por los tratados e instrumentos de derechos humanos respectivos. Pero cabe, además, a los tribunales internos, y otros órganos de los Estados, asegurar la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección, lo que realza la importancia de su rol en un sistema integrado como el de protección de los derechos humanos, en el cual las obligaciones convencionales abrigan un interés común superior de todos los Estados Partes, el de la protección del ser humano"* (p. 20).

España en el proyecto comunitario supuso la cesión de determinadas competencias, cesión que ha ido aumentando a lo largo de los últimos años a través de las distintas reformas de los tratados originarios, así como la primera reforma de nuestra Constitución, tras la ratificación del Tratado de Maastricht. Y no se olvide que, curiosamente, la controvertida reforma constitucional de 2011 del artículo 135 para introducir la regla del equilibrio presupuestario se ha entendido como innecesaria e impuesta fácticamente desde la Unión Europea<sup>66</sup>

Antes de entrar a analizar la mencionada reforma constitucional, al analizar el artículo 95 de la Constitución, debemos exponer el tratamiento que el Tribunal Constitucional ha dado a los preceptos mencionados, empezando por el artículo 93<sup>67</sup>.

En la sentencia 28/1991 de 14 de febrero de 1991<sup>68</sup>, al argumentar la parte recurrente la inconstitucionalidad del artículo 211.2 d) de la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General, utiliza como fundamento la infracción de los artículos 93 y 96.1 de la Constitución. El TC establece que el artículo 93 posee un triple contenido «a) *la celebración de determinado tipo de tratados internacionales sólo podrá autorizarse mediante ley orgánica; b) dichos tratados son aquellos “por lo que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”, y c) “la*

---

<sup>66</sup> Una crítica en tal sentido en JIMENA QUESADA, L.: “*La reforma del artículo 135 de la Carta magna española (La superación de los clichés del tabú y de la rigidez constitucionales)*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 30, 2012.

<sup>67</sup> Artículo 93: Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

<sup>68</sup> BOE de 15 de marzo de 1991. Sentencia recaída en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento Vasco frente a dos preceptos de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, añadidos a la misma, junto con otros destinados a regular las elecciones al parlamento Europeo, por la Ley 1/1987, de 2 de abril. El primero de los preceptos, el artículo 211.2 d) establece la incompatibilidad de la condición de parlamentario europeo con la de miembro de una Asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma. El segundo precepto, el artículo 214, establece la circunscripción electoral única para la elección de diputados al Parlamento Europeo.

*garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión” corresponderá según los casos, a las Cortes generales o al Gobierno»<sup>69</sup>. Esta mención al triple contenido del artículo 93 de nuestra Constitución se realiza en referencia a la adhesión de España a las Comunidades Europeas que se instrumentó a través de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de acuerdo con el mandato del precepto constitucional que se analiza. Y dado lo establecido en el artículo 93 de la Constitución, así como en la Ley Orgánica 10/1985, “a partir de la fecha de su adhesión, el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, el cual –por decirlo con palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales”<sup>70</sup>. Vemos en esta fase de la argumentación el verdadero sentido del precepto constitucional, precepto vehicular que facilita la incorporación de España a organismos supranacionales y que permite que la normativa proveniente de estos se introduzca en España y pase así a formar parte de nuestro ordenamiento. Si bien, el TC advierte que la vinculación del Reino de España al derecho europeo, tanto originario como derivado, “no significa que por mor del art.93 se haya dotado a las normas de Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales”, pues dicha vinculación es muestra de la soberanía estatal<sup>71</sup>, expresada a través de la adhesión a los tratados y no del artículo 93, que no es más que un precepto de “índole orgánico procedimental” que determina “*simplemente los órganos estatales a los que [...] se encomienda la garantía del cumplimiento de la legislación comunitaria europea*”.*

---

<sup>69</sup> Fundamento jurídico 4º, STC 28/1991 de 14 de febrero.

<sup>70</sup> Ídem supra.

<sup>71</sup> El artículo 93 de la Constitución es traído a colación por la parte recurrente, al afirmar esta que el precepto discutido de la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General vulnera el precepto constitucional, entre otros, pues alega además la vulneración del artículo 96.1, 9.1 y 14 del texto constitucional.

El TC también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el artículo 93 de nuestra Constitución con motivo de la ratificación por España del Tratado de Maastricht en 1992. La declaración del TC de 1 de julio de 1992<sup>72</sup> encuentra su fundamento en el artículo 95.2 que establece que *“el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”* cuando un tratado que se vaya a ratificar contenga estipulaciones contrarias a la Constitución; podríamos calificar este mecanismo de defensa jurisdiccional anticipada de la norma suprema, pues trata de dilucidar la existencia de una contradicción *a priori* entre ambos textos. Dicha contradicción venía dada, en este caso, por la creación de la *“ciudadanía europea”* contenida en el Tratado de Maastricht. La ciudadanía europea, según la declaración del TC *«lleva el proceso de integración política a la base misma de una auténtica Comunidad Europea, instituyendo una “ciudadanía de la Unión” como status civitatis, diferenciado de las ciudadanía de los Estados miembros, incipiente pero no yuxtapuesto, sino supraordinado a estas. En el núcleo de esa “ciudadanía europea” se sitúa el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los residentes comunitarios en los mismos términos que a los nacionales del estado miembro en las elecciones municipales (...) y en las elecciones al Parlamento Europeo (...). Este reconocimiento del derecho de sufragio entra en clara contradicción con lo establecido en el artículo 13.2 de la Constitución que reservaba dicho derecho a los españoles “salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o por ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales”<sup>73</sup>.*

Siguiendo con el análisis del artículo 93 de nuestra Constitución, la declaración del TC de 1 de julio de 1992, el Alto Tribunal afirma que

---

<sup>72</sup> Declaración de 1 de julio de 1992. Requerimiento 1236/1992 del Gobierno de la Nación, B.O.E. nº177 (suplemento) de 24 de julio de 1992. Esta Declaración trató de dilucidar, por requerimiento del Abogado del Estado, la existencia o inexistencia de contradicción entre el artículo 13.2 de la Constitución española y el artículo 8.B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

<sup>73</sup> De acuerdo con la redacción original del precepto.



*«En virtud del art.93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de “competencias derivadas de la Constitución”, no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una “competencia” cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X»<sup>74</sup>. Por lo tanto se incide en el carácter meramente procedimental del precepto analizado, pues establece el proceso para transferir competencias constitucionales y controlar el correcto cumplimiento de las disposiciones ratificadas en los Tratados; si bien, advierte el Tribunal Constitucional que la revisión de la Constitución no es una competencia delegable, por lo que el obstáculo que supone el artículo 8.B del Tratado de Maastricht<sup>75</sup> no es salvable únicamente a través de lo dispuesto en el artículo 93 de nuestra Constitución, a diferencia de lo que sostenía el Gobierno antes de prestar su consentimiento mediante la firma del Tratado CEE. El artículo 93 CE permite la cesión de competencias y no su titularidad, es decir que «en virtud del (mencionado precepto) las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de “competencias derivadas de la Constitución”, no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contraria sus determinaciones, pues ni el poder de revisión constitucional es una “competencia” cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X»<sup>76</sup>. Encontramos aquí de nuevo la función clave que subyace del carácter procedimental del artículo 93, y es la defensa previa de la Constitución frente a inmisiones provenientes de Tratados o convenios internacionales que pudieran contradecir, incluso antes de su ratificación, lo establecido en la Norma suprema.*

---

<sup>74</sup> Párrafo 4º de la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992.

<sup>75</sup> Dicho precepto reconoció el derecho de sufragio activo y pasivo a los residentes comunitarios en los mismos términos que los nacionales, tanto en las elecciones municipales como en las elecciones al Parlamento Europeo.

<sup>76</sup> Párrafo 4º de la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992.

El 29 de octubre de 2004 se firmaba en Roma el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa (en adelante Constitución europea<sup>77</sup>), tratado que, como bien es sabido, nunca vio la luz pues no obtuvo las suficientes ratificaciones por parte de los Estados miembros de la Unión Europea, tras quedar el proceso bloqueado por las consultas populares negativas en Francia y en Holanda. En el caso de la Constitución europea, el Tribunal Constitucional también fue llamado a pronunciarse sobre la vía que las Cortes Generales debieran utilizar para su ratificación, por lo que de nuevo el TC emitió una Declaración<sup>78</sup> sobre los artículos 93 y 95 de la Constitución, entre otros, objeto de esta parte del trabajo.

Las cuestiones planteadas por el Abogado del Estado giraban en torno a la existencia, o no, de contradicción entre el artículo I-6<sup>79</sup> del Tratado y la Constitución española y sobre la posible contradicción de lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución y los artículos II-111 y II-112<sup>80</sup> del mismo Tratado, esto último con relación a los derechos fundamentales y su alcance. Asimismo se cuestionaba la suficiencia del artículo 93 de la Constitución a los efectos de prestar su consentimiento y obligarse mediante el mencionado Tratado. Por último, y en el caso de que hubiera sido necesario, se planteó al TC que se pronunciara sobre el sistema más idóneo para reformar la Constitución.

Analizada la declaración del TC, tres son las reflexiones que sobresalen con relación al artículo 93 de la Constitución. La primera de ellas se realiza desde una aproximación histórica pues afirma que el artículo 93

---

<sup>77</sup> Denominación que se ha extendido incluso entre la doctrina, pese a no ser correcta, pues no es una Constitución al uso ni pretendía sustituir a las Constituciones en vigor de los Estados miembros.

<sup>78</sup> Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. Requerimiento 6603-2004. Formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. Primacía del derecho comunitario y alcance de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea. B.O.E. nº 3 (suplemento) de 4 de enero de 2005.

<sup>79</sup> Numeración original del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

<sup>80</sup> Ídem supra.

fue concebido como el medio para que España se integrara en un futuro no muy lejano en las Comunidades Europeas, resaltando la importancia de dicho *“fenómeno de integración, que va más allá del puro procedimiento de la misma, y que comporta las consecuencias de inserción en un ente supranacional distinto, susceptible de crear un Ordenamiento propio dotado de particulares principios rectores de la eficacia y de las exigencias de y límites de la aplicabilidad de sus normas”*<sup>81</sup>. Esta rememoración de las Cortes constituyentes es de gran ayuda a la hora de analizar y establecer el propósito del legislador que, en aquel entonces, únicamente deseaba llevar a España por el camino de la democracia y de la integración en organizaciones internacionales que constituyeran la base firme para el mantenimiento y desarrollo del Estado de derecho.

La segunda reflexión que nos ofrece la Declaración del TC sobre el artículo 93 de la Constitución es nuevamente su función procedimental; según el pleno del Alto Tribunal *“el art.93 CE opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias”*<sup>82</sup>. Podemos decir que el precepto mencionado hace que nuestra Constitución no sea un elemento rígido, sino que le otorga flexibilidad y dinamismo pues permite, de acuerdo con las palabras del TC, que otros ordenamientos internacionales configuren lo establecido en la norma suprema y ello cobra especial importancia respecto de los derechos fundamentales, pues estos, de acuerdo con el artículo 10.2, deberán interpretarse *“de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*. El artículo 93 CE es la puerta de entrada a nuevas interpretaciones de los derechos que nos otorga la Constitución y,

---

<sup>81</sup> Fundamentos jurídicos, párrafo segundo Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre.

<sup>82</sup> Ídem supra.

asimismo, la vía de entrada de nuevos derechos fruto de dichas interpretaciones, pues no debemos olvidar que no solo se tienen en cuenta los tratados y convenios internacionales, sino la jurisprudencia emanada de los órganos judiciales que controlan y garantizan la correcta aplicación de las normas internacionales sobre derechos fundamentales, siendo el ejemplo más relevante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia ha ido perfilando los derechos fundamentales y adaptándolos a las realidades cambiantes de nuestra sociedad<sup>83</sup>. Tampoco cabe desdeñar el impacto de la jurisprudencia sobre derechos fundamentales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, por supuesto, la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales que desarrolla e integra la Carta Social Europea en torno a la cual gira la presente investigación.

Por último, el Pleno del Tribunal Constitucional establece en su Declaración una serie de límites respecto de la cesión constitucional recogida en el artículo 93 de nuestra Constitución. Dichos límites, pese a no encontrarse en el propio precepto, pueden extraerse de este y de la Constitución misma y son *“el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art.10.1 CE)”*<sup>84</sup>. De estos límites se deduce la supremacía de la Constitución frente a otros ordenamientos internacionales, si bien, y a

---

<sup>83</sup> Un buen ejemplo es la sentencia recaída en el caso López Ostra contra Reino de España de 9 de diciembre de 2004 que ha sido utilizada por los órganos judiciales nacionales en asuntos relacionados con daños ambientales de especial gravedad que imposibilitan el disfrute del domicilio y, por ende, conculcan el derecho a la vida privada y familiar. Dicha sentencia se ha utilizado para argumentar pronunciamientos en casos de exceso de ruido ambiental, siendo una de las más recientes la sentencia 80/2012 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo recaída en el recurso 2196/2008, donde, entre otros temas, se establece que el ruido ambiental puede vulnerar la intimidad familiar tal y como se recoge en el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, especialmente en el caso Moreno Gómez contra España de 16 de noviembre de 2004, además de la ya citada, referente jurisprudencial en casos de exceso de ruido.

<sup>84</sup> Véase nota al pie 78.

través de lo establecido en el artículo 93 CE, se puede declarar la primacía de otros ordenamientos respecto de la normativa nacional, como es el caso del Derecho de la Unión Europea<sup>85</sup>; y sin perjuicio, en la misma línea, del carácter suprallegal de los tratados internacionales y el debate en torno al control de convencionalidad<sup>86</sup>.

Para finalizar el análisis del artículo 93 CE, resulta asimismo interesante mencionar el Dictamen del Consejo de Estado 24/2008<sup>87</sup> sobre el Tratado de Lisboa recaído en virtud del artículo 22.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, y que prescribe la consulta a la Comisión Permanente de este órgano constitucional “*en todos los tratados o convenios internacionales sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado*”. El Consejo de Estado recoge la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional respecto del artículo 93 CE, pues pone de relieve el espíritu internacionalista de nuestra Norma suprema, cuyo máximo exponente es el precepto mencionado y para ello, de forma muy gráfica, relaciona una serie de tratados y convenios que han sido ratificados por España a lo largo del proceso de integración europea. Asimismo retoma la mención a los límites tácitos del artículo 93; así, respecto de la atribución de competencias, señala que no se atribuye la titularidad de la competencia cedida sino su ejercicio, siendo además revocable pues el Tratado de Lisboa incorpora

---

<sup>85</sup> La eterna disensión entre la doctrina constitucionalista y la internacionalista, respecto de la primacía, o supremacía, del Derecho originario derivado de la Unión Europea, queda aquí zanjada pues la declaración del Pleno del TC establece de forma muy clara la diferencia entre supremacía y primacía, siendo la primera la que “*se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones*” (Fundamento jurídico 4º, Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre).

<sup>86</sup> En este sentido, JIMENA QUESADA, L.: *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.

<sup>87</sup> Expediente 24/2008; aprobación del Dictamen el 13 de marzo de 2008.

cláusulas de revisión de los tratados que prevean una reducción de las competencias cedidas por los Estados miembros e incluso la retirada de un Estado miembro, por lo que queda demostrado que la cesión es revocable o recuperable. Igualmente el Consejo de Estado insiste en que la atribución es “*de competencias*” y no de “*las*” competencias, por lo que “*no cabe una atribución en bloque o global de la totalidad de las competencias que supusiera un vaciamiento de las estatales o la quiebra de la pervivencia de la organización política del estado o, incluso, una atribución indeterminada de competencias*”<sup>88</sup>.

Retomando el análisis de los preceptos constitucionales que posibilitan la adhesión y ratificación, por parte de España, de tratados y convenios internacionales, debemos detenernos en el artículo 94, si bien brevemente. Este precepto recoge la necesidad de la previa autorización de las Cortes Generales respecto de determinados tratados y convenios internacionales, autorización fundamentada en las materias que puedan regular los mencionados acuerdos internacionales. Se establece pues la previa autorización para los tratados de carácter político<sup>89</sup>, los que regulen materias de carácter militar<sup>90</sup>, aquellos que afecten a la integridad territorial del Estado o de los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I de la Constitución<sup>91</sup>, los tratados o convenios que supongan obligaciones financieras y los que puedan implicar modificaciones o derogaciones de

---

<sup>88</sup> Párrafo III del Dictamen mencionado supra.

<sup>89</sup> Un ejemplo de tratado de carácter político lo podemos encontrar en el Tratado de la Unión Europea (o Tratado de Maastricht, firmado en esta ciudad el 7 de febrero de 1992), pues reconocía a los ciudadanos de la Unión Europea, residentes en España, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones europeas, así como en las elecciones locales.

<sup>90</sup> La adhesión de España a la Organización del Tratado del Atlántico Norte fue uno de los hitos que, en materia de defensa, llevó a cabo el gobierno Calvo Sotelo durante los primeros años de la recién estrenada democracia. De acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado, de agosto de 1981, el Gobierno solicitó autorización a las Cortes Generales para que España pudiera ingresar en dicha organización, utilizando así el procedimiento establecido en el artículo 94.1 CE. Véase el Instrumento de Adhesión del Reino de España al Tratado del Atlántico Norte publicado en el BOE nº129 de 31 de mayo de 1982.

<sup>91</sup> En clara conexión con el artículo 81 de la Constitución, pues este prevé, respecto de la regulación de los derechos fundamentales y las libertades públicas, así como la aprobación de los Estatutos de Autonomía, entre otras materias, la ley orgánica.

leyes así como medidas legislativas para su ejecución. Para el resto de tratados o convenios el precepto prevé en su segundo párrafo la inmediata comunicación a ambas Cámaras legislativas de la conclusión de dichos actos por parte del Gobierno.

La previa autorización de las Cortes Generales respecto del consentimiento para obligarse por tratados o convenios internacionales tiene una relación directa con los límites mencionados que se deducen del artículo 93, pues es una forma de preservar y proteger la soberanía del Estado, los principios y valores fundamentales sobre la que se sustenta, así como nuestra estructura constitucional; no es más que solicitar la autorización al órgano que representa, y donde reside, la soberanía popular.

El siguiente precepto que debe ser analizado es el artículo 95 CE que prevé la reforma constitucional en el caso de celebrarse un tratado o convenio que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución. Dicha contradicción deberá ser establecida previamente por el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Norma suprema de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>92</sup> (en adelante LOTC) y que se instituye como *“independiente de los demás órganos constitucionales y [...] sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica”*. A ello debe añadirse el carácter vinculante de las declaraciones del TC, establecido en el artículo 95 CE y en el artículo 78.2<sup>93</sup> de la LOTC.

---

<sup>92</sup> Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, BOE nº239 de 5 de octubre. Se ha consultado la versión que contiene el texto integrado con las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999 y 1/2000 y con expresión particularizada de las reformas conforme a las Leyes Orgánicas 6/2007, de 24 de mayo, 1/2010, de 19 de febrero y 8/2010, de 4 de noviembre.

<sup>93</sup> Artículo 78.2 LOTC: Recibido el requerimiento, el Tribunal Constitucional emplazará al solicitante y a los restantes órganos legitimados, según lo previsto en el apartado anterior, a fin de que, en el término de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión. Dentro del mes siguiente al transcurso de este plazo y salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, el Tribunal Constitucional emitirá su declaración, que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 95 de la Constitución, tendrá carácter vinculante.

Para analizar el artículo 95 debemos retomar el Dictamen del TC de 1 de julio de 1992; en su fundamento jurídico 1º, el Alto Tribunal afirma que *“Mediante la vía prevista en [el] artículo 95.2 la Norma fundamental atribuye al Tribunal Constitucional la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar, al tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional”*.

Este precepto puede presentarse como “guardián” de la Constitución pues el mandato es muy concreto *“La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”* y son el Gobierno y cualquiera de las Cámaras quienes deben solicitar dicho examen. La cualidad de “guardián” se ve reforzada pues, tal y como lo declara el TC, dicho mandato de control previo *“por su generalidad, es de aplicación a todo tipo de tratados, incluidos los suscritos al amparo del artículo 93”*<sup>94</sup>, por lo que puede deducirse que la función esencial del precepto es realizar una defensa jurisdiccional anticipada de la Constitución, lo que muestra de nuevo la supremacía de la Norma frente a otros cuerpos normativos ajenos, como pueden ser los tratados o convenios internacionales; asimismo traslucen los límites a la cesión competencial, ya comentados respecto del artículo 93 CE, como la defensa de la soberanía del Estado y el respeto a nuestro sistema de valores y principios fundamentales tal y como quedan establecidos en la Constitución.

De igual modo, el mandato cobra especial relevancia pues, tal y como ha quedado establecido tanto en el precepto constitucional como en su desarrollo en la LOTC, las declaraciones del TC son vinculantes y *“producen erga omnes (art.164.1 in fine C.E.) todos los efectos de la cosa juzgada, tanto los negativos o excluyentes, que impedirían trasladar a este Tribunal la estipulación objeto de la resolución a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, cuanto los positivos o prejudiciales que han de obligar a todos los poderes a*

---

<sup>94</sup> Fundamento jurídico 2º, Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992.



*respetar y ajustarse a nuestra declaración*”<sup>95</sup>. Así las Declaraciones del TC, emanadas del mandato dispuesto por el artículo 95.1 CE, adquieren la misma fuerza que poseen sus sentencias pese a no poder calificarse legalmente como tales, tal y como afirma el Tribunal en su Declaración.

La función de control previo del artículo 95 CE, analizada desde otra perspectiva, puede exponerse como cometido equilibrador pues intenta, mediante el control previo de la constitucionalidad del tratado o convenio internacional, armonizar ambas normas para evitar la ruptura del equilibrio constitucional y, por ende, la quiebra de la soberanía del Estado. Y ello se realiza antes de la incorporación de la norma internacional a nuestro sistema normativo, para evitar *“la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada”*<sup>96</sup>, pues ello repercutiría directamente en nuestra soberanía y sistema de valores y principios, lo que nos reconduce de nuevo a los límites tácitos del artículo 93 de nuestra Constitución. Dicho cometido armonizador guarda una relación directa con el artículo 96 CE que desarrolla la recepción de los tratados y convenios internacionales en el ordenamiento jurídico español. Si dicho control previo no existiera, podrían quebrarse numerosos principios constitucionales como el de seguridad jurídica pues estaríamos expuestos, y sometidos, a normas vinculantes y con fuerza resistente a la ley que no han superado el filtro constitucional establecido en el capítulo 3º del Título III de la Constitución, puesto que *“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”* (art. 9.1); asimismo, los efectos de la aplicación de dichas normas podrían ser, en

---

<sup>95</sup> Fundamento jurídico 1º, Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992.

<sup>96</sup> Ídem supra.

muchos casos, no susceptibles de subsanación, siendo esto contrario al principio de seguridad jurídica<sup>97</sup>.

El último precepto que conforma el procedimiento constitucional de celebración y ratificación de tratados y convenios internacionales, es el artículo 96 que establece la recepción de dichas normas internacionales en nuestro ordenamiento jurídico así como su eficacia. Este precepto dispone que “*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*”<sup>98</sup>, lo que implica que, antes de dicha publicación, el tratado o convenio internacional no puede aplicarse, no posee eficacia alguna respecto de nuestro ordenamiento jurídico interno. El artículo 96, además, menciona la posibilidad de derogación, suspensión o modificación de los tratados y convenios incorporados a nuestro ordenamiento, que deberá realizarse de acuerdo con las previsiones contenidas en la norma internacional y, si no contuviera dichas previsiones, de acuerdo con las normas del Derecho internacional<sup>99</sup>. En aras del principio de seguridad jurídica, la publicación deberá contener el texto íntegro del tratado o convenio, así como todos sus anexos, reservas y declaraciones emitidas por otros Estados firmantes y el instrumento de ratificación.

Merece la pena, en este punto, traer a colación un hecho que puede calificarse de curioso, tras analizar el camino recorrido por un tratado o convenio internacional hasta llegar a nuestro ordenamiento jurídico interno. El 31 de julio de 2008 se publicaba en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 1/2008 de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el

---

<sup>97</sup> Por no mencionar el incremento de la carga de trabajo que supondría, para el Tribunal Constitucional, la incorporación de normas cuya constitucionalidad se desconoce.

<sup>98</sup> En consonancia con lo establecido en el artículo 1.5 del Código Civil, que prevé el mismo mecanismo para que las normas jurídicas contenidas en tratados internacionales sean de aplicación directa en España.

<sup>99</sup> Véase la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969, a la que España se adhirió mediante el Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972 (B.O.E. nº142 de 13 de junio de 1980).

Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, y resulta curioso este hecho, que no debería tener mayor relevancia, pues se incorporaba al articulado de la norma la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y ¿a qué se debe el carácter curioso de esta ley orgánica? Resulta llamativo que se incorpore a nuestro ordenamiento jurídico una norma como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>100</sup>, mediante su debida publicación en el BOE, cuando el Tratado de Lisboa aún no había obtenido el respaldo del resto de los Estados miembros de la UE, y que no obtuvo vigencia hasta el 1 de diciembre de 2009 tras arduas negociaciones y cesiones entre las partes implicadas.

En la mencionada ley orgánica se recoge en su artículo 2 el texto completo de la CDFUE y se establece que *“A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro se reproduce a continuación”*. Es cierto que la Carta había sido publicada en el DOUE en diciembre de 2007, pero fue la reforma operada por el Tratado de Lisboa la que confirió a la CDFUE, en el artículo 6.1 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, *“el mismo valor jurídico que los Tratados”*, es decir fuerza vinculante y de aplicación directa. Resulta loable que el legislador español avanzara la incorporación de la CDFUE a nuestro ordenamiento jurídico interno mucho antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa pues la

---

<sup>100</sup> Incluida en un primer momento en el fallido “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa” DOUE de 16 de diciembre de 2004, serie C 310. Al contrario que en el Tratado de Lisboa (véase DOUE de 30 de marzo de 2010, serie C 83/389), la CDFUE sí que estaba incluida dentro del articulado de la Constitución europea.

previsión realizada en el artículo 10.2 CE se amplía con un nuevo referente interpretativo, actualizado a las nuevas exigencias y necesidades sociales. El articulado de la CDFUE recoge numerosos derechos extraídos de otras normas internacionales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Carta Social Europea<sup>101</sup>, siendo especialmente importante su artículo 1 donde queda establecida la inviolabilidad de la dignidad humana, pues su reconocimiento en el primer artículo de la Carta parece servir como pórtico y eje al resto de los derechos y principios contenidos en la misma. En el punto siguiente de este segundo capítulo se analizará el artículo 10.2 de la Constitución, desarrollándose más la importancia de la CDFUE respecto del mandato interpretativo del precepto constitucional.

Como conclusión a este primer apartado, ha quedado probado el espíritu internacionalista de nuestra Constitución, pues previó un procedimiento para la celebración de tratados y convenios internacionales que ha facilitado la incorporación de España a numerosos proyectos fuera de nuestras fronteras y que han supuesto, además, el enriquecimiento de nuestro sistema de derechos fundamentales y libertades públicas, así como de su garantía y promoción. Si bien, es cierto que los preceptos incluidos en el capítulo 3 del Título III parecen hechos *ex profeso* para facilitar la incorporación de España a la actual Unión Europea, pues, entre otro tipo de tratados y convenios internacionales, se contemplaba la posibilidad de obligarse por normas internacionales que supusieran cesión de competencias nacionales, tal y como queda establecido en el artículo 93 CE. A pesar de la previsión del anterior precepto, la Constitución ha tejido un procedimiento que no la deja desamparada frente a inmisiones normativas internacionales a la baja, donde del propio artículo 93, y de

---

<sup>101</sup> En relación con la Carta Social Europea, la CDFUE retoma derechos establecidos tanto en la versión de 1961 como en la versión revisada de 1996, y, a pesar de que España aún no haya ratificado esta última, permite que dichos derechos se introduzcan en nuestro ordenamiento de forma indirecta. Si bien, este tema será objeto de un análisis más profundo en el capítulo IX de este trabajo.

los siguientes, se extraen unos límites no explícitos, cuyo fin es salvaguardar la soberanía del Estado y su sistema de valores y principios fundamentales. Por último, cabe resaltar que los tratados y convenios internacionales válidamente celebrados por España pasan a formar parte de nuestro ordenamiento interno, siendo directamente aplicables y de obligado cumplimiento, tanto para los ciudadanos como para los poderes públicos y ello es aplicable a los tratados y convenios que regulen derechos fundamentales, en conjunción con el mandato interpretativo del artículo 10.2 CE que se analiza a continuación.

## 2. Artículo 10.2 y mandato interpretativo.

Antes de comenzar con el análisis del precepto constitucional, debemos comentar, de forma breve, la importancia del artículo 10 dentro del marco de la Constitución y del propio ordenamiento constitucional.

El Título I de la Constitución española consagra en sus cinco capítulos el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas, los derechos y deberes de los ciudadanos, así como los denominados principios rectores de la política social y económica; es decir, el corpus de garantías que todo Estado social y democrático de derecho debe tener para poder merecer dicha calificación. Los dos últimos capítulos recogen las garantías, así como la suspensión de los derechos y libertades establecidos en los anteriores capítulos. Y el artículo 10, incluido dentro del Título I pero fuera de los capítulos, a modo de prólogo se podría decir, establece la dignidad de la persona como eje y "*fundamento del orden político y de la paz social*". La dignidad de la persona, tal y como quedó expuesto en el capítulo anterior de este trabajo, es la base sobre la que debe construirse el sistema de derechos fundamentales y por ello el legislador constituyente incorporó este precepto al principio del Título que debía contener nuestro sistema de derechos, de ahí su importancia; así lo expuso el Tribunal

Constitucional en su sentencia 53/1985<sup>102</sup> al afirmar que “*La relevancia y la significación superior de uno y otro valor<sup>103</sup> y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el art. 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el art. 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos*”. Asimismo, y siguiendo con la jurisprudencia constitucional, el TC afirma que la dignidad de la persona “*ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia, un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar*”<sup>104 105</sup>. Por lo tanto, queda demostrado que la dignidad de la persona es el primer eje interpretativo para realizar una correcta lectura, y por ende aplicación, de los derechos fundamentales recogidos en nuestro ordenamiento jurídico. Es más, no resulta desdeñable traer a colación que, en el terreno internacional, la dignidad humana apareció primeramente asociada a los derechos sociales (en torno a los cuales gira la presente investigación), concretamente con motivo de la adopción, el 10 de mayo de 1944, de la Declaración de Filadelfia en el marco de la Organización Internacional del Trabajo<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> Sentencia recaída en el recurso previo de inconstitucionalidad contra el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417bis del Código Penal (supuestos de aborto no punible). Fundamento jurídico 3.

<sup>103</sup> Se hace referencia al derecho a la vida establecido en el artículo 15 y a la dignidad de la persona del artículo 10.1, de la Constitución española.

<sup>104</sup> Sentencia del TC 57/1994 de 28 de febrero, fundamento jurídico 3A.

<sup>105</sup> Ese *mínimum invulnerable* que es la dignidad de la persona va a ser un argumento recurrente en este trabajo pues servirá como base para demostrar la necesidad de tener en cuenta dicho valor constitucional en la proyección y aplicación de las políticas sociales, así como en la garantía y promoción de los derechos sociales, tan denostados en la actualidad. Además, la referencia del TC a la persona, y no al ciudadano, es de gran relevancia respecto de lo anteriormente citado, pues parece que hoy en día, para disfrutar de determinados derechos sociales básicos, la condición de persona no basta.

<sup>106</sup> 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*

Tras esta breve referencia a la importancia de la dignidad de la persona como criterio hermenéutico de los derechos fundamentales, pasamos a continuación a analizar el párrafo 2 del precepto constitucional que establece lo siguiente: *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España”*. La inclusión de esta referencia en nuestra Constitución supone la apertura de ésta hacia el Derecho internacional de los Derechos Humanos, demuestra de nuevo el espíritu global de la Norma, plasmado asimismo en los preceptos estudiados en el punto anterior. Ahora bien, debemos especificar el alcance de dicho mandato interpretativo, de nuevo recurriendo a la jurisprudencia del TC.

Una de las primeras cuestiones que deben abordarse es si el artículo 10.2 supone la incorporación de los tratados y convenios a los que hace referencia, en nuestro ordenamiento jurídico interno y, por lo tanto, comporta una reiteración respecto de lo establecido por el artículo 96.1 de la Norma constitucional. La doctrina internacionalista<sup>107</sup> se ha preguntado en numerosas ocasiones si la inclusión del artículo 10.2 implicaba una duplicidad con relación a lo establecido en el artículo 96.1 de nuestra Constitución. Dicha duplicidad no es tal, pues los mencionados preceptos regulan dos ámbitos completamente diferentes. El artículo 96.1 establece las últimas directrices para que un tratado o convenio internacional, sin mencionar la materia que regula, se incorpore a nuestro ordenamiento; en cambio, el artículo 10.2 simplemente establece las referencias hermenéuticas de los derechos

---

*condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”.*

<sup>107</sup> Véase FERNÁNDEZ CASADEVANTE, C. (Coord.) *Derecho Internacional de los derechos Humanos*, en especial la lección 17 *“Las normas internacionales de Derechos Humanos en el Orden Interno español”*; Madrid, Editorial Dilex, 2007.

fundamentales. Así lo ha establecido el TC en su sentencia 38/1981<sup>108</sup>, al admitir que, con relación a lo expuesto en el artículo 10.2, *“los textos internacionales ratificados por España son instrumentos valiosos para configurar el sentido y el alcance de los derechos que, en este punto, recoge la Constitución”*<sup>109</sup> y, a mayor abundamiento, admite que textos, como las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo puedan plantearse como referentes interpretativos de los derechos alegados en el procedimiento de amparo<sup>110</sup>. Es decir que, la Constitución, pese a contener un elenco de derechos fundamentales bastante completo y, en cierta forma, moderno, incluyó en su articulado un precepto que posibilita la extensión de dichos derechos y libertades, así como su interpretación, acorde a cada situación y momento.

Otro ejemplo del valor interpretativo que otorga el artículo 10.2 a los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos, lo encontramos en la sentencia del TC 37/1988<sup>111</sup>, que incide además en la diferenciación entre este y el artículo 96.1, al establecer que *“Este Tribunal se ha ocupado en numerosas Sentencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación con la casación penal y con el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, firmado el 19 de diciembre de 1966, ratificado por España en septiembre de 1976, vigente entre nosotros desde el 27 de julio de 1977, a tenor de lo dispuesto en el instrumento de ratificación y desde luego, vigente en la actualidad ex Constitutione, puesto que el art. 96.1 dispone que los Tratados válidamente*

---

<sup>108</sup> Sentencia recaída en recurso de amparo contra la Magistratura de Trabajo nº5 de Sevilla, sobre despido. El recurso de amparo alegaba que el despido vulneraba lo dispuesto en los artículos 14 y 28 de la Constitución.

<sup>109</sup> STC 38/1981 de 23 de noviembre de 1981, fundamento jurídico 4º (BOE nº305, de 2 de diciembre de 1981).

<sup>110</sup> *“Las recomendaciones de la O.I.T., si bien, como es obvio, distintas de los Convenios, y sin alusión directa en el art.10.2 de la Constitución, son textos orientativos, que sin eficacia vinculante pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios, carácter con el que se invocan aquí las Recomendaciones a las que hemos hecho sucinta referencia”* Ídem supra.

<sup>111</sup> Sentencia 37/1988 de 3 de marzo, recaída en recurso de amparo 604/1985; B.O.E. nº67, de 18 de marzo de 1988.



*celebrados y oficialmente publicados «formarán parte del ordenamiento interno». En atención a ello, y sin olvidar que las normas relativas a derechos fundamentales deben ser interpretadas de conformidad, entre otros parámetros, con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias (art. 10.2 C.E.), este Tribunal ha perfilado el contenido y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la casación penal<sup>112</sup>. La presente resolución del TC delimita perfectamente los diferentes ámbitos de los dos preceptos: el artículo 96.1 posee un mandato aplicativo, pues hasta que no se incorporen correctamente los tratados o convenios a nuestro ordenamiento, estos no formarán parte de aquel; y el artículo 10.2 establece un criterio hermenéutico respecto de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, que deberán interpretarse de acuerdo con los tratados y acuerdos sobre dichas materias ratificados por España<sup>113</sup>.*

Asimismo, no debe olvidarse la importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos con relación a la interpretación de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución así como de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales por lo que atañe al continente europeo (sin olvidar las resoluciones del Comité de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al interpretar respectivamente el Pacto de Derechos Civiles y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Pues, si bien el art. 10.2 únicamente habla de tratados y acuerdos sobre la materia, España al obligarse mediante estos, a través de su ratificación y

---

<sup>112</sup> Fundamento jurídico 5, ídem supra.

<sup>113</sup> Véase MANGAS MARTÍN, A. "Cuestiones de derecho Internacional público en la Constitución española de 1978", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1980, nº61: "el apartado segundo del artículo 10 no apela a los convenios internacionales en cuanto derecho interno, sino que la referencia explícita a la declaración Universal de Derechos Humanos y otros acuerdos internacionales sobre dicha materia se hace a los solos efectos de interpretación de los derechos y libertades incluidos en la Constitución".

posterior publicación, adopta a su vez los compromisos derivados de aquellos.

La explicación es obvia: la letra de los tratados de referencia (ya sea el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, la Carta Social Europea de 1961 y sus reformas, etc.), por la fecha de su adopción y la redacción más o menos general de sus disposiciones, en el plano normativo han quedado lógicamente en la mayor parte de los casos superados por la legislación nacional en la materia; lo importante, consecuentemente, es el carácter de dichos tratados como “instrumentos vivos” (acudiendo a una fórmula que ha hecho fortuna en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales), lo que se refleja en la citada jurisprudencia elaborada por las instancias máximas respectivas de garantía de dichos tratados. En otros términos, del mismo modo que se dice que la Constitución es el texto constitucional más la jurisprudencia del TC, debe decirse *mutatis mutandis* que un Tratado es el texto internacional más la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Comité Europeo de Derechos Sociales, etc. En otro caso, carece de sentido asumir compromisos internacionales que se contraigan al mero alcance de la letra del tratado, sin tener en cuenta el necesario dinamismo interpretativo que genera la real eficacia y puesta en práctica de esas disposiciones internacionales.

Por lo tanto, las resoluciones del TEDH, y de las demás instancias europeas e internacionales mencionadas, forman parte de ese elenco de criterios hermenéuticos que deben tenerse en cuenta a la hora de aplicar y garantizar los derechos fundamentales. Así en la sentencia 36/1984 el TC recuerda que *“La remisión que el art. 10.2 de la C.E. hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritos por España para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas,*

*autoriza y aún aconseja, referirse, para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (T.E.D.H.) al aplicar la norma contenida en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, según la cual «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial... »<sup>114</sup>.*

Es más, el TC ha llegado a dotar de valor interpretativo a resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa; así en su sentencia 114/1984, al admitir que no existía jurisprudencia del TEDH en relación con la prueba ilícitamente obtenida, considera en sus fundamentos una resolución del órgano mencionado, pese a que “*no resulte de necesaria consideración en nuestro Derecho sobre la base del citado art. 10.2 de la Constitución*”<sup>115</sup>. A mayor abundamiento, el TC reconoce que únicamente “*la interpretación relevante, de acuerdo con el art.10.2 de la Constitución, es sólo la jurisdiccional del Tribunal Europeo, y no la del Comité de Ministros*”, sin embargo aceptó el valor hermenéutico del Comité de Ministros pues no había entrado a valorar si la obtención de la prueba había vulnerado o no la intimidad, sino que había simplemente entrado a decidir sobre la posible conculcación del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En otra resolución del TC más reciente<sup>116</sup>, este vuelve a invocar una Recomendación del

---

<sup>114</sup> Sentencia del TC 36/1984, de 14 de marzo, fundamento jurídico 3º; B.O.E. nº80 de 3 de abril de 1984, corrección 1.

<sup>115</sup> Sentencia del TC 114/1984 de 29 de noviembre, fundamento jurídico 3º; B.O.E. nº305 de 21 de diciembre de 1984.

<sup>116</sup> Sentencia del TC 235/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 5º: “*la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado “discurso del odio”, esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. En este punto, sirve de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia*”. B.O.E. nº295 de 10 de diciembre de 2007. En este asunto se declaró la inconstitucionalidad parcial del delito contenido en el art. 607.2 CP, consistente en difundir por cualquier medio, ideas

Comité de Ministros, si bien de forma indirecta a través de una sentencia del TEDH, para definir el concepto de “*discurso del odio*”, en un asunto relacionado con la libertad de expresión y las teorías negacionistas del Holocausto nazi.

El Tribunal Constitucional, en relación con las fuentes interpretativas que se derivan del artículo 10.2 CE, no solo ha recurrido a la jurisprudencia del TEDH y a la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino también –como se acaba de señalar– a la Carta Social Europea<sup>117</sup>, a los Pactos Internacionales de Naciones Unidas, a los convenios de la O.I.T, así como a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; es decir, ha recurrido a cada uno de los tratados y convenios que ha ratificado e incorporado al ordenamiento interno y en el caso específico de la CDFUE, el TC la ha mencionado en algunas de sus resoluciones, incluso antes de su vigencia y publicación en el DOUE.

En relación con la DUDH, los Pactos Internacionales y el CEDH, el TC hizo referencia a la regulación de la libertad de expresión contenida en estos tres instrumentos normativos, de acuerdo con el mandato interpretativo del artículo 10.2 de la Constitución<sup>118</sup> en su sentencia 153/1985.

---

o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen esas prácticas; se retiró la mención a su negación.

<sup>117</sup> A pesar de que España ratificó la CSE en 1980, la presencia de esta en la jurisprudencia constitucional es francamente residual, algo que, a lo largo del presente trabajo, se va a poner de manifiesto. Hasta la fecha, el TC ha citado la CSE siempre en su versión de 1961, pues España ha firmado la versión revisada de 1996 pero no ha procedido a su ratificación, por lo que no se encuentra debidamente incorporada a nuestro ordenamiento interno. Ahora bien, en la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales españoles a veces sí se ha utilizado como parámetro interpretativo la CSE revisada de 1996, lo cual resulta razonable con respecto a las disposiciones de ambas Cartas sociales que son coincidentes: así lo ha expuesto, ilustrándolo con ejemplos, JIMENA QUESADA, L.: *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y la tutela multinivel de derechos*, ya cit., en particular, pp. 125-126.

<sup>118</sup> Sentencia 153/1985, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 5º: “*el derecho a la libertad de expresión supone tanto el derecho a comunicar como el derecho a recibir*”

La Carta Social Europea también ha sido una fuente jurídica para construir los fundamentos de las resoluciones del TC, y se ha utilizado muy a menudo en asuntos relacionados con derechos laborales como el de huelga. Uno de los últimos pronunciamientos sobre este derecho, y en conjunción con el derecho de asociación, fue el que sustanció el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Junta de Andalucía contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>119</sup>. Esta sentencia, y el resto de las que se emitieron en el mismo sentido, suponen un paso adelante de gran relevancia, pues reconocieron derechos sociales básicos a personas, extranjeros en situación irregular, que habían visto cómo, por un capricho del legislador del momento, se les arrebataban, dejándolos sin voz y haciéndolos aún más invisibles. Por ello, se comenta más en profundidad y por ser la Carta Social Europea y los derechos sociales el tema del presente trabajo.

De los derechos que durante unos meses pudieron disfrutar los extranjeros<sup>120</sup>, nada quedó con la nueva reforma legislativa practicada. De hecho se recrudesció la diferencia entre extranjeros regulares e

---

*informaciones o ideas de toda índole por cualquier procedimiento. Así se hace constar expresamente en los textos internacionales que, de conformidad con el art. 10.2 de la Constitución, han de servir de base para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades (art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 10 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)". B.O.E. nº283, de 26 de noviembre de 1985.*

<sup>119</sup> La reforma de la Ley Orgánica supuso una merma en lo que a derechos se refiere. Se adujeron motivos tanto económicos como jurídicos para realizar dos clarísimas diferenciaciones: entre españoles y extranjeros y entre extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular.

<sup>120</sup> Como el derecho de asociación, que facilitó la integración de numerosos extranjeros ya que facilitaba el asociacionismo y por ende el espíritu de pertenencia a una sociedad como ciudadano de pleno derecho.

irregulares creando una nueva clase de excluidos<sup>121</sup>. Las voces que se alzaron en contra de esta reforma fueron numerosas e incluso la tacharon de “*moralmente reprobable*”<sup>122</sup> o de “*contrarreforma*”<sup>123</sup>.

Retomando los derechos mencionados en el apartado anterior, nos encontramos con la nueva regulación dada al artículo 7 sobre las libertades de reunión y manifestación. De un plumazo, el legislador retiró dichos derechos a los extranjeros y se los concedió únicamente a los extranjeros que tuvieran “*autorización de estancia o residencia en España*”. Se debe recordar en este punto lo establecido en la sentencia 115/1987 del Tribunal Constitucional respecto de la exigencia de autorización previa que para el derecho de reunión se exigía en la L.O. 7/1985 «*La necesidad de una autorización administrativa previa, referida al ejercicio del derecho de reunión, no es un requisito puramente rituario o procedimental, sobre todo porque nuestra Constitución ha optado por un sistema de reconocimiento pleno del derecho de reunión, sin necesidad de autorización previa (Art.2,1). Esta libertad de reunión sin autorización se constituye así en una facultad necesaria “para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito” (STC 11/1981, de 8 de abril); al imponerse la necesidad de*

---

<sup>121</sup> Debemos realizar en este punto una referencia al artículo publicado en la Revista de Derecho migratorio y extranjería (nº1, año 2002) por SAGARRA TRÍAS, E. “*Un nuevo “status” de extranjero en España (el inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)*” donde se describe la situación que creó la reforma de la L.O. 4/2000 (tanto la 8/2000 como las posteriores), dando lugar a absurdos jurídicos y concibiendo un nuevo concepto de excluido social.

<sup>122</sup> “*A la luz de una moral racional, crítica, laica que cree en los principios básicos del individuo y de su libertad para confeccionar planes de vida y de la necesidad de un mutuo respeto entre todos, el actual tratamiento de la inmigración derivado de la llamada Ley de Extranjería, es moralmente reprobable*”. MARTÍNEZ DE PISÓN. J. “*¿Tienen derechos los inmigrantes?*” Conferencia pronunciada en las Jornadas sobre Los inmigrantes como nuevos actores del desarrollo. Globalización, migración y derechos. Universidad de Valencia, 29 de octubre de 2004.

<sup>123</sup> Pascual Aguelo afirmó que “*la contrarreforma significará un marcado retroceso a las posiciones existentes en el año 1985 en relación con el reconocimiento de los derechos fundamentales y principalmente con aquellos de contenido político. Se da marcha atrás en el camino de la equiparación y se vuelve a la vieja consideración desigual de nacionales y extranjeros en el goce de derechos de contenido constitucional.*” II Seminario Inmigración y Derechos Humanos, Zaragoza, Noviembre 2000.

*autorización administrativa se está desnaturalizando el derecho de reunión, consagrado en la Constitución “sin supeditarlo a la valoración discrecional y al acto habilitante y de poder implícito de la administración” ».*

De nuevo, el legislador, obviaba la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional y seguía supeditando el ejercicio de un derecho a una autorización de carácter administrativo, en este caso la autorización para residir, anulando su carácter de derecho fundamental; los derechos fundamentales no los otorga un Estado, sino que es la persona, por el mero hecho de serlo, la que posee determinados derechos. La L.O. 8/2000 otorgaba la titularidad del derecho, pero sometía su ejercicio a la obtención de una autorización administrativa y no a una distinción entre españoles y extranjeros como único criterio diferenciador, tal y como se puede deducir de la Constitución. Sería conveniente retomar las preguntas que se plantea Ignacio Gutiérrez *“¿Qué sentido tiene esta distinción entre titularidad y ejercicio de tales derechos fundamentales? Ninguno. En realidad, se consideran con ella los derechos fundamentales desde los criterios dogmáticos de la teoría tradicional de los derechos patrimoniales, del derecho de propiedad. En él sí cabe distinguir entre titularidad y ejercicio; mas las libertades de reunión o de asociación, si no se pueden ejercer, ¿en qué consisten?, ¿cabría acaso ejercerlas mediante representación legal o voluntaria? Como ha señalado Ferrajoli [...] aplicar a los derechos de libertad categorías del derecho de propiedad supone la degradación de las garantías inherentes a la dignidad humana”*<sup>124</sup>.

Los comentarios respecto del derecho de reunión y manifestación se deben hacer extensibles a los derechos de asociación, educación, libertad de sindicación y huelga. A todos ellos se añadió la fórmula

---

<sup>124</sup>“*Constitución española, derechos de los extranjeros*”, ponencia presentada en el III seminario Internacional del Instituto Iberoamericano de Estudios constitucionales celebrado en mayo de 2001 bajo el título *La constitución del más débil. Desfavorecid@s en la crisis del Estado social*.

*“podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”*; los extranjeros eran titulares de esos derechos, en igualdad de condiciones que los españoles, pero (y ese pero debería escribirse en mayúsculas) no podían ejercerlos hasta que obtuvieran la autorización para residir, por lo que el legislador había dejado vacío de contenido derechos que, para poder ser realizados, deben ejercerse; si no, qué sentido tiene ser titular del derecho de asociación si la persona no puede efectivamente formar parte de una asociación<sup>125</sup>, por poner un ejemplo. Tras la promulgación de esta reforma se interpusieron una miríada de recursos de inconstitucionalidad que tuvo como consecuencia lógica otra miríada de sentencias. Tanto la Junta de Andalucía, en el caso que nos ocupa, como el Parlamento Vasco, el Parlamento navarro, la Junta de comunidades de Castilla-La-Mancha, la Junta de Extremadura, la Comunidad autónoma de Aragón o el Principado de Asturias interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad, prácticamente idénticos, donde se cuestionaba la constitucionalidad de los preceptos relativos a los derechos de reunión y manifestación, asociación, educación, huelga, sindicación y asistencia jurídica gratuita.

Respecto de los derechos de huelga y sindicación, ambos establecidos por la Carta Social Europea, el Tribunal utiliza este instrumento para definir el contenido constitucionalmente declarado del derecho de huelga y *“valorar si la limitación impuesta por el legislador orgánico resulta constitucionalmente lícita a la luz del contenido esencial del derecho, teniendo en cuenta el criterio interpretativo derivado del art. 10.2 CE, que obliga a interpretar los derechos y libertades consagrados en nuestra Constitución de acuerdo con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España”*. Así, y para definir el derecho de huelga, se menciona el artículo 6 de la CSE donde se reconoce el

---

<sup>125</sup>Esta situación resulta absurda, jurídicamente hablando, pero también triste ya que en el fondo se está desprestigiando el propio Estado de Derecho.



derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga. El argumento argüido por el Abogado del Estado se basaba en que resultaba absurdo otorgar un derecho a personas, los extranjeros en situación irregular, que no podían ser considerados trabajadores pues no existía relación contractual alguna debido a su situación administrativa. Para contradecir el razonamiento del Abogado del Estado se utiliza el mismo argumento que se utilizó en una sentencia anterior (STC 236/2007) en relación con el derecho de libertad sindical del trabajador extranjero, pues tanto este como el derecho de huelga deben atribuirse a toda persona que preste sus servicios por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. Además de reutilizar los argumentos de jurisprudencia anterior, el TC se apoya en el Pacto internacional de derechos económicos, culturales y sociales, concretamente en su artículo 8.1.d que desarrolla el derecho de huelga sin establecer limitaciones ni restricciones. Resulta curioso que el TC utilice un instrumento normativo que *“no confiere directamente derechos al individuo como sucede en el caso de los derechos civiles y políticos, sino que los hace depender del cumplimiento de la obligación al Estado de adoptar las medidas adecuadas para conseguir el goce efectivo de los derechos”*<sup>126</sup>. Si bien es cierto que la Carta Social Europea debe aplicarse tanto a los nacionales del Estado parte como a los foráneos nacionales de otra Parte firmante que se encuentren en situación regular, sí que especifica la Carta que no se excluye la posibilidad de extender dichos derechos a otras personas. Sin querer desmerecer el PIDESC, sí que resultaría relevante utilizar instrumentos normativos cuya fuerza legal sea más efectiva; sin embargo debemos reconocer que el ámbito personal de aplicación de este instrumento es mucho más amplio que el de la Carta Social Europea pues esta solo se aplica a los nacionales de los Estados

---

<sup>126</sup>RUILOBA ALVARIÑO, J. *“Los Pactos internacionales de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966”*, in *Derecho internacional de los derechos humanos*, capítulo 4. Madrid, Editorial DILEX, 2007.

firmantes y el PIDESC, en este sentido, posee un radio de acción más extenso. Lo cual no ha sido óbice para que la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales compense esa anomalía de la Carta Social extendiendo incluso a personas extranjeras (de Partes no Contratantes de la Carta Social) en situación irregular derechos sociales fundamentales cuando se ha visto directa y gravemente afectada o puesta en peligro la dignidad humana, como se concretará en capítulos posteriores.

Por último, cabe mencionar que la CDFUE ha sido utilizada también como fuente interpretativa, incluso mucho antes de su entrada en vigor. Un ejemplo claro son las sentencias 290/2000<sup>127</sup> y 292/2000<sup>128</sup> del TC, si bien se ha de especificar que la mención es residual, además de que en ese año la CDFUE no había sido aún publicada en el DOUE.

En el primer pronunciamiento encontramos únicamente una breve mención a la CDFUE en el voto particular formulado por el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, al poner de relevancia que la Constitución española, por ser de 1978, no podía incluir una regulación de la libertad informática, que sí incluye, por ser de reciente aparición, la CDFUE en su artículo 8 que desarrolla el derecho a la protección de datos de carácter personal. Sin embargo, la mención a la CDFUE no se realiza a través del mandato interpretativo del artículo 10.2CE.

La sentencia 292/2000 sí que realiza una mención expresa a la CDFUE, en relación con el mandato contenido en el artículo 10.2 CE; asimismo, utiliza otras fuentes normativas para construir los razonamientos jurídicos de la resolución. Así, el TC, al establecer el significado y contenido del derecho a la protección de datos, afirma que este viene

---

<sup>127</sup> Sentencia del TC 290/2000, de 30 de noviembre. B.O.E. nº4, de 4 de enero de 2001.

<sup>128</sup> Sentencia del TC 292/2000, de 30 de noviembre. B.O.E. nº4, de 4 de enero de 2001.

corroborado «atendiendo al mandato del art. 10.2 CE, por lo dispuesto en los instrumentos internacionales que se refieren a dicho derecho fundamental. Como es el caso de la Resolución 45/95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas donde se recoge la versión revisada de los Principios Rectores aplicables a los Ficheros Computadorizados de Datos Personales. En el ámbito europeo, del Convenio para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, del que hemos dicho en la STC 254/1993, FJ 4, que no se limita "a establecer los principios básicos para la protección de los datos tratados automáticamente, especialmente en sus arts. 5, 6, 7 y 11", sino que los completa "con unas garantías para las personas concernidas, que formula detalladamente su art. 8", al que han seguido diversas recomendaciones de la Asamblea del Consejo de Europa. Por último, otro tanto ocurre en el ámbito comunitario, con la Directiva 95/46, sobre Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y la Libre Circulación de estos datos, así como con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del presente año, cuyo art. 8 reconoce este derecho, precisa su contenido y establece la necesidad de una autoridad que vele por su respeto».

A modo de conclusión puede decirse que el TC ha recurrido en muchas ocasiones al mandato interpretativo del artículo 10.2 CE para definir y establecer el contenido esencial del derecho, así como su correcta aplicación o interpretación, apoyándose tanto en la jurisprudencia del TEDH como en otros instrumentos normativos de naciones Unidas, del Consejo de Europa y Derecho derivado de la Unión Europea. Los derechos fundamentales deben ser interpretados de la forma más beneficiosa y adaptada al caso en concreto. Dicha interpretación puede llegar incluso a reformular un derecho y ampliarlo, de acuerdo con la evolución social, pues "los derechos y libertades fundamentales no son estáticos sino que poseen un carácter evolutivo a tenor del cambio

*histórico y del avance de la conciencia colectiva hacia cotas más amplias de libertad, igualdad y solidaridad*<sup>129</sup>.

---

<sup>129</sup> Véase RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, L. “Artículo 10. Derechos Fundamentales de la persona”, en la obra colectiva *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, vol.II, pág. 150. Madrid, Editorial Edersa (1988).

### **CAPÍTULO III. LA INCORPORACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA POR INTERVENCIÓN DE LOS PODERES LEGISLATIVO Y EJECUTIVO**

La Carta Social Europea, tal y como se avanzaba en el primer capítulo de este trabajo, supuso para España el complemento necesario a la carta de derechos que fue incorporando en sus inicios democráticos. La Constitución española reguló, en el capítulo 2º de su Título I, numerosos derechos fundamentales que pueden calificarse como sociales, estableció el derecho a la libre sindicación y a la huelga, el derecho a la educación y otros que no siendo derechos con una clara vertiente social, pueden tener una relación indirecta con esta, como el derecho de reunión o asociación.

Sin embargo, aquellos derechos que se relacionan claramente con el ámbito social, derecho a la vivienda, a la protección de la salud, a la garantía a un medio ambiente sano, todos ellos fueron incorporados por nuestros constituyentes fuera de la sección 1ª del capítulo 2º, es decir fuera del radio de acción de la garantía de los derechos más elevada y sometidos a su posterior desarrollo legislativo, al que se condiciona su eficacia. El capítulo 3º estableció los “Principios rectores de la política social y económica”, pretendiendo de tal suerte minorar así la eficacia de derechos que hoy en día se consideran fundamentales. Por ello, la producción legislativa en ese ámbito ha sido prolija y son innumerables las normas, tanto estatales como autonómicas e incluso locales, que desarrollan, con mejor o peor fortuna, los derechos contenidos en el capítulo 3º. Actualmente, debido a la situación económica que se padece a nivel mundial, estamos asistiendo a la disposición, que se hace por parte del legislador de turno, de determinados derechos sociales, cuya consecuencia directa y más grave, es la merma de

nuestro Estado de bienestar<sup>130</sup>, y por ende, el vaciamiento de contenido que sufre nuestro Estado social, dependiente de la situación económica del país y de un concepto mercantilista de lo social basado en el beneficio económico.

El presente capítulo trata de ofrecer un repaso de la normativa estatal y autonómica que ha ido incorporando los preceptos de la Carta Social Europea a nuestro ordenamiento jurídico, pese a que la mención de esta norma del Consejo de Europa es más bien escasa y, en ocasiones, incluso tímida.

## 1. Plano estatal

Para comenzar el análisis de la legislación estatal que ha ido incorporando los contenidos establecidos en la CSE, debe mencionarse en primer lugar el Estatuto de los Trabajadores<sup>131</sup>, en su versión de 1980, pues fue la promulgación de este, el antecedente necesario a la firma y ratificación de la CSE de 1961 por parte de España, al modo en que se produjo la llamada “fase práctica” de incorporación del “acervo comunitario” para la integración en la hoy Unión Europea. La regulación de las relaciones laborales encontró su fundamento en la recién

---

<sup>130</sup>A modo de ejemplo, puede citarse el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que ha tenido como consecuencia, entre otras, la retirada de la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular empadronados, poniendo en riesgo así la garantía del derecho a la vida, entre otros, pues muchos de ellos son enfermos crónicos de gravedad, con patologías diversas, que a partir del 1 de septiembre de 2012 no podrán recibir la asistencia necesaria para curar o paliar los efectos de las enfermedades que sufren. Y todo ello, con un absoluto desprecio hacia el Sistema nacional de Salud que citan como “*uno de los grandes logros de nuestro Estado del bienestar, dada su calidad, su vocación universal, la amplitud de sus prestaciones, su sustentación en el esquema progresivo de los impuestos y la solidaridad con los menos favorecidos, lo que le ha situado en la vanguardia sanitaria como un modelo de referencia mundial*” (párrafo 1º de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley). B.O.E. nº98 de 24 de abril de 2012.

<sup>131</sup>Ley 8/1980, de 10 de marzo. B.O.E. nº64 de 14 de marzo de 1980.

promulgada Constitución<sup>132</sup> y en los Convenios 87<sup>133</sup> y 98<sup>134</sup> de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por España; y así quedaba expresado en la Exposición de motivos del proyecto de Ley del Estatuto de los Trabajadores, al afirmar que *“La promulgación de la Constitución, como norma jurídica primaria de nuestra sociedad, afecta de un modo claro y directo a las relaciones de trabajo, tanto a nivel individual como colectivo. El nuevo modelo político precisa, por pura coherencia, de un nuevo modelo laboral”*<sup>135</sup>.

Entre otros aspectos, cobró especial relevancia la regulación del trabajo de los menores de edad pues este quedó prohibido para los menores de dieciséis años, retomando así lo establecido en la Ley de Relaciones Laborales de 1976<sup>136</sup>. Asimismo, la admisión de trabajadores menores de dieciocho años quedó supeditada al cumplimiento de determinadas condiciones, como la prohibición del trabajo nocturno y la realización de actividades peligrosas o insalubres, así como las horas extraordinarias. En relación también con los menores de dieciocho años, se estableció la duración de las vacaciones, que no debía de estar por debajo de un mes. Todas estas previsiones supusieron una mejora del estatuto del trabajador menor de edad, pero también la superación de lo establecido en la CSE, pues se incrementaron las garantías, siendo un ejemplo de ello el tema de las vacaciones ya que la CSE de 1961 únicamente preveía un mínimo de tres semanas (la CSE revisada de 1996, no ratificada por España, aumenta ese mínimo a cuatro semanas). Posteriormente, se aprobó el Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo que reformó el Estatuto de los Trabajadores, si bien lo establecido respecto del trabajo de los menores de dieciocho años se mantuvo.

---

<sup>132</sup>El artículo 35.2 de la Constitución establece que “La ley regulará un estatuto de los trabajadores”.

<sup>133</sup>Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), ratificado por España el 20 de abril de 1977.

<sup>134</sup>Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), ratificado por España el 20 de abril de 1977.

<sup>135</sup>Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, nº 62-I de 4 de julio de 1979.

<sup>136</sup>Ley 16/1976, de 8 de abril. B.O.E. nº96 de 21 de abril de 1976.

Pese a que el Comité Europeo de Derechos Sociales afirma que la promulgación del Estatuto de los Trabajadores ha supuesto un avance importante en materia de derechos, sigue poniendo de relieve situaciones de no conformidad respecto de determinados asuntos, entre los que destaca el salario mínimo interprofesional (SMI en adelante) que califica de manifiestamente inadecuado. Como se avanzó en el capítulo primero, según el Real Decreto 1888/2011, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2012, este se fija en 641,40 Euros mensuales, manteniéndose el correspondiente al año 2011, medida justificada por el *“difícil contexto económico actual que aconseja la adopción de políticas salariales durante el año 2012 que puedan contribuir al objetivo prioritario de recuperación económica y a la creación de empleo”*. La presente medida contraría lo previsto en la CSE, que establece en su artículo 4.1 que *“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa, las partes contratantes se comprometen: 1. A reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso”*. Asimismo, la evolución del SMI desde el año 2006 ha supuesto únicamente un incremento de 100 Euros<sup>137</sup>, incremento que no garantiza *“una vida decorosa”* ni, por supuesto, digna. Además, el CEDS estima que el SMI debe ser igual o superior al 60% del salario medio neto<sup>138</sup>, algo que España no ha respetado desde la ratificación de la CSE.

El derecho de huelga y su regulación también ha sido objeto de atención del CEDS, en relación con el artículo 10.1 del Real Decreto Ley 17/1977<sup>139</sup> regulador de las relaciones de trabajo (en adelante RDL 17/1977), cuyo texto establece que *“El Gobierno, a propuesta del*

---

<sup>137</sup>Según los datos que pueden consultarse en la web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

<sup>138</sup>Comité Europeo de Derechos Sociales: Conclusiones XVIII-2 (España), artículos 1.4, 2, 3, 4, 9, 10 y 15 de la Carta, y artículos 2 y 3 del Protocolo adicional de 1988; diciembre 2007.

<sup>139</sup>Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. B.O.E. nº58, de 9 de marzo de 1977.



*Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional, podrá acordar la reanudación de la actividad laboral<sup>140</sup> en el plazo que determine, por un periodo máximo de dos meses o, de modo definitivo, mediante el establecimiento de un arbitraje obligatorio. [...]".* Es obvio que la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico del derecho de huelga no se realizó tras la ratificación de la CSE, pues estamos ante una norma preconstitucional; a ello se añade un dato grave, pues el derecho de huelga, regulado en la Constitución en el artículo 28.2, es prácticamente el único derecho fundamental, de los contenidos en la sección 1ª del capítulo segundo del Título I, que está regulado por una norma de rango inferior a la ley orgánica, es más está regulado por un Real Decreto Ley, norma que procede de la capacidad legislativa del Gobierno en casos de "*extraordinaria y urgente necesidad*"<sup>141</sup> y cuyo contenido, en ningún caso, puede afectar "*a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero*"<sup>142</sup>. Resulta paradójico que un derecho fundamental, tras 35 años, continúe regulado por una norma desarrollada por el poder ejecutivo y cuya aprobación se realizó antes de la promulgación de la Constitución española, sin que hasta el momento, se haya puesto solución a esta quiebra democrática de forma definitiva, salvo el intento infructuoso de 1992<sup>143</sup>, donde se llamaba la atención sobre la pobre regulación del mencionado derecho, urgiendo a

---

<sup>140</sup> La sentencia del TC 11/1981 de 8 de abril declaró que "es inconstitucional el párrafo 1.º del art. 10 en cuanto faculta al Gobierno para imponer la reanudación del trabajo, pero no en cuanto le faculta para instituir un arbitraje obligatorio, siempre que en él se respete el requisito de imparcialidad de los árbitros".

<sup>141</sup> Artículo 86.1 CE: En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electoral general.

<sup>142</sup> Como es sabido, no se podría invocar el art.86 CE como base habilitante en relación al RDL 17/1977, pues este es anterior a la propia Constitución, lo que ahonda más si cabe, en la necesidad de dotar, con rango de Ley Orgánica, el derecho de huelga.

<sup>143</sup> Proyecto de Ley de Huelga y de Medidas de Conflicto Colectivo (Orgánica); Boletín Oficial de las Cortes generales, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, nº87-I de 1 de junio de 1992.

la necesidad de regularlo por Ley orgánica pues “*El derecho de huelga constituye una de las manifestaciones básicas de la actividad sindical que se refleja en el artículo 7 del Título Preliminar de la Constitución Española, y, más en general, es un derecho subjetivo fundamental de los trabajadores, que exige, conforme al artículo 81 de la Constitución, su regulación por medio de una Ley Orgánica*”<sup>144</sup>. Por otro lado, ha sido la labor del TC<sup>145</sup> la que ha ido dando forma al derecho de huelga y así cubrir la inactividad del legislador. Sirva este breve comentario sobre la surrealista pervivencia del RDL 17/1977 para llamar la atención<sup>146</sup> a los legisladores sobre la necesaria elaboración de una Ley Orgánica que regule el derecho fundamental de huelga. En el contexto actual de crisis económica y conflictividad social, el Gobierno de Rajoy anunció en noviembre de 2013 la preparación de un proyecto de ley de servicios mínimos que afectará al derecho de huelga, con un enfoque más centrado aparentemente en la restricción de derechos que en la delimitación de su objeto para la satisfacción de las distintas facultades integrantes de su contenido, por lo que desde la oposición se ha criticado como una posible “ley de huelga encubierta”<sup>147</sup>.

Volviendo al artículo 10.1 del RDL 17/1977, el CEDS ha reiterado su no conformidad en relación con la imposición del arbitraje por parte del

---

<sup>144</sup>Exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica mencionado supra.

<sup>145</sup> La STC 11/1981 de 8 de abril es la referencia de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de huelga. Además, por su relevancia en la calificación de la titularidad de dicho derecho, debemos citar también la STC 259/2007, de 19 de diciembre, que otorgó el derecho de huelga a los extranjeros en situación irregular, ampliando así el concepto de trabajador a aquél que realiza una actividad laboral sin tener la debida autorización. Para un análisis más detallado de la jurisprudencia en materia de derechos de los extranjeros, véase TERRÁDEZ SALOM, D. “*La importancia de la interacción entre normativa y jurisprudencia en el diseño del estatus jurídico del extranjero*”, CEF Legal Revista Práctica de Derecho nº106, noviembre 2009.

<sup>146</sup>Llamadas de atención sobre esta situación ha habido muchas, pero resulta de especial interés el artículo de QUINTANILLA NAVARRO, R. “*El derecho de huelga en la doctrina del tribunal Constitucional: propuestas para una ley orgánica*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº73 junio 2008, págs. 337 a 366.

<sup>147</sup> Véase diario El País, de 21 de noviembre de 2013:

([http://politica.elpais.com/politica/2013/11/21/actualidad/1385050733\\_875743.html](http://politica.elpais.com/politica/2013/11/21/actualidad/1385050733_875743.html)).

Gobierno, para poder poner fin definitivamente a una huelga, si se dan las circunstancias prescritas por dicho precepto. El Comité argumenta que los únicos límites que pueden imponerse al ejercicio del derecho fundamental de huelga son los establecidos en el artículo 31.1 de la CSE<sup>148</sup>; sin embargo, y de acuerdo con las informaciones remitidas al CEDS por parte de España, sobre dos huelgas que finalizaron tras la imposición de un arbitraje<sup>149</sup>, el Comité no constata que dicho recurso encontrara su justificación en algunas de las restricciones incluidas en el artículo 31.1 de la CSE. El CEDS no afirma que el artículo 10.1 del RDL 17/1977 sea contrario al artículo 6.4 de la CSE, sino su aplicación práctica que sobrepasa los límites impuestos por el artículo 31.1, pues no quedó debidamente justificado que fueran necesarios “*en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres*”, siendo su postura no conforme, expuesta de forma reiterada en las conclusiones sobre la aplicación del artículo 6 de la CSE. En las Conclusiones XVII-1 (2004) el CEDS recordó a España que la presencia del artículo 10.1 del RDL 17/1977 no podía considerarse conforme al artículo 6.4 de la CSE, salvo que se incardinara dentro de las restricciones admitidas en el artículo 31.1 del propio texto; posteriormente, en las Conclusiones XVIII-1 (2006) y XIX-3 (2010), el CEDS volvió a reiterar su opinión disconforme con el artículo 10.1, al constatar que su aplicación no podía ampararse en las restricciones del precepto mencionado, tal y como se ha expuesto anteriormente.

---

<sup>148</sup>Artículo 31.1 CSE: *Los derechos y principios enumerados en la Parte I, una vez llevados a la práctica, así como su ejercicio efectivo con arreglo a lo dispuesto en la Parte II, no podrán ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en las Partes I y II, salvo las establecidas por la Ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres.*

<sup>149</sup>Huelga de transporte terrestre de la Comunidad de Madrid en 2002 y huelga de transporte sanitario en la Comunidad Foral de Navarra en 2003. Ambas terminaron tras un arbitraje impuesto por las autoridades competentes basado en razones que no convencieron al CEDS.

Siguiendo con el análisis de la incidencia de la CSE en nuestra legislación nacional, resulta interesante la mención de las medidas de protección frente a los riesgos laborales. Pese a no ser una aportación original de la CSE, pues el artículo 40.2 de nuestra Constitución contiene el mandato de velar *“por la seguridad e higiene en el trabajo”*, sí que puede afirmarse que el CEDS ha realizado una labor de control de la aplicación de la normativa nacional de desarrollo, y esa es la principal incidencia de la CSE en el marco jurídico sobre la materia.

El nivel de siniestralidad laboral en España se encuentra por encima de la media europea, por ello es un tema recurrente dentro de las políticas sociales en nuestro país. La Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales que *“configura el marco general en el que habrán de desarrollarse las distintas acciones preventivas, en coherencia con las decisiones de la Unión Europea que ha expresado su ambición de mejorar progresivamente las condiciones de trabajo y de conseguir este objetivo de progreso con una armonización paulatina de esas condiciones en los diferentes países europeos”*<sup>150</sup>, dio cumplimiento al mandato del precepto constitucional. Otra de las razones para la elaboración de la Ley 31/1995, aducidas por la Exposición de motivos de la norma, es la debida armonización de la legislación española en materia de prevención de riesgos laborales, con la normativa proveniente de la Unión Europea, para conseguir así un marco jurídico similar al del resto de los Estados miembros.

Pese a la promulgación de la normativa reguladora de la prevención de los riesgos laborales y de la seguridad e higiene en el trabajo, el CEDS continúa viendo con preocupación que los accidentes laborales en España superan, tal y como se ha dicho anteriormente, la media europea. Como en otros casos, el CEDS insiste en sus conclusiones en la alta siniestralidad laboral; si bien, no solo es interesante dicha

---

<sup>150</sup>Exposición de motivos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales; B.O.E., núm. 269 de 10 de noviembre de 1995.

insistencia, pues refuerza su papel como “guardián” de la correcta aplicación de la CSE en los Estados signatarios, sino cómo ha realizado la llamada de atención sobre el problema de los accidentes laborales en España, en las conclusiones XIX-2<sup>151</sup>. Es sabido que España no ha ratificado la CSE revisada de 1996 (en adelante CSEr) ni el protocolo sobre reclamaciones colectivas de 1995<sup>152</sup>, por lo que la jurisprudencia emanada del CEDS en la resolución de dichas reclamaciones parece que no nos sería, en principio, aplicable. Pese a ello, el CEDS ha utilizado una de sus resoluciones para indicar a España que no basta con promulgar una ley, sino que debe también vigilar su aplicación y corregir las incorrecciones que puedan darse. El Comité, en su decisión sobre el fondo recaída en la reclamación 1/1998 Comisión Internacional de Juristas contra Portugal, estableció que *“el objeto y propósito de la Carta, instrumento de protección de los derechos humanos, es el de proteger derechos no teóricos, sino efectivos. Así, se considera que la aplicación efectiva del artículo 7 no puede ser alcanzada únicamente a través de su reconocimiento legislativo, si su aplicación no se vigila de forma efectiva y rigurosa”*<sup>153</sup>; por lo tanto, no basta con la mera actividad legislativa para paliar una carencia o garantizar un derecho, sino que el

---

<sup>151</sup>Conclusiones XIX-2 (2009) (España) Artículos 3, 11, 12, 13 y 14 de la Carta y Artículo 4 del Protocolo adicional de 1988.

<sup>152</sup>Pese a que se volverá a tratar este tema a lo largo del presente trabajo, simplemente exponer el contenido del Plan de Derechos Humanos, aprobado por el Consejo de Ministros de 12 de diciembre de 2008 que, en relación con la CSEr, establecía lo siguiente: *“MEDIDA 23. Se llevará a cabo una revisión del estado de ratificación por parte española de los instrumentos principales del Consejo de Europa en el ámbito social, en particular la Carta Social Europea Revisada y el Código Europeo de Seguridad Social, con vistas a su posible ratificación”*. Dicho Plan ya no tiene vigencia, pues esta acabó con el fin de la IX Legislatura el pasado mes de noviembre de 2011. Nada se sabe de la mencionada revisión del estado de ratificación de la CSEr. Poner de manifiesto la inexistencia de una mención al Protocolo de 1995 sobre reclamaciones colectivas, lo que ejemplifica la nula voluntad del Gobierno en relación con la firma y ratificación de dicha norma.

<sup>153</sup>Párrafo 32 de la decisión sobre el fondo recaída en la reclamación 1/1998 Comisión Internacional de Juristas contra Portugal: *“l'objet et le but de la Charte, instrument de protection des Droits de l'Homme, consiste à protéger des droits non pas théoriques mais effectifs. A cet égard, il considère que l'application satisfaisante de l'article 7 ne peut être atteinte par le seul effet de la législation si l'application de celle-ci n'est pas effective et rigoureusement contrôlée”*. En este caso, se hace referencia al artículo 7 de la CSE, pero en las conclusiones XIX-2, hace extensible dicha jurisprudencia a la totalidad de preceptos de la Carta. (traducción de la autora).

CEDS exige además una función de control efectivo de la correcta aplicación de la norma, en este caso de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. De este modo, y pese a la falta de voluntad de España en relación con la ratificación de la CSEr y el protocolo sobre reclamaciones colectivas, el CEDS hace extensible su jurisprudencia y de forma indirecta, la introduce en nuestro ordenamiento, en forma de requerimiento de un control más exhaustivo sobre la aplicación de la norma, reforzando así la presencia de la CSE y su efectiva aplicación en nuestro marco jurídico nacional.

Otro de los temas que el CEDS ha estudiado, en relación con nuestro país, es el de los derechos de las personas mayores. El Protocolo adicional a la CSE de 1988, supuso una ampliación de los derechos sociales reconocidos en la Carta, tal y como expresa su Preámbulo. España ratificó<sup>154</sup> dicho protocolo, incluyéndose así derechos como la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo, el derecho a información y consulta de los trabajadores, el derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y el derecho de las personas mayores a obtener protección social.

En relación con este último, merece la pena detenerse en el análisis de dos normas que parecen haber desarrollado lo establecido en el protocolo adicional; la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas<sup>155</sup> (integrada posteriormente en la Legislación general sobre Seguridad Social) y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia<sup>156</sup>. No obstante, al dar cumplimiento a preceptos constitucionales, de ambas normas se beneficia, en general, el mismo

---

<sup>154</sup> Protocolo adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988; Instrumento de ratificación de 7 de enero de 2000 (B.O.E. nº99, de 25 de abril de 2000, corrección de errores en B.O.E. nº220, de 13 de septiembre).

<sup>155</sup> B.O.E. nº306, de 22 de diciembre de 1990.

<sup>156</sup> B.O.E. nº299, de 15 de diciembre de 2006.

grupo de sujetos, las personas mayores, por lo que son normas que guardan una estrecha relación con el artículo 4<sup>157</sup> del Protocolo adicional desde ese punto de vista subjetivo, así como con los artículos 12 (seguridad social) y 14 (servicios sociales) desde una perspectiva objetiva.

La Ley 26/1990 de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social dio cumplimiento al mandato establecido en el artículo 41 de nuestra Constitución, que establece lo siguiente: *“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”*. La universalidad del sistema de pensiones en nuestro país, ya fue adelantada por la Ley 26/1985 de 31 de Julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social; dicha norma incluyó un incremento adicional en las pensiones de las personas que, no habiendo contribuido el tiempo necesario para acceder al sistema de pensiones contributivas de jubilación o habían sido incapacitadas, quedaban desprotegidas y en

---

<sup>157</sup> *Artículo 4. Derecho a protección social de las personas ancianas.*

Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección social de las personas ancianas, las Partes se comprometen a tomar o promover, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, las medidas adecuadas encaminadas, en particular:

1. A permitir a las personas ancianas seguir siendo, durante el mayor tiempo posible, miembros de pleno derecho de la sociedad mediante:
  - a. Recursos suficientes que les permitan llevar una existencia decorosa y desempeñar un papel activo en la vida pública, social y cultural;
  - b. La difusión de informaciones relativas a las facilidades y servicios de que disponen las personas ancianas y sus oportunidades de aprovecharlos.
2. A permitir a las personas ancianas escoger libremente su modo de vida y llevar una vida independiente en su entorno habitual durante todo el tiempo que lo deseen y que sea posible, mediante:
  - a. La posibilidad de disponer de viviendas apropiadas a sus necesidades y estado de salud o de ayudas adecuadas para el acondicionamiento de la vivienda;
  - b. La asistencia sanitaria y los servicios que su estado requiera.
3. A garantizar a las personas ancianas que viven en instituciones, la asistencia apropiada dentro del respeto a su vida privada, y su participación en la determinación de las condiciones de vida dentro de dichas instituciones.

situación de extrema vulnerabilidad y, además, se regulaban por primera vez junto con las pensiones contributivas de la Seguridad social. Por ello, y de acuerdo con la exposición de motivos de la ley, *“El siguiente paso habrá de ser una regulación unitaria de las distintas acciones de los poderes públicos para integrarlas en un nivel no contributivo de pensiones a favor de aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad protegible, carezcan de recursos económicos propios suficientes para su subsistencia”*.

Volviendo a la norma de 1990, esta estableció finalmente las pensiones no contributivas para las situaciones de jubilación (mayores de 65 años) y las de minusvalía (mayores de 18 años y con una invalidez que se prevea irreversible) así como unas exiguas prestaciones por hijo a cargo; además de dar cumplimiento al precepto constitucional, siempre según la Exposición de motivos, la ley pretendía ser una manifestación de solidaridad en sintonía *“con las más recientes orientaciones que se dan en el ámbito internacional. Las diferentes Organizaciones inter o supranacionales vienen recomendando que la Seguridad Social extienda su ámbito, con el doble propósito de garantizar a los trabajadores el mantenimiento de ingresos proporcionales a los obtenidos durante su vida activa y, al propio tiempo, asegurar a los ciudadanos, particularmente a quienes se encuentran en estado de necesidad, unas prestaciones mínimas”*<sup>158</sup>. Sin embargo, y pese a que el CEDS reconoció en su día la mejora que había supuesto la incorporación de las prestaciones no contributivas de jubilación e invalidez, advierte a España sobre su importe que, a todas luces, es insuficiente para dar cumplimiento a la garantía de una existencia decorosa, es decir una vida digna. Un ejemplo reciente y meridiano de

---

<sup>158</sup>Podría deducirse de este párrafo la tímida mención, a la que se aludía al principio de este capítulo, a la CSE y, de forma específica, al artículo 4 de su protocolo adicional que establece en su párrafo primero, letra a) que las Partes deben comprometerse a garantizar a las personas mayores un nivel de vida decoroso, léase digno, y un papel activo en la vida pública, social y cultural, léase el máximo grado de autonomía.



esta insuficiencia del importe de las prestaciones lo encontramos en el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público<sup>159</sup>, que establece una revalorización del 1% de dichas prestaciones, siendo la suma mensual para el año 2012 de 357,70 Euros. La situación en 2013 no ha mejorado, pues el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social suspendió la revalorización de las pensiones de acuerdo con el Índice de Precios al Consumo, pese a que el texto que precede al articulado insiste en que *“El actual Gobierno ha demostrado desde el comienzo su compromiso con la revalorización de las pensiones”* y, sin embargo, deja sin efecto la revalorización de las mismas, aduciendo los ya mencionados argumentos, en torno a la necesidad de realizar ajustes económicos<sup>160</sup>.

En relación con el Protocolo adicional a la CSE de 1988, y con especial referencia a su artículo 4, debe analizarse<sup>161</sup> a continuación la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y

---

<sup>159</sup> B.O.E. nº315, de 31 de diciembre de 2011.

<sup>160</sup> Las estimaciones para el año 2014 no son más optimistas. El proyecto de Real Decreto Sobre Revalorización de Pensiones y Otras Prestaciones prevé un aumento del 0,25% de acuerdo con las informaciones aparecidas en diversos medios de comunicación (Diario El País, de 27 de noviembre de 2013; Diario Expansión, de la misma fecha), pues no se ha tenido acceso al texto del proyecto. La reforma proyectada adopta las recomendaciones del Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del Sistema público de pensiones, presentado el 7 de junio de 2013, que aconseja eliminar la revalorización de las pensiones de acuerdo con la subida del I.P.C. y, en cambio, propone un factor de sostenibilidad que se apoya en dos fórmulas:

- FEI (factor de integridad intergeneracional): actúa sobre el cálculo de la pensión inicial y la modera en proporción a la esperanza de vida.
- FRA (factor de revalorización anual): delimita el crecimiento equilibrado de las pensiones de acuerdo con los ingresos disponibles, el número de pensiones y el efecto de sustitución.

Por lo tanto, pese a que las pensiones se verán revalorizadas un 0,25% anualmente, lo que queda garantizado, el valor de la pensión media disminuirá, es decir su poder adquisitivo; además, se promueve, desde el Gobierno, la contratación de planes de pensiones privados, que compensen dicha pérdida de poder adquisitivo, sin tener en cuenta la posibilidad de contratar dichos productos.

<sup>161</sup> El estudio de esta norma se realizará desde los planos teórico y práctico, pues este último, en algunas Comunidades Autónomas no coincide, o incumple, lo previsto en la norma.

Atención a las personas en situación de dependencia<sup>162</sup>. Esta norma supuso un gran paso respecto de las políticas sociales en relación con la atención a las personas mayores y a los grandes dependientes, al tratar a dicho colectivo de forma especializada y personalizada, dándole visibilidad y tratando de mejorar tanto la situación de las personas dependientes como la de sus cuidadores; esto último fue algo muy novedoso pues el cuidador de esas personas en situación de dependencia nunca había sido tenido en cuenta, tal y como reconoce la norma en su Exposición de motivos al afirmar que *“hasta ahora, han sido las familias, y en especial las mujeres, las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas dependientes, constituyendo lo que ha dado en llamarse el «apoyo informal». Los cambios en el modelo de familia y la incorporación progresiva de casi tres millones de mujeres, en la última década, al mercado de trabajo introducen nuevos factores en esta situación que hacen imprescindible una revisión del sistema tradicional de atención para asegurar una adecuada capacidad de prestación de cuidados a aquellas personas que los necesitan”*<sup>163</sup>. Por lo tanto, la norma va más allá del mandato constitucional previsto en el artículo 49, al incluir a los familiares en dicho marco jurídico de protección; se adecua de este modo, de un lado a lo previsto en el artículo 4 del Protocolo adicional a la CSE, pues este precepto se centra básicamente en las personas mayores y en la garantía de una vida digna y autónoma y, de otro lado, al art. 14 CSE sobre acceso a los servicios sociales, que también comprende el estatuto de los cuidadores según la jurisprudencia del CEDS, como han puesto de manifiesto las dos recientes decisiones de fondo de fecha 4 de diciembre de 2012, en las reclamaciones nº 70/2011 y nº 71/2011, ambas formuladas por *The Central Association of Carers in Finland contra Finlandia*.

---

<sup>162</sup>B.O.E. nº299, de 15 de diciembre de 2006.

<sup>163</sup>Párrafo 2º de la Exposición de motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Siguiendo con el análisis de la norma, varias referencias llaman la atención y redundan en la importancia de la Ley 39/2006, por lo avanzado de su toma de posición respecto del colectivo objeto de la regulación, así como de la garantía de sus derechos. En relación con la inclusión de la CSE y su protocolo de 1988, puede observarse una tímida mención, no directa, a dichas normas en el primer párrafo de la Exposición de motivos al referirse a que el *“reconocimiento de los derechos de las personas en situación de dependencia ha sido puesto de relieve por numerosos documentos y decisiones de organizaciones internacionales, como la Organización Mundial de la Salud, el Consejo de Europa y la Unión Europea”*. La norma, además, pone de relieve la importancia del respeto y garantía de los derechos humanos del colectivo de personas dependientes pues establece expresamente en su artículo 4.2.a que dichas personas deben tener garantizados todos los derechos establecidos en la legislación vigente y, en especial, *“los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad”*, perfeccionando el contenido del artículo 49 de la Constitución, pues al incluir la dignidad de la persona parece que el objetivo del legislador hubiera sido el de ampliar los contenidos del precepto mencionado. Otro de los apartados de la norma que resultan de interés, se encuentra en el artículo 3, precepto que desarrolla los principios de la Ley 39/2006, y, en particular, la letra b) que establece *“La universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos en esta Ley”*. El principio de universalidad puede extraerse veladamente del artículo 4 del protocolo adicional a la CSE de 1988, pues su texto afirma el derecho a protección social de las personas mayores, siendo este extensible a toda persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad, en este caso concreto las personas dependientes. Asimismo, el principio de universalidad ya

venía recogido en la Ley General de la Seguridad Social<sup>164</sup> en su artículo 2.1 donde queda establecido que *“El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad”* y que implica una extensión considerable de la acción protectora.

Por lo tanto la importancia de esta norma viene dada por dos factores; en primer lugar, se reconoce un nuevo derecho subjetivo de las personas en situación de dependencia y es el de acceder a las prestaciones y servicios sociales reconocidos en la Ley 39/2006, acceso que debe quedar garantizado por la Administración General del Estado, así como por las administraciones autonómicas, en colaboración con el Tercer Sector. En segundo lugar, su importancia viene dada por los principios sobre los que está fundamentada la norma, entre los que sobresale el principio de universalidad, que garantiza *“el acceso de todas las personas en situación de dependencia a las prestaciones, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación”*<sup>165</sup>.

A pesar de las bondades que, en un principio, suponía la entrada en vigor de la norma, y pese a la obligada colaboración entre las diferentes administraciones en particular la estatal y la autonómica, la aplicación práctica de la Ley 39/2006 ha traído consigo numerosas reclamaciones por retraso en el pago de las prestaciones, así como el exagerado paso del tiempo entre la presentación de la documentación necesaria para iniciar el expediente y su resolución definitiva, en la mayoría de los casos años<sup>166</sup>. Un ejemplo reciente de la inoperancia y falta de

---

<sup>164</sup> Real Decreto Legislativo 1/1994, 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, B.O.E. nº154 de 29 de junio de 1994.

<sup>165</sup> Informe extraordinario de la Institución del Ararteko al Parlamento Vasco *“La aplicación de La Ley de promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia en la CAPV”*. Ararteko, 2011.

<sup>166</sup> La Ley 39/2006 ha sido además una norma muy polémica pues su aplicación efectiva se ha supeditado a intereses políticos entre autonomías gobernadas por

colaboración entre la administración estatal y la autonómica lo tenemos en la resolución del *Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana* de 12 de julio de 2012 respecto de la queja 1205829; dicha reclamación se presentó por parte de la heredera de una persona dependiente que había iniciado su trámite de reconocimiento del grado de dependencia en 2007, que le fue reconocido en 2009 pero que, desgraciadamente, falleció en 2010 sin que se hubiera terminado de tramitar el expediente para el reconocimiento de la ayuda pertinente. El *Síndic* pone de relieve en la resolución, la absoluta dejadez<sup>167</sup> en el cumplimiento de los plazos por parte de la Consejería de Justicia y Bienestar Social de la Generalitat Valenciana, así como la posible responsabilidad patrimonial de esta. Estos ejemplos son más habituales de lo que sería deseable y muestran el desencuentro, basado en razones meramente políticas, entre las administraciones competentes en materia de dependencia. Si bien, la actividad de las defensorías del Pueblo respecto de la aplicación de la CSE, se desarrollará en profundidad en el capítulo V de este trabajo de tesis doctoral. Para finalizar esta parte dedicada a la Ley 39/2006, cabe señalar que el CEDS advierte a nuestro país de la posibilidad de declarar como no conforme con el artículo 4 del Protocolo Adicional de 1988, la situación actual en relación con la gestión de la dependencia<sup>168</sup>.

---

partidos políticos contrarios al que, en el momento de la entrada en vigor de la norma (y hasta noviembre de 2011) se encontraba en el gobierno central, lo que ha redundado en perjuicio del ciudadano.

<sup>167</sup> *“Esta Institución considera que los motivos que dieron lugar a que el beneficiario falleciera sin resolverse su derecho a recibir las prestaciones conforme al Grado y Nivel de dependencia reconocido, pudieran ser imputables a esa Conselleria toda vez que la solicitud fue presentada en junio de 2007 y D<sup>a</sup>. [...] falleció el 13 de enero de 2010, por tanto, habiendo transcurrido más de los seis meses legalmente establecidos para la resolución del expediente y más doce meses desde la entrada en vigor del grado y nivel de dependencia reconocido .De todo ello se deriva que puede existir responsabilidad patrimonial de la Conselleria de Justicia y Bienestar Social, al no quedar acreditado en expediente los motivos del retraso en la no resolución del expediente”* Resolución del *Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana* de 12 de julio de 2012, queja 1205829; registro de salida nº44808.

<sup>168</sup> Conclusiones XIX-2 (España), relativas a la aplicación del artículo 4 del Protocolo Adicional a la CSE de 1988: *“The Committee refers to the Law 39/2006 on “Personal autonomy promotion and care for dependent persons” (“Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”), which aims to improve and increase the range of social services, and foresees an allowance*

Otro de los temas donde se puede encontrar la presencia de la CSE y de su Protocolo adicional de 1988, y que posee una estrecha relación con el tema de la dependencia, es la salud pública y la asistencia sanitaria. El artículo 11 de la CSE establece que las Partes contratantes deben aplicar medidas para eliminar las causas de una salud deficiente, establecer servicios educacionales y de consulta de promoción de la salud y prevenir, dentro de sus posibilidades, las enfermedades epidémicas y endémicas, entre otras. Antes de abordar la normativa nacional sobre dicha materia, debe quedar definido el término salud y, para ello, se tomará como referente la definición de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud<sup>169</sup> establecida en su Preámbulo: “*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”; esta definición abarca, no solo el estado físico, sino también el social y mental, que se complementan entre sí y que superan las viejas acepciones del término salud, que únicamente hacían referencia a la ausencia de patologías, ofreciendo una definición completa del término. Teniendo en cuenta esta definición, se puede afirmar que el derecho a la salud abarca otros derechos, como el derecho al disfrute de una vivienda en condiciones de salubridad, el derecho a unas condiciones sanas de trabajo o el

---

*for dependent, elderly persons to face the cost of services or payment for non formal caregivers. The Committee wishes to receive information on the practical implementation of this new law, namely as regards the types of social services made available and the amount of the monetary benefit(s) granted.*

*The Committee recalls that it needs to be regularly provided with information on services and facilities available for elderly persons. In the absence of such information in the next report, there will be nothing to prove that the situation is in conformity with the Charter on this point*”. Dichas conclusiones fueron publicadas por el CEDS en enero de 2010, es decir 3 años después de la entrada en vigor de la Ley 39/2006, tiempo suficiente para que España pudiera haber facilitado información sobre la aplicación de la norma.

<sup>169</sup> La Constitución de la OMS fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (*Off.Rec. WldHlthOrg.; Actes off. Org. mond. Santé*, 2, 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Las reformas adoptadas por la 26ª, la 29ª, la 39ª y la 51ª Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984, el 11 de julio de 1994 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente, se incluyen en el texto consultado. España ingresó en la OMS en 1951.

derecho a un medio ambiente sano; así lo ha establecido también el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales<sup>170</sup>. Por lo tanto, el derecho a la salud es un derecho inclusivo que no solo establece el derecho a estar libre de enfermedad, sino también derechos conexos que faciliten y garanticen el bienestar del ser humano en su sentido más amplio.

La Constitución española introdujo el derecho a la protección de la salud en su artículo 43, dentro del capítulo dedicado a los Principios rectores de la política social y económica, por lo que necesitó de desarrollo legislativo posterior para su total reconocimiento. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante LGS) dio respuesta al mandato del precepto constitucional y estableció el Sistema Nacional de Salud cuya organización reposa sobre la estructura del Estado autonómico<sup>171</sup>. La exposición de motivos de la LGS, realiza un repaso histórico exhaustivo de las diferentes normas que han regulado el derecho a la salud en nuestro país, si bien no se encuentra referencia alguna, ya no a la CSE, sino al PIDESC o a la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>172</sup> (en adelante

---

<sup>170</sup> Observación general nº14 (2000) de 11 de agosto del CDESC, párrafo 11: *“El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional”*.

<sup>171</sup> Exposición de motivos de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, párrafo III: *“El Sistema Nacional de Salud se concibe así como el conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas convenientemente coordinados”* (B.O.E. nº102, de 29 de abril de 1986; se ha consultado el texto original de la norma, sin las reformas introducidas a posteriori).

<sup>172</sup> Como fundamento general del derecho a la salud, la Exposición de motivos de la LGS podría haber citado, al menos, el artículo 25 de la DUDH que hace referencia a ese concepto inclusivo del derecho, mencionado en el texto principal de este trabajo, relacionándolo con el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado,

DUDH), tratados (en el caso de los dos primeros) que España ya había ratificado en el momento de promulgar la norma sanitaria y que desarrollan el derecho a la salud, con más o menos detalle. Los textos mencionados establecen un concepto de derecho a la salud mucho más amplio e inclusivo, tal y como se ha visto anteriormente, que el contenido en el precepto constitucional. Parece, por lo tanto, que la intención del legislador al redactar la LGS no era desarrollar el derecho a la salud, sino más bien organizar las prestaciones que de este se derivan, el funcionamiento de los organismos encargados de su gestión y el reparto competencial entre en el Estado y las Comunidades Autónomas. Resulta paradójico que el desarrollo normativo de un derecho fundamental, como es el derecho a la salud, no haya quedado más ampliamente regulado en la LGS, superando así la brevedad del artículo 43 de la Constitución, pues no se ha definido su contenido, sino la organización que debe hacerse cargo de su prestación, objeto principal de la norma<sup>173</sup>. Por lo tanto puede decirse que la LGS fue, y es, una ocasión perdida para desarrollar y garantizar en nuestro país un verdadero derecho a la salud, en concordancia con los textos internacionales que lo establecen y desarrollan, sin perder de vista la organización del Sistema Nacional de Salud, pero sí dotando de un contenido más específico al derecho que aquí se analiza. El legislador apenas ha superado el concepto más minimalista de la salud, es decir la ausencia de enfermedad, y no ha incluido otros elementos que complementan el derecho a la salud pues este “*debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud*”<sup>174</sup>. De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a la salud es un “*derecho*

---

debiéndose garantizar el derecho a la salud, así como el derecho a una vivienda o a la alimentación, entre otros.

<sup>173</sup> Exposición de motivos de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, apartado III: “*La directriz sobre la que descansa toda la reforma que el presente proyecto de Ley propone es la creación de un Sistema Nacional de Salud*”.

<sup>174</sup> Observación general nº14 (2000) de 11 de agosto del CDESC, párrafo 9.



*fundamental para el ejercicio de los demás derechos humanos*<sup>175</sup>, por lo que su regulación debería haber sido, en el caso español, más amplia y debería haber tenido en cuenta las disposiciones normativas internacionales que han regulado dicho derecho. Y la postura del legislador cobra especial importancia en momentos de crisis económica, como el actual, pues el haber regulado la gestión y la prestación de los servicios de salud, deja, en la actualidad, el derecho fundamental a la salud en manos de gestores y sometido a los vaivenes económicos, pudiendo ser reconocido simplemente a las personas beneficiarias de la Seguridad Social o a las que disponen de suficientes recursos como para poder tener cobertura privada. Es decir, el derecho a la salud no se tiene, sino que se obtiene. Ello tiene una relación directa con la titularidad del derecho a la salud, algo que debería ser intangible y no susceptible de cuestionamientos económicos pero, desgraciadamente, hoy en día así es.

Un ejemplo de la disponibilidad del derecho a la salud, realizada en este caso por el poder ejecutivo<sup>176</sup>, podemos encontrarlo en el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y

---

<sup>175</sup> Párrafo 1º, vid supra.

<sup>176</sup> La mayoría de las reformas sociales que se están llevando a cabo en los últimos meses vienen impuestas mediante la figura legislativa del Real Decreto-ley, regulado en el artículo 86 de la Constitución española y que no puede afectar a diversas materias, entre las que se encuentra los derechos y libertades regulados en su Título I. En el caso del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, en su exposición de motivos, punto VIII, se justifica la elección de esta figura legislativa, respecto del artículo 43 CE, afirmando que *“El Tribunal Constitucional ha considerado, en sentencias como la 182/1997, de 28 de octubre, y la 245/2004, de 16 de diciembre, que el hecho de que una materia esté sujeta al principio de reserva de ley no permite concluir que la misma se encuentre excluida del ámbito de regulación del real decreto-ley, el cual puede penetrar en dicha materia siempre que se den los requisitos constitucionales de presupuesto habilitante y no «afecte», en el sentido constitucional del término, a las materias excluidas en el artículo 86 de la Constitución Española, aspecto que necesariamente **se relaja** al encontramos en presencia de un principio rector de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución”*. Llamar la atención sobre la elección del verbo “relajarse” para indicar que los Principios rectores de la política social y económica son “derechos menores”, disponibles y moldeables. Si el legislador constituyente hubiera establecido el derecho a la salud entre los derechos fundamentales, situaciones como la provocada por el RDL 13/2012 serían inimaginables.

seguridad de sus prestaciones<sup>177</sup>. El objetivo del RDL es “*afrentar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo, lo que hace necesario que éstas se apliquen con la mayor urgencia posible. Se hace preciso, en el actual contexto socioeconómico, que dichas medidas se materialicen en un instrumento normativo de efecto inmediato que dé respuesta, sin demora, a las demandas internas de mejora de la equidad que exige la ciudadanía, de eficiencia que exige el Tribunal de Cuentas y de seguridad que exige el sector sanitario, y a las externas de transparencia y viabilidad que exige la Unión Europea*”; por lo tanto la situación económica y la supuesta ineficacia de la gestión del Sistema Nacional de Salud justifican la urgencia de la reforma y, en consecuencia, la disponibilidad del derecho a la salud. Esto último es lo que ha provocado mayor polémica pues, en aras de esa eficiencia y de la necesidad de paliar los desajustes económicos, un colectivo importante y en riesgo de exclusión, como es el de las personas migrantes en situación irregular<sup>178</sup>, ha visto cómo su derecho a la salud queda supeditado a la obtención de un permiso de residencia pues se les ha retirado su condición de asegurado que habían obtenido tras la correspondiente inscripción en el padrón municipal; únicamente dispondrán del derecho a la asistencia sanitaria en situación de urgencia por enfermedad grave sobrevenida, accidente o, en el caso de las mujeres, durante su embarazo y parto. Esta medida, y otras contenidas en el RDL, se han tomado, según su exposición de motivos, para “*garantizar a los ciudadanos una asistencia sanitaria pública, gratuita y universal*”<sup>179 180</sup>.

---

<sup>177</sup>B.O.E. nº98 de 24 de abril de 2012.

<sup>178</sup>Nos referimos a las personas inmigrantes en situación irregular, pero registradas en los padrones municipales. Los extranjeros no inscritos tienen derecho a la asistencia sanitaria de urgencia y las mujeres, además, la asistencia durante el embarazo, parto y postparto.

<sup>179</sup>En la página web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, dentro del apartado dedicado a la reforma sanitaria, se glosan las bondades de dicha reforma insistiendo en la universalidad de la atención sanitaria reservada, eso sí, a los españoles y a los extranjeros con residencia legal. Por lo tanto, el término *universalidad* pierde todo su sentido, haciendo depender un derecho fundamental,

La asistencia sanitaria de urgencia viene definida en el artículo 15 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud<sup>181</sup>; dicha asistencia se prestará “*al paciente en los casos en que su situación clínica obliga a una atención sanitaria inmediata. Se dispensará tanto en centros sanitarios como fuera de ellos, incluyendo el domicilio del paciente, durante las 24 horas del día, mediante la atención médica y de enfermería*”, mientras que la atención sanitaria enfocada a la prevención de enfermedades, atención paliativa o control de enfermedades infecciosas, entre otros ejemplos, quedaría fuera de dicha asistencia de urgencia<sup>182</sup>. Por lo tanto, la asistencia sanitaria de urgencias se facilitará de forma puntual, cuando la situación así lo requiera, sin más seguimiento desde el alta médica.

La Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, en su Resolución 1509 (2006) sobre los derechos fundamentales de los migrantes en situación irregular realizaba una llamada de atención sobre la necesidad de otorgar cuidados médicos de urgencia más globales<sup>183</sup>, así como que se tuviera en cuenta a colectivos especiales como las personas

---

como el derecho a la salud, de una situación administrativa, todo ello en aras de preservar el equilibrio económico, excluyendo a un grupo que padece una enorme vulnerabilidad.

<sup>180</sup>En relación con la universalidad de las prestaciones sanitarias, la revista científica *The Lancet* en su número de 8 de septiembre de este año (volumen 380), y nada sospechosa de parcialidad, advierte, en el artículo “*Does progress towards universal health coverage improve population health?*”, que el pago por los servicios de asistencia sanitaria se asocia con un aumento del riesgo de pobreza de las familias al tener que hacer frente al pago por la asistencia médica y, en los casos más graves, a no poder acceder a dichas prestaciones médicas (“*High reliance on out-of-pocket payments in health financing is associated with an increased risk of households being affected by financial catastrophe, being pushed into poverty (or further into poverty) because of health-care payments, or forgoing needed treatment because of inability to pay*”); asimismo establece una relación directa entre asistencia sanitaria universal e incremento de la salud de la población en general, y en particular de la población con menos recursos, cuyo beneficio es mayor (“*Broader health coverage generally leads to better Access to necessary care and improved population health, with the largest gains accruing to poorer people*”).

<sup>181</sup>B.O.E. nº128, de 29 de mayo de 2003.

<sup>182</sup>El artículo 14 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo las incluye dentro de la cartera de servicios de atención primaria.

<sup>183</sup> Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1509(2006), párrafo 13.2: “*les migrants en situation irrégulière devraient avoir accès à des soins médicaux d’urgence et les Etats devraient s’efforcer de fournir des soins médicaux plus globaux, tenant compte notamment des besoins particuliers des groupes vulnérables que sont, par exemple, les enfants, les personnes handicapées, les femmes enceintes et les personnes âgées* ».

mayores o las personas con discapacidad; nada de esto aparece en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, ni tampoco en la práctica y, por supuesto, ni siquiera en el RDL 16/2012 de 20 de abril. Es más, la Resolución no solo se limita a la asistencia sanitaria de urgencia, sino que aconseja a los Estados miembros que la protección social derivada de las prestaciones de la Seguridad Social, no debiera ser negada a los extranjeros en situación irregular, pues aquella es necesaria para luchar contra la pobreza y garantizar la protección de la dignidad humana<sup>184</sup>. El Consejo de Europa no ha sido la única organización internacional que recomienda una extensión de la asistencia sanitaria de urgencias. La Organización Mundial de la Salud (OMS en adelante) advierte que garantizar únicamente asistencia médica de urgencia a las personas migrantes en situación irregular puede tener dos consecuencias, ambas graves: los extranjeros en situación irregular pueden demorar su petición de asistencia sanitaria hasta que sea lo suficientemente grave como para acudir a los servicios de urgencias, lo que incrementaría el gasto médico<sup>185</sup>, o, asimismo, intentar remedios alternativos para curarse, lo que puede agravar considerablemente su estado de salud, provocando también un incremento del gasto sanitario, además de un aumento de la presión asistencial en los servicios de urgencia y su uso de forma poco eficiente. Sin embargo, la OMS lamenta que los encargados de elaborar y coordinar las políticas sanitarias en relación con los extranjeros en situación irregular, sigan insistiendo en la idoneidad de dichas políticas restrictivas<sup>186</sup>. Desde un punto de vista

---

<sup>184</sup>Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1509(2006), párrafo 13.3: « *la protection sociale découlant de la sécurité sociale qui est nécessaire pour lutter contre la pauvreté et préserver la dignité humaine ne devrait pas être refusée aux migrants en situation irrégulière* ».

<sup>185</sup>Si bien este argumento puede parecer meramente económico, el RDL 16/2012 se basa, igualmente, en la situación económica actual para retirar el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular, pues refieren que la sanidad pública no puede soportar los gastos médicos que dichas personas generan.

<sup>186</sup>*International migration, health & Human Rights. Health & Human Rights Publication Series, Issue n°4, Decembre 2003 (WHO): "National health care plans often discriminate against temporary migrants (most fall under this category for a time) and especially undocumented ones by making only emergency care available for non-citizens. This forces migrants to wait until they feel their condition is sufficiently hazardous to justify going to emergency clinics. Minor problems that could have been*

estrictamente médico, se afirma que las políticas de salud pública, se proponen con carácter universal, si bien las restricciones aplicadas al acceso de la población migrante pueden perjudicar seriamente la prevención y la información sobre enfermedades infecciosas<sup>187</sup>. La OMS insiste en que, desde la perspectiva de los derechos humanos, los gobiernos deberían garantizar la independencia de la sanidad y dirigir sus esfuerzos principalmente, hacia el establecimiento de un derecho fundamental a la salud, de universal reconocimiento<sup>188</sup> y asegurar el acceso a los cuidados de prevención y curación necesarios, disociándolos de la aplicación de la normativa de extranjería<sup>189</sup>.

A la luz de lo afirmado anteriormente<sup>190</sup>, el RDL 16/2012, de 20 de abril, conculca no solo lo establecido en el artículo 11 en la CSE, al no dar cumplimiento al precepto que exige a las Partes el desarrollo y aplicación de medidas dirigidas a “*eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente*” y a “*prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes*”, sino también lo establecido en el PIDESC en su artículo 12, especialmente en la letra

---

*treated at the early stages may become more serious and therefore more expensive to treat. Instead, most undocumented migrants initially try to solve the problems on their own by self-medication or by referring to other non-professionals within their community. The strain on emergency care services and the consequent inefficient use of health services has not dissuaded policymakers from maintaining such policies”.*

<sup>187</sup> Committee on Community Health Services, “*Health care for children of immigrant families*”, *Pediatrics*, julio 1997: “*Public health initiatives by intent and design are universal, and the protection of the public health requires access by the entire community. Restrictions on access to services placed on immigrants would seriously limit the effectiveness of outreach, case finding, and prevention and treatment programs related to infectious diseases*”. La revista científica *Pediatrics* es una publicación centrada en la pediatría y editada en Estados Unidos; pese a ello, la afirmación recogida del artículo citado puede hacerse extensible a lo que está ocurriendo actualmente en España con las restricciones de acceso a la atención sanitaria de las personas migrantes en situación irregular.

<sup>188</sup> “*From a human rights perspective, governments should be fostering the independence of the health profession. Its allegiance should first and foremost be to uphold health as a human right*” (nota al pie 186). Asimismo, en la misma publicación y a renglón seguido, la OMS afirma la importancia de la educación en derechos humanos de todos los profesionales relacionados con la salud.

<sup>189</sup> “*Efforts should also be made to ensure that public policy and law promote the access of all persons to basic preventative and curative health care, and clearly disassociate such access from enforcement of immigration law*”. Ídem supra.

<sup>190</sup> El capítulo VI de este trabajo analizará más detalladamente el derecho a la salud de las personas migrantes en situación irregular.

d, donde se llama a los Estados partes a crear “*condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad*”. Parece que el afán ratificador de tratados y convenios internacionales de derechos fundamentales, desaparezca tras la ratificación de dichas normas, pues después, ni siquiera se respetan y menos, se mencionan a la hora de regular a nivel nacional algunos derechos sociales fundamentales, como el derecho a la salud<sup>191</sup>.

Hasta aquí hemos visto algunas de las normas estatales que desarrollan derechos sociales previstos en la Constitución española y, asimismo, en la Carta Social Europea. Si bien, la presencia de esta última, tal y como ha podido observarse, es escasa, pues ni siquiera se menciona en las exposiciones de motivos de dichas normas (más allá de lacónicas referencias al Consejo de Europa en general) o, lo que es peor, sus preceptos no respetan lo establecido en la CSE, haciéndose incluso caso omiso a las conclusiones del Comité europeo de Derechos Sociales. Teniendo en cuenta la organización territorial española, debe pasarse ahora a analizar la normativa autonómica que ha desarrollado la CSE o que la ha incluido como elemento informador de la legislación de determinados ámbitos autonómicos.

---

<sup>191</sup> Así lo ha denunciado la Plataforma de Cooperación Internacional para Inmigrantes Indocumentados (PICUM, Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants) en su publicación *Access to health care for undocumented migrants in Europe* (PICUM, 2007): “*While numerous international instruments in human rights law have been ratified by EU member states and refer to the right of everyone to health care as a basic human right (regardless of one’s administrative status), the laws and practices in many European states deviate from these obligations. It is a fact that a high percentage of undocumented migrants do not access any kind of health care even if they are entitled*”.

## 2. Plano autonómico

Tal y como se ha avanzado, la configuración territorial del Estado<sup>192</sup> español como Estado autonómico, hace que sea de obligado estudio la normativa de las Comunidades autónomas sobre derechos sociales, debiendo empezar dicho análisis por sus Estatutos de autonomía<sup>193</sup>, para seguir con las normas de desarrollo en materia social que han ido incorporando ámbitos regulados por la CSE.

### 2.1 La presencia de la Carta Social Europea en los Estatutos de autonomía de nueva generación

Un cierto número<sup>194</sup> de Comunidades autónomas, a lo largo de los últimos años, han promulgado nuevos Estatutos de autonomía (en realidad, reformas sustanciales), adaptándolos así a las nuevas realidades sociales. Así, han introducido preceptos que regulan las relaciones de las Comunidades autónomas con la Unión Europea o su acción exterior<sup>195</sup>, así como preceptos que establecen determinados derechos para los extranjeros. Cuando se promulgaron los primeros Estatutos de autonomía, España aún no había ingresado en la actual Unión Europea, hecho que supuso un revulsivo, pues numerosos ámbitos de competencia de la UE afectan a la legislación autonómica,

---

<sup>192</sup>Dicha configuración territorial queda establecida en el artículo 2 de nuestra Constitución, pues esta “*reconoce y garantiza el derecho de autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas*”, y las competencias de las Comunidades autónomas vienen establecidas en el artículo 148 de la norma suprema. Si bien, se debe tener en cuenta la progresiva asunción de competencias por la vía establecida en el párrafo 2º del precepto mencionado.

<sup>193</sup>En este punto, se analizarán los Estatutos de autonomía llamados “de nueva generación”, los promulgados durante estos últimos años, por tres razones: por estar actualmente en vigor, porque son más avanzados, en materia de reconocimiento de derechos, y porque la transferencia de competencias ya ha sido asumida en sus textos.

<sup>194</sup>Excepto el País Vasco, cuyo Estatuto es de 1979, y los de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla que son de 1995.

<sup>195</sup>Sobre este tema, véase el libro de TEROL BECERRA. M. *Reformas estatutarias y proyección exterior de las Comunidades Autónomas*. Instituto Andaluz de Administración Pública, 2009.

por lo que una de las razones para reformar dichos Estatutos, fue la de adecuarlos a la nueva situación, tras el ingreso de España en la UE.

A pesar de la relevancia de este hecho, el presente apartado no va a analizar esa relación entre la UE y las Comunidades Autónomas, sino cómo éstas, a través de sus nuevos Estatutos han incorporado, con mayor o menor precisión, declaraciones de derechos fundamentales y alusiones a convenios y tratados internacionales sobre la materia, especialmente, la CSE. Cabe adelantar ya que, únicamente, tres Estatutos de autonomía<sup>196</sup> mencionan, en los preceptos dedicados a los derechos y libertades, la Carta Social Europea. Si bien, y debido al rigor que requiere un trabajo de investigación como el presente, se analizarán todos los Estatutos de Autonomía, en la parte que dedican a los derechos fundamentales y libertades públicas, con especial mención a los derechos sociales; dicho análisis se dividirá en tres grupos de estatutos, correspondientes al mayor o menor detalle con el que se han establecido los derechos y libertades en el ámbito autonómico.

La mayoría de los Estatutos de Autonomía promulgados durante estos últimos años no han regulado de forma detallada los derechos de los ciudadanos de sus Comunidades autónomas<sup>197</sup>, bastando, en la parte dedicada a los derechos y libertades, un artículo que establece una simple referencia o remisión a la Constitución como reguladora de los derechos y deberes fundamentales. Por ejemplo el Estatuto de autonomía canario<sup>198</sup> establece, en su artículo 5 que *“Los ciudadanos de Canarias son titulares de los derechos y deberes fundamentales*

---

<sup>196</sup> Estatutos de autonomía de Andalucía, Islas Baleares y Comunidad Valenciana.

<sup>197</sup> Además de los ejemplos relacionados en el cuerpo principal del texto, la parca regulación de derechos puede encontrarse en los Estatutos de autonomía de Cantabria, Madrid, Extremadura, Galicia, La Rioja, País Vasco (con la salvedad de que el estatuto de autonomía es de 1979), Murcia, Ceuta y Melilla.

<sup>198</sup> Es de lamentar la retirada de la propuesta de reforma del Estatuto de autonomía de Canarias pues establecía una profusa relación de derechos fundamentales y se adaptaba mejor a las nuevas realidades sociales. Ver Boletín oficial de las Cortes Generales, VII Legislatura, núm. 261-1 de 26 de septiembre de 2006.



*establecidos en la Constitución*<sup>199</sup>; otra muestra de esta sobriedad a la hora de establecer derechos puede encontrarse en el Estatuto de Castilla la Mancha<sup>200</sup> que, en su artículo 4 dispone que “*Los derechos, libertades y deberes fundamentales de los ciudadanos de Castilla-La Mancha son los establecidos en la Constitución*”. Respecto de este Estatuto, debe lamentarse la retirada de la propuesta de reforma de la norma<sup>201</sup>, que fue admitida a trámite para su discusión en el Congreso de los Diputados en febrero de 2007, pues contenía una relación de derechos civiles, así como sociales, muy profusa y avanzada. Tanto los derechos de ciudadanía y de la persona, como los derechos económicos, sociales y culturales recuerdan a lo establecido en la CSE revisada, así como a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por lo que aún resulta más loable esta iniciativa de reforma, pues se inspira en dos textos normativos recientes y, por ende, adaptados a la actualidad. De los derechos de ciudadanía y de la persona, merecen destacarse el derecho de las persona mayores a “*la autonomía personal y a vivir con dignidad y en condiciones de bienestar, sin sufrir malos tratos ni discriminación alguna por razón de su edad*”<sup>202</sup>, texto muy similar, aunque más escueto, al artículo 23 de la CSE revisada que de forma más desarrollada, establece los mismos derechos para las personas de edad avanzada. Asimismo debe mencionarse el artículo 18 de la propuesta de reforma del Estatuto pues menciona de forma expresa el derecho al respeto de la dignidad de las personas que viven en, o están en riesgo de padecer, exclusión

---

<sup>199</sup> Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, reformada por Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, B.O.E. nº315 de 31 de diciembre de 1996.

<sup>200</sup> Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, B.O.E nº159 de 4 de julio de 1997.

<sup>201</sup> Debido a discusiones políticas que no son objeto de este trabajo, lo que resulta aún más lastimoso, pues, por motivos políticos, se ha abandonado el establecimiento y regulación de derechos fundamentales.

<sup>202</sup> Artículo 13 de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, Boletín Oficial de las Cortes de Castilla la Mancha de 30 de enero de 2007, nº212, VI Legislatura.

social<sup>203</sup>. De igual forma merece destacarse el precepto que establece el derecho a una muerte digna y a las voluntades anticipadas<sup>204</sup>; puede verse en este precepto la influencia de la Recomendación 1418 de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa que, en su párrafo 5 afirma que *“La obligación de respetar y proteger la dignidad de estas personas deriva de la inviolabilidad de la dignidad humana en todas las etapas de la vida. El respeto y protección encuentra su expresión en proporcionar un medio adecuado que permita al ser humano morir con dignidad”*<sup>205</sup>.

En relación con los derechos sociales, el artículo 21 de la propuesta establecía que *“La Junta de Comunidades, con el fin de garantizar en su territorio la plena eficacia de los principios rectores de la política social y económica contenidos en la Constitución Española y el presente Estatuto reconoce, en el marco de sus competencias y en los términos que establezca la legislación autonómica, los siguientes derechos”*<sup>206</sup>, lo que equivale a una remarcable pretensión de elevar a la categoría de derechos dichos principios rectores, y aumentar así su eficacia y fuerza. A modo de ejemplo, pueden citarse el derecho al acceso a una vivienda digna<sup>207</sup>, el derecho a una renta mínima de subsistencia<sup>208</sup> que asegure unas condiciones de vida dignas o el derecho a la protección social, económica y jurídica de la familia y el

---

<sup>203</sup> Artículo 18. Derechos de las personas desfavorecidas. Las personas y los grupos desfavorecidos o en riesgo de exclusión o rechazo social tienen derecho al respeto de su dignidad y a beneficiarse de las medidas que posibiliten su integración social y laboral. Boletín Oficial de las Cortes de Castilla la Mancha de 30 de enero de 2007, nº212, VI Legislatura.

<sup>204</sup> Artículo 20 de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, Boletín Oficial de las Cortes de Castilla la Mancha de 30 de enero de 2007, nº212, VI Legislatura.

<sup>205</sup> Recommendation 1418 (1999) *Protection des droits de l'Homme et de la dignité des malades incurables et des mourants*. Adoptada durante la 24ª sesión plenaria, el 25 de enero de 1999.

<sup>206</sup> Boletín Oficial de las Cortes de Castilla la Mancha de 30 de enero de 2007, nº212, VI Legislatura.

<sup>207</sup> Artículo 21, letra d.

<sup>208</sup> Artículo 21, letra f.

fomento de la conciliación de la vida laboral y familiar<sup>209</sup>. Claramente, dichos derechos se han inspirado en la CSE revisada, lo que aún ahonda más en la gravedad de haber abandonado el proyecto de reforma pues, a través de este texto, se hubieran hecho efectivos, de forma indirecta, derechos establecidos en la norma del Consejo de Europa. Lo cual, por añadidura, pone de manifiesto, la inconsistencia de la postura de España de no ratificar la CSE revisada.

Por último se debe aludir al Estatuto de autonomía más escueto, en relación con el establecimiento de derechos, siendo el correspondiente a la Comunidad autónoma de Navarra<sup>210</sup> que simplemente afirma que *“Los navarros tendrán los mismos derechos, libertades y deberes fundamentales que los demás españoles”*<sup>211</sup>, sin mencionar, ni tan siquiera, a la Constitución española.

El segundo grupo de Estatutos de autonomía son los correspondientes a las Comunidades autónomas de Aragón y Castilla y León. Ambos realizan una llamada a la Constitución, en lo que respecta al reconocimiento de derechos y deberes fundamentales, si bien añaden referencias a la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el caso de Aragón<sup>212</sup>, o una llamada general a los Tratados internacionales en materia de derechos humanos, en el caso de Castilla y León<sup>213</sup>. Puede afirmarse, por lo tanto, que dichas normas van más

---

<sup>209</sup>Artículo 21, letra h.

<sup>210</sup>Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra. Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, modificada por Ley Orgánica 1/2001, de 26 de marzo. B.O.E. nº75, de 28 de marzo de 2001.

<sup>211</sup>Artículo 6 de la norma mencionada *supra*.

<sup>212</sup>Artículo 6. Derechos y libertades. 1. *Los derechos y libertades de los aragoneses y aragonesas son los reconocidos en la Constitución, los incluidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los demás instrumentos internacionales de protección de los mismos suscritos o ratificados por España, así como los establecidos en el ámbito de la Comunidad Autónoma por el presente Estatuto.* Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, B.O.E. nº97 de 23 de abril de 2007.

<sup>213</sup>Artículo 8. *Derechos y deberes de los ciudadanos de Castilla y León.* 1. *Los ciudadanos de Castilla y León tienen los derechos y deberes establecidos en la*

allá del mandato constitucional recogido en el artículo 10.2, sobre interpretación de los derechos y libertades recogidos en la Constitución, pues reconocen que los derechos de la DUDH y del resto de tratados en materia de derechos fundamentales forman parte a su vez de los derechos garantizados por el propio Estatuto y por la Constitución española.

Sin embargo, el hecho diferencial de estos Estatutos de Autonomía frente a los comentados con anterioridad, radica en que estos últimos establecen un elenco propio de derechos, más o menos extenso, que superan a los establecidos en la Constitución, pues se adaptan a nuevas situaciones surgidas durante los años de vigencia de sus primeros estatutos. En el caso de la Comunidad autónoma de Aragón, su Estatuto de Autonomía establece en su artículo 12.1 el derecho de todas las personas a vivir con *“dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación, y tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal”* lo que implica la superación de lo establecido en el artículo 10.1 de la Constitución que únicamente se refiere a la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social. El TC, en su sentencia 120/1990, afirma que *“la dignidad [...] constituye un **mínimum invulnerable** que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”*<sup>214</sup> y parece que el Estatuto de Autonomía de Aragón ha querido incorporar la dignidad como valor añadido al reconocimiento de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Asimismo, la expresión *“vivir con dignidad”* entraña

---

*Constitución Española, en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España, en el ordenamiento de la Unión Europea, así como los establecidos en el ámbito de la Comunidad Autónoma por el presente Estatuto de Autonomía. Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, B.O.E. nº288, de 1 de diciembre de 2007.*

<sup>214</sup>Fundamento jurídico 4º, sentencia 120/1990 de 27 de junio. B.O.E. nº 181, de 30 de julio de 1990.

no solo el respeto de dicho valor supremo, sino además una serie de factores que deben quedar satisfechos para que se dé esa dignidad, factores como el derecho a una vivienda en condiciones, la lucha activa contra la pobreza y la exclusión social o el acceso a la asistencia social, estrechamente relacionados con los derechos sociales, proclamados unos en la CSE de 1961 y otros en su versión revisada.

El artículo 14 del Estatuto de Autonomía<sup>215</sup> establece el derecho a la salud en términos mucho más avanzados que la Constitución, pues, en primer lugar reconoce que es un derecho, y no un principio rector tal y como se establece en la Constitución, lo que atiende a la preocupación por aumentar sus posibilidades de protección y garantía; y, en segundo lugar, dispone que el acceso a los servicios de salud debe hacerse “*en condiciones de igualdad, universalidad y calidad*” y se reconoce a todas las personas, extendiendo así su ámbito subjetivo, mucho más acorde con los convenios y tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, como la CSE y el PIDESC. A pesar de lo establecido en el Estatuto de Autonomía aragonés, y en relación con el derecho a la salud y el acceso a este por parte de los extranjeros no comunitarios en situación irregular, la Comunidad autónoma de Aragón ha optado por acatar el RDL 16/2012, de 20 de abril<sup>216</sup>, de medidas urgentes para

---

<sup>215</sup>Artículo 14. *Derecho a la salud.*

1. Todas las personas tienen derecho a acceder a los servicios públicos de salud, en condiciones de igualdad, universalidad y calidad, y los usuarios del sistema público de salud tienen derecho a la libre elección de médico y centro sanitario, en los términos que establecen las leyes.

2. Los poderes públicos aragoneses garantizarán la existencia de un sistema sanitario público desarrollado desde los principios de universalidad y calidad, y una asistencia sanitaria digna, con información suficiente al paciente sobre los derechos que le asisten como usuario.

3. Los poderes públicos aragoneses velarán especialmente por el cumplimiento del consentimiento informado.

4. Todas las personas podrán expresar su voluntad, incluso de forma anticipada, sobre las intervenciones y tratamientos médicos que desean recibir, en la forma y con los efectos previstos en las leyes.

<sup>216</sup>Esta información ha sido extraída de la página web del Departamento de sanidad, bienestar social y familia del Gobierno de Aragón, donde se especifican los detalles de la aplicación del RDL 16/2012 de 20 de abril.

[http://www.saludinforma.es/opencms/opencms/Otros/Sabias\\_que/sostenibilidad\\_sistema\\_sanitario.html](http://www.saludinforma.es/opencms/opencms/Otros/Sabias_que/sostenibilidad_sistema_sanitario.html).

garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, y pasará a cobrar las prestaciones sanitarias que se encuentren fuera de las urgencias médicas o las situaciones especiales, como el embarazo o la atención a menores. Resulta preocupante además que, si el extranjero que solicita la atención sanitaria se encuentra en situación irregular, se comprobará si tiene recursos suficientes, emitiéndose la correspondiente factura y, en caso contrario, se incluirá en un listado de “*control de gasto*”, sin que se especifiquen las consecuencias que puede tener la constancia en dicho registro<sup>217</sup>, y añadiendo además la estigmatización, al hacer palpable su exclusión social.

Otro de los derechos del Estatuto de Autonomía de Aragón que resulta llamativo por lo avanzado y novedoso de su reconocimiento es el derecho contemplado en el artículo 18<sup>218</sup> y que reconoce los derechos y deberes en relación con el medio ambiente. En primer lugar, llama la atención el párrafo segundo del precepto que establece la protección de las personas frente a las distintas formas de contaminación. Puede intuirse aquí la recepción de la jurisprudencia del TEDH, especialmente la inaugurada a partir del caso López Ostra<sup>219</sup>, pues al reconocer la violación del artículo 8, que establece el respeto de la vida privada y

---

<sup>217</sup>Una suerte de listado de morosos.

<sup>218</sup>Artículo 18. *Derechos y deberes en relación con el medio ambiente.*

1. Todas las personas tienen derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado, sostenible y respetuoso hacia la salud, de acuerdo con los estándares y los niveles de protección que determinan las leyes. Tienen también derecho a gozar de los recursos naturales en condiciones de igualdad y el deber de hacer un uso responsable de los mismos y evitar su despilfarro.

2. Todas las personas tienen derecho a la protección ante las distintas formas de contaminación, de acuerdo con los estándares y los niveles que se determinen por ley. Tienen también el deber de colaborar en la conservación del patrimonio natural y en las actuaciones que tiendan a eliminar las diferentes formas de contaminación, con el objetivo de su mantenimiento y conservación para las generaciones presentes y futuras.

3. Todas las personas tienen derecho a acceder a la información medioambiental de que disponen los poderes públicos, en los términos que establecen las leyes.

4. La actividad de los poderes públicos se guiará por los principios de prevención, precaución y respeto a los derechos de las futuras generaciones.

<sup>219</sup>STEDH 496/1994 de 9 de diciembre, recaída en el asunto López Ostra contra España.

familiar, se incorporó una nueva interpretación de dicho derecho que introdujo, a su vez, el derecho al disfrute de un medio ambiente sano. Asimismo, resulta de gran relevancia, y novedosa, la alusión al “*deber de colaborar en la conservación del patrimonio natural y en las actuaciones que tiendan a eliminar las diferentes formas de contaminación, con el objetivo de su mantenimiento y conservación para las generaciones presentes y futuras*”, pues comporta un valor añadido al derecho a un medio ambiente sano al plantearlo como un derecho que trasciende al individuo, pues afecta también a las generaciones futuras<sup>220</sup>.

El Estatuto de Autonomía de Castilla y León también sorprende por el profuso desarrollo de los derechos de los ciudadanos de dicha Comunidad autónoma. El artículo 8, tal y como se ha avanzado antes, reconoce a los ciudadanos de Castilla y León los derechos de la Constitución, así como los derechos contenidos en los tratados y convenios internacionales sobre Derechos Humanos y en la legislación de la Unión Europea. Se sitúa, por lo tanto, en la misma línea que el Estatuto de Autonomía de Aragón, pues supera el mandato interpretativo establecido en el artículo 10.2 CE y amplía el abanico de derechos fundamentales garantizados en la Norma suprema. El artículo 13 de la norma desarrolla los derechos sociales; bajo ese epígrafe reconoce el derecho a la educación, el derecho a la salud, derechos laborales, derechos específicos para las personas mayores, personas en situación de dependencia y menores de edad, el derecho de acceso a los servicios de protección social, el derecho a una renta garantizada de ciudadanía y derechos relacionados con la cultura y el patrimonio.

---

<sup>220</sup>Mejora este precepto lo establecido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 37 que establece la protección del medio ambiente de forma muy escueta “*En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad*”, incluido dentro del capítulo IV dedicado a los derechos de solidaridad y donde se desarrollan los derechos de carácter más social.

En relación con el derecho a la salud, reconoce el párrafo 2 del artículo 13 el derecho de todas las personas a la protección integral de la salud y realiza una especial mención a las personas que padezcan enfermedades mentales, crónicas o invalidantes, pues tendrán un acceso de carácter preferente a programas sanitarios especiales. Se trae a colación este precepto, pues la Junta de Castilla y León aún no se ha pronunciado sobre la atención sanitaria que dispensará a las personas migrantes en situación irregular; muchas de esas personas padecen enfermedades crónicas y parece que, a través del artículo 13.2 del Estatuto de Autonomía podrían acceder a los cuidados de salud que sus enfermedades requieren. Ello no obstante, habrá que esperar a que entre en vigor el proyecto de Orden adoptado por el pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud<sup>221</sup> que obliga a las personas que no tienen la condición de asegurado a pagar una suma de dinero para poder tener acceso a parte de la Cartera Básica de asistencia sanitaria.

Otro de los derechos establecidos en el artículo 13 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León es el recogido en su apartado 9 y dispone la renta de ciudadanía para las personas que se encuentren en situación de exclusión social, cuyo fin es el de *“proporcionar los medios y apoyos necesarios para atender las necesidades básicas de subsistencia y promover la integración de quienes se encuentren en situación de exclusión social”*<sup>222</sup>. La norma de desarrollo, en su exposición de motivos, afirma que la previsión estatutaria de la renta de ciudadanía *“permite considerar este derecho como derecho subjetivo, según la terminología acuñada en las leyes más recientes en materia de servicios sociales”*, por lo que puede decirse que se supera lo

---

<sup>221</sup> Adoptado en el pleno del 3 de octubre de 2012. Los extranjeros menores de 65 años deberán abonar una contraprestación económica de 710,40€ y los mayores de 65, 1.864, 80€. En estos momentos no se dispone del texto del proyecto de orden.

<sup>222</sup> Artículo 5.1 de la Ley 7/2010, de 30 de agosto, por la que se regula la renta garantizada de ciudadanía de Castilla y León, Boletín Oficial de Castilla y León nº170, de 2 de septiembre de 2010.



establecido en el artículo 41 de nuestra Constitución, pues crea un derecho subjetivo que no existía en la Norma suprema, sino como Principio rector. La razón que da la exposición de motivos, para justificar la necesidad de crear una renta mínima de ciudadanía<sup>223</sup>, es *“la evolución de la realidad social y de las situaciones de necesidad que se generan [...por lo que], resulta preciso crear una nueva prestación concebida como derecho estatutario, dispuesta como un instrumento capaz de adaptarse a las necesidades de cada momento”*.

Por último, deben analizarse los Estatutos de Autonomía pertenecientes al tercer grupo identificado y que son los correspondientes a las Comunidades autónomas de Andalucía, Islas Baleares, Cataluña y Comunidad valenciana. Sus Estatutos de Autonomía sí que citan la Carta Social Europea, excepto el de Cataluña que únicamente cita el Convenio Europeo de Derechos Humanos y prevén asimismo, una carta de derechos, tanto civiles como sociales, que hace necesario su análisis y comentario.

Los Estatutos de Autonomía de Andalucía, Islas Baleares y Comunidad valenciana son muy similares en cuanto a los preceptos relacionados con los derechos fundamentales, pues las tres normas citan las mismas fuentes jurídicas, es decir la Declaración Universal de Derechos Humanos, los dos Pactos internacionales sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos sociales, económicos y culturales, así como el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea<sup>224</sup>, además de la Constitución española. Sin embargo la relación de derechos sociales de cada uno de los estatutos es diferente.

---

<sup>223</sup>Ha de observarse que la Ley que se comenta es de 2010, dos años después de estallar la crisis económica, por lo que aún resulta más loable que se establezca una medida que supone un gasto público, en tiempos donde ya se empezaban a fraguar los primeros recortes que han dejado vacío de sentido al Estado del Bienestar.

<sup>224</sup>Estatuto de autonomía de Andalucía, artículo 9.1; Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, artículo 13.1, y Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana, artículo 8.1.

El Estatuto de Autonomía de Andalucía<sup>225</sup> proclama en su artículo 9, apartado primero, que “*Todas las personas en Andalucía gozan como mínimo de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás instrumentos europeos e internacionales de protección de los mismos ratificados por España, en particular en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea*”. En similares términos se expresan los Estatutos de la Comunidad valenciana, en su artículo 8, apartado primero<sup>226</sup> y de las Islas Baleares en su artículo 13, apartado primero<sup>227</sup>. Puede afirmarse que estos preceptos son los más completos del panorama autonómico, tal y como ha quedado expresado al analizar el resto de Estatutos de Autonomía. Advertido lo cual, el desarrollo de esos derechos no posee las mismas características, pues se han centrado en las peculiaridades propias de cada Comunidad autónoma, así como en sus intereses particulares<sup>228</sup>.

La norma andaluza ha proclamado un buen número de derechos exclusivamente sociales, que desarrollan los objetivos básicos de la

---

<sup>225</sup> Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, B.O.E. núm. 68 de 20 de marzo de 2007.

<sup>226</sup> Artículo 8, 1º: *Los valencianos y valencianas, en su condición de ciudadanos españoles y europeos, son titulares de los derechos, deberes y libertades reconocidos en la Constitución Española y en el ordenamiento de la Unión Europea y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, individuales y colectivos, en particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en la Convención Europea de Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales, y en la Carta Social Europea.*

<sup>227</sup> Artículo 13, 1º: *Los ciudadanos de las Illes Balears, como ciudadanos españoles y europeos, son titulares de los derechos, deberes y libertades reconocidos en la Constitución, en el ordenamiento de la Unión Europea y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, individuales y colectivos: en particular, en la Declaración de Derechos Humanos, en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en la Convención Europea de Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea.*

<sup>228</sup> Y por qué no decirlo, el contenido de los Estatutos de Autonomía mencionados también se ha visto influido por la orientación política del Gobierno autonómico encargado de impulsar la reforma.

Comunidad autónoma, establecidos en el artículo 10, siendo un claro ejemplo el número 14, del apartado 3 de dicho precepto pues dispone que la cohesión social es uno de esos objetivos y que se alcanzará *“mediante un eficaz sistema de bienestar público, con especial atención a los colectivos y zonas más desfavorecidos social y económicamente, para facilitar su integración plena en la sociedad andaluza, propiciando así la superación de la exclusión social”*. Asimismo se proclaman como objetivos la promoción de las condiciones necesarias para la plena integración de las minorías, la importancia del diálogo social o la solidaridad como forma de superación de los desequilibrios económicos, sociales y culturales<sup>229</sup>. Destaca asimismo el artículo 11 que establece la promoción de los valores democráticos y ciudadanos mediante *“el desarrollo de una conciencia ciudadana y democrática plena, fundamentada en los valores constitucionales”*, precepto que dice mucho sobre el posterior desarrollo de los derechos fundamentales que se encuentran en el Título I del Estatuto<sup>230</sup>.

Antes de comenzar con los derechos proclamados por el E.A. de Andalucía, debe mencionarse el artículo 14<sup>231</sup> que establece la prohibición de discriminación, elemento común en todas las normas autonómicas, si bien dicho precepto resalta por la amplitud con la que regula esa prohibición pues incluye tanto los motivos habituales como el sexo, la religión o la ideología, y añade además las características genéticas y la orientación sexual<sup>232</sup>, incorporando nuevas situaciones

---

<sup>229</sup>Por todos, véase artículo 10 del E.A. de Andalucía.

<sup>230</sup>El E.A. de Andalucía es el único que declara la necesidad de crear una conciencia ciudadana. Fruto de esa conciencia ciudadana, tal y como se afirma en su exposición de motivos, se promulgó el Decreto 264/2011, de 2 de agosto, por el que se crean y regulan la figura de Lugar de Memoria Histórica de Andalucía y el Catálogo de Lugares de Memoria Histórica de Andalucía. Pese a no estar relacionado con el objeto de este estudio, se ha querido poner un ejemplo del reconocimiento de la conciencia ciudadana como pilar fundamental de la sociedad y muestra de la salud democrática de la misma. La Comunidad autónoma de Canarias, en su propuesta de reforma de su Estatuto de autonomía, incluía asimismo una referencia a la importancia de crear una conciencia ciudadana; lamentablemente la propuesta se retiró el 12 de septiembre de 2007.

<sup>231</sup>Título I, capítulo 1º del E.A. de Andalucía.

<sup>232</sup>Además es un precepto abierto pues prohíbe actitudes discriminatorias por cualquier otra circunstancia personal o social, por lo que resulta mucho más garantista

potencialmente discriminatorias, más acordes con la realidad social actual.

Entrando ya a analizar las disposiciones estatutarias sobre derechos fundamentales de la Norma autonómica andaluza y la presencia de la CSE en ésta, podemos citar en primer lugar el artículo 17 que establece la protección de la familia tanto social, como jurídica y económica, en términos muy similares al artículo 16 de la CSE de 1961. Si bien el precepto autonómico extiende explícitamente dicha protección a las parejas no casadas igualándolas en derechos a las que han contraído matrimonio, algo que la CSE no dispone expresamente, pero sí que ha extendido dicha protección a las familias monoparentales<sup>233</sup>, por lo que las parejas no casadas podrían también quedar incluidas.

Los derechos de las personas mayores también han sido incluidos en el texto autonómico, en el artículo 19 y en este precepto puede verse claramente la influencia de la CSE, pero en su versión revisada o en el artículo 4 del Protocolo de 1988 ratificado por España. El mencionado artículo dispone que *“Las personas mayores tienen derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía una protección y una atención integral para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo, que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social e individual, así como a acceder a una atención gerontológica adecuada, en el ámbito sanitario, social y asistencial, y a percibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes”*; si se consulta el artículo 23 de la CSEr (o artículo 4 del Protocolo de 1988) puede observarse que lo dispuesto en éste ha sido recogido, de forma más resumida por la disposición autonómica, pues establece como pilar de los derechos de las personas mayores la consecución de una vida

---

que otras prohibiciones de discriminación incluidas en otras normas autonómicas, así como en la Constitución.

<sup>233</sup>Véase el documento *“Equality between women and men in the European Social Charter”*, elaborado por la Secretaría de la Carta Social Europea, el 20 de septiembre de 2005, especialmente la pág. 15 de su Anexo.

autónoma e independiente, así como un envejecimiento activo. Puede concluirse que, a través del E.A. andaluz, la CSEr se ha hecho efectiva, al menos en lo referente a las personas de edad avanzada.

Otro ejemplo de la incorporación de la CSEr al E.A. andaluz puede encontrarse en el artículo 25 que reconoce el derecho a la vivienda e impone a los poderes públicos la obligación de promover vivienda pública digna y adecuada, para dar cumplimiento al mandato contenido en la Constitución española en su artículo 47. La CSEr<sup>234</sup> dispone que, para que el derecho efectivo a la vivienda quede garantizado, aquella debe disponer de un nivel suficiente, deben desaparecer las situaciones de carencia y su precio debe ser asequible; la Norma autonómica andaluza recoge dichas disposiciones pues reconoce la necesidad de acceso en condiciones de igualdad y la concesión de ayudas que faciliten dicho acceso.

En relación con la salud, dos son los preceptos que sobresalen; el dedicado al testamento vital y el respeto a la dignidad de la persona en el proceso de la muerte<sup>235</sup>, y el dedicado al derecho a la salud de forma específica, contemplado en el artículo 22 del E.A. andaluz. El primero trata un tema polémico social y moralmente pues son muchas las opiniones, encontradas en su mayoría, pese a que los movimientos sociales por el derecho a una muerte digna están recibiendo cada vez más apoyos. En el mencionado precepto se recogen, tanto los deseos de buena parte de la sociedad en relación con la voluntad del enfermo respecto de los cuidados que quiere recibir o no en caso de padecer

---

<sup>234</sup>Artículo 31 de la CSE revisada de 1996: *Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las Partes se comprometen a adoptar medidas destinadas: 1) a favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente; 2) a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación; 3) a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes.*

<sup>235</sup>Artículo 20. Testamento vital y dignidad ante el proceso de la muerte. 1. *Se reconoce el derecho a declarar la voluntad vital anticipada que deberá respetarse, en los términos que establezca la ley.* 2. *Todas las personas tienen derecho a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales y a la plena dignidad en el proceso de su muerte.*

una enfermedad terminal, así como las recomendaciones que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha publicado sobre el tema. De hecho, la Recomendación 1418 (1999) sobre protección de los derechos humanos y de la dignidad de los enfermos terminales y moribundos<sup>236</sup> ha servido como fuente inspiradora de la Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte, de la Junta de Andalucía. No se reconoce aquí el derecho a la eutanasia activa, sino el respeto de las últimas voluntades del enfermo<sup>237</sup>, así como el derecho a unos cuidados paliativos de calidad y la prohibición del alargamiento de la vida con métodos que puedan aumentar el padecimiento y el dolor. La Recomendación de la Asamblea Parlamentaria establece que los Estados miembros deberían adoptar medidas específicas para evitar que la prolongación de la vida se haga en contra de la voluntad del enfermo o para proporcionar cuidados paliativos que queden garantizados en todos los Estados miembros, así como el acceso a éstos.

Ahora bien, aunque el derecho al testamento vital y a la dignidad en el proceso de la muerte puedan parecer, por su relación con el derecho a la vida, un derecho civil y no social, el Estatuto de Autonomía andaluz lo ha incluido entre los derechos sociales. El derecho proclamado en el artículo 20 de la Norma autonómica mantiene una estrecha relación con el derecho a la salud, en su más amplio sentido, pues el precepto que desarrolla este último derecho, establece como tal el acceso a los cuidados paliativos, así como el respeto a la dignidad humana.

---

<sup>236</sup> Recommendation 1418 (1999) Protection of Human Rights and dignity of the terminally ill and the dying. Texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 25 de junio de 1999, en la 24ª sesión plenaria.

<sup>237</sup> En relación con el respeto de las últimas voluntades de los enfermos terminales, véase la Recomendación 1859 (2012) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 25 de enero de 2012, 6ª sesión plenaria. La Recomendación trata de establecer medidas homogéneas sobre la representación legal de los enfermos terminales y el respeto de lo establecido en sus voluntades testamentarias, para evitar abusos respecto de sus bienes. Asimismo, recomienda la ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, cuyo Instrumento de ratificación se publicó en el B.O.E.nº251, de 20 de octubre de 1999.

En relación con el derecho a la salud y la polémica surgida a raíz de la retirada de la tarjeta sanitaria a las personas migrantes en situación irregular, la Junta de Andalucía, y su Servicio de Salud, decidió continuar prestando asistencia sanitaria a dichas personas, tal y como venían haciendo hasta el 1 de septiembre de 2012, fecha en la que entró en vigor el RDL 16/2012, de 20 de abril. La universalidad de su sistema sanitario queda proclamada tanto en el Estatuto de Autonomía como en las referencias a los sujetos de derecho, pues se refieren a los usuarios y pacientes, sin indicar residentes o andaluces.

Otro de los Estatutos que ha regulado, de forma más resumida, los derechos sociales, es el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares. Además, tal y como se ha dicho, incluye entre sus fuentes la Carta Social Europea. El artículo 13 de la Norma autonómica establece que *“Los ciudadanos de las Illes Balears, como ciudadanos españoles y europeos, son titulares de los derechos, deberes y libertades reconocidos en la Constitución, en el ordenamiento de la Unión Europea y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, individuales y colectivos: en particular, en la Declaración de Derechos Humanos, en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en la Convención Europea de Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea”*; este precepto es muy similar al artículo 9.1 del Estatuto de Autonomía andaluz, si bien puede observarse una diferente formulación, pues el texto andaluz se refiere a *“Todas las personas en Andalucía”* y el balear, en cambio, habla de *“Los ciudadanos de las Illes Balears”*, por lo que la aplicación de esos derechos se verá condicionada por dicha circunstancia administrativa<sup>238</sup>.

---

<sup>238</sup>Las Illes Balears han comunicado que no seguirán atendiendo a las personas migrantes en situación irregular, acatando así lo establecido en el RDL 16/2012 de 20 de abril.

En relación con los derechos sociales, el Estatuto balear los establece en un solo precepto, el artículo 16, exactamente en su párrafo tercero, advirtiendo en el párrafo anterior de la elaboración de una Carta de Derechos Sociales “*como expresión del espacio cívico de convivencia social de los ciudadanos de las Illes Balears, que contendrá el conjunto de principios, derechos y directrices que informan la actuación pública de las Administraciones públicas de las Illes Balears en el ámbito de la política social*”. Llama de nuevo la atención la formulación del precepto pues el párrafo tercero del mencionado artículo no habla de derechos sino de ámbitos donde se centrará la labor de las Administraciones públicas baleares; entre otros ámbitos, pueden mencionarse la protección integral de la familia, los derechos de las personas dependientes y de las personas mayores, la asistencia social a las personas que se encuentren en situación de marginalidad, exclusión social y pobreza y la protección social contra toda clase de violencia, especialmente contra la violencia de género.

A tal efecto, es menester puntualizar de nuevo que son ámbitos de actuación, ni siquiera principios rectores como en la Constitución española, por lo que puede afirmarse que el Estatuto balear no sigue el camino de su homólogo andaluz, que establece derechos y supera la denominación constitucional como “principios rectores”; consiguientemente, más bien parece haber bajado un nivel en su reconocimiento y protección. Entre esos ámbitos de actuación, sobresale el último que, textualmente, afirma que la actuación de las Administraciones públicas baleares se centrará en “*los derechos y la atención social de los inmigrantes con residencia permanente en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears*”. La residencia permanente se asimila a la residencia de larga duración regulada en el artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que establece que podrán acceder a ella los extranjeros que hayan residido legalmente en España durante cinco años de forma continuada; de acuerdo entonces



con el precepto autonómico, los ciudadanos extranjeros, antes de dicha situación administrativa, no gozarán de todos los derechos previstos en la ley orgánica mencionada, contradiciéndola, pues según la norma estatal los extranjeros residentes, sin más<sup>239</sup>, gozarán de los mismos derechos que los españoles.

Tal y como hemos dicho, el artículo 16 regula los derechos sociales, sin embargo encontramos otros derechos establecidos fuera de dicho precepto, como los derechos de las personas dependientes, la lucha contra la pobreza y la exclusión social, el derecho a una vivienda digna o el derecho a la salud. Estos quedarán desarrollados de forma más detallada en la futura Carta de Derechos Sociales, en trámite aún en sede parlamentaria, y que se comentará en el siguiente punto. En todo caso, puede afirmarse que el establecimiento de los mencionados derechos parece responder a la influencia de la CSEr, sobre todo en lo referente al derecho a una vivienda digna. Pese a ello, y lamentablemente, la referencia estatutaria a la Carta Social Europea desaparece en el proyecto de Ley de Carta de Derechos Sociales, cuyo proyecto se aprobó en la sesión del Consejo de Gobierno de las Islas Baleares, el 4 de marzo de 2011<sup>240</sup>.

El Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana<sup>241</sup> posee una estructura muy similar a su homónimo balear; o, en puridad, digamos que el balear ha seguido al valenciano, que le precedió. El Título II establece los derechos de los valencianos y valencianas, disponiendo en su artículo octavo que *“Los valencianos y valencianas, en su condición de ciudadanos españoles y europeos, son titulares de los derechos, deberes y libertades reconocidos en la Constitución Española*

---

<sup>239</sup>Es decir, que se encuentren en alguna de las situaciones administrativas establecidas en el Título II de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>240</sup>Boletín Oficial del Parlamento de las Illes Balears nº166, de 18 de marzo de 2011.

<sup>241</sup>Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 57/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana, B.O.E. nº66, de 11 de abril de 2006.

*y en el ordenamiento de la Unión Europea y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, individuales y colectivos, en particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en la Convención Europea de Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales, y en la Carta Social Europea*". Tras esta declaración, se desarrollan diversos derechos de contenido social y político, en los artículos 9 a 19. Siguiendo con las similitudes con el Estatuto balear, el artículo 10, en su párrafo segundo, anuncia la elaboración de una Carta de Derechos Sociales<sup>242</sup>. En el punto tercero del precepto mencionado se enuncian diversos derechos como la defensa integral de la familia<sup>243</sup>, la protección del menor, la asistencia social a las personas que sufran marginación, pobreza o exclusión social, la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer y los derechos y atención social de los inmigrantes con residencia en la Comunidad valenciana<sup>244</sup>.

Del resto de derechos regulados en otros preceptos, cabe mencionar el artículo 13 y, en particular, el punto tercero que establece las ayudas a las familias que tengan a su cargo personas mayores o menores dependientes, que otorgará la Generalitat en la forma que determine la ley<sup>245</sup>; asimismo debe hacerse referencia al artículo 15 que establece el

---

<sup>242</sup> Ley 4/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, por la que se aprueba la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana, DOCV nº6884, de 18 de octubre de 2012.

<sup>243</sup> Cuyo desarrollo legislativo se encuentra en la Ley 6/2009, de 30 de junio, de la Generalitat, de Protección a la Maternidad, D.O.C.V. nº6049, de 3 de julio de 2009, polémica norma que reconocía derechos a la vida en formación y que posee un contenido ideológico importante, abiertamente contrario al aborto.

<sup>244</sup> A diferencia del Estatuto de las Islas Baleares, el texto valenciano menciona simplemente la residencia como condición para acceder a determinados derechos, más acorde con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>245</sup> El artículo 13, 3 del Estatuto de autonomía hace referencia a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, de carácter estatal. Sin embargo, tras esos buenos propósitos, la Comunidad valenciana es pionera en la incorrecta aplicación, o nula aplicación en algunos casos, de dicha norma y son numerosas las quejas resueltas por el Síndic de Greuges valenciano en ese sentido, tal y como se verá en el segundo punto dedicado a la normativa autonómica de desarrollo de los derechos sociales establecidos en los estatutos de autonomía.

reconocimiento de una renta de ciudadanía a “los ciudadanos valencianos en estado de necesidad”, y, por último, el reconocimiento del derecho a la vivienda<sup>246</sup>, superando así al artículo 47 de la Constitución española, pues le otorga carácter de derecho.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña<sup>247</sup>, último de este tercer grupo, sigue la misma línea que los comentados anteriormente, si bien no cita la Carta Social Europea en el precepto donde se recogen los derechos y principios<sup>248</sup> que deben promover los poderes públicos; simplemente menciona los derechos reconocidos en la Constitución española, en la normativa de la Unión Europea, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el resto de tratados y convenios suscritos por España que establezcan derechos fundamentales.

En el Título I quedan establecidos los derechos y deberes en el ámbito civil y social, capítulo 1º, y los derechos en el ámbito político y de la administración, capítulo 2º. El análisis se centrará en las disposiciones contenidas en el capítulo 1º, por tener relación directa con el objeto de este trabajo.

Los derechos sociales que recoge el Estatuto catalán coinciden, en general, con los recogidos en los estatutos anteriormente comentados. Si bien, algunos sobresalen por su formulación; el artículo 16, sobre los

---

<sup>246</sup>Artículo 16: *La Generalitat garantizará el derecho de acceso a una vivienda digna de los ciudadanos valencianos. Por ley se regularán las ayudas para promover este derecho, especialmente en favor de los jóvenes, personas sin medios, mujeres maltratadas, personas afectadas por discapacidad y aquellas otras en las que estén justificadas las ayudas.*

<sup>247</sup>Algunos de sus preceptos fueron declarados inconstitucionales, si bien la parte de los derechos fundamentales no. Se recurrieron el artículo 20 (derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte) y 21.1 y 2 (derecho a la educación); ninguno fue declarado inconstitucional. Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, B.O.E.nº172, de 16 de julio de 2010.

<sup>248</sup>Artículo 4.1 del Estatuto de autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; B.O.E. nº172 de 20 de julio de 2006): *Los poderes públicos de Cataluña deben promover el pleno ejercicio de las libertades y los derechos que reconocen el presente Estatuto, la Constitución, la Unión Europea, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y los demás tratados y convenios internacionales suscritos por España que reconocen y garantizan los derechos y las libertades fundamentales.*

derechos en el ámbito de las familias, se refiere a todas las personas que tengan cargas familiares, por lo que se entiende que no se limita a la familia comúnmente conocida, al núcleo familiar habitual, sino a todo tipo de familias pues su enunciado es abierto y susceptible de una interpretación más amplia<sup>249</sup>. En relación con el concepto de familia actual, merece la pena traer a colación una reciente sentencia del Tribunal Supremo, donde se afirma que *“el sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tiene la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y el sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales”*<sup>250</sup>. Uno de los principios que han ayudado a la ampliación del concepto de familia, ha sido la dignidad de la persona pues al ser *“uno de los fundamentos del orden político se reconoce su doble dimensión: individual, ya que la persona es considerada como sujeto de derechos y no como objeto, y colectiva, puesto que la dignidad se predica de todos los individuos. Con su reconocimiento constitucional se produce una irradiación de su contenido – libertad e igualdad de todas las personas – a cualquier relación normativa, en la que esté en juego dicho contenido, también a las relaciones familiares, como ámbito propicio para la realización de la igualdad y libertad de la persona y su libre desarrollo, y como espacio donde se ejercen derechos fundamentales como la libertad personal, la igualdad o la intimidad”*<sup>251</sup>.

Pese a no tener un contenido únicamente social, debe destacarse el artículo 19 pues establece los derechos específicos de las mujeres. En el resto de Normas autonómicas, la referencia a la mujer se realiza

---

<sup>249</sup>Pueden incluirse en este precepto familias monoparentales, parejas de hecho, parejas formadas por dos personas del mismo sexo; el concepto de familia ha ido progresando y adaptándose a las nuevas realidades sociales. En relación con el nuevo concepto de familia, véase *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad* (Ignacio Gutiérrez y Miguel Ángel Presno, eds.), en especial el capítulo 1º de la Parte III *“El concepto inclusivo de familia”*, PRESNO LINARES, M. A.; Editorial Comares, Granada 2012.

<sup>250</sup>Sentencia de la sala de lo Civil, nº 320/2011, de 12 de mayo, fundamento jurídico 3.

<sup>251</sup>Miguel Ángel Presno, vid nota 249.

dentro del principio de no discriminación y respecto de la igualdad en el trabajo. El Estatuto catalán dedica un artículo exclusivamente a la mujer y donde se afirma que *“Todas las mujeres tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal, y a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, malos tratos y todo tipo de discriminación”*<sup>252</sup>. Derivada de este precepto, se promulgó en 2008 la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a la protección frente a la violencia machista<sup>253</sup>, cuya Exposición de motivos reafirma el trato especial que desde el Estatuto se le otorga a la mujer así como su reconocimiento *“en la construcción y defensa de los derechos y las libertades a lo largo de la historia”*.

Otro precepto digno de ser mencionado, tiene que ver con las disposiciones en relación con el derecho a la educación, contenidas en el artículo 21. En el párrafo 2 de dicho artículo queda afirmado el derecho de las madres y los padres a que sus hijos e hijas reciban formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones en las escuelas de titularidad pública, subrayando el carácter laico de estas últimas. Tanto el párrafo 1º como el 2º del artículo 21 fueron recurridos por su supuesta inconstitucionalidad<sup>254</sup>, pues de acuerdo con el texto del recurso se vulneraba el núcleo esencial del artículo 27 CE. El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 20<sup>255</sup> dispone que *«la referencia del precepto a que la enseñanza pública “es laica” sólo significa, como se deduce de su tenor literal, que la enseñanza pública no es institucionalmente una enseñanza confiada a las confesiones religiosas, sin perjuicio del derecho de las madres y los padres a “que sus hijos e hijas reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones en las escuelas de titularidad pública”,*

---

<sup>252</sup> Apartado 1º del artículo 19, Estatuto de autonomía de Cataluña.

<sup>253</sup> B.O.E. nº131, de 30 de mayo de 2008.

<sup>254</sup> Recurso de inconstitucionalidad núm. 8045-2006, interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

<sup>255</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, B.O.E. nº172, de 16 de julio de 2010.

*como el propio precepto reconoce en términos plenamente respetuosos con el art. 27.3 CE y con el art. 16 CE». La solución del TC resulta bastante aséptica, pues ha perdido una buena oportunidad para entrar a dilucidar sobre el concepto de laicidad en el entorno educativo, pudiendo haber ido más allá. Tal y como afirma Marc Carrillo “Probablemente no habría sobrado que el Tribunal se pronunciara, por ejemplo, sobre si la enseñanza laica no solo significa –como únicamente dice– que la enseñanza pública no está confiada a las confesiones religiosas, sino si también es o comporta una forma de enseñanza que excluya en todo tipo de materias el hecho religioso o su enfoque se vea impregnado por convicciones religiosas. Especialmente, en un contexto educativo como el español, en que una buena parte del presupuesto público en materia de enseñanza está dirigido a la escuela concertada (de titularidad privada, muy a menudo religiosa, pero financiada con dinero público). Por este motivo, el artículo 22.2 del Estatuto era un buen reto, que el Tribunal ha evitado”<sup>256</sup>.*

Por último, es preciso mencionar, en relación con los derechos en el terreno de los servicios sociales<sup>257</sup>, la toma en consideración de las organizaciones del tercer sector social que podrán ejercer funciones en los ámbitos de la participación y la colaboración sociales; esta disposición recuerda al artículo 14 de la CSEr, que establece la necesidad de “*estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación u mantenimiento de tales servicios*”, en relación con los servicios de carácter social. Respecto de los derechos en el ámbito laboral, llama la atención la consideración especial a las personas excluidas del mercado de trabajo y su derecho a percibir prestaciones y recursos no

---

<sup>256</sup>Revista catalana de Dret Públic *Especial sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el estatuto de autonomía de Cataluña de 2006*, en especial apartado 7 “*Derechos y garantías jurisdiccionales*”, CABELLOS, M.A., CARRILLO, M., EXPÓSITO, E. y PISARELLO, G., págs. 153 – 178. Escola d’Administració Pública de Catalunya, Generalitat de Catalunya, 2010.

<sup>257</sup>Artículo 24.4 del Estatuto de autonomía de Cataluña.

contributivos de carácter paliativo<sup>258</sup>; se podría haber redactado dicho precepto en un tono más positivo, otorgando ayuda a la reinserción de dichas personas en el mundo laboral, de acuerdo con el artículo 10.4 de la CSEr, que dispone el compromiso de los Estados parte respecto de la aplicación de medidas que faciliten la reinserción laboral<sup>259</sup>.

## 2.2 La presencia de la Carta Social Europea en la normativa autonómica de desarrollo: las Cartas de Derechos Sociales de las Comunidades Autónomas

Una vez analizados los Estatutos de autonomía, tanto los llamados de nueva generación, como los que aún no han sido reformados, pueden observarse diferencias sustanciales en relación con el reconocimiento de derechos sociales. Asimismo, profundizando en este enfoque de Derecho autonómico comparado, existen divergencias entre las Autonomías en relación con el posterior desarrollo legislativo de dichos derechos sociales. En este apartado, por lo novedoso del asunto, se estudiarán las Cartas de Derechos Sociales que algunas Comunidades autónomas han elaborado, algunas aún en tramitación.

Tal y como se ha afirmado en el apartado anterior, el reconocimiento de derechos sociales en los Estatutos de Autonomía, se ha realizado de forma dispar o asimétrica. En unos puede verse, intuirse, la influencia de la Carta Social Europea y en otros, la gran mayoría, ni siquiera se atisba un recordatorio de dicha norma. Por ello, en ciertas Comunidades autónomas, se han desarrollado Cartas de Derechos Sociales, con mayor o menor acierto, donde sí que se recogen numerosos derechos que aparecen en la norma del Consejo de Europa.

---

<sup>258</sup> Artículo 25.2 del estatuto de autonomía de Cataluña.

<sup>259</sup> Como simple anotación estilística, decir que el legislador estatutario podría haber elegido otro calificativo menos tendencioso que “paliativo” para referirse a los recursos no contributivos, pues no se trata de paliar una situación, sino de establecer medidas de carácter positivo que eliminen la precariedad de dicha situación.

La Comunidad Foral de Navarra fue la primera en adoptar una Carta de Derechos Sociales en 1999<sup>260</sup>; pese a ello, no es una norma que desarrolle, en detalle, numerosos derechos, pues únicamente establece los derechos derivados de la política de reparto del tiempo de trabajo y la renta básica, así como su financiación. Si bien resulta de interés su artículo segundo donde se establecen los principios inspiradores de la norma. Dice textualmente que *“La reafirmación de los derechos universales de ciudadanía para todas las personas que tienen cerrado el acceso al mercado de trabajo, y que en razón de ello carecen de ingresos económicos para llevar una vida digna, para acceder a la cultura, a la vivienda, a los servicios, a la educación y a la sanidad y a la plena integración social en igualdad de derechos con las demás”* deberá inspirar la ley foral y resulta curioso pues el reconocimiento de los derechos establecidos en la norma parece que sean los facilitadores de la garantía de una vida digna, el acceso a la cultura o a la educación.

La Carta de Derechos Sociales del País Vasco<sup>261</sup>, pese a no mencionar tampoco la Carta Social Europea, es una norma mucho más desarrollada que la navarra, pues establece más derechos sociales, así como un apartado para su financiación. La presente norma posee una gran relevancia pues dispone, en su Exposición de motivos, que la política social es el pilar fundamental sobre el que se sustenta una sociedad democrática. Además afirma su propósito de promover *“el progreso social y económico de la ciudadanía y la consecución, para todos los individuos, del mayor nivel de autonomía y calidad en sus vidas, en particular sobre la base de la defensa y el desarrollo de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad de la persona”*. Dichas afirmaciones parecen querer poner de relieve la

---

<sup>260</sup> Ley Foral 9/1999, de 6 de abril de 1999, B.O.E. nº133, de 4 de junio de 1999, reformada por la Ley Foral 13/2008, de 2 de julio, B.O.N. de 16 de junio de 2008.

<sup>261</sup> Ley 10/2000, de 27 de diciembre, de Carta de Derechos Sociales. B.O.P.V. nº249, de 30 de diciembre. Consta de diez artículos, divididos en cuatro Títulos. Esta ley es fruto de una Iniciativa Legislativa Popular, cuyo trámite de recogida de firmas comenzó en 1997.



indivisibilidad de los derechos fundamentales, superando así las clasificaciones que pueden encontrarse, por ejemplo, en nuestra Constitución, que colocan en primer lugar a los derechos civiles y libertades públicas, y asignan un papel secundario a los derechos sociales. La indivisibilidad de los derechos fundamentales no solo radica en el respeto de la dignidad de la persona, sino también, en última instancia, en la libertad; así *“la idea de libertad presente en la DUDH es la libertad real o efectiva, es decir, los derechos sociales sirven también a la libertad, desde una concepción realista y exigente de la misma, desde el entendimiento de que una persona no puede considerarse libre si no encuentra satisfechas sus necesidades básicas”*<sup>262</sup>. Por ello, resulta de vital importancia la afirmación que realiza la Exposición de motivos de la Carta de Derechos Sociales del País Vasco, pues subraya la necesaria indivisibilidad de los derechos fundamentales, algo básico para garantizar el respeto de la dignidad y la libertad de las personas.

Otro de los preceptos de esta norma que llama la atención, es su artículo 3, pues establece los derechos sociales básicos y que son el derecho a una protección social suficiente, el derecho a la protección de la salud, a una educación de calidad, a una vivienda digna y a un medio ambiente protegido; dichos derechos se reconocen a todos los ciudadanos del País Vasco. Puede observarse de nuevo, tal y como se ha visto en el apartado dedicado a los Estatutos de Autonomía, que el legislador vasco, en este caso, ha optado por ir más allá del texto constitucional pues eleva a la categoría de derechos lo que en la Constitución española no se etiqueta más que como principios rectores. La Carta de los Derechos Sociales, además de los anteriormente mencionados, dedica los Títulos II y III a la promoción del empleo y al reconocimiento de una renta básica. Dichos títulos sí parecen haber

---

<sup>262</sup> ESCOBAR ROCA, G. *“Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución”*; Revista Jurídica de los Derechos Sociales *Lex Social*, nº 2/2012, julio – diciembre, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

tomado como referencia la Carta Social Europea, pues encontramos numerosas similitudes con el texto del Consejo de Europa. El artículo 4 desarrolla las medidas que deben tomarse para garantizar la correcta promoción del empleo y, entre otras, dispone la necesidad de crear empleo, en consonancia con el artículo 1,1 del CSE que reconoce como principal objetivo del derecho al trabajo *“la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo”*.

Sigue el artículo 4 con las medidas necesarias para promover el pleno empleo y menciona *“la introducción, mediante acuerdos entre los agentes sociales, de mecanismos de reparto de empleo basados fundamentalmente en la combinación de la reducción del tiempo de trabajo, la eliminación de horas extraordinarias”*<sup>263</sup>; este precepto parece recoger lo dispuesto en el artículo 2,1º de la CSE respecto de la reducción progresiva de la semana laboral, siempre que lo permitan el aumento de la productividad y otros factores a tener en cuenta a la hora de regular el tiempo de trabajo. Asimismo, el artículo 5 de la norma vasca, prevé la negociación colectiva, como vía para la ejecución efectiva de los derechos previstos en dicha ley, otorgando a las organizaciones empresariales y de trabajadores la capacidad, no solo de velar por unas condiciones de trabajo adecuadas, sino de trabajar en coordinación para conseguir el objetivo del pleno empleo; capacidad que se añade a lo previsto en el artículo 37 de la Constitución y en el artículo 6 de la CSE, que establecen el derecho a la negociación colectiva en su sentido más clásico, que es aquél que tiene por objetivo

---

<sup>263</sup> Artículo 4, 2, a de la Ley 10/2000, de 27 de diciembre, de Carta de Derechos Sociales.

el desarrollo de los convenios colectivos, de acuerdo con el artículo 82, 1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores<sup>264</sup>.

El Título III de la Ley 10/2000 vasca establece la creación de una renta básica cuyo fin es *“la voluntad de eliminar las situaciones de pobreza que pudieran afectar a los ciudadanos vascos”*<sup>265</sup>. La renta básica *“es una medida que ataca directamente a la pobreza”*<sup>266</sup> y que, desde varios sectores, ha sido exigida e incluso elevada a la categoría de derecho fundamental, o al menos así se ha solicitado; muestra de esto último, es la Carta de los Derechos Humanos Emergentes<sup>267</sup> que en su artículo 1.3, que regula el derecho a la existencia en condiciones de dignidad, establece *“El derecho a la renta básica, que asegura a toda persona, con independencia de su edad, sexo, orientación sexual, estado civil o condición laboral, el derecho a vivir en condiciones materiales de dignidad. A tal fin, se reconoce el derecho a un ingreso periódico sufragado con cargo a los presupuestos del Estado, como derecho de ciudadanía, a cada miembro residente de la sociedad, independientemente de sus otras fuentes de renta, y sin perjuicio de la exigencia del cumplimiento de sus obligaciones fiscales en dicho*

---

<sup>264</sup> Artículo 82. Concepto y eficacia: 1. Los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva. 2. Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, B.O.E. nº75 de 29 de marzo de 1995 (versión consolidada).

<sup>265</sup> Artículo 7.3 de la Ley 10/2000 de 27 de diciembre, de Carta de los Derechos Sociales.

<sup>266</sup> RAVENTÓS, D. *El derecho a la existencia*, (pág. 21). Ariel Practicum, 1999.

<sup>267</sup> Esta propuesta de Carta tiene su origen en el Fórum Universal de las Culturas, celebrado en Barcelona en 2004, donde fue presentado por el Institut de Drets Humans de Catalunya y que, de acuerdo con el Parte Primera de la propuesta, donde se detalla el marco general, *“nace desde la sociedad civil global en los inicios del siglo XXI, con objeto de contribuir a diseñar un nuevo horizonte de derechos que oriente los movimientos sociales y culturales de las colectividades y de los pueblos y, al mismo tiempo, se inscriba en las sociedades contemporáneas, en las instituciones, en las políticas públicas y en las agendas de los gobernantes desde una nueva relación entre sociedad civil global y el poder”*. Este texto es el precedente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes, cuya redacción definitiva se aprobó en el Fórum de las Culturas celebrado en Monterrey en 2007.

*Estado, que sea adecuado para permitirle cubrir sus necesidades básicas*". La idea de crear y desarrollar una renta básica no es una propuesta sobrevenida ante la gravedad de la actual crisis económica, pues se viene discutiendo, desde hace ya algún tiempo, en numerosos foros, no sólo en el ámbito de las Organizaciones no gubernamentales de lucha contra la pobreza, sino también en las instituciones de la Unión Europea así como desde el Consejo de Europa.

La pobreza extrema ha sido, y es aún más en la actualidad, un tema que preocupa tanto a los Estados como a la Unión Europea y al Consejo de Europa, si bien esta organización ha sido la que más ha trabajado combatiendo la exclusión social, aportando recomendaciones a sus Estados miembros además y, sobre todo, de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales al interpretar los artículos 13 (derecho a la asistencia social o a recursos mínimos garantizados) y 30 (derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social) de la CSE y la CSEr respectivamente. Es más, en una reciente conferencia<sup>268</sup>, celebrada en el Consejo de Europa, se ahondaba en la idea de la indivisibilidad de los derechos fundamentales al tratar el tema de la pobreza y la exclusión social y las nuevas posibilidades de lucha contra estas situaciones que ofrecen tanto la CSE, a través de su art.13 y la CSEr con el art. 30 pues *"esta combinación (pobreza y exclusión social) muestra igualmente la idea de indivisibilidad de todos los derechos humanos, ya que la precariedad social (pobreza) camina de forma paralela a la precariedad de la condición de plena ciudadanía (exclusión social), es decir que la pobreza y la exclusión social impiden la efectividad real para que se den las condiciones esenciales de la democracia social y la democracia política"*<sup>269</sup>.

---

<sup>268</sup> *Poverty and Inequality in Societies of Human Rights: the paradox of democracies. Proposals for an inclusive society.* Conferencia celebrada en el Consejo de Europa, del 21 al 23 de febrero de 2013. Dicha conferencia es fruto del proyecto conjunto del Consejo de Europa y de la Unión Europea *"Human Rights of People Experiencing Poverty"* que comenzó en 2010.

<sup>269</sup> Ponencia de Luis Jimena Quesada, presidente del CEDS, presentada el 21 de febrero de 2013 en el taller nº1 *"How should Human Rights be implemented to protect people from poverty?"*: *"Cette combinaison (pauvreté et exclusion sociale) montre*

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en 1992, ya advertía de la necesidad de aplicar medidas para luchar contra la extrema pobreza y la exclusión social pues *“la marginación y exclusión de los colectivos económicamente vulnerables son signo de la erosión de las bases morales y culturales de nuestras sociedades: son contrarias, y pueden poner en peligro, los principios de una democracia saludable”*<sup>270</sup>. Siguiendo el camino de dicha recomendación, la Asamblea Parlamentaria, en 2011, instaba a los Estados miembros a garantizar una renta mínima para aquellas personas que no estuvieran en situación de trabajar o que no estuvieran capacitadas para ello, entre otras medidas de lucha contra la pobreza. La Asamblea Parlamentaria llama la atención en esta última recomendación sobre el alarmante aumento de la pobreza *“debido, entre otras causas, a la crisis económica provocada por la crisis financiera, las nuevas políticas de redistribución que perjudican a los pobres en numerosos países, y los recortes masivos en los servicios sociales”*<sup>271</sup>.

Asimismo el Consejo de las entonces Comunidades Europeas<sup>272</sup>, en 1992, abogaba por el reconocimiento *“dentro de un dispositivo global y coherente de lucha contra la exclusión social, [d]el derecho fundamental*

---

*également l'idée d'indivisibilité de tous les droits de l'homme, car la précarité sociale (pauvreté) va de pair avec la précarité de la condition de pleine citoyenneté (exclusion sociale), c'est-à-dire que la pauvreté et l'exclusion sociale empêchent de rendre réelles les conditions essentielles de la démocratie sociale et de la démocratie politique”* (traducción de la autora).

<sup>270</sup> Recommendation 1196 (1992). Severe poverty and social exclusion: towards guaranteed minimum level of resources. Párrafo 1.2: *“marginalisation and exclusion of the most economically vulnerable are symptoms of an erosion of the moral and cultural bases of our societies: they are contrary to -and may put at risk -the principles of a healthy democracy”* (traducción de la autora). La recomendación de la Asamblea Parlamentaria pretendía obtener de los estados miembros un compromiso en relación con el desarrollo y aplicación de medidas que facilitaran y garantizaran lo establecido en el artículo 13 de la CSE; se allanaba el camino hacia la introducción de una renta mínima para aquellas personas en situación de extrema pobreza y exclusión.

<sup>271</sup> Resolution 1800(2011). Combating poverty. Párrafo 2: *“The Assembly deplores the alarming increase in poverty in Europe in recent years, due, inter alia, to the economic crisis brought on by the financial crisis, new redistribution policies that disadvantage the poor in many countries, and massive cuts in social services”*.

<sup>272</sup> Denominación oficial de la época.

*de la persona a recursos y prestaciones suficientes para vivir conforme a la dignidad humana y que adapten en consecuencia, en la medida de lo necesario, con arreglo a los principios y orientaciones expuestos a continuación, sus sistemas de protección social”, retomando lo dispuesto en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989 y que recomendaba a los Estados miembros que se garantizara una protección social adecuada a “Las personas que estén excluidas del mercado de trabajo, ya sea por no haber podido acceder a él, ya sea por no haber podido reinsertarse en el mismo, y que no dispongan de medios de subsistencia, deben poder beneficiarse de prestaciones y de recursos suficientes adaptados a su situación personal”<sup>273</sup>. Como puede observarse, la idea de otorgar a las personas desfavorecidas una renta mínima, independientemente de su denominación, es una medida que no es nueva y que, desgraciadamente, en la actualidad ha sufrido igualmente los recortes provocados por la crisis económica global, en detrimento de esos mismos colectivos, por los que se abogaba hace ya unos cuantos años.*

Volviendo a la norma vasca, y en relación con los argumentos económicos que se esgrimen actualmente para eliminar diversas ayudas y prestaciones sociales, debe subrayarse que prevé un Título<sup>274</sup> dedicado a la financiación de las medidas y derechos propuestos, que se llevará a cabo a cargo de los presupuestos autonómicos ordinarios.

A pesar de ser un proyecto normativo todavía en tramitación, la Comunidad autónoma de les Illes Balears elaboró una Carta, pretendiendo con ello dar cumplimiento al mandato establecido en el artículo 16.2 de su Estatuto de Autonomía. La futura Carta<sup>275</sup>, que lleva

---

<sup>273</sup> Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, considerando octavo, punto 10.

<sup>274</sup> Título IV, artículo 10 de la Ley 10/200, de 27 de diciembre, de Carta de Derechos Sociales.

<sup>275</sup> Boletín Oficial del Parlamento de les Illes Balears, nº 166 de 18 de marzo de 2011.

en tramitación desde 2010, pese a hacerse eco de las numerosas normativas internacionales que regulan los derechos sociales<sup>276</sup>, tanto en el ámbito regional como internacional, no menciona en ningún momento la Carta Social Europea, si bien realiza un desarrollo extenso y detallado de los derechos sociales que va más allá de los establecidos en su Estatuto de Autonomía. El proyecto de ley está dividido en cinco Títulos y contiene 104 artículos. Se regulan derechos relacionados con la juventud, las personas mayores, los colectivos en riesgo de exclusión social, el medio ambiente, las condiciones de trabajo, o las personas migrantes, entre otros.

Lo que resulta más interesante, y original a la vez, es que establece un sistema de garantías propio para algunos de los derechos dispuestos en el proyecto de ley, pues crea las figuras del Defensor del Menor, el Defensor del Paciente y el Defensor para la Igualdad entre Hombres y Mujeres que dispondrán, cada uno de ellos, de su estatuto propio. Pese a ser un proyecto interesante y completo, pues intenta abarcar a todos los colectivos sociales más vulnerables, aún está pendiente de aprobación, pasados tres años desde el inicio de su tramitación, ejemplo del abandono del ámbito social que ha provocado la actual crisis económica.

La Comunidad Valenciana ha sido la última en incorporarse a las Autonomías con Carta de Derechos Sociales<sup>277</sup> propia. El 18 de octubre de 2012 se publica en el Diario Oficial de la Comunidad valenciana la Ley 4/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat por la que se aprueba la Carta de los Derechos Sociales (CDS en adelante). La CDS está dividida en cinco títulos, siendo el primero el que establece los principios, derechos y directrices en el ámbito de la política social, y los

---

<sup>276</sup> Menciona expresamente el Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, así como el Protocolo de San Salvador, en relación con el ámbito geográfico americano.

<sup>277</sup> La Carta de los Derechos Sociales de la Comunidad Valenciana ha causado mucha polémica, debido a la grave situación económica de la Generalitat valenciana, pues numerosos centros de atención a discapacitados han cerrado debido a los impagos, entre otros sectores sociales.

otros cuatro, correspondientes a diversos ámbitos subjetivos, como la igualdad entre hombres y mujeres, la familia, las personas con discapacidad y las personas migrantes. Desafortunadamente, dos de los derechos sociales por antonomasia, la educación y la sanidad, apenas merecen sendos artículos. En cambio, la CDS sí que menciona la CSE en su Preámbulo, al exponer el contenido del Título I, que establece *“los derechos, principios y directrices en el ámbito de la política social, tomando como referencia no sólo los textos jurídicos internacionales más relevantes en la materia, como lo son el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14 de la Carta Social Europea, o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sino también las normas que al respecto se contienen en los artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución Española y en el Estatut d’Autonomia de la Comunitat Valenciana”*. Asimismo, la CDS establece el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, aunque no de forma tan clara como su homónima vasca, en el artículo 2 y que afirma, respecto de los derechos sociales, que *“representan un ámbito inseparable del respeto de los valores y derechos universales de las personas y constituyen uno de los fundamentos cívicos del progreso económico, cultural y tecnológico de la Comunitat Valenciana”*. No obstante, cabe realizar alguna matización en sentido crítico, pues la CDS valenciana *“es lamentablemente tributaria de una terminología clásica y “a la baja” que se incluyó en la Constitución española de 1978 por referencia a los derechos sociales (la noción de “principios rectores”)*<sup>278</sup>, insistiendo, una vez más, en la fatal reticencia del legislador a la hora de reconocer la justiciabilidad de los derechos sociales, su pleno potencial como derechos<sup>279</sup>. Además, la CDS

---

<sup>278</sup> *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat valenciana*, GARRIDO MAYOL, V. (Dir.); concretamente el comentario al art. 10 elaborado por JIMENA QUESADA, L., pág.269; Tirant lo Blanch Tratados, Valencia 2013.

<sup>279</sup> De acuerdo con el autor citado supra *“se ha amputado gravemente el imprescindible lenguaje de los derechos humanos, por mor de una doctrina (especialmente constitucionalista) también clásica y desfasada, pero mayoritaria, que se conforma con relegar los derechos sociales a la categoría de meros principios con apoyo en argumentos felizmente superados (como el supuesto coste económico sólo*



valenciana cuenta con un sistema de garantías débil que sigue transmitiendo la lamentable idea de la disponibilidad económica en relación con la plena efectividad de los derechos recogidos en la norma<sup>280</sup>, algo que hace un flaco favor a la visibilidad y efectividad de los derechos sociales, siempre relacionados con su coste económico. Por ello, hubiera *“sido preferible emplear los esfuerzos dedicados a la elaboración de la carta valenciana en hacer fuerza para que España acepte la citada carta social europea de 1996 y el mecanismo de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos sociales; o, cuando menos, haber aprovechado esa experiencia europea en la redacción de la Carta valenciana”*<sup>281</sup>.

Recapitulando, tal y como ha podido verse a lo largo de este capítulo, la presencia de la CSE en la normativa estatal y autonómica es más bien residual, pese a ser una de las normas más importantes en el ámbito de los derechos sociales; en realidad, es una especie de Pacto Europeo de Democracia Social, al ser el Tratado europeo fundamental y más emblemático en materia de derechos sociales. Sin embargo, sí que se observa una influencia importante en los textos que regulan dichos derechos, tanto estatales como autonómicos, siendo mayor su peso como referencia interpretativa y fuente inspiradora, que, lamentablemente, en algunos casos, no ha podido vencer el argumento manido del coste económico de los derechos sociales lo que redundaría negativamente en su plena efectividad y justiciabilidad.

---

*de los derechos sociales – como si los civiles y políticos no tuvieran repercusión financiera alguna- o la teórica alergia de éstos a su articulación jurídica – como si los civiles y políticos no admitieran igualmente diversos grados de eficacia y puesta en práctica, tanto en el tiempo como en la relación medios-resultados-”*.

<sup>280</sup> Véase el art. 51 de la Le 4/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, por la que se aprueba la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana.

<sup>281</sup> Opus cit. nota al pie 278.



## **CAPÍTULO IV. LA APLICACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA POR LA ACCIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES**

El presente capítulo tratará de analizar la presencia y aplicación de la Carta Social Europea en la jurisprudencia emanada de los órganos jurisdiccionales españoles, no solo con el objetivo de concretar cómo se utiliza dicha norma, sino además con intención de estudiar de qué manera se protegen los derechos sociales, es decir el índice de justiciabilidad de los llamados principios rectores de la política social y económica, establecidos en el capítulo III del Título I de la Constitución.

En primer lugar se estudiará la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional (TC en adelante) por ser el máximo intérprete de nuestra norma suprema, tal y como establece el artículo 1.1 de la Ley Orgánica que regula dicho órgano jurisdiccional<sup>282</sup>. En el segundo apartado se analizará la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional y, en tercer lugar, la del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana<sup>283</sup> como ilustración de la actividad de los demás órganos jurisdiccionales ordinarios

---

<sup>282</sup> Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional; texto original, publicado en el BOE núm. 239, de 5 de octubre.

<sup>283</sup> La elección del TSJ valenciano no responde a ninguna razón que afecte al fondo de este trabajo, sino a que es el Tribunal correspondiente al lugar de defensa de esta tesis doctoral, pero, sobre todo, es el órgano jurisdiccional que ha llevado la iniciativa de citar por vez primera, y con carácter más frecuente, la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales.

## 1. La Carta Social Europea en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El sistema jurisdiccional español ofrece una garantía de justiciabilidad a los principios rectores de la política social y económica que puede calificarse de básica; el artículo 53.3 CE establece para ellos que deberán informar *“la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”*, por lo tanto no solo su reconocimiento está sujeto a su desarrollo legislativo, sino también su protección por parte de los tribunales, dando así cobertura constitucional a su calificación de derechos de segunda categoría, e incluso tercera. A ello debe añadirse que el TC declaró que los Principios rectores de la política social y económica no son normas sin contenido y *“obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes”*<sup>284</sup>, reforzándose su carácter protector de situaciones discriminatorias, por la acción del art. 1.1 CE que afirma la constitución de España en un Estado social y democrático de Derecho *“que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”* y el art.9.2 CE que otorga a los poderes públicas una función promocional de *“las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”*<sup>285</sup>.

Asimismo, debe realizarse una diferenciación respecto de las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales pues el derecho de huelga, sindicación y educación poseen, por ser derechos fundamentales de los reconocidos en la sección 1ª, del Capítulo segundo del Título I de la

---

<sup>284</sup> Fundamento jurídico 6, sentencia del TC 19/1982, de 5 de mayo; BOE nº118 de 18 de mayo de 1982.

<sup>285</sup> No hubiese estado de más, por parte del TC, citar asimismo el art.10.2 CE que afirma la interpretación de los derechos fundamentales y libertades de la Constitución de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y el resto de tratados y convenios sobre la materia ratificados por España.

Constitución, la vía del amparo constitucional lo que los sitúa en un lugar privilegiado frente a otros derechos como el derecho a una vivienda digna o a prestaciones sociales suficientes. Para la protección de estos últimos el TC ha realizado “filigranas” jurídicas, usando en numerosas ocasiones el derecho a no ser discriminado, establecido en el artículo 14 de nuestra Constitución, para otorgar protección frente a la conculcación de los principios rectores mencionados, así como la tutela judicial efectiva y los derechos procedimentales, a través de la conocida como vía de “conexión” de derechos, dado el carácter de derecho relacional o interconexo del derecho a la igualdad del citado artículo 14.

En relación con los primeros derechos citados en el párrafo anterior, concretamente el derecho de huelga, debemos mencionar la STC 11/1981<sup>286</sup>, que estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad<sup>287</sup> planteado contra el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, regulador del derecho de huelga. Los recurrentes alegaban, entre otras cuestiones, que el artículo 3.2.a del Real Decreto-Ley facultaba el ejercicio del derecho de huelga únicamente mediante dos vías: la declaración de huelga a través de los representantes de los trabajadores o directamente estos mismos, previa votación a favor de un veinticinco por ciento de la plantilla. Los firmantes del recurso estimaban que dichas prescripciones entraban en clara contradicción con lo establecido en el artículo 28.2 de la Constitución, pues en este no se establecía limitación ni restricción alguna. Dicho precepto otorga a los trabajadores el derecho de huelga para que ejerzan la defensa de sus intereses; en ningún momento puede deducirse que el legislador constituyente quisiera limitar o establecer condiciones que pudieran vaciar de contenido el derecho cuestionado al hacerlo prácticamente irrealizable. Eso mismo arguye el Tribunal al estimar que el ejercicio del

---

<sup>286</sup> BOE nº99, de 25 de abril de 1981.

<sup>287</sup> Recurso de inconstitucionalidad 192/1980.

derecho de huelga a través de representante, y la correlativa exigencia de una reunión previa de todos ellos con un quórum del 75%, dejaba en manos de una minoría contraria o abstencionista la posibilidad de declaración de huelga. Si, por el contrario, el ejercicio de huelga se realizaba de forma directa, este debía haber sido precedido por una votación a favor del 25% de la plantilla del centro de trabajo. Según el Tribunal *“un derecho de naturaleza individual no puede quedar coartado o impedido por minorías contrarias o simplemente abstencionistas. La naturaleza del derecho de huelga que define el artículo 28 como derecho perteneciente a los trabajadores hace necesario, para respetar el referido artículo 28, que pueda ser ejercitado directamente por los propios trabajadores”*. El ejercicio directo del derecho de huelga viene avalado a su vez por diversos instrumentos normativos internacionales como la Carta Social Europea que en su artículo 6.4 reconoce, en caso de conflicto colectivo, que *“El derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los Convenios Colectivos en vigor”*. Según la representación del Gobierno en el recurso, el artículo 3.2 del Real Decreto-ley debería ser interpretado a la luz tanto de la Carta Social Europea, como del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de los Convenios 88 y 89 de la O.I.T. Vistos los argumentos, el Tribunal declaró la constitucionalidad del artículo en cuestión, si bien pronunció la inconstitucionalidad de las exigencias establecidas en el precepto referente a los requisitos porcentuales de asistencia a la reunión de los representantes de los trabajadores y el apoyo, en caso de ejercicio directo de la huelga, que debía tener la declaración de ésta. El TC simplemente retomaba la mención genérica a la Carta Social contenida en las alegaciones del Gobierno, para interpretar el artículo 28 CE, de acuerdo con el mandato del artículo 10.2 CE; como podremos comprobar, las menciones genéricas a la CSE se repetirán en numerosas sentencias del Alto

Tribunal, actitud cuestionable, sobre todo cuando de derechos sociales se trata, pues parece que la Carta Social sea un instrumento normativo secundario.

Otro ejemplo de este uso de la CSE *ad abundantiam*, es la sentencia 4/1983<sup>288</sup>. Dicha sentencia analizó la relación entre el artículo 37 CE, que establece el derecho a la negociación colectiva, y el artículo 28 CE que reconoce el derecho a la libre sindicación. Ambos artículos se encuentran en el capítulo 1º del Título I de nuestra Constitución, si bien en secciones diferentes, otorgándoles una protección distinta, pues la libertad de sindicación se incluye en el bloque integrante de los artículos 14 a 30, y por ello, puede obtener el amparo del TC, lo que no se aplica al derecho a la negociación colectiva. Los recurrentes en amparo alegaban que el derecho a la libre sindicación es tanto un derecho positivo, como negativo, es decir, no existe obligación de afiliarse a un sindicato para poder ejercer la negociación colectiva a nivel multiempresarial, pese a que el Tribunal Central de Trabajo<sup>289</sup> estimaba que *“si los trabajadores quieren negociar en un ámbito superior al de la empresa la representación (...) deba recaer en aquellos que aparezcan como candidatos propuestos por los sindicatos”*. En síntesis, los recurrentes estimaban que la legitimación exclusiva que detentan los sindicatos respecto de la negociación colectiva en el ámbito pluriempresarial, vulneraba lo establecido en el artículo 28.1 CE. El TC, para denegar el amparo, recurrió a diversas normas internacionales, entre ellas la CSE, afirmando que *“cabe que el legislador, estimando que la negociación directa entre los empresarios y sus trabajadores al margen de sus organizaciones representativas puede en ciertos casos ir en detrimento del principio según el cual debe estimularse y fomentarse la negociación colectiva laboral entre los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales, adopte regulaciones*

---

<sup>288</sup> BOE nº41, de 17 de febrero de 1983.

<sup>289</sup> Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 29 de marzo de 1982, revocando la sentencia de la Magistratura de Trabajo nº1 de Navarra, de fecha 1 de agosto de 1981.

*adecuadas en tal sentido*<sup>290</sup>; y ello, según el TC, se encuentra en sintonía con el artículo 6.2 de la CSE que *“establece el compromiso de las partes contratantes de «promover, cuando ello sea necesario y conveniente, el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre empleadores u organizaciones de empleadores, de una parte, y organizaciones de trabajadores de otra, con objeto de regular las condiciones de empleo por medio de convenios colectivos»*<sup>291</sup>. La mención a la norma del Consejo de Europa no se realiza de forma tan residual como en el anterior pronunciamiento, y además afirma el TC que está incorporada a nuestro ordenamiento; sin embargo sigue siendo una mención secundaria, *ad abundantiam*, tal y como se avanzaba al principio del párrafo.

En la misma línea se encuentra la sentencia del TC 23/1983<sup>292</sup>, que trata sobre el derecho de libre sindicación y su contenido fundamental. El recurso de amparo presentado por la Confederación Nacional del Trabajo se basaba en la supuesta vulneración del mencionado derecho al no haberse publicado la cuantificación global del número de votantes respecto al censo electoral total, en las elecciones a representantes de los trabajadores en las empresas, dado que la CNT había basado su campaña en la promoción de la abstención y no quedaba reflejada en los resultados publicados por el IMAC (Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación) en el BOE de 14 de abril de 1981. En síntesis, la CNT alegaba un trato discriminatorio que vulneraba el contenido del artículo 28.1 CE. El TC, en sus fundamentos jurídicos, reconoce, respecto del contenido de la libertad sindical que *“no puede considerársele como exhaustivo o limitativo, sino meramente ejemplificativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad*<sup>293</sup>; ello se apoya

---

<sup>290</sup> Fundamento jurídico 4º STC 11/1981.

<sup>291</sup> Ídem supra.

<sup>292</sup> BOE nº100, de 27 de abril de 1983.

<sup>293</sup> Fundamento jurídico 2, STC 23/1983, de 25 de marzo.



en la interpretación extensiva que realiza el TC, dando cumplimiento al artículo 10.2CE, que establece que los derechos fundamentales deberán interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre dichas materias ratificados por España. Sin embargo, vuelve a utilizar la CSE de forma residual, pues simplemente menciona el artículo 5 de dicha norma, sin más. El TC, en cambio, sí que utiliza de forma profusa los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, en este caso el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación<sup>294</sup>, transcribiendo su contenido, concretamente el artículo 3, y concluye que *“Los sindicatos tienen, por tanto, el derecho a ejercer libremente sus actividades y a aprobar y poner en práctica sus programas de actuación y, correlativamente, a que los poderes públicos y, en concreto, la Administración, no se interfiera en tales actividades o entorpezca la ejecución de aquellos programas”*<sup>295</sup>. Pese a todo, denegó el amparo a la CNT, argumentando que la falta de publicación de los datos sobre la abstención, no incidía en la libertad sindical, pues *“el que sea posible ampliar la información de resultados de las elecciones con más datos no impide, ni siquiera obstaculiza, la fundación de sindicatos ni la afiliación o confederación sindical ni constituye injerencia alguna en los resultados de las elecciones que se mantiene independiente de la información”*<sup>296</sup>. En la misma línea, y en relación con el derecho de representación sindical, se encuentra la STC 210/1994<sup>297</sup> que cita a la CSE de forma genérica el artículo 5, no para dar cumplimiento al mandato del art.10.2 CE, sino para resaltar que el derecho de representación sindical no solo se encuentra regulado en la Constitución, sino también en otros tratados y convenios internacionales, es decir una mención meramente expositiva que

---

<sup>294</sup> Instrumento de ratificación de España del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, adoptado el 9 de julio de 1948; BOE nº112 de 11 de mayo de 1977.

<sup>295</sup> Fundamento jurídico 2, STC 23/1983, de 25 de marzo.

<sup>296</sup> Fundamento jurídico 3, STC 23/1983, de 25 de marzo, en referencia a la sentencia de 3 de febrero de 1982 del Tribunal Supremo.

<sup>297</sup> STC 210/1994, de 11 de julio; BOE nº185, de 4 de agosto de 1994.

parece desdeñar el valor interpretativo de las normas internacionales citadas.

El recurso a la CSE *ad abundantiam* no es exclusivo de los primeros años de trabajo del TC, sino que en la actualidad aún encontramos pronunciamientos que recurren de forma residual a los preceptos de la norma del Consejo de Europa. Un ejemplo más reciente lo hallamos en la STC 259/2007<sup>298</sup> que resolvió el ya citado recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Andalucía respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Dicha norma, en la redacción dada por la reforma de 22 de diciembre de 2000, otorgaba el derecho de huelga únicamente a los extranjeros que poseyeran una autorización para residir y trabajar en España. La Junta de Andalucía opinaba que el derecho de huelga se incardina dentro de los derechos surgidos de las relaciones de trabajo y, por lo tanto, pese a la irregularidad administrativa del extranjero, este podía suscribir un contrato de trabajo válido; en cambio, el Abogado del Estado alegó que *“constituiría un absurdo irreconciliable con el sentido común permitir que quien no está autorizado a trabajar pudiera ejercer el medio de presión sobre el empresario que le otorga el derecho fundamental a la huelga”*<sup>299</sup>. El TC, en sus Fundamentos jurídicos, comienza por definir el contenido constitucionalmente declarado del derecho de huelga y para ello recurre al artículo 10.2 CE que establece como criterio interpretativo de los derechos fundamentales los tratados y convenios internacionales suscritos por España. Por ello, menciona, de forma residual los preceptos del PIDESC y de la CSE relativos a dicho derecho<sup>300</sup>, sin

---

<sup>298</sup> STC 259/2007, de 19 de diciembre; B.O.E. nº19 de 22 de enero de 2008.

<sup>299</sup> Párrafo 6º, d) de los antecedentes de la STC 259/2007, de 22 de diciembre.

<sup>300</sup> Fundamento jurídico 7: *“teniendo en cuenta el criterio interpretativo derivado del art. 10.2 CE, que obliga a interpretar los derechos y libertades consagrados en nuestra Constitución de acuerdo con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. El art. 28.2 CE dispone: “Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este*

más. Dicho esto, continua el TC su argumentación sobre la inconstitucionalidad de exigir la autorización de residencia y trabajo al extranjero que desee ejercer su derecho a la huelga, y establece que, si bien el derecho analizado se otorga a los trabajadores, “ese concepto de trabajador, relevante para la determinación del ámbito subjetivo del derecho de huelga, ha de entenderse, en línea con lo que ya hemos afirmado en la STC 236/2007 (FJ 9) en relación con el derecho a la libertad sindical del trabajador extranjero, en su caracterización material, independientemente de la legalidad o ilegalidad de situación, de suerte que en ella ha de incluirse a todo aquel que presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona”<sup>301</sup>; al realizar una interpretación extensiva del término trabajador, sin que haya de tenerse en cuenta la legalidad o no de la relación laboral, el TC concluye que la exigencia administrativa contenida en la Ley recurrida, es del todo inconstitucional, pues, además redundaría en un claro perjuicio de los extranjeros en situación irregular el no poseer medios de contradecir la irregularidad de su situación laboral, como son además el derecho de asociación y sindicación, derechos que ya les fueron reconocidos también mediante pronunciamientos del TC anteriores<sup>302</sup>.

Como se anticipaba, otro de los medios utilizados por el TC para otorgar una protección subsidiaria a determinados derechos sociales es el recurso al artículo 14 CE, es decir el acceso al derecho a la igualdad y a no ser discriminado en el acceso a dicho derechos. El precepto

---

*derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”. El art. 8.1 d) del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) de 16 de diciembre de 1966 reconoce el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país, y el art. 6 de la Carta social europea reconoce el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga”.*

<sup>301</sup> Vid supra.

<sup>302</sup> En relación con este tema véase TERRÁDEZ SALOM, D. “Las importancia de la interacción entre normativa y jurisprudencia en el diseño del estatus jurídico del extranjero”; Revista CEF Legal, nº106, noviembre de 2009.

constitucional no representa una mera prohibición de cualquier discriminación, pues al estar *“asimilado en cuanto a su reconocimiento y tutela a los derechos fundamentales y libertades públicas propiamente dichos, por lo que puede considerársele incluido entre ellos”*<sup>303</sup>. El Tribunal Constitucional ha valorado y subrayado en numerosas ocasiones la importancia de este precepto, que, puesto en relación con los derechos sociales, ofrece una vía de inestimable relevancia para protegerlos, puesto que *“la virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2)”*<sup>304</sup>. Y esa relación intrínseca con la dignidad de la persona es la esencia de su utilidad en la defensa de los derechos sociales, pues *“trata de proteger a los grupos desfavorecidos para asegurarles la efectiva igualdad, apareciendo la paridad como medio y la igualdad efectiva como fin, convirtiéndose el principio de no discriminación en un derecho humano irrenunciable, que afecta a la esencia de su dignidad”*<sup>305</sup>.

---

<sup>303</sup> Sentencia 10/1981, de 6 de abril; BOE nº89 de 14 de abril de 1981.

<sup>304</sup> Sentencia 39/2002, de 14 de febrero; BOE nº63 de 14 de marzo de 2002.

<sup>305</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. *“Igualdad y no discriminación en el empleo”*; Derecho y Conocimiento, Anuario Jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento, volumen I, Universidad de Huelva.

Con carácter añadido, el recurso a este precepto constitucional “*permite plantear en sede judicial si las condiciones de acceso o ejercicio de un determinado derecho social pueden considerarse discriminatorias y, por tanto, contrarias al texto constitucional o internacional correspondiente*”<sup>306</sup>, si bien esta vía de protección indirecta posee límites, pues el derecho en cuestión debe haber sido reconocido “*a algún grupo o bajo ciertas condiciones, ya que sin ese reconocimiento parcial el juicio de razonabilidad de la diferencia de trato es imposible*”<sup>307</sup> y a ello se añade que la resolución no se centrará en el contenido del derecho social vulnerado, sino en si se ha producido o no la discriminación puntual planteada ante el TC. Por lo tanto, nos volveremos a encontrar con sentencias donde la CSE aparezca como apoyo de las argumentaciones jurídicas del Alto Tribunal.

Una de las sentencias más relevantes es la emitida en el caso de las limpiadoras del hospital Gregorio Marañón de Madrid<sup>308</sup>; las recurrentes presentaron demanda ante la Magistratura de Trabajo contra el Convenio Colectivo donde se les asignaba un salario inferior, en comparación con el asignado a la categoría de peón. Dicho órgano jurisdiccional dictó sentencia a favor de las demandantes, estimando que no solo existía una discriminación salarial, sino además una discriminación en la denominación del puesto. La sentencia de la Magistratura de Trabajo fue recurrida ante el Tribunal Central de Trabajo, que la revocó aduciendo que la diferencia salarial estaba justificada en la diferente clasificación laboral. El Alto Tribunal revocó la sentencia del Tribunal Central de Trabajo utilizando para ello la vía del art.10.2 CE y realizó una interpretación extensiva del art.28<sup>309</sup> del

---

<sup>306</sup> DÍAZ CREGO, M. “*El Tribunal Constitucional y la protección indirecta de los derechos sociales*”; LEX SOCIAL Revista de los Derechos Sociales nº1/2012, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

<sup>307</sup> Ídem supra.

<sup>308</sup> Sentencia 145/1991, de 1 de julio; BOE nº174 de 22 de julio de 1991.

<sup>309</sup> Artículo 28, Estatuto de los Trabajadores: *El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial,*

Estatuto de los Trabajadores que establece la igualdad salarial sin discriminación de sexo en la prestación de un trabajo igual; el TC afirmó que *“la igualdad salarial por razón de sexo en los Tratados Internacionales ha pasado de una formulación inicial del principio estricto de igualdad salarial a identidad de trabajo, a una concepción más amplia del principio de igualdad salarial que actúa cuando se detecta la existencia de trabajos de igual valor [art. 2.1 del Convenio 100 OIT, de 29 de junio de 1954, Rat. 26 de octubre de 1967, art. 7 a), i, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Rat. 30 de abril de 1977, y art. 4.3 de la Carta Social Europea, Rat. 11 de agosto de 1981”*<sup>310</sup>; asimismo su argumentación se apoyó en Directivas comunitarias que establecen la igualdad salarial *“para un mismo trabajo o para un trabajo al que se le atribuya un mismo valor”*<sup>311</sup>. De nuevo nos encontramos con una mención de la CSE residual, de mero apoyo argumental, si bien dicha sentencia posee una gran relevancia por la ampliación que efectúa del contenido en el precepto mencionado del Estatuto de los Trabajadores. En conclusión, el TC no solo ve la discriminación en la diferencia salarial, sino también en la denominación de la categoría laboral; las recurrentes pertenecían a la categoría de “Limpiadoras” y sus compañeros, que disfrutaban de un salario mayor, a la de “Peones”. Estos dos detalles llevan al TC a afirmar que *“La feminización de la categoría segregada (que demuestra incluso el hecho de que sea denominada en femenino) y la asignación a esta última de un nivel retributivo inferior [...] permite suponer, más allá*

---

*sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla.* Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE nº75 de 29 de marzo de 1995.

<sup>310</sup> Fundamento jurídico 4º, sentencia 145/1991, de 1 de julio; BOE nº174 de 22 de julio de 1991.

<sup>311</sup> Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, derogada por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

de toda duda, que no se persigue otro objetivo o resultado que minusvalorar el trabajo prestado en un área de servicios con dominante ocupación femenina, sin que existan razones objetivas que permitan sostener el «desigual valor» respecto de otras categorías en las que la participación femenina es menos acusada<sup>312</sup>; por todo ello, los hechos recurridos no solo eran contrarios a la normativa internacional mencionado en el fundamento jurídico 4º, sino también a la propia Constitución, y especialmente al art.14. Pese a la mención *ad abundantiam* de la CSE, en particular de su artículo 4.3 que establece la igualdad salarial entre hombres y mujeres para un trabajo del mismo valor, el pronunciamiento del TC posee una gran relevancia debido a esa interpretación extensiva de lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores en relación con la igualdad salarial. Diversamente, dos son los argumentos que restan relevancia a este tipo de resoluciones; el primero es que la protección de derechos sociales se produce a través del art.14 CE pues “*el objeto del proceso no se centrará, normalmente, en el contenido del derecho social concreto, sino tan sólo en la eventual discriminación sufrida en el disfrute del mismo*”<sup>313</sup>, por lo que, para cada caso, habrá que acudir a la vía jurisdiccional o esperar a que el legislador adecúe sus normas a la normativa internacional, especialmente a la CSE, y dé cumplimiento a lo establecido en el art.10.2 CE. Y el segundo argumento, que se deduce del anterior, es la actual disparidad de salarios que se da entre hombres y mujeres, que en 2012 alcanzaba un 16% en España y un 17,5% en los Estados miembros de la Unión Europea<sup>314</sup> y que parece una brecha insuperable y socialmente aceptada, al menos en nuestro país<sup>315</sup>.

---

<sup>312</sup> Fundamento jurídico 5º, sentencia 145/1991, de 1 de julio; BOE nº174 de 22 de julio de 1991.

<sup>313</sup> Opus cit. 299.

<sup>314</sup> Datos extraídos de la página web de la representación en España del Parlamento Europeo.

<sup>315</sup> Para un análisis detallado de la brecha salarial entre hombres y mujeres en España, en el sector privado, véase “*Determinantes de la brecha salarial de género en España. Un análisis de la retribución en función de las características personales, empresariales y de la competitividad de la empresa*”, informe elaborado por el Consejo Superior de Cámaras y la Subdirección General para la Igualdad en la Empresa y la

En relación también con la discriminación basada en el sexo y la protección de los derechos sociales a través del art.14 CE, debe analizarse la sentencia del TC 229/1992<sup>316</sup>; el asunto que trajo a la recurrente hasta el TC abrió la puerta a otras mujeres para que pudieran desempeñar trabajos hasta ese momento reservados a los hombres, como es el trabajo en la mina. La recurrente, pese a haber sido declarada apta para cubrir una plaza de ayudante minero, no obtuvo ninguna pues todas las convocadas fueron ocupadas por hombres. La demandante llegó hasta el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que determinó que la prohibición del trabajo femenino en las minas no es contraria al art.14 CE pues “*es una medida especial de protección del sexo femenino*”<sup>317</sup> y por ello no es discriminatorio, apoyándose en diversas normativas internacionales. Se ha de recordar que la propia CSE en su artículo 8.4, b) establece la prohibición “*del empleo femenino en trabajos subterráneos de minería y, en su caso, en cualesquiera otros trabajos que no sean adecuados para la mujer por su carácter peligroso, penoso e insalubre*”. De hecho, la CSEr ha mejorado la redacción de dicho precepto, en sentido antidiscriminatorio y no paternalista, pues especifica que la prohibición del trabajo subterráneo podrá aplicarse únicamente a “*las mujeres que estén embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que estén criando a sus hijos*”<sup>318</sup> y el informe explicativo de la propia CSEr añade que las mujeres que se encuentren en esa situación deberán ser trasladadas a otro puesto de trabajo que no entrañe un riesgo para su salud o darles la opción de coger una baja remunerada, sin que ello suponga un

---

Negociación Colectiva de la Dirección General para la Igualdad de Oportunidades del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2012). Una de las descorazonadoras conclusiones del informe afirma que “*es claro que las mujeres cobran menos que los hombres en todos los conceptos retributivos analizados sólo por razón de su sexo. No obstante, la diferencia es mayor si tenemos en cuenta los pagos por rendimiento, más variables y menos conocidos y objetivos, lo que lleva a que las diferencias sean mayores*”.

<sup>316</sup> Sentencia 229/1992 de 14 de diciembre; BOE nº16 de 19 de enero de 1993.

<sup>317</sup> Antecedentes, 1º,c) de la sentencia mencionada supra.

<sup>318</sup> Artículo 8.5 de la CSE revisada de 1996.



perjuicio en su antigüedad en la empresa, en sus opciones de mejora en el empleo o una reducción salarial<sup>319</sup>.

Tal y como recuerda el TC, las sentencias de instancia y suplicación *«han estimado que el precepto es conforme con el art.14 CE, por ser una medida protectora a favor de la mujer, que además supone la aplicación interna del convenio 45 de la Organización Internacional del Trabajo de 1935 (ratificado por Instrumento de 12 de junio de 1958, BOE 21 de agosto de 1959) y del art. 8.4 b) de la Carta Social Europea (ratificada por Instrumento de 29 de abril de 1980, BOE de 26 de junio) que obliga a los Estados “a prohibir el empleo femenino en trabajos subterráneos de minería”»*<sup>320</sup>. El TC, en respuesta a ambos pronunciamientos, ofrece una especie lección de Historia del Derecho pues recuerda que las prohibiciones de trabajo femenino en determinados sectores eran *“una respuesta histórica a la sobreexplotación de la mano de obra femenina. Ello explica que, desde sus inicios, la legislación laboral estableciera medidas de protección de la mujer, entre las que se incluían la prohibición de determinados trabajos, y dentro de ellos, el trabajo en el interior de las minas”*<sup>321</sup> y que por ello tanto el Convenio 45<sup>322</sup> de la OIT o la CSE recogían en su articulado dichas prohibiciones.

Ello no obstante, el TC toma en cuenta la evolución de la sociedad en relación con las políticas antidiscriminatorias y que *“ha llevado a*

---

<sup>319</sup> European Social Charter, Explanatory report, Art. 8.5, Paragraph 51: *This paragraph, which amends Article 8, paragraph 4.b of the Charter, limits the prohibition of employment of women in underground mining and in all other work which is unsuitable by reason of its dangerous, unhealthy or arduous nature to the case of maternity as defined in the preceding paragraph. It requires Parties to take appropriate measures to protect the employment rights of the women concerned. By this it has been understood that such workers should be given the possibility to transfer to suitable work, or to be granted leave from work if a transfer is not feasible, with the payment of salary or other adequate allowance and without loss of status, seniority or access to promotion.*

<sup>320</sup> Fundamento jurídico 2 de la sentencia del TC 229/1992 de 14 de diciembre; BOE nº16 de 19 de enero de 1993.

<sup>321</sup> Fundamento jurídico 3 supra.

<sup>322</sup> Este Convenio fue denunciado por España tras el acuerdo alcanzado en el Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2008; previamente, su denuncia había sido aprobada por el Pleno del Congreso en 1998 (BOCG de 6 de mayo de 1998).

*examinar con particular reserva un tipo de medidas protectoras que parten de prejuicios infundados, que responde a una división sexista del trabajo o que por la evolución social y productiva y la mejora de las condiciones de salubridad y seguridad del trabajo en las minas, han dejado de tener razón de ser*<sup>323</sup> y añade que *“para que esa diferencia biológica pueda justificar la disparidad de trato es necesario calibrar adecuadamente las razones de la tutela, teniendo en cuenta muy en particular si la protección puede ser actual o potencialmente lesiva también de los derechos y de los intereses de la mujer”*<sup>324</sup>. A estos argumentos históricos, que justifican lo innecesario de determinadas medidas discriminatorias contra la mujer en el plano laboral, el TC recuerda *“que el propio Gobierno parece haber sido consciente de la falta de fundamento actual de esta prohibición al haber denunciado por Instrumento de 6 de mayo de 1991 (BOE de 10 de mayo), el art. 8.4 b) de la Carta Social Europea relacionado con la prohibición del empleo femenino en trabajos subterráneos de minería, que ha dejado de tener efectos para España a partir del 5 de junio de 1991”*<sup>325</sup>. El TC otorgó el amparo a la recurrente y advirtió a los órganos jurisdiccionales que denegaron las pretensiones de esta, que debieron estimar derogadas dichas prohibiciones por ser incompatibles con el art.14 CE.

Tal y como ha podido observarse, el Tribunal Constitucional, en sus sentencias relativas a los derechos sociales, no suele utilizar la Carta Social Europea como elemento interpretativo, haciendo meras citas *ad abundantiam* de esta norma internacional. En muy pocas resoluciones el TC acude a la CSE para interpretar un derecho social, su alcance o su ámbito objetivo o subjetivo. Es más, ciertas resoluciones, pese a poder hacer referencia a algún precepto de la CSE, ni siquiera la

---

<sup>323</sup> Fundamento jurídico 3 de la sentencia del TC 229/1992 de 14 de diciembre; BOE nº16 de 19 de enero de 1993.

<sup>324</sup> Ídem supra.

<sup>325</sup> Fundamento jurídico 4 de la sentencia del TC 229/1992 de 14 de diciembre; BOE nº16 de 19 de enero de 1993.

menciona. La STC 140/2009<sup>326</sup> otorgó el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva a un extranjero, pendiente de un procedimiento de expulsión, que solicitó que dicha medida se cambiara por la sanción de multa, pues alegó que se encontraba inscrito en el registro de parejas de hecho con una persona que poseía segunda tarjeta de residencia y con cuatro hijos comunes a cargo. El TC estimó vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva pues en el procedimiento que desembocó en la decisión de expulsión, debieron tomarse en cuenta criterios de proporcionalidad y valorar la situación familiar del recurrente, situación que no se tuvo en consideración, por lo que, de acuerdo con el TC, dicha decisión resultó arbitraria. En su argumentación, el TC hace referencia a la debida protección de la familia que los poderes públicos deben otorgar, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 39 CE y, dando cumplimiento al mandato del art. 10.2 CE, en otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como en la jurisprudencia del TEDH. Por el contrario, el TC hace caso omiso de la CSE que en su art.16 establece la protección social, jurídica y económica de la familia, máxime cuando el art. 39 CE es un calco de dicho precepto convencional, por lo que podría haber citado también la mencionada norma internacional.

La falta de *aprecio* del TC hacia la CSE llega hasta el punto de referirse a ella para interpretar, por ejemplo, el concepto de asistencia social, sin ni siquiera mencionar el precepto que la regula en la CSE; en la STC 36/2012<sup>327</sup>, el Alto Tribunal afirma que *“Atendiendo a las pautas de algunos instrumentos internacionales como la Carta social europea, la asistencia social, en sentido abstracto, abarca a una técnica de protección situada extramuros del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella”*<sup>328</sup>

---

<sup>326</sup> STC 140/2009, de 15 de junio. BOE nº172 de 17 de julio de 2009.

<sup>327</sup> STC 36/2012 de 15 de marzo de 2012; BOE nº88 de 12 de abril de 2012.

<sup>328</sup> Fundamento jurídico 4º de la STC 36/2012.

y no menciona el precepto o preceptos relevantes, es decir, el art. 13 CSE (estrictamente la asistencia social) o, el art. 14CSE (acceso a los servicios sociales), lo que hace un flaco favor a la promoción y difusión de uno de los instrumentos normativos internacionales más importante en materia de reconocimiento y protección de los derechos sociales.

La conclusión de este primer apartado, en relación con la utilización por parte del TC de la CSE como criterio interpretativo de los derechos sociales, no puede ser más que negativa pues se ha podido comprobar que el Alto Tribunal no acude a la norma del Consejo de Europa, sino para mencionarla sin más, en apoyo de sus argumentaciones sí, pero de forma residual. La Declaración Universal de los Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales parecen llevarse toda la atención del TC, frente a una CSE prácticamente inexistente, lo que redundaría en su falta de conocimiento y promoción, por la consabida *vis atractiva* del TC y la “fe jurisprudencial” que se profesa a la Jurisdicción Constitucional en los círculos jurídicos. Por lo demás, otro efecto todavía más negativo en clave de efectividad de los derechos sociales radica en que, mediante la ignorancia de la CSE todavía deviene más vulnerable la justiciabilidad de tales derechos sociales para ponerlos al mismo nivel que los demás derechos fundamentales en virtud del principio de indivisibilidad, cuando lo bien cierto es que los llamados principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Carta Magna podrían verse actualizados y optimizados si el propio TC fuera más coherente con los mandatos constitucionales aplicativo (arts. 93 a 96) e interpretativo (art. 10.2).

## 2. La Carta Social Europea en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional

En este segundo apartado se analizarán algunas sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, de sus respectivas Salas de lo Social. Cabe avanzar que ambos organismos jurisdiccionales, sobre todo el Tribunal Supremo, acuden habitualmente a la CSE para argumentar sus resoluciones y no solo como mero recurso interpretativo, sino, en algunos casos, siendo el principal criterio hermenéutico de la resolución emitida, lo que pone en evidencia la actitud del Tribunal Constitucional, vista en el apartado anterior, y demuestra que la CSE debería ser tomada más en cuenta a la hora de interpretar y garantizar los derechos sociales.

En la sentencia del Tribunal Supremo 19836/1992 (en adelante STS), recaída el 28 de septiembre de 1992 la CSE juega un papel fundamental a la hora de interpretar el art.49 CE que establece la obligación de los poderes públicos de desarrollar políticas “*de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*”. La sentencia recayó en un procedimiento de conflicto colectivo elevado por la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras, impugnando determinados artículos del V Convenio Colectivo de Centros de Asistencia, Atención, Diagnóstico, Rehabilitación y Promoción de Minusválidos que entendía eran nulos. Dichos preceptos establecían los centros que podían reputarse como centro de terapia ocupacional y la jornada laboral del personal de dichos centros. La parte actora alegaba que los preceptos impugnados eran contrarios a la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos<sup>329</sup> que, según su argumentación, establecía un sistema cerrado donde no caben nuevas figuras jurídicas, en relación con el concepto de centro de terapia ocupacional, establecido en el art.63 del Convenio impugnado. El TS puntualiza que la Ley 13/1982 articula “*un*

---

<sup>329</sup> BOE nº 103, de 30 de abril de 1982.

*programa o ideal de protección del minusválido en el que se apuntan las múltiples formas de rehabilitación e integración social del mismo*<sup>330</sup>, recogiendo el mandato del art.49 CE. Asimismo reconoce la labor desarrollada por la doctrina, al poner “*énfasis con unanimidad en un compromiso general y de la sociedad toda en la realización de acciones políticas y sociales tendentes al logro de la integración laboral de los minusválidos, incluso mediante mecanismos, si así fuere necesario, de empleo protegido en Centros o Instituciones especiales*”<sup>331</sup>. Por último, el TS se congratula de que dichas ideas se hayan consagrado en textos internacionales y cita, entre otros, el art.15 de la CSE que garantiza el derecho de las personas físicas o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, en clara conexión con el precepto constitucional mencionado. Resulta plausible la mención que realiza el TS de la CSE, que no solo cita el precepto referente al caso, sino que lo transcribe enteramente, difundiendo así el conocimiento de esta norma internacional. A decir verdad, tampoco cabría exagerar esa “incursión” de la CSE en la jurisprudencia del TS pues, para asumirla como un instrumento “vivo” que dota de eficacia a los derechos sociales, no resultará necesario en definitiva transcribir alguna de sus disposiciones, sino sobre todo hacerse eco de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales.

En otra resolución más reciente, el TS utiliza la CSE como criterio hermenéutico principal. Se trata de la STS 4475/2003 de 26 de junio, recaída en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que anuló el carácter obligatorio de la asistencia a los cursos de formación continua para el personal de tierra de la empresa IBERIA LAE, organizados fuera del horario laboral. El Convenio colectivo que imponía dicha medida fue impugnado por el Sindicato Español Profesional de Handling

---

<sup>330</sup> Fundamento de derecho nº2, STS 19836/1992, de 28 de septiembre.

<sup>331</sup> Ídem supra.

Aeropuertos y la resolución de la Audiencia Nacional recurrida en casación por la empresa, recurso que finalmente fue desestimado por el TS. En la sentencia comentada, el TS se apoya en el concepto tiempo de trabajo para delimitar la división entre el tiempo que se debe dedicar al desarrollo de la actividad laboral y el tiempo de descanso, que, según el Tribunal, es uno de los pilares fundamentales del derecho del trabajo; así entiende el TS que el tiempo de trabajo es aquel en que “*el trabajador pone a disposición del empleador su capacidad productiva y queda sometido a su círculo organizativo y disciplinario*” y el tiempo de descanso es “*aquel que pertenece en exclusiva al trabajador y del que solo él puede disponer, de modo que queda preservado de toda posible intromisión unilateral por parte del empresario*”<sup>332</sup>. Para llegar a dicha conclusión el TS se apoya tanto en el Estatuto de los Trabajadores, en sus artículos 34.1 y 35.4 que establecen la jornada laboral y la realización de horas extraordinarias, ambas debiendo ser pactadas en los convenios colectivos; fuera de ambas, el empresario “*no puede requerirle la realización de su prestación profesional, ni puede desplegar sobre él su poder disciplinario*”. Asimismo se afirma que la formación es parte fundamental del desarrollo profesional de los trabajadores y que tanto los sindicatos como las asociaciones de empresarios la potencien; si bien, y de acuerdo con la CSE, el TS determina que la asistencia obligatoria a los cursos de formación únicamente podrá darse cuando estos se realicen “*durante su tiempo de puesta a disposición del empleador, o lo que es igual durante su jornada*”<sup>333</sup>, pues así lo impone el art. 10.4.c)<sup>334</sup> de la CSE estableciendo que se incluyan, dentro de las horas de trabajo el “*tiempo*

---

<sup>332</sup> Fundamento de derecho 7º, STS 4475/2003 de 26 de junio.

<sup>333</sup> Fundamento de derecho 8º, STS 4475/2003 de 26 de junio.

<sup>334</sup> En el fundamento mencionado supra, el TS, no sabemos si por un error de transcripción, se refiere al art.8 de la Carta Social Europea de 27 de abril de 1978, ratificada por España el 6 de mayo de 1980. La fecha de abril corresponde a la firma de la CSE en Estrasburgo por parte del Plenipotenciario español designado a tal efecto y su ratificación se llevó a cabo por Instrumento de 29 de abril de 1980. El art. 8 de la CSE corresponde al derecho a protección de las trabajadoras.

*dedicado a los cursos suplementarios de formación seguidos por el trabajadores, durante su empleo, a petición de su empleador”.*

En relación también con cursos de formación profesional<sup>335</sup>, comentamos a continuación la STS 7162/2006 de 26 de septiembre, donde una de las alegaciones era la infracción del art.10.4 c) de la CSE por inaplicación de dicho precepto. El TS, en su fundamento de derecho tercero, utiliza una curiosa argumentación para establecer que dicho precepto no puede ser infringido pues no es de aplicación en España; afirma el Tribunal que *«no puede afirmarse que este art. 10-4-c) tenga fuerza vinculante en España. Este precepto se integra en la Parte II de la Carta Social Europea, la cual Parte II se inicia manifestando que "las Partes Contratantes se comprometen a considerarse vinculadas en la forma dispuesta en la Parte III por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes", que son los arts. 1 al 19, que componen dicha Parte II. La Parte III comienza en el art. 20, cuyo número 1 prescribe que "cada una de las Partes Contratantes se compromete:...*  
*b).- A considerarse obligada al menos por cinco de los siete artículos siguientes de la Parte II de la Carta: artículos 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19". No incluye esta obligatoriedad al art. 10, de que tratamos, y por ello, en principio, no se le puede reconocer fuerza vinculante en España»* y añade que, como *“en el texto de la Carta Social Europea publicado en el BOE no aparece la relación de los preceptos de la Parte II de la misma aceptados como obligatorios por España, con lo que no es posible, en principio, afirmar que la sentencia recurrida incurre en infracción legal referente a ese art. 10-4-c ) de la Carta”*. No se entiende porque el TS afirma que no se encuentra publicado en el BOE la relación de artículos aceptados por España, cuando el BOE nº153 de 26 de junio de 1980, publica el Instrumento de ratificación de la CSE y

---

<sup>335</sup> Esta vez, en relación con los días de compensación por asistir a un curso de formación voluntario fuera del horario laboral. El Sindicato recurrente aducía que se debía de compensar con dos días de libranza y no con un día como proponía la empresa.



esta se encuentra enteramente recogida, por lo que se entiende que se acepta en su totalidad, a excepción del art. 8.4 b)<sup>336</sup> que fue denunciado por España el 6 de mayo de 1991<sup>337</sup>. De acuerdo con el art.96 CE “*Los tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento jurídico*”, por lo tanto el art.10.4 c) debería ser de aplicación en España, en contra de lo argumentado por el TS en la sentencia comentada. Y resulta aún más curioso que el TS alegue que el art. 10.4 c) CSE no es de aplicación en España, cuando en la sentencia comentada anteriormente, la STS 4475/2003 de 26 de junio, afirma claramente que sí debe aplicarse, utilizándolo para argumentar que los cursos obligatorios de formación profesional deben impartirse dentro del horario de trabajo.

En relación con la jurisprudencia de la Audiencia Nacional (en adelante AN), nos encontramos con resoluciones, no demasiado numerosas, tanto de la Sala de lo Contencioso Administrativo como de la Sala de lo Social, que utilizan como criterio hermenéutico la CSE.

La Sala de lo Contencioso de la AN acude a la CSE, en una resolución sobre un conflicto de competencias entre la Administración Central y la Comunidad Autónoma de Cataluña, originado por la publicación de la Orden TAS TAS/421/2008, de 19 de febrero, por la que se establecían las bases reguladoras de la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad. Según la Comunidad Autónoma de Cataluña, dicha orden adolecía de dos vicios, uno formal, pues no contenía ni la memoria económica ni el informe del entonces Ministerio de Administraciones Públicas, y un vicio de fondo, pues vulneraba la distribución de competencias, infringiendo además el principio de jerarquía normativa. La AN, para argumentar la

---

<sup>336</sup> Prohibición del empleo femenino en trabajos subterráneos de minería.

<sup>337</sup> BOE nº112, de 10 de mayo de 1991.

desestimación del recurso presentado por la Comunidad Autónoma catalana, utiliza el concepto de asistencia social contenido en la CSE, recalcando su apertura al afirmar que la asistencia social *“abarca a una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella. Uno de estos caracteres típicos es su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que éstos sean. La Asistencia Social viene conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces”*<sup>338</sup>; y esa apertura del concepto de asistencia social permite que el Estado pueda intervenir cuando se detecten necesidades y problemáticas que superen el ámbito autonómico<sup>339</sup>.

En la Sentencia de la AN 352/2001, de 24 de enero, de la Sala de lo Contencioso, se resuelve un recurso interpuesto por el sindicato “Unión Sindical Obrera” contra una convocatoria de plazas de auxiliar administrativo de la Seguridad Social que, según los recurrentes, infringía el art. 23.2 CE al no garantizar el acceso a la función pública en condiciones de igualdad pues se limitaba la valoración de los méritos a los obtenidos en los tres años anteriores a la convocatoria. La AN analiza en primer lugar la capacidad de la organización sindical para interponer dicho recurso y para ello se refiere a la jurisprudencia del TC, en la cual se resalta que la función de los sindicatos *«desde la perspectiva constitucional "no es únicamente la de representar a sus miembros, a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho privado. Cuando la Constitución y la Ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores ut singulus, sean de necesario*

---

<sup>338</sup> Fundamento jurídico 6º, SAN 4974/2009, de 21 de octubre.

<sup>339</sup> Dicha argumentación parte de un conflicto similar resuelto en sede constitucional, mediante sentencia del TC 146/1986, de 25 de noviembre.

*ejercicio colectivo*»<sup>340</sup>, tal y como se puede deducir, asimismo, de la CSE.

La Sala de lo Social, por motivos obvios, es la que más ha utilizado la CSE en sus fundamentaciones jurídicas, sobre todo en materias relacionadas con la libertad sindical, la legitimación de los sindicatos para actuar y su función social, si bien son escasos los ejemplos, de los que se analizarán únicamente dos. El primero lo encontramos en la sentencia de la AN 207/2006, de 7 de marzo, relativo a la impugnación del convenio colectivo sectorial del personal de tierra en aeropuertos. En lo que a este trabajo interesa, la AN trae a colación la CSE en relación con la impugnación del art.47 del mencionado convenio, pues establecía la obligatoriedad en la asistencia a las actividades formativas organizadas por la empresa, incluso fuera del horario laboral. En su fundamentación, la AN vuelve a caer en el error, ya comentado anteriormente<sup>341</sup> de alegar el *art. 8 de la Carta Social Europea del 27 de abril de 1978* (sic) para afirmar que las empresas pueden imponer acciones formativas, si bien deberán realizarse dentro del horario laboral. Este tipo de error, demuestra el desconocimiento que existe sobre la CSE, su aplicación y los derechos que garantiza, lo que puede conducir a un vaciamiento del concepto del Estado social y democrático de derecho, pues si no se utilizan todas las normas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico, CSE inclusive, la protección de los derechos sociales se ve radicalmente minorada, máxime cuando en nuestra Constitución se configuraron como meros principios rectores. El segundo ejemplo, de los escasos que se han encontrado, se halla en la sentencia 658/2007 de 8 de febrero, recaída en un conflicto colectivo debido a la incorporación al convenio de trabajadores de grandes almacenes de un artículo que preveía la extensión de la jornada laboral de todos los trabajadores cuando la empresa debiera realizar inventario,

---

<sup>340</sup> Fundamento jurídico 2º, SAN 352/2001, de 24 de enero. En referencia a la STC 101/1996, B.O.E nº168, de 12 de julio de 1996.

<sup>341</sup> Ver nota al pie 334.

balance o siendo época de ventas especiales; dicha prolongación de la jornada laboral también afectaría a los trabajadores que tuvieran reconocida reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares. La AN retoma la argumentación de la parte actora que cita, de nuevo *ad abundantiam*, la CSE<sup>342</sup> para establecer que la posibilidad de ampliación de la jornada deberá interpretarse de acuerdo con el art. 3 (fuentes de la relación laboral) y el art. 37 (descanso semanal, fiestas y permisos), así como en conjunción con lo dispuesto por los tratados y convenios internacionales sobre la materia.

A modo de conclusión del presente punto, deben reiterarse las críticas a la falta de referencia a la CSE en asuntos claramente conectados con los derechos sociales, lo que no ayuda, más bien empeora, al conocimiento de este instrumento jurídico, perpetuando así la consideración de los derechos sociales como derechos de segunda categoría y su mínima factibilidad en la práctica jurídica actual.

### 3. La Carta Social Europea en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad valenciana

Para terminar este capítulo, se analizarán algunas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad valenciana<sup>343</sup> (en adelante STSJ CV) que citan la CSE y se sirven de ella para argumentar jurídicamente los fallos. Cabe avanzar que la CSE es ampliamente utilizada en dichas fundamentaciones de derecho<sup>344</sup>, así

---

<sup>342</sup> Fundamento jurídico 3º, SAN 658/2007, de 8 de febrero.

<sup>343</sup> Tal y como se advertía al principio, la elección de este Tribunal Superior de Justicia no responde a razones de fondo relativas al trabajo, sino por una mera razón relativa al lugar donde se defiende la presente tesis doctoral, la Universidad de Valencia.

<sup>344</sup> La jurisprudencia del CEDS no solo es una referencia a tener cada vez más en cuenta a la hora de interpretar y garantizar los derechos sociales, sino que es obligatoria pues emana “del órgano instituido por la Carta [...] como intérprete y garante último de ella. En el caso español, además, la Carta Social y la jurisprudencia del CEDS ven reforzadas su proyección e impacto merced al mandato interpretativo del artículo 10.2 y al mandato aplicativo del artículo 96.1 de la Constitución” JIMENA QUESADA, L. “La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre

como la jurisprudencia emanada del Comité Europeo de Derechos Sociales, pese a que España no haya ratificado la CSEr ni el Protocolo adicional a la CSE estableciendo un sistema de reclamaciones colectivas<sup>345</sup>, de 1995, este último ni siquiera firmado por nuestro país. Las sentencias que aquí se analizan, corresponden a los últimos años, por ser las más recientes y por las profusas referencias que se hacen a la CSE<sup>346</sup>. La circunstancia de aludir al TSJCV no se debe únicamente a la defensa de la presente tesis doctoral en la Universitat de València (argumento territorial que por sí solo carecería de relevancia a efectos de valoración de la investigación propuesta), sino por haber sido el órgano jurisdiccional ordinario español que (según la búsqueda realizada en las bases de datos de jurisprudencia al uso) se ha hecho eco explícitamente de la jurisprudencia del CEDS (y, a través del TSJCV, en algún caso aislado, el TSJ de Castilla-La Mancha<sup>347</sup>).

La primera sentencia<sup>348</sup> tiene como origen el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una organización sindical, la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores contra una resolución denegatoria del Secretario Delegado de SUMA Gestión Tributaria de la Diputación de Alicante, de fecha 16 de noviembre de 2004, por la que se desestimó la petición para que se procediera, previa negociación con los Órganos de Representación, a la adecuación de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) y de los puestos de trabajo a su naturaleza funcionarial, requerimiento que se efectuó a esa Corporación y a SUMA para que fuera aprobada una nueva RPT clasificando como reservados a funcionarios aquellos puestos que por ley así lo fueran y se concluyera con un proceso de funcionarización adaptando el

---

*personas y grupos vulnerables*" in *III Foro Andaluz de los Derechos Sociales. Diversidad y ciudadanía*, TEROL BECERRA, M.J. (Director); Tirant lo Blanch, 2010.

<sup>345</sup> CETS nº 158 Protocolo adicional a la CSE estableciendo un sistema de reclamaciones colectivas.

<sup>346</sup> Pese a ser bastante numerosas las sentencias del TSJ CV que citan la CSE, se han seleccionado las que tienen mayor interés para este trabajo.

<sup>347</sup> Sentencias del TSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) nº 10031 y 10036 de 3 de febrero de 2009 [[JUR 2009\192278](#) y [JUR 2009\192274](#), respectivamente].

<sup>348</sup> STSJ CV 6388/2006, de 24 de octubre de 2006.

Régimen Jurídico de determinado personal de la empresa mencionada. De acuerdo con el texto del pronunciamiento, la parte recurrente no habría utilizado todos los medios derivados del derecho a la negociación colectiva, para atacar la alegada ilegalidad del procedimiento que desembocó en el IV Convenio colectivo de la empresa en cuestión y donde, además, se habían acordado una serie de medidas que no fueron impugnadas por el sindicato recurrente. En aras de la protección del derecho a la negociación colectiva, y a los acuerdos que de esta se derivan, el TSJ CV desestimó la demanda de la parte recurrente, poniendo en evidencia la importancia del derecho a la negociación colectiva, haciendo referencia a lo establecido en la CSE, arts. 5 y 6, y, lo que resulta más interesante, a una decisión del CEDS<sup>349</sup>; ello para concluir que no es posible la injerencia, vía administrativa o judicial, en los derechos fundamentales cuando no se han utilizado los medios impugnatorios ordinarios dispuestos por el ordenamiento jurídico.

El siguiente pronunciamiento, si cabe, resulta aún más interesante, no solo por las referencias hermenéuticas a la CSE, sino por una afirmación que realiza en relación con los Principios rectores de la política social y económica contenidos en nuestra Constitución. El pronunciamiento del TSJ CV resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto por una mercantil valenciana contra una sanción pecuniaria impuesta por la Administración autonómica competente por infracción de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, donde, además, el trabajador lesionado era menor de edad. Sin entrar en el fondo del asunto, el pronunciamiento pone de relieve el impacto que tienen las políticas y medidas de prevención de riesgos laborales, reforzadas *“desde al menos dos puntos de vista en la*

---

<sup>349</sup> Fundamento de derecho 3º STSJ CV 6388/2006: *“la negociación colectiva constituye el principal medio para proteger los intereses económicos y sociales de un sindicato y de sus afiliados en el sentido del artículo 5” (apartado 37 de la decisión de fondo de 15 de junio de 2005, dictada en la reclamación colectiva núm. 26/2004, caso Sindicato de Agregados de la Enseñanza Superior contra Francia”*.

realidad contextual de nuestro país, en donde llama la atención el elevado número de accidentes de trabajo (siniestralidad que, desgraciadamente, a menudo se salda con muertes) por la precariedad de las medidas de seguridad: -de un lado, por la acción positiva a la que se ven ligados los poderes públicos por mandato constitucional, unos poderes públicos que 'velarán por la seguridad e higiene en el trabajo' ( artículo 40.1 de la Constitución ); -de otro lado, por la interpretación favorable al respeto de los derechos fundamentales de conformidad con los instrumentos internacionales ex artículo 10.2 de la Constitución española : sobre este particular, justamente, el artículo 3 de la Carta Social Europea de 1961 (ratificada por el Estado español en 1980 ) consagra el derecho de los trabajadores a la seguridad e higiene en el trabajo, un precepto que según la jurisprudencia de control de la Carta 'establece un principio ampliamente reconocido, que deriva directamente del derecho a la integridad de la persona humana, siendo éste mismo uno de los principios fundamentales de los derechos humanos' (Recueil de Jurisprudence relative à la Charte Sociale Européenne/Case Law on the European Social Charter, Strasbourg, 1982, p. 22)<sup>350</sup>. Vemos cómo el TSJ CV vuelve a citar, para afianzar sus argumentaciones jurídicas, la CSE y la jurisprudencia del CEDS, lo que demuestra la importancia de este instrumento jurídico europeo a la hora de garantizar y promover la protección de los derechos sociales. Si bien el interés de este pronunciamiento no radica únicamente en lo anteriormente comentado, sino en la afirmación que realiza en el siguiente apartado en relación con el principio rector contenido en el art. 40.1 CE, pues lo califica de derecho fundamental social, yendo más allá de su catalogación como principio, lo que garantiza una mayor protección y refuerza el mandato contenido en el art. 53.3 CE respecto del deber de informar “la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, superando así la extendida conceptualización de los derechos sociales como derechos de segunda

---

<sup>350</sup> Fundamento de derecho 3º STSJ CV 837/2006, de 3 de febrero de 2006, con relación a otro pronunciamiento del mismo tribunal con nº469/1998.

categoría, frente a los derechos civiles y libertades públicas; dicha jerarquización de derechos queda, o debería quedar, anulada pues *“la satisfacción de todos ellos, sean civiles, políticos, sociales o culturales, podría considerarse ligada, de igual manera, a valores y principios como la solidaridad, la dignidad, la libertad, la seguridad o el pluralismo. Y nada hay, en realidad, que justifique una jerarquía axiológica de la que pueda deducirse una protección diferenciada”*<sup>351</sup>.

En relación con el tema de los derechos de las personas con discapacidades, encontramos la STSJ CV 7461/2009, de 23 de octubre, cuyo asunto de fondo es una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica valenciana, la Consellería de Sanidad, al no haber informado a una gestante gemelar de alto riesgo, de las pruebas de detección precoz de problemas cromosómicos y que derivó en el parto de dos niños, uno de ellos afectados por el Síndrome de Down. El pronunciamiento, en sus fundamentos de derecho, pone de relieve, en relación con la actuación de las administraciones públicas, no únicamente la falta de observancia de las políticas sociales, sino también la “inobservancia de obligaciones jurídicas impuestas por la Constitución: así, no únicamente los citados artículos 9.2 ó 49 del Texto Constitucional (o el artículo 41 relativo a la suficiencia de la asistencia y prestaciones sociales), sino igualmente sus artículos 96.1 y 10.2 referentes al respeto de los compromisos internacionales”. Y dichos compromisos internacionales pasan por el respeto de lo establecido en la CSE, en especial en su art. 15 que reconoce el derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, cuya *“idea subyacente [...] es que las personas con discapacidad deben gozar plenamente de la ciudadanía y que sus derechos esenciales son, en virtud de dicho título, la autonomía, la integración social y la*

---

<sup>351</sup> PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción* (pág.57). Editorial Trotta, 2007.



*participación en la vida de la comunidad*<sup>352</sup>. Y a ello debe añadirse, de acuerdo con la jurisprudencia del CEDS citada en el pronunciamiento, que “*en una sociedad democrática no sólo hay que percibir la diversidad humana de manera positiva, sino que además debe reaccionarse de forma apropiada con el fin de garantizar una igualdad real y efectiva. (...) para la aplicación de la Carta, la obligación que pesa sobre los Estados no radica sólo en adoptar iniciativas jurídicas, sino asimismo iniciativas concretas tendentes a permitir el pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Carta. Cuando la realización de uno de los derechos en cuestión sea excepcionalmente compleja y particularmente onerosa, el Estado Parte debe esforzarse en alcanzar los objetivos de la Carta dentro de un plazo razonable, a precio de progresos ponderables, utilizando de la mejor manera los recursos de que disponga. Por añadidura, los Estados Partes debe estar particularmente atentos al impacto de las opciones por ellos operadas en los grupos más vulnerables y en las demás personas afectadas, especialmente las familias, sobre las cuales, en caso de carencia institucional, pesa una carga arrolladora*”<sup>353</sup>.

Esta sentencia posee una doble relevancia; de un lado, por las referencias a la CSE y a la jurisprudencia del CEDS para dotar con mayor criterio argumentativo, su fundamentación jurídica<sup>354</sup>. Por otro lado, es digna de mención la labor de los Tribunales de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones constitucionales por parte de los Poderes públicos, máxime cuando de derechos sociales se trata. Las

---

<sup>352</sup> Fundamento de derecho 4º, STSJ CV 7461/2009, de 23 de octubre, en referencia a la Decisión de fondo de 4 de noviembre de 2003, de resolución de la Reclamación nº 13/2002, caso Asociación internacional Autismo-Europa contra Francia (párrafo 48). De nuevo encontramos jurisprudencia del CEDS como base argumentativa de los fundamentos jurídicos de los pronunciamientos judiciales.

<sup>353</sup> Ídem supra

<sup>354</sup> Otro ejemplo, muy reciente, del uso de la jurisprudencia del CEDS en las fundamentaciones jurídicas de las resoluciones del TSJCV lo encontramos en la sentencia 994/2012 de 12 de noviembre de 2012, donde se determina la no vulneración del derecho de libertad sindical citando tanto jurisprudencia constitucional, como la proveniente del CEDS, en concreto la decisión nº73/2011, Sindicato de Defensa de Funcionarios contra Francia.

sentencias aquí analizadas son una muestra de la importancia que tiene la CSE, y la jurisprudencia del CEDS, para otorgar una mejor protección a los derechos sociales, pese a que, en determinadas sedes judiciales, parece que su uso no es muy frecuente, no pasando de una mera referencia ad abundantiam. La labor pedagógica en materia de derechos fundamentales no solo debe llevarse a cabo en el ámbito académico, sino también en todo aquel espacio donde quepa su difusión; el conocimiento de la jurisprudencia del CEDS constituye “*un imperativo constitucional de optimización de los artículos 10.2 y 96 de la Constitución y, por ende, de nuestro sistema constitucional de derechos fundamentales [...] lo que obviamente proyecta un creciente impacto y mayores posibilidades de garantía de los llamados principios rectores de la política social y económica*”<sup>355</sup>. Los miembros de la judicatura no son meros ejecutores de normas, sino intérpretes por lo que deben disponer, y utilizar, todos aquellos instrumentos normativos, tanto nacionales como internacionales, que provean al ciudadano con la mejor Justicia.

---

<sup>355</sup> Véase la nota al pie 344.

## **CAPÍTULO V. LA UTILIZACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA POR OTROS ORGANISMOS E INSTANCIAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS Y LIBERTADES: EN ESPECIAL LAS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO**

El presente capítulo aborda la actividad de las Defensorías del Pueblo, como instancias no jurisdiccionales relevantes en relación con la protección de los derechos sociales y, de forma específica, el uso de la Carta Social Europea en las argumentaciones de sus resoluciones y recomendaciones. Son varias las razones para la inclusión de estos organismos en el estudio que abordamos sobre la CSE; la primera es su función de supervisión de la actividad de la Administración, establecida por nuestra Constitución en el artículo 54<sup>356</sup>, y de defensa de los derechos recogidos en el Título I, ello tiene como consecuencia que parte de esos derechos, sobre todo los incluidos entre los Principios rectores de la política social y económica, constituyen un bloque preferente de supervisión por parte de las Defensorías.

En efecto, en la mayoría de los casos, la efectividad de los derechos sociales depende de la actividad de la Administración pública, lo que provoca que la mayoría de las quejas por falta de actividad o actividad parcial de esta en relación con las garantías de los derechos sociales, lleguen antes al Defensor del Pueblo que a los órganos jurisdiccionales. Además, y dado el diseño territorial y competencial del Estado español, debe abordarse el estudio de la actividad de las Defensorías del Pueblo autonómicas, que en sus diversas configuraciones, desarrollan una abundante actividad de defensa y promoción de los derechos sociales, al tener la mayor parte de las Comunidades autónomas competencias exclusivas o compartidas o

---

<sup>356</sup> Artículo 54: *Una Ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.*

incluso concurrentes en materias sociales, como la sanidad, la educación o la asistencia social.

Expresado lo cual, se ha de adelantar que el uso de la CSE por estos organismos es casi anecdótico y que su actividad es muy variable, pues algunas de las Defensorías autonómicas no hacen todo lo deseable en materia de defensa de los derechos sociales, siendo las más activas, tal y como veremos, el Ararteko<sup>357</sup> o el Defensor del Pueblo andaluz, entre otras. Asimismo, se realizará una breve aproximación a las repercusiones que está teniendo la actual crisis económica en la actividad de las Defensorías del Pueblo autonómicas, pues algunas de ellas han sido eliminadas por ley, escudándose en la necesidad de realizar ajustes económicos, lo que va claramente en detrimento de la protección de los derechos fundamentales en general y de reprochable medida anticrisis dirigida contra los derechos sociales en particular.

.El segundo apartado de este capítulo, pretende dar testimonio, aunque breve, de la gravedad de la situación económica en nuestro país y de las medidas que se están tomando en aras de una austeridad mal entendida; dichas medidas, han tenido como consecuencia la supresión de tres Defensorías del Pueblo autonómicas. Este segundo apartado se incluye desde una aproximación absolutamente crítica y que únicamente redundará en una minoración de la calidad democrática de nuestras instituciones.

## 1. Las Defensorías del Pueblo

Bien es sabido que la institución del Defensor del Pueblo, en general, tiene su origen en la figura del Ombudsman sueco que apareció en la Constitución de 1809 y que tenía como mandato la vigilancia de la

---

<sup>357</sup> Defensor del Pueblo de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

actividad de la Administración y de la Justicia, así como la recepción de quejas de los ciudadanos ante los casos de actividades ilegales de aquellas. Dicha figura, al incorporarse a las Constituciones modernas de Europa, se instituye como valedor de los derechos de los ciudadanos ante la Administración, perdiendo su carácter contencioso y llevándolo hacia posturas más supervisoras.

En la actualidad, la mayoría de los Estados europeos poseen, en su estructura institucional, una figura similar a nuestro Defensor del Pueblo y con unas funciones muy parecidas; asimismo, la Unión Europea incluyó la figura del Ombudsman en el Tratado de Maastricht, curiosamente en el tratado que instituyó la ciudadanía europea y que daba un giro más humano a la mercantilizada Comunidad Europea. Ello es muestra de la importancia de una figura como la que aquí se analiza, en relación con la defensa de los Derechos Humanos y esa es la razón de incluir su estudio en este trabajo.

### 1.1 Plano estatal

La figura del Defensor del Pueblo (DP en adelante), tal y como se conoce hoy en día, viene recogida en la Constitución española en el artículo 54, dentro del capítulo 4º, del Título I, dedicado a las garantías de las libertades y derechos fundamentales. Dicha figura, sin precedentes en nuestra historia constitucional, tiene como mandato la supervisión de la actuación de la administración en relación con los derechos contenidos en el Título I. La importancia de dicho mandato radica en la autonomía con la que debe ser ejercido, pues el DP, pese a ser nombrado por las Cortes Generales, *“no estará sujeto a mandato imperativo alguno. No recibirá instrucciones de ninguna autoridad.*

*Desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio*<sup>358</sup>; dicha autonomía garantiza una independencia frente al órgano que lo nombra y la objetividad de sus resoluciones y recomendaciones.

Asimismo, su interés reside en el procedimiento establecido para presentar las quejas, pues cualquier persona puede dirigirse al DP y los trámites que siguen a la queja son totalmente gratuitos, lo que hace que se elija en numerosos casos esta vía, debido al alto coste que supone pleitear contra cualquier Administración pública, al margen por supuesto de la eventual incompatibilidad de acudir a dicha vía en caso de optar por una solución judicial. A ello debe añadirse la potestad que ostenta el DP para interponer recurso de inconstitucionalidad, así como para interponer recurso de amparo<sup>359</sup>, lo que aumenta la relevancia de su función primaria, la defensa de los derechos fundamentales recogidos en el Título I de nuestra Constitución. En el momento en que apareció regulada la figura del DP en la CE, varias fueron las voces que se alzaron en contra del otorgamiento de esta potestad de actuación ante la jurisdicción constitucional, criticando que *«con un sistema de jurisdicción constitucional concentrada y de justicia administrativa como se dan en nuestro país se hubiera optado por una configuración del DP como magistratura “de acción judicial y legalista”, en lugar de mantenerlo dentro de los límites de una “magistratura de opinión”* »<sup>360</sup>; otros, en cambio, argumentaron la importancia de esta potestad pues, pese a ser el recurso de inconstitucionalidad una herramienta jurisdiccional limitada en cuanto a los sujetos que pueden hacer uso de

---

<sup>358</sup> Art. 6, 1º de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo; BOE nº 109, de 7 de mayo de 1981.

<sup>359</sup> Art.162 CE.

<sup>360</sup> PÉREZ CALVO, A. en su artículo *“Aspectos constitucionales del Defensor del Pueblo”* (Revista del Departamento de Derecho Político, nº4, UNED 1979) recoge la voz crítica de Pedro de Vega, en relación con la potestad para interponer recurso de inconstitucionalidad otorgada al DP, expuesta en *“Los órganos del Estado en el contexto político-constitucional del proyecto de Constitución”* en *La Costituzione Spagnola nel trentennale della Costituzione Italiana*, Bolonia 1978.

ella, el DP podía abrir, de forma indirecta, su uso a cualquier ciudadano que se pudiera sentir perjudicado por una ley<sup>361</sup>.

No vamos a entrar aquí a analizar el funcionamiento de la institución del DP en general, sino su actuación en relación con los derechos sociales. Sólo en 2012 se presentaron 7.303 quejas y solicitudes de recurso en materias circunscritas a la sanidad y la política social, siendo 2.237 las quejas relativas a vivienda y 1.572 las relacionadas con la sanidad<sup>362</sup>. Si bien, la actuación del DP en defensa de los derechos sociales, no es una novedad que responda a la acuciante crisis económica que está sirviendo en la actualidad para mermar las garantías de dichos derechos; ya en 1984, en el Informe que el DP debe presentar ante las Cortes Generales<sup>363</sup>, este lamentaba que *“Millares de hombres y mujeres de esta Patria nuestra, reflejan en sus cartas la infracción de esos derechos o su insuficiente cobertura, y se quejan contra la pasividad o la impotencia de muchos órganos y servicios de la Administración Pública para remediar situaciones verdaderamente inhumanas”*, en relación con los derechos sociales contenidos en el Capítulo 3º del Título I de nuestra Constitución. Es más, añadía que *“de las 55.000 quejas recibidas y tramitadas, desde enero de 1983 a diciembre de 1984, solo una cuarta parte, aproximadamente, conciernen a violaciones, presuntas o reales, de libertades públicas y de otros derechos cívicos y políticos (los tipificados en los artículos 14 a 30 del texto constitucional) mientras que las tres cuartas partes restantes, se refieren a la insatisfacción o quebranto de los derechos*

---

<sup>361</sup> *Comentario sistemático a la Constitución de 1978*, Oscar Alzaga Villaamil, pág. 936. Ediciones del Foro, Madrid 1979.

<sup>362</sup> Anexo A “Estadística” del Informe anual del Defensor del Pueblo correspondiente al año 2012.

<sup>363</sup> Art. 32 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo:  
*El Defensor del Pueblo dará cuenta anualmente a las Cortes Generales de la gestión realizada en un informe que presentará ante las mismas cuando se hallen reunidas en periodo ordinario de sesiones.*

1. *Cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen podrá presentar un informe extraordinario que dirigirá a las Diputaciones Permanentes de las Cámaras si éstas no se encontraran reunidas.*
2. *Los informes anuales y, en su caso los extraordinarios, serán publicados.*

*económicos, sociales y culturales, que reconocen los artículos 39 a 52 de la misma Norma Suprema, como imperativos para la actuación de todos los Poderes públicos*<sup>364</sup>.

Merece la pena mencionar que el DP<sup>365</sup> llega incluso a afirmar la indivisibilidad de los derechos fundamentales argumentando que *“en penoso contraste, los derechos económicos, sociales y culturales, aparecen en la «radiografía social» que este Informe entraña, como «derechos débiles», por la persistencia de estructuras discriminatorias o injustas y por la carencia de protección jurisdiccional adecuada (salvo contadas excepciones), pese a ser auténticos derechos fundamentales, puesto que así se tipifican en el umbral mismo del Título I de nuestra Constitución y, más inequívocamente todavía, en las Declaraciones, Pactos y Convenios internacionales ratificados por España y que integran, por consiguiente, nuestro Ordenamiento jurídico-constitucional y son pauta imperativa para la interpretación de todas las normas que a los derechos humanos se refieren (según inequívocamente establecen los artículos 96 y 10.2 de nuestra Constitución)”*; algo sorprendente a los pocos años de ser proclamada la Constitución española que, en su texto, relegó los derechos sociales a la cualidad de principios rectores, otorgándoles, tal y como expresa el DP, unas garantías poco adecuadas. Asimismo resulta de especial interés la referencia al art.10.2 CE y a la integración en nuestro ordenamiento constitucional, de los Convenios y Tratados internacionales sobre la materia, quizá una llamada de atención al legislador que en aquella época comenzaba a desarrollar los derechos recogidos en el Título I.

---

<sup>364</sup> El Informe del Defensor del Pueblo es el correspondiente a la gestión realizada en el año 1984 y fue debatido en la Comisión del Defensor del Pueblo del Congreso de los Diputados y en la Comisión de Relaciones con el Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos, del Senado, en sesiones celebradas el día 2 de octubre de 1985, y en los plenos de ambas Cámaras, por el Congreso de los Diputados el 24 de octubre de 1985 y por el Senado el 7 de noviembre de 1985.

<sup>365</sup> En 1984 ostentaba el cargo de Defensor del Pueblo, Don Joaquín Ruiz-Giménez Cortés, teniendo como adjunto a Don Álvaro Gil-Robles, que sería a su vez Defensor del Pueblo (1988-1993) y Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa (1999-2006).



Pasados los años, la situación no ha variado más que en el aumento de las quejas relacionadas con la política social, la sanidad o la educación, tal y como lo demuestran las estadísticas publicadas junto con el último Informe del DP del año 2012. Por ello, puede afirmarse que el DP es un instrumento esencial en la defensa de los derechos sociales establecidos en el Capítulo 3º del Título I de nuestra Constitución, siendo la única vía para su garantía directa, pues estos, tal y como establece nuestra Constitución en el art.53.3, únicamente serán exigibles en sede judicial si han sido desarrollados legislativamente; asimismo, suelen ser procesos largos y costosos, por lo que el DP se convierte en una figura fundamental para la protección de los derechos sociales, por su inmediatez y gratuidad. A mayor abundamiento, el mandato del art.54 CE deja claro que *“la función de defensa de los derechos y libertades parece caracterizar decididamente al DP, incluso desde el punto de vista de la posición sistemática que ocupa la norma que lo crea, al estar situada ésta en el capítulo correspondiente a las garantías de las libertades y derechos fundamentales dentro del mencionado Título I”*<sup>366</sup>.

Por todo lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que el DP debe erigirse en garante de los Derechos sociales. En estas coordenadas, y por ser objeto de este trabajo, debe analizarse si el DP, en relación con dichos derechos, hace suyo el mandato del art.10.2CE, y utiliza como elemento interpretativo los Tratados y Convenios de derechos fundamentales, ratificados por España; exactamente, si la CSE es un referente hermenéutico en apoyo de sus resoluciones, recomendaciones e informes. Cabe adelantar que el resultado de esta investigación no ha sido muy fructífero, pues las referencias a la CSE son escasas e incluso, a veces, erróneas.

---

<sup>366</sup> Op. cit. 352.

Como muestra de esto último, cabe citar el último informe de la DP<sup>367</sup>, en relación con las viviendas protegidas vacías<sup>368</sup>; en el apartado 1º “Planteamiento y objeto de la Investigación”, al afirmar que “*el Defensor del Pueblo ha expuesto reiteradamente en sus informes y en foros públicos su preocupación por las personas que carecen de un lugar donde habitar o bien habitan un alojamiento que no reúne las condiciones dignas y adecuadas; es decir, personas que no ven satisfecho su derecho constitucional a la vivienda*”, añade una nota al pie donde textualmente afirma que “*El artículo 25 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948 y la Carta Social Europea de 1961 designan la vivienda como un bien necesario*”. En relación con esto último, cabe efectuar algunas rectificaciones; el art.25 de la DUDH no establece un derecho a la vivienda como tal, sino que establece un derecho a un nivel de vida adecuado y, dentro de dicho nivel de vida, se incorpora la vivienda como necesidad para alcanzarlo, no como un derecho individual. Con relación a la mención de la CSE, debe resaltarse que ni siquiera menciona el precepto; a este respecto, la versión de 1961 no establece un derecho a la vivienda singular, pues el contenido del art. 16<sup>369</sup>, que desarrolla el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica, exige un compromiso de los Estados parte para apoyar “*la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de la familia*”, sin más<sup>370</sup>.

---

<sup>367</sup> En la actualidad ostenta el cargo de Defensor del Pueblo Dña. Soledad Becerril Bustamante, cuyo nombramiento fue publicado en el BOE nº174, de 21 de julio de 2012.

<sup>368</sup> Estudio sobre viviendas protegidas vacías; Defensor del Pueblo, marzo 2013 (versión descargable en la web del DP).

<sup>369</sup> La DP podría, asimismo, haber mencionado el art.19 de la CSE que establece, respecto de los trabajadores migrantes y sus familias con residencia legal, un trato no menos favorable que los nacionales del Estado de acogida en relación con el alojamiento. La comunidad migrante es, en la actualidad, un grupo vulnerable en cuanto a derechos sociales se refiere, máxime cuando se habla del derecho a la vivienda y el Informe mencionado expresa su preocupación por “*las personas que carecen de un lugar donde habitar o bien habitan un alojamiento que no reúne las condiciones dignas y adecuadas*”, perteneciendo a este último grupo la mayoría de las personas migrantes.

<sup>370</sup> Hubiera sido más adecuado realizar aquí una referencia al PIDESC, en lugar de la DUDH, que sí establece un derecho a la vivienda, en relación con la debida protección a la familia; vid. art. 11.1 PIDESC.

En este contexto, la DP podría haber aprovechado la oportunidad que aquí se le brindaba para reivindicar la ratificación de la CSEr que, en su artículo 31, sí establece un derecho a la vivienda como tal<sup>371</sup>, reivindicación que tiene perfecta cabida en su labor de promoción y defensa de los derechos fundamentales y que hubiera reforzado su alegato en pro del reconocimiento y garantía del derecho a la vivienda.

Otra de las funciones que puede ejercer el DP es la interposición del recurso de inconstitucionalidad, de acuerdo con el art.29 de la LODP, mandato establecido asimismo en nuestra Constitución, en el ya mencionado art.54 CE. Una de las últimas resoluciones de la DP<sup>372</sup>, en este sentido, fue la emitida en julio de 2012 en relación con la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones<sup>373</sup>.

Como es sabido, el RDL 16/2012, amparándose en la grave situación económica, ha efectuado un importante y grave retroceso respecto del derecho a la salud, pese a publicitar en la web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad que *“el Gobierno de España ha puesto en marcha una reforma que tiene como objetivos fundamentales garantizar la sostenibilidad y preservar la calidad del sistema sanitario público, asegurando siempre el derecho de los ciudadanos a la protección de su salud y a una asistencia sanitaria pública, gratuita y universal”*. La reacción y el rechazo popular frente a las medidas

---

<sup>371</sup> Artículo 31 Derecho a la vivienda *Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las Partes se comprometen a adoptar medidas destinadas:*

*1 a favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente;*

*2 a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación;*

*3 a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes.*

<sup>372</sup> En este caso en funciones; el cargo lo ostentaba en aquel momento Dña. María Luisa Cava de Llano y Carrió.

<sup>373</sup> BOE nº98 de 24 de abril de 2012.

adoptadas en dicho RDL, se pusieron de manifiesto por diferentes vías y, entre otras, numerosos colectivos y personas individuales hicieron llegar a la DP varios escritos<sup>374</sup> solicitando que interpusiera recurso de inconstitucionalidad contra dicha norma. Pese a resolver en contra de lo solicitado, al no haber encontrado fundamentos jurídicos suficientes que aconsejaran la interposición del recurso de inconstitucionalidad, la DP sí emitió ciertas recomendaciones en relación con la regulación efectuada por el RDL del derecho a la salud.

Tal y como ya se ha dicho en capítulos anteriores de este trabajo, los extranjeros en situación irregular empadronados han visto mermado, incluso anulado, su derecho a la salud, pues no poseen, de acuerdo con el RDL, la condición de asegurado que se relaciona con la residencia legal en España; si bien, mantienen su derecho a la asistencia sanitaria de urgencia en caso de enfermedad grave sobrevenida, accidente o la atención integral durante el embarazo, parto y postparto. La DP, a pesar de reconocer que el derecho a la salud de los extranjeros es un derecho disponible y que puede ser objeto de restricciones y limitaciones<sup>375</sup>, apoyándose en la opinión de la Organización Mundial de la Salud, afirma que el derecho a la salud está reconocido como un derecho humano y recuerda que dicha organización ha establecido ciertas obligaciones básicas para hacer plenamente efectivo el mencionado derecho, siendo la garantía de la atención primaria de salud. Ello redundaría, de acuerdo con las palabras de la DP, *“en términos de salud pública, porque se*

---

<sup>374</sup> Según el texto de la resolución, entre el 8 de mayo y el 20 de julio del 2012, tuvieron entrada en la Institución del DP 80 escritos con la misma petición.

<sup>375</sup> En este punto, discrepamos de la opinión de la DP por entender que el derecho a la salud está en íntima conexión con el derecho a la vida, derecho reconocido a toda persona, por lo que no debería ser un derecho disponible para los poderes públicos. Es más, Naciones Unidas, en un Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, de 2010, queda establecido que *“la libertad de no ser sometido a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes es un componente importante de la realización del derecho a la salud. Los derechos adquiridos se refieren al derecho a un sistema de protección en condiciones de igualdad para todos, un sistema de prevención, tratamiento y control de las enfermedades, el acceso a medicamentos esenciales y a la salud sexual y reproductiva, y acceso a información y educación sobre la salud en diferentes formatos e idiomas, especialmente para prevenir hábitos malsanos o riesgosos”* (Consejo Económico y Social, E/2010/89).

*conseguirían más garantías de protección para el resto de la sociedad en relación con enfermedades infecto-contagiosas potencialmente transmisibles; en términos organizativos, porque se evitaría el colapso de los servicios de urgencia; y por último, en términos de eficiencia económica, porque disminuiría el gasto mayor que supone derivar toda la atención sanitaria a los dispositivos urgentes, siempre más caros que la atención primaria o la prevención”.*

Esta concepción del derecho a la asistencia sanitaria, más allá de los cuidados urgentes, no es exclusiva de la OMS. Naciones Unidas se ha manifestado en ese mismo sentido, alegando lo establecido en el PIDESC, en su art. 12, que establece el derecho al más alto nivel de salud física y mental; de acuerdo con el art.2 del PIDESC, los Estados partes se comprometen al logro progresivo de la plena efectividad de los derechos establecidos en el Protocolo y para ello pueden, incluso, adoptar medidas legislativas. La cláusula del logro progresivo debe entenderse como la obligación que tiene los Estados partes *“independientemente del nivel de desarrollo económico, a avanzar tan rápidamente como sea posible hacia la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. El Pacto exige que los recursos se utilicen de manera inmediata, efectiva y equitativa”*<sup>376</sup> y, a contrario sensu, *“la obligación de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos, incluye la obligación de no adoptar o permitir medidas regresivas [...] la regresión desde un nivel más elevado de disfrute, ya sea parcial o pleno, a un nivel menos elevado puede constituir una violación del Pacto”*<sup>377</sup>. Si dichas medidas son adoptadas, por razones económicas que aconsejen la reducción del gasto público, el Comité DESC establece que la justificación debe ser evidente, es decir que si

---

<sup>376</sup> *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos.* Serie de Capacitación Profesional nº12; Naciones Unidas 2004. La referencia al logro progresivo de los DESC se ha recogido de la Observación general nº3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la índole de las obligaciones de los Estados partes; 1990.

<sup>377</sup> Ídem supra.

no existiera un motivo justificado para realizar dicha minoración del gasto, el Estado Parte podría incurrir en una violación del PIDESC.

Volviendo a la resolución de la DP, y en relación con lo anterior, el Comité DESC, el pasado año, ya expresó su preocupación “*por la reducción de los niveles de protección efectiva de los derechos consagrados en el Pacto que ha resultado de las medidas de austeridad adoptadas por el Estado parte, perjudicando de forma desproporcionada al disfrute de sus derechos por las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, especialmente los pobres, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los adultos y los jóvenes desempleados, las personas mayores, los gitanos, los migrantes y los solicitantes de asilo*”<sup>378</sup>, por lo tanto, y a la vista de lo expresado por el Comité DESC, las medidas que se están tomando en relación con ciertos derechos sociales, van claramente en contra del PIDESC, aunque, a pesar de que en las mencionadas observaciones se solicita su máxima difusión, el Estado ha ignorado las malas críticas y continúa la senda regresiva. Y, por supuesto, el CEDS también se ha expresado en su jurisprudencia en el sentido de no condicionar el disfrute del derecho a la salud a la condición de nacionalidad<sup>379</sup>.

La doctrina también se ha manifestado en contra de la regresión de los derechos sociales, cuya prohibición vendría refrendada por preceptos como el art.2 del PIDESC que imponen la realización progresiva de los DESC. En ese mismo sentido se pronuncia Courtis: “*La prohibición de regresividad puede ser entendida [...] como una veda a las normas y*

---

<sup>378</sup> Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre España, 48º periodo de sesiones (30 de abril al 18 de mayo de 2012); E/C.12/ESP/CO/5.

<sup>379</sup> CEDS, Marangopoulos Foundation for Human Rights ((MFHR) v. Greece, Complaint n° 30/2005, Decision on the merits of 6 December 2006, §202: “*Under Article 11 of the Charter, everyone has the right to benefit from any measures enabling him to enjoy the highest possible standard of health attainable. The Committee sees a clear complementarity between Article 11 of the Charter and Article 2 (right to life) of the European Convention on Human Rights, as interpreted by the European Court of Human Rights (General Introduction to Conclusions XVII-2 and 2005, statement of interpretation of Article 11, §5)*”.

*medidas estatales que, por debilitar o extraer el nivel de protección otorgado, reinstauran obstáculos para la satisfacción de sus necesidades básicas, o, en términos más amplios, hacen renacer obstáculos de carácter económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de las personas, e impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social de un país. En este sentido, la prohibición de regresividad opera como cláusula de control jurídico del cumplimiento, por parte de los poderes públicos, del mandato del Estado social [...]. Dado que el contenido de las necesidades consideradas básicas, las posibilidades de desarrollo de las personas y las áreas de participación se amplían con el tiempo y con el progreso material y científico de nuestras sociedades, el umbral de protección – y por ende, las posiciones consolidadas insusceptibles de derogación o supresión- también tienden a ampliarse progresivamente”<sup>380</sup>.*

Posiblemente, la resolución negativa de la DP, en cuanto a la interposición de recurso de inconstitucionalidad, sea adecuada a derecho, si bien se echa de menos una mayor valentía en sus posturas argumentativas, pues, por lo general, peca de una falta de argumentación jurídica fuerte, “*como es sabido, los Defensores apoyan la eficacia de su labor (léase, el mayor cumplimiento de sus recomendaciones) no en la típica coacción jurídica, de la que la Institución carece, sino en la fuerza persuasiva de su razonamiento, y sin duda, precisar mejor las normas aplicables, explicitar de manera más completa sus opciones interpretativas y, sobre todo, argumentar más y mejor a partir de derechos fundamentales bien definidos,*

---

<sup>380</sup> COURTIS, C. “*La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*”, en *Ni un paso atrás*; ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006.

*redundaría a favor de la autoridad de la Institución y por ende de la efectividad final de tales derechos*<sup>381</sup>.

De igual modo, en relación con la resolución comentada, la DP podría haber recordado al legislador, con mayor precisión, sus compromisos internacionales, pues la única referencia que hace en ese sentido es una recomendación para que *“se dicten instrucciones acordadas en el marco del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud a fin de habilitar la adecuada atención de aquellas personas con padecimientos graves, para evitar la posible responsabilidad de España por el incumplimiento de obligaciones internacionales, entre otras, las derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de derechos fundamentales de la UE y otros instrumentos que establecen obligaciones positivas*<sup>382</sup>. Es cierto que el DP, no tiene asignada, ni en la CE ni en la LODP, una función de promoción y difusión, sensu stricto, de los derechos fundamentales; si bien, parece que, formalmente, ha adoptado los Principios de París<sup>383</sup> por lo que debería explotar más esa competencia de promoción y difusión de los derechos fundamentales y abandonar un *“exceso de timidez (o de mal entendida deferencia hacia los poderes públicos) del Defensor, que a veces recurre al argumento de autoridad (de la jurisprudencia o del Derecho internacional), casi siempre como único argumento, como si no se atreviera a sentar una doctrina propia*<sup>384</sup>.

---

<sup>381</sup> ESCOBAR ROCA, G. *“Defensores del Pueblo y derechos sociales en tiempos de crisis”*, en *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables* (Coord. Miguel Ángel Presno), PROCURA nº2, 2012.

<sup>382</sup> Recomendación 2ª de la Resolución de la Defensora del Pueblo (e.f.) con motivo de la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (20 de julio de 2012).

<sup>383</sup> Primera Reunión Técnica Internacional sobre las Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de Derechos Humanos (1991); sus conclusiones desembocaron en los conocidos como Principios de París que establecen las competencias, funciones y garantías de independencia de las Instituciones nacionales de protección de los Derechos Humanos.

<sup>384</sup> *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria* (vv.aa.), Capítulo V *“Garantías”*, apartado 5º *“Defensores del Pueblo”* por ESCOBAR ROCA, G., ver nota al pie 210, pág. 741.



Este exceso de timidez puede observarse en la recopilación de las recomendaciones, incluida en el informe del DP correspondiente al año 2012, donde no encontramos referencia alguna a la CSE. A modo de ejemplo, podemos citar la recomendación 12/2012, de 25 de enero, formulada al Gabinete de la Presidencia del Gobierno, sobre la dación en pago de la vivienda en ejecución hipotecaria; esta recomendación se centra en el grave problema de los desahucios que, a causa de la actual crisis económica, están sufriendo numerosos ciudadanos<sup>385</sup>. Dicha recomendación se hace eco del grave problema de la vivienda en España, y de una de sus peores consecuencias como son las ejecuciones hipotecarias. La DP afirma que *“la ejecución hipotecaria implica que quienes pierden su vivienda, por no poder afrontar el pago de las hipotecas concedidas en su día por esa misma entidad, mantengan con ésta una deuda que puede ser cuantiosa, y que les imposibilite para atender sus necesidades a largo plazo”*, lo que tiene como principal consecuencia que esas familias, privadas de su vivienda habitual, caigan en la exclusión social. Asimismo, recuerda la importancia del art.47 CE que establece el derecho a una vivienda digna, pese a reconocer que no se trata de un derecho subjetivo, que debe tenerse en cuenta pues *“no deja de contener un mandato o directriz de las actuaciones que los poderes públicos desarrollen en esta materia. Así, cualquier norma que directa o indirectamente afecte a la vivienda habitual ha de tener presente este derecho procurando evitar la exclusión social que la falta de vivienda puede conllevar”*. A la vista de ello, la DP podría haber hecho referencia a los mandatos que conlleva la ratificación de tratados y convenios internacionales tales como la CSE que en su art.16, sobre el derecho de la familia a una protección social, económica y jurídica, establece el compromiso de las partes contratantes en relación con el apoyo a la construcción de

---

<sup>385</sup> Solo en la Comunidad valenciana se practicaron, durante el año 2012, 7.371 ejecuciones hipotecarias, según los datos estadísticos facilitados en un informe del Consejo General del Poder Judicial que analiza los efectos de la crisis en los órganos judiciales.

viviendas adaptadas a las necesidades de aquellas; asimismo podría también haber citado el art. 11 del PIDESC que reconoce la importancia de la vivienda respecto de la consecución de un nivel de vida adecuado. La recomendación 12/2012 parece más bien un informe sobre la situación de la vivienda en España y la actividad bancaria, limitándose a solicitar a las autoridades competentes que se establezcan medidas extraordinarias, dejando entrever una propuesta de alquiler social, y que se arbitre un sistema para que las personas pendientes de una ejecución hipotecaria no queden endeudadas de por vida<sup>386</sup>.

Son numerosos los ejemplos de esa *timidez* del DP a la hora de argumentar la relevancia de un derecho fundamental; un ejemplo de esto podemos encontrarlo en la recomendación 28/2011, de 24 de marzo, sobre la necesidad de elaborar una norma para garantizar el disfrute de una vivienda digna. Tal y como se expresaba en el párrafo anterior, la vivienda es un derecho social fundamental reconocido en numerosos textos internacionales, entre ellos la CSEr<sup>387</sup> que, recordamos, no ha ratificado España, sin embargo, debemos incidir en que, sobre la base del art. 16 CSE de 1961, a España podría aplicársele la jurisprudencia del CEDS relativa a dicha disposición y al art. 31 CSEr (en lo que atañe a las familias), como el propio CEDS ha recordado en su jurisprudencia.

En la actualidad, tal y como ya se ha dicho, nuestro país atraviesa una crisis económica que está afectando a la garantía del derecho a la vivienda pues se están llevando a cabo desahucios debido a las ejecuciones hipotecarias, como consecuencia de impagos de las deudas adquiridas por familias que ya no pueden hacerles frente. En la

---

<sup>386</sup> Añadir que la recomendación 25/2012 remite al informe “*Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*”, donde tampoco se encuentra ninguna referencia a la CSE y, lo que resulta aún más grave, ni tan siquiera al art. 47 CE. Como única mención a textos internacionales, encontramos la relativa al Libro Blanco de la Comisión sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea (COM (2007) 807 final).

<sup>387</sup> Artículo 31 de la CSEr de 1996 cuyo fin es garantizar el acceso a una vivienda de un nivel suficiente, prevenir las situaciones de carencia de vivienda y hacer asequible el precio de esta.

citada recomendación, la DP reconoce que el derecho a la vivienda es un derecho social, si bien *“como sucede con los otros derechos sociales reconocidos en la Constitución, se configura en la norma suprema como una norma de eficacia limitada que requiere ulterior intervención del poder público, en especial del legislativo, para ver completada su eficacia”*. Pese a ello la DP relaciona el derecho proclamado en el art.47 CE con la dignidad humana, argumentación que debe ser puesta de relieve, pues demuestra la importancia de la vivienda en relación con la garantía de una existencia digna; así la DP afirma que *“la dignidad humana debe comprender como algo inherente a su significado, no solo algunos derechos inmateriales, sino también derechos patrimoniales que permiten asegurar una misma existencia digna. En tal sentido deben ser considerados estos derechos patrimoniales, dentro de la categoría de los inviolables a que como «inherentes a la dignidad humana» menciona explícitamente el art. 10.1 de la Constitución”*. En esta parte de la argumentación es donde se echan de menos las referencias a la normativa internacional en materia de derechos sociales y la labor de promoción de estos que debe efectuar esta institución de defensa de los derechos humanos; no encontramos referencia alguna ni al PIDESC, y mucho menos a la CSEr<sup>388</sup>. Por el contrario, sí que podría haberse referido a la CDFUE<sup>389</sup> que en su art.34.3, que regula la Seguridad social y la ayuda social, establece que *“con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas*

---

<sup>388</sup> Puede entenderse que la DP no haga referencia a la CSEr, pero sí que podría aprovechar estas situaciones para recordar al gobierno de la Nación sus obligaciones en cuanto a la ratificación de dicha norma. En este caso la recomendación se dirigía al gobierno autonómico de la Comunidad de Madrid, si bien su labor de promoción de los derechos fundamentales hacen necesaria una mayor valentía en sus argumentaciones y la ocasión resulta idónea para recordar la falta de ratificación de la CSEr.

<sup>389</sup> Ratificada por España mediante Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, BOE nº 184 de 31 de julio de 2008.

*por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales”, relacionando así la necesidad de acceder a una vivienda digna con la erradicación de la exclusión social y la pobreza extrema<sup>390</sup>. La referencia a la CDFUE hubiera servido para reforzar su argumentación y sus recomendaciones y recordar al gobierno autonómico madrileño que la normativa proveniente de la Unión Europea también le atañe y “adopte las medidas necesarias para instar al Gobierno regional la formulación de un proyecto de ley donde se garantice de forma efectiva el derecho constitucional y estatutario de los ciudadanos con vecindad administrativa en la Comunidad de Madrid a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”.*

Siguiendo con los ejemplos de la timidez del DP a la hora de mencionar normas internacionales en sus argumentaciones, y en relación con el derecho a la salud laboral, encontramos la recomendación 52/2011 de 2 de junio, sobre la adopción de medidas para protección de la salud laboral dirigida a la Consejería de Sanidad y Consumo de la Región de Murcia. La protección de la salud de los trabajadores está específicamente reconocida en el art. 3 de la CSE de 1961, sobre el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, afirmando que *“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A promulgar reglamentos de seguridad e higiene. 2. A tomar las medidas precisas para controlar la aplicación de tales reglamentos. 3. A consultar, cuando proceda, a las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre las medidas encaminadas a mejorar la seguridad e higiene del trabajo”*. En relación con la recomendación, la mención de la CSE hubiese actuado como elemento de refuerzo de la obligación de establecer en el centro

---

<sup>390</sup> La CDFUE se refiere al derecho a la vivienda en términos similares a la CSEr, por lo que podría afirmarse que la ratificación de la CDFUE ha servido para que se incorporen derechos sociales reconocidos en la CSEr, en nuestro ordenamiento, pese a la obstinación de los distintos gobiernos españoles en no ratificar la norma del Consejo de Europa. Este tema se analizará en profundidad en el capítulo IX de la presente tesis doctoral.

de trabajo objeto de la queja<sup>391</sup> un plan de prevención de riesgos laborales, por lo visto inexistente, contando además con la información transmitida por los trabajadores, extremo que habría realizado igualmente la posición de la CSE. A ello debe añadirse la situación de no conformidad de España en relación con sus obligaciones derivadas del art.3 párrafos 1 y 2 de la CSE, reconocida por el CEDS en sus conclusiones XIX-2 publicadas en enero de 2010; dichas conclusiones ponían de manifiesto que, pese a haberse reducido el número de accidentes en el entorno laboral, la media sigue siendo muy alta y se sitúa por encima de la media europea, por lo que concluye que la situación de España es de no conformidad con lo establecido en la CSE<sup>392</sup>.

Naturalmente, no se pretende aquí descalificar la labor de la DP, pero sí demostrar que sus argumentaciones quedan incompletas y faltas de la suficiente fuerza, al ignorar las decisiones provenientes de organismos como el CEDS, así como la CSE, en relación con la materia que abordada, la protección de la salud de los trabajadores.

A modo de conclusión del presente apartado, puede afirmarse que la institución del DP muestra una actitud de casi absoluta ignorancia hacia las obligaciones internacionales que, en materia de derechos fundamentales, ha adquirido España y cuya mención reforzaría sin lugar a dudas sus argumentaciones, dándoles una mayor apariencia de obligatoriedad jurídica, pues no olvidemos que el art.10.2 CE también

---

<sup>391</sup> Estudio de la situación y de la salud laboral del personal adscrito al servicio del aparato digestivo del Hospital Universitario de Santa María del Rosell y adopción de las medidas necesarias para la protección de la salud laboral de dicho personal, conforme a las situaciones de riesgos laborales objetivadas en el mencionado informe.

<sup>392</sup> Conclusiones sobre España XIX-2, enero 2010: Art.3 CSE.2 *"Whilst noting the decrease in the standardised rates of both serious accidents and fatal accidents during reference period, the Committee observes that they remain nonetheless high and above the average of other European Union countries [...]The Committee monitors the implementation of Article 3 under paragraph 2 of this provision and it considers that in this respect the frequency of industrial accidents and their evolution are critical factors. The Committee is of the view that, while levels of industrial accidents in Spain are decreasing, they remain too high to consider that the situation is in conformity on this point"*.

obliga al DP pues, al fin y al cabo, interpreta normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías.

## 1.2 Plano autonómico

En este segundo apartado se analiza la actividad de las Defensorías del Pueblo regionales en relación con la protección y promoción de los derechos sociales, así como la utilización de la CSE por parte de estas instituciones. El presente apartado cobra especial relevancia pues, tras las últimas reformas estatutarias acaecidas durante estos años, son numerosos los Estatutos de Autonomía que han incorporado a sus elencos de derechos, verdaderos derechos sociales, tal y como ha podido verse en el capítulo III de este trabajo. Ello no obstante, debe adelantarse que estas instituciones regionales están padeciendo también los efectos de la crisis económica y, por ahora, dos de ellas han sido eliminadas, atendiendo a supuestas razones de eficiencia económica y duplicidad de funciones, en relación con el Defensor del Pueblo estatal, lo que se comentará de forma más detallada a lo largo de este apartado<sup>393</sup>. Asimismo, debemos adelantar que las defensorías del pueblo regionales difieren entre ellas por su actividad de promoción y defensa de los derechos sociales, siendo las más activas el Ararteko, el Defensor del Pueblo andaluz y el Síndic de Greuges catalán; sin desmerecer la actividad del resto de DDPP, estas tres sobresalen por su prolija actividad. Advertido lo cual, en el presente capítulo, nuestra investigación y conclusiones se ilustrarán de manera más pormenorizada con el análisis de los dos primeros<sup>394</sup>.

---

<sup>393</sup> En la actualidad quedan 11 defensorías regionales, pues las Comunidades autónomas de Murcia y Castilla La Mancha eliminaron por ley dicha institución en 2012.

<sup>394</sup> Únicamente se analizará la actividad del Ararteko y del Defensor del Pueblo Andaluz, por no reiterar la mayoría de las observaciones que se aportan sobre dichas Instituciones, muy similares en sus postulados y funciones.

Debido a nuestra configuración territorial en regiones autónomas, amparada por el art. 2 de nuestra Constitución, la mayoría de Comunidades autónomas han establecido en sus Estatutos<sup>395</sup> la figura del Defensor del Pueblo, recibiendo distintos nombres<sup>396</sup>, si bien las funciones asignadas no varían y se centran en la defensa de los derechos establecidos en la Constitución y en los respectivos Estatutos, así como la vigilancia de la actividad administrativa autonómica. La mayoría de las DDPP autonómicas que se regularon en los primeros Estatutos, establecían figuras muy similares a la figura del DP, incluida en el art. 54 de nuestra Constitución, si bien, y con la aparición de los Estatutos de nueva generación, las DDPP autonómicas han ido perfilándose como instituciones de defensa y promoción de los derechos propios de la Comunidad Autónoma, reconocidos en dichas normas, es decir que *“Una observación global a los nuevos estatutos refleja, como primer dato, el intento de los poderes estatuyentes por categorizar a los defensores autonómicos como instituciones de naturaleza estatutaria y, en segundo lugar, su calidad instrumental como mecanismos de tutela del catálogo de derechos recién incorporados a las normas “fundamentales” de las CC.AA”*<sup>397</sup>.

---

<sup>395</sup> Algunas Comunidades Autónomas no incluían una mención específica en sus Estatutos a la figura de un DP, si bien la desarrollaron por ley partiendo del reconocimiento de las instituciones de autogobierno de defensa de los principios y derechos establecidos en sus estatutos. Como ejemplo de ello puede mencionarse la Procuradora General del Principado de Asturias, cuya ley reguladora afirma en su Exposición de motivos que *“el apartado 1 del artículo 10.1 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias atribuye al Principado la competencia exclusiva en materia de “organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno”, y el apartado 2 del artículo 9 determina que “las instituciones de la Comunidad Autónoma garantizarán el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de cuantos residen en el territorio del Principado”* Ley del Principado de Asturias 5/2005, de 16 de diciembre, del Procurador General, publicada en el Boletín Oficial del Principado de Asturias nº. 300, de 30 de diciembre de 2005 y en el Boletín Oficial del Estado nº. 30, de 4 de febrero de 2006.

<sup>396</sup> Las denominaciones son muy variadas: Síndic de Greuges, para Cataluña y la Comunidad valenciana, el Justicia de Aragón, el Valedor do Pobo gallego, el Procurador General del Principado de Asturias, el Diputado del Común de Canarias, el Procurador del Común de Castilla y León; el resto de comunidades autónomas han optado por la denominación de Defensor del Pueblo.

<sup>397</sup> RUIZ-RICO RUIZ, G. *“Los Defensores del Pueblo autonómicos tras la reforma de los Estatutos de Autonomía”*, Revista d'Estudis Autonòmics i Federals nº6, abril 2008, p. 365-395.

Así en el Estatuto de Autonomía del País Vasco, en su artículo 15, se establece que *“Corresponde al País Vasco la creación y organización mediante ley de su Parlamento y con respecto a la institución establecida por el artículo 54 de la Constitución, de un órgano similar que en coordinación con aquélla ejerza las funciones a las que se refiere el mencionado artículo y cualesquiera otras que el Parlamento Vasco pueda encomendarle”*. A pesar de que el precepto citado pretenda únicamente crear una figura *“similar”* a la del DP constitucional, la ley<sup>398</sup> que desarrolla las funciones del Ararteko, trata de dotarle de características propias que lo diferencien respecto del DP nacional; ello puede verse en su Exposición de Motivos cuando afirma que *“El Ararteko es así una institución más de control que se acomoda claramente a la evolución del Estado social y Democrático de Derecho y a las deficiencias que éste ha demostrado de su pretensión garantista de los derechos y libertades que van más allá de la pura declaración formal de los derechos individuales y que configura a los derechos sociales y a las libertades reales (artículo 9.2 EAPV) como auténticas obligaciones de los poderes públicos”*. Debe resaltarse la expresa mención al Estado social y democrático de derecho y la afirmación de la indivisibilidad de los derechos fundamentales, pues tanto los derechos sociales como las libertades públicas son tratados como obligaciones de los poderes públicos.

En relación con el Defensor del Pueblo andaluz (DPA en adelante), al igual que con el Ararteko, su origen se encuentra en el Estatuto de Autonomía de Andalucía, previsto en el art. 128 y situado entre las instituciones de autogobierno; el desarrollo y regulación de la figura del DPA se estableció por Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del

---

<sup>398</sup> Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula la Institución del «Ararteko», BOPV nº 63 de 22 de marzo de 1985 y BOE nº84 de 7 de abril de 2012.



Pueblo Andaluz<sup>399</sup>. Las Defensorías del Pueblo autonómicas, situadas, tal y como se ha dicho, entre las instituciones de autogobierno, son afirmaciones de la necesidad de crear instituciones propias, cercanas a la ciudadanía y conocedoras del marco autonómico, reforzando así lo establecido en el art. 2 CE que reconoce “*el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran*”; por esta razón, las voces que, en la actualidad, se alzan a favor de su desaparición, afirmando la duplicidad de funciones y el gasto económico que ello supone, niegan el valor del precepto constitucional mencionado y la propia configuración histórica y territorial del Estado español, si bien sobre este asunto volveremos al final del presente apartado.

El Estatuto catalán también prevé en el Título II, relativo a las Instituciones propias de Cataluña, capítulo V, sección segunda, la figura del Síndic de Greuges, regulada en los artículos 78 y 79 de la norma autonómica. En relación con los derechos sociales, la figura del Síndic cobra especial importancia pues, tal y como ha podido verse en el capítulo III, Cataluña incorporó en su Estatuto una profusa regulación de derechos sociales, así como los derechos reconocidos por otras normas internacionales, entre ellas, el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Si bien no menciona la CSE, los derechos sociales que se incorporaron al EA catalán parecen haber encontrado su fundamento y principal referencia en la CSE y la CSEr. En este punto, podría encontrarse otro argumento en contra de la supresión de las DDPP regionales frente al de la duplicidad de funciones, pues las DDPP no solo promueven y garantían los derechos reconocidos en la CE, sino también en los diferentes EA; si dicha función no se desarrollara, parte de esos derechos fundamentales quedarían desprotegidos.

---

<sup>399</sup> BOJA nº100 de 9 de diciembre de 1983; la versión en vigor quedó establecida por la Ley 3/1996, de 17 de julio (BOE nº195, de 13 de agosto de 1996).

Con relación a la Comunidad valenciana, el Síndic de Greuges también viene establecido por el EA en los artículos 38 y 39<sup>400</sup> y se enmarca, asimismo, entre las instituciones de autogobierno. Si bien el EA no estableció una relación exhaustiva de derechos sociales, la Comunidad valenciana aprobó en octubre de 2012<sup>401</sup> una Carta de Derechos Sociales que dota al Síndic con una nueva herramienta de garantía de estos derechos. Ciertamente, aún es pronto para valorar su efectividad y aplicación, pero el Síndic ya ha hecho uso de esta norma en el tema referente a la Renta garantizada de ciudadanía<sup>402</sup>, reconocida en el art. 17, al presentar una queja de oficio ante la Consellería de Justicia y Bienestar social, en relación con la gestión de la ayuda que este órgano del gobierno valenciano realiza, pues los retrasos en la resolución de las solicitudes vaciaban de contenido el derecho promulgado en la Carta de Derechos Sociales. Así el Síndic recuerda que *“La Renta Garantizada de Ciudadanía se configura como el derecho subjetivo a una prestación económica gestionada por la red pública de servicios sociales, de carácter universal, vinculada al compromiso de los destinatarios de promover de modo activo su inserción sociolaboral y cuya finalidad es prestar un apoyo económico que permita favorecer la inserción sociolaboral de las personas que carezcan de recursos suficientes para mantener un adecuado bienestar personal y familiar, atendiendo a principios de igualdad, solidaridad, subsidiariedad y complementariedad”*, siendo los retrasos en su concesión una vulneración directa de dicho derecho, pues en el momento de dictarse la presente recomendación, dicha Consejería tenía 12.343 expedientes pendientes de trámite, en diversas fases del procedimiento.

Por todo ello, queda claro que la presencia de los DDPP autonómicos y su actividad, son fundamentales para dotar de mayor contenido

---

<sup>400</sup> El Síndic de Greuges queda regulado además por la Ley de la Generalitat Valenciana 11/1988, de 26 de diciembre, reformada, tras la entrada en vigor del nuevo EA, por la Ley de la Generalitat 4/2009 de 5 de mayo.

<sup>401</sup> Ver capítulo III.

<sup>402</sup> Queja nº 108.568; Recomendación de 13 de noviembre de 2012.

democrático a la actividad institucional y administrativa de las Comunidades autónomas; además esta figura se alza como garante y defensora de los derechos sociales, cuya garantía judicial resulta más complicada y más lenta, tal y como se ha visto en el capítulo anterior. Siendo así, merece la pena repasar la actividad de estos organismos en relación con la garantía y promoción de los derechos sociales y la inclusión, o no, en su actividad defensora de la CSE como referencia interpretativa.

a) El Ararteko del País Vasco<sup>403</sup>

De acuerdo con lo declarado en la Exposición de motivos de la Ley 3/1985, reguladora de la figura del Ararteko, la figura del DP del País Vasco se encuadra dentro del Estado social y democrático de Derecho y se impone como mandato la garantía tanto de las libertades públicas como de los derechos sociales, de lo que puede deducirse el impulso de una corriente cada vez más fuerte, que aboga por la indivisibilidad de los derechos pues *“las falsas distinciones que se siguen estableciendo entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, así como la falta de comprensión del contenido y del carácter jurídico de los derechos económicos, sociales y culturales, han mermado la eficacia de las acciones en este campo”*<sup>404</sup>.

Como es conocido, la indivisibilidad de los derechos fundamentales quedó establecida de manera solemne en la Declaración y programa de Acción de Viena<sup>405</sup> al afirmar, en su párrafo quinto, que *“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y*

---

<sup>403</sup> En este punto me gustaría agradecer a la Institución del Ararteko, y en especial al Sr. Koldo Casla Salazar, Director de Gabinete del Ararteko, la ayuda prestada para la redacción de este capítulo, proporcionándome numerosas publicaciones y referencias que me han sido de gran utilidad.

<sup>404</sup> *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*. Serie de Capacitación Profesional nº12; Naciones Unidas 2004.

<sup>405</sup> Conferencia Mundial de Derechos Humanos de junio de 1993. Ref. A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993.

*están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.* Por ello, las instituciones de defensa de los derechos fundamentales, en este caso el Ararteko, al quedar fuera de las estrictas normas procedimentales administrativas y judiciales, poseen un margen más amplio para proteger y promover derechos, como los DESC, que generalmente quedan fuera de los cauces habituales de garantía, o cuya protección resulta más costosa y complicada.

Desde esta aproximación de indivisibilidad de los derechos fundamentales, la actividad del Ararteko, en relación con los derechos sociales es profusa, más en estos últimos años, dada la normativa, promulgada por el Gobierno del Estado, que ha dado lugar a la minoración de la calidad de los derechos sociales, incluso a su no reconocimiento para determinados colectivos vulnerables, tal y como se verá en el siguiente capítulo.

Sin embargo, la actividad del Ararteko, en sus diferentes vertientes<sup>406</sup>, difiere bastante a la hora de utilizar normativa internacional sobre derechos fundamentales, especialmente la CSE, en las argumentaciones jurídicas de las resoluciones. La razón para esta falta de referencias a la normativa proveniente, entre otros, del Consejo de Europa, puede deberse a la propia autonomía legislativa del País Vasco, como del resto de autonomías, en relación con las competencias asumidas en exclusiva tras el reconocimiento de la especial configuración territorial del estado español<sup>407</sup>. Otra razón,

---

<sup>406</sup> Véase el art. 11 de la Ley 3/1985, reguladora de la figura del Ararteko.

<sup>407</sup> Si bien, no es razón suficiente para no hacer uso de la normativa internacional sobre derechos fundamentales, pues el art.10.2 CE abarca toda la legislación, sea

podiera ser la ya mencionada timidez de las DP que aboca a “*un relativo déficit de argumentación*”<sup>408</sup> y, por tanto, a la falta de fuerza del razonamiento de las resoluciones y recomendaciones.

Antes de comenzar con el análisis de ciertas recomendaciones y resoluciones del Ararteko, procede adelantar que la falta de argumentación jurídica no es una característica generalizada de todas las DDPP autonómicas; tal y como se ha avanzado al comenzar este apartado, algunas sobresalen por su actividad y reivindicación en relación con los derechos sociales, y hemos de decir que el Ararteko es una de ellas. Sin embargo, sí que se echa de menos el apoyo de sus argumentaciones en normativa internacional, tal y como vamos a ver a continuación<sup>409</sup>.

Un tema recurrente de las quejas presentadas ante las DDPP en general, es el relacionado con la movilidad y la accesibilidad de edificios y espacios públicos de las personas con movilidad reducida. La recomendación general del Ararteko 2/2013, de 5 de febrero aborda este asunto en relación con la accesibilidad a los edificios de viviendas y la instalación de ascensores. El Ararteko pone de relieve una de las consecuencias más graves que puede sufrir el colectivo de las personas con discapacidades físicas o movilidad reducida, que es la falta de acceso, no sólo a un edificio o espacio público, sino la conculcación, por falta de disfrute, de derechos básicos como puede ser el derecho a una vivienda digna<sup>410</sup>, sino de derechos emergentes como es el derecho a la ciudad.

---

nacional o autonómica, teniendo además en cuenta además, en relación con dichos derechos, la referencia que el EA del país Vasco hace a la Constitución en su art. 9.

<sup>408</sup> Opus cit.376.

<sup>409</sup> Se han seleccionado recomendaciones y resoluciones recientes, correspondientes al año en curso y al pasado 2012.

<sup>410</sup> Recomendación general 2/2013, de 5 de febrero, Introducción: “*Desde el Ararteko hemos reivindicado en anteriores ocasiones que la existencia de barreras, tanto arquitectónicas como urbanísticas, impide a este colectivo de personas disfrutar de una serie de derechos fundamentales como el derecho a una vivienda digna y accesible o la libertad deambulatoria*”.

En este punto, es preciso abrir un paréntesis para comentar brevemente la importancia de la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad<sup>411</sup>, un texto sin valor jurídico pero con una gran fuerza moral cuyo cumplimiento depende de la buena voluntad de los gobernantes locales<sup>412</sup>, que surgió como una llamada de atención dirigida hacia aquellos, y que debe de servir *“como instrumento-guía para ajustar los ordenamientos locales a las nuevas necesidades en materia de protección y garantía de los derechos humanos y, por otra parte, como marco orientador de las políticas públicas en las ciudades”*<sup>413</sup>. Dicha Carta recoge en su articulado una serie de derechos, civiles, sociales y libertades públicas, reivindicando así la indivisibilidad de los derechos fundamentales y poniendo de relieve *“que su reconocimiento y los mecanismos que permiten su aplicación y su protección son todavía insuficientes, muy especialmente en lo que se refiere a los derechos sociales, económicos y culturales”*<sup>414</sup>. Asimismo, y en relación con los derechos de las personas discapacitadas o con movilidad reducida, la Carta reconoce su derecho a una especial asistencia por parte de los responsables locales que deben garantizar que *“Las viviendas, los lugares de trabajo y de ocio deben estar adaptados para ellas. Los transportes públicos deben ser accesibles a todos”*<sup>415</sup>.

---

<sup>411</sup> Extracto de la web del Institut de Drets Humans de Catalunya *“La Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos surgió en 1998, cuando el Ayuntamiento de Barcelona, con motivo del 50 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos organizó la I Conferencia de Ciudades por los Derechos Humanos. De esta primera Conferencia surgió el Compromiso de Barcelona, un texto no articulado donde se constataba la voluntad de algunas ciudades de promover la protección de los derechos humanos en el ámbito local”*.

<sup>412</sup> Desde su aprobación en el año 2000 son 350 ciudades las que se han adherido a la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad.

<sup>413</sup> Extracto de la web del Institut de Drets Humans de Catalunya, en relación con la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad.

<sup>414</sup> Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, párrafo segundo de la exposición de motivos.

<sup>415</sup> Artículo 4, 2º Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad.

Volviendo a la recomendación analizada y pese a que se pudiera pensar que alegar, por parte del Ararteko, el derecho a la ciudad<sup>416</sup>, como derecho emergente pero no vinculante, en relación con el derecho a una vivienda digna proclamado en el art.47 CE no posee ninguna fuerza jurídica, sí que resulta de gran relevancia pues una de las funciones del Ararteko en este caso, es la promoción de los derechos así como la difusión de nuevos derechos emergentes que intentan adecuarse a las nuevas realidades sociales. En cambio, y dada esta postura innovadora en cuanto a difusión de derechos emergentes, el Ararteko podría haber incluido entre sus argumentaciones un inciso en relación con la CSEr pues su art. 15,3 establece las Partes firmantes, respecto de las personas discapacitadas, deben comprometerse *“a promover su plena integración y participación social, en particular, mediante la aplicación de medidas, incluidas las ayudas técnicas, dirigidas a superar las barreras a la comunicación y a la movilidad y a permitirles acceder a los transportes, a la vivienda, y a las actividades culturales y de ocio”* y recordar el deber fundamental del Gobierno español de cumplir con sus obligaciones internacionales, exigiendo su pronta ratificación.

Pese a ser conscientes que este deber de recordar no entra dentro de las competencias específicas de las DDPP, sí puede incluirse en su deber de promoción de los derechos fundamentales, deber proclamado por los Principios de París que incluyen tanto promocionar la armonía entre leyes, reglamentos e instrumentos internacionales, como alentar *“la ratificación de esos instrumentos o la adhesión a ellos y asegurar su aplicación”*<sup>417</sup>, amparándose además en su independencia, de acuerdo con el art. 1, 3 de la Ley 3/1985 del Ararteko, en este caso concreto. Por lo demás, el más difuso o emergente “derecho a la ciudad”, al

---

<sup>416</sup> Véase *“Derecho a la ciudad y desarrollo local”* Juli Ponce Solé en *La protección de los Derechos Humanos por las Defensorías del Pueblo, Actas del I Congreso internacional del PRADPI*, Guillermo Escobar (Editor), Dykinson, 2013.

<sup>417</sup> Punto tercero de las competencias y atribuciones; Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales, Resolución 48/134 de la Asamblea General de 20 de diciembre de 1993, anexo.

ponerlo en conexión con disposiciones obligatorias como el art. 15 de la Carta Social Europea, dotaría de “rostro humano”, de más visibilidad y de mayor efectividad a la protección de las personas con discapacidad bajo la óptica más moderna, como es la de la inclusión y la plena ciudadanía. Desde esta perspectiva, los parámetros internacionales son susceptibles de optimizar las cláusulas y la apuesta garantista de las personas con discapacidad en el ámbito interno<sup>418</sup>.

Siguiendo con los derechos de las personas con escasa movilidad, en concreto su derecho al acceso a espacios y edificios públicos, el Ararteko emitió una resolución<sup>419</sup> en 2012 sobre la accesibilidad al palacio Zulueta, sede de la capitalidad verde europea en el año 2012. Dicha resolución, en consonancia con la recomendación anteriormente comentada, supone otra ocasión perdida para difundir la CSEr. El Ararteko, en el apartado dedicado a las consideraciones, recuerda el deber constitucional, establecido en el art. 96 CE, de cumplimiento de las obligaciones internacionales una vez los tratados o convenios son ratificados; además menciona la extensión del principio de igualdad, recogido en el art. 14 CE, que no se limita a su sentido estricto sino que, en relación con lo establecido en el art. 9, 2 CE, puede extenderse al «*ámbito más amplio de “igualdad en las condiciones de vida”* ». De acuerdo con los Principios de París, citados anteriormente, podría haber añadido una referencia a la necesidad de ratificar la CSEr que, tal y como hemos visto, sí prevé la plena integración de las personas discapacitadas, incluyendo las actividades culturales y de ocio.

---

<sup>418</sup>Este enfoque, de aprovechamiento no sólo de la experiencia constitucional comparada, sino asimismo de los instrumentos internacionales, ha sido puesto de manifiesto por TEROL BECERRA, M.: “Algunas reflexiones sobre los discapacitados”, in *Assistenza, inclusione sociale e Diritti delle persone con disabilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, particularmente pp. 383-387.

<sup>419</sup> Resolución del Ararteko, de 20 de marzo de 2012, por la que se recomienda al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz que adopte las medidas que sean precisas para garantizar un acceso digno y en condiciones de igualdad para todas las personas al Palacio Zulueta, sede de la capitalidad verde europea, *European Green Capital* 2012.



Como venimos incidiendo, las actividades del Ararteko van más allá de la resolución de quejas y la emisión de recomendaciones; tal y como hemos visto con la DP nacional, estas instituciones desarrollan una gran labor de difusión de los derechos fundamentales y el Ararteko sobresale en la promoción de los derechos sociales. Esta labor de pedagogía de los derechos fundamentales, y en particular de los derechos sociales, resulta de enorme importancia. A modo de ejemplo, vale la pena citar uno de los recientes estudios<sup>420</sup> que ha publicado el Ararteko y que tiene relación directa con los derechos sociales: *Los derechos humanos como base de las políticas públicas en tiempos de crisis*<sup>421</sup>, en donde se aborda la necesidad de incluir determinados principios relacionados con el respeto de los derechos fundamentales en la actividad diaria de las administraciones públicas, dada la época de crisis económica y de retroceso en los derechos sociales que atraviesa España. El Ararteko, en su introducción, advierte que “aproximadamente el 55% del trabajo desarrollado por la Defensoría del Pueblo del País Vasco está relacionado con los derechos sociales” y por ello señala, en relación con la reordenación del gasto que se está efectuando en aras de una mayor contención económica y que “es de crítica importancia, sin embargo, que dicha reordenación del gasto se lleve a cabo atendiendo a las necesidades de la ciudadanía, especialmente de las personas que dependen en mayor grado de la solidaridad social, y respetando de forma escrupulosa valores esenciales como la dignidad, la libertad y la igualdad”, ello en sintonía con las corrientes<sup>422</sup> que abogan por la obligatoriedad de la realización progresiva de los derechos sociales y la prohibición de regresividad. E la misma línea, el Ararteko critica la débil justiciabilidad de los derechos sociales en España y pone como ejemplo el Real Decreto-ley

---

<sup>420</sup> Todos los informes y estudios se encuentran disponibles en la página web del Ararteko.

<sup>421</sup> Estudio del Ararteko, junio 2012.

<sup>422</sup> Véase COURTIS, C. (compilador) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Editores del Puerto, 2006.

16/2012<sup>423</sup>, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que además de utilizar la figura del Decreto-ley para regular sobre el derecho a la salud amparándose en su condición de principio rector, es una norma que limita el derecho a la salud de determinados colectivos y que no encontraría justificación de acuerdo con los parámetros establecidos por el Comité DESC que obliga a que el Estado “*pueda demostrar que se justifican plenamente por la referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos disponibles*”<sup>424</sup>. En el mismo informe, y en relación con los servicios sociales, el Ararteko cita la CSE y recuerda que la situación de España, de acuerdo con las Conclusiones XIX-2 de 2009, del CEDS, no es conforme a lo establecido en el art.13, 1 de la CSE tanto por los requisitos como por lo limitado de la ayuda, que no queda garantizada hasta que la situación de necesidad desaparece<sup>425</sup>.

Las Defensorías del Pueblo, mediante estos informes<sup>426</sup> y estudios, difunden los derechos fundamentales y ejercen una pedagogía de los derechos, al fin y al cabo una pedagogía democrática, En efecto, en dichos informes y estudios pueden realizar un desarrollo más extenso y

---

<sup>423</sup> Véase el capítulo III de este trabajo de tesis doctoral.

<sup>424</sup> El estudio del Ararteko cita aquí la Observación General nº3 1990, párrafo 9 y el informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, *Informe sobre la aplicación de la normativa sobre los derechos económicos, sociales y culturales*, doc. ONU: E/2009/90, 8 de junio de 2009, párrafo 15.

<sup>425</sup> Debe resaltarse en este punto, que las mencionadas conclusiones ponen como ejemplo de excepción a dicha situación de no conformidad, en relación con los importes de las ayudas, al País Vasco, que sí son adecuadas a los estándares del CEDS (p.24).

<sup>426</sup> Los informes extraordinarios que los DDPP presentan ante sus respectivas Cortes legislativas son también de suma importancia para conocer en profundidad la situación de un derecho fundamental o de un colectivo específico; en relación con el Ararteko cabe mencionar el informe extraordinario sobre *La aplicación de la Ley de promoción de la Autonomía personal y atención a la dependencia en la CAPV*, de 2011 que realiza un extenso análisis de la repercusión de la norma en el País Vasco y de su gestión; dicho informe resalta la importancia de la perspectiva de género, pues son las mujeres, mayoritariamente, las que se ocupan de sus familiares dependientes y aboga por establecer medidas que tengan en cuenta dicha perspectiva.

de mayor calado que en el marco más estrecho o circunscrito de las resoluciones y recomendaciones<sup>427</sup>.

b) El Defensor del Pueblo de Andalucía<sup>428</sup>

El Defensor del Pueblo andaluz (DPA en adelante), al igual que la institución del Ararteko, se encuentra recogida en el Estatuto de autonomía de Andalucía<sup>429</sup> y fue el primer DP autonómico creado a la luz de la Ley Orgánica 3/1981 del Defensor del Pueblo; en la Exposición de Motivos de la Ley 3/1093, acude a la LO 3/1981 y a la Constitución para encontrar su legitimidad como institución de autogobierno de la Comunidad autónoma de Andalucía.

A pesar de ser una figura análoga a la institución del DP nacional, el DPA cobra especial importancia tras la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía pues se han incorporado a dicha norma numerosos derechos sociales que han ampliado el campo de acción de la Institución. Tal y como se ha dicho en otros apartados y capítulos de este trabajo, el reconocimiento de los derechos sociales en los nuevos EEAA ha comportado un claro avance hacia la consolidación del Estado social, de acuerdo con el art. 1 de nuestra Constitución, superando así la categorización de los derechos sociales como meros principios rectores de la política social y económica, establecida en la CE, que no

---

<sup>427</sup> En materia de derechos sociales, merece la pena destacar la publicación del Ararteko *La actualidad de los derechos sociales*, de 2009, fruto de una jornada organizada por la Universidad del País Vasco y la propia institución del Ararteko en 2008, donde se trataron temas como la renta básica de ciudadanía o los derechos sociales de los nuevos estatutos de autonomía.

<sup>428</sup> De igual forma que el Ararteko, la Defensoría del Pueblo de Andalucía ha sido de gran ayuda, en especial por la amabilidad del Sr. Salvador Zambrano Silva, Jefe del Departamento de Documentación y Biblioteca del Defensor del Pueblo andaluz, que me ha facilitado varias publicaciones relacionadas con los derechos sociales analizadas en el presente capítulo. Sirva esta mención como agradecimiento por su ayuda y, sobre todo, por su labor diaria.

<sup>429</sup> Viene establecido en los arts.41 y 128 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado mediante Ley Orgánica 2/2007 de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

ha hecho sino limitar su efectividad y justiciabilidad. Por ello, el DPA, en su ponencia durante los debates sobre la reforma del EA para Andalucía, insistió en la necesidad de incluir *“un nivel básico, unas condiciones mínimas de vida, lo que constituye la materialización más emblemática del modelo de organización social que hemos adoptado”*<sup>430</sup>; de igual manera, el DPA en su comparecencia, propone una suerte de compromiso respecto de las garantías materiales de los derechos sociales, que vendría recogido en el propio EA, para salvaguardar en un futuro su plena efectividad y garantía<sup>431</sup>. El DPA optó por defender la figura de la institución de la defensoría del pueblo, como garante de los derechos establecidos en el futuro Estatuto de Autonomía y, sobre todo, de los derechos sociales, recordando a los poderes públicos su *“compromiso ineludible [...] y la definición elemental de los contenidos básicos de estos derechos”*<sup>432</sup>. De acuerdo con la comparecencia del DPA, la defensa de los derechos sociales supone el eje de su actividad pues *“es una consecuencia lógica, en primer lugar, de la propia configuración legal de los mismo. Pero, también, del papel determinante que juegan en las sociedades democráticas desarrolladas, en las que la garantía y efectivo disfrute de estos derechos constituye el indicador más relevante de la cohesión social que persiguen”*<sup>433</sup>.

---

<sup>430</sup> Comparecencia del DPA ante el Parlamento de Andalucía, VII Legislatura, sesión nº14 de 6 de marzo de 2006, págs. 62 a 68.

<sup>431</sup> Comparecencia del DPA ante el Parlamento de Andalucía, VII Legislatura, sesión nº14 de 6 de marzo de 2006, pág. 63: *“Disponemos de un sistema sanitario, de un sistema educativo, de un sistema de servicios sociales y de un sistema de pensiones plenamente organizados y consolidados como herramientas garantizadoras de las prestaciones y servicios que derivan de estos derechos básicos. Parece lógico, pues, que en la expresión de su garantía en el Estatuto se aluda y reconozca formalmente a los correspondientes sistemas de protección social como elementos, hoy por hoy, imprescindibles para hacer efectiva y creíble esta declaración estatutaria de reconocimiento de estos derechos, y, sobre todo, de su supervivencia ante futuros e imprecisos sistemas de gestión”*.

<sup>432</sup> Ídem supra.

<sup>433</sup> *“Los derechos sociales: las Defensorías del Pueblo como instrumentos de cohesión social”*, CHAMIZO DE LA RUBIA, J., Defensor del Pueblo Andaluz (en funciones, en el momento de la publicación), en *La protección de los Derechos Humanos por las Defensorías del Pueblo (Actas del I Congreso internacional del PRADPI)*; ESCOBAR ROCA, G. (Editor), Dykinson, 2013.

En la actualidad, la mayor parte de la actividad del DPA<sup>434</sup> se centra en la defensa y garantía de los derechos sociales, pues, además de haberse incluido en el nuevo Estatuto de Autonomía, *“una parte cada vez mayor de la sociedad, aguarda la actuación consecuyente tras la proclamación formal de estos derechos, hasta alcanzar su efectiva regulación y garantía”*<sup>435</sup>. De acuerdo con las estadísticas publicadas por el DPA, de las más de 100.000 quejas presentadas desde el comienzo de la actividad de la Institución, el 78% están relacionadas con derechos sociales; el DPA, ante esta situación, pone de relieve el aumento de la exclusión social en la Comunidad autónoma, cuyo origen *“no es tanto el empobrecimiento derivado directamente de factores económicos –sustancialmente del factor empleo–, cuanto el deterioro que se está produciendo en los niveles de inclusión social como consecuencia de la progresiva destrucción de todo el andamiaje social, público y privado, que sustentaba las políticas de cohesión e inclusión”*<sup>436</sup>, siendo aún más preocupante que durante el último año<sup>437</sup> las quejas se hayan centrado en situaciones provocadas por la crisis económica.

Efectivamente, el DPA, en su presentación del Informe anual de 2012 ante el Parlamento andaluz, citado en este apartado, podría haber hecho alusión a la necesidad perentoria de ratificar la CSEr pues su art.30 establece, como compromiso de las Partes, el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión, un derecho que adquiere en la actualidad una relevancia acentuada, debido a las vulneraciones de derechos sociales que se están llevando a cabo en aras de la política de austeridad y de las medidas de reajuste económico, en los Estados

---

<sup>434</sup> Resaltar en este punto que el DPA, además de los sistemas habituales de presentación de quejas, sugerencias y preguntas, dispone de un servicio de videoconferencia, previa cita, para poder contactar con él de forma más directa y cercana.

<sup>435</sup> Ídem supra.

<sup>436</sup> Ídem supra.

<sup>437</sup> De acuerdo con el Informe Anual del Defensor del Pueblo Andaluz correspondiente a la gestión realizada por dicha Institución durante el año 2012 (BOPA nº200, de 11 de abril de 2013).

miembros de la Unión Europea y, especialmente, en España<sup>438</sup>. Pese a que las Comunidades autónomas no posean competencias en materia de relaciones internacionales<sup>439</sup>, el DPA debería haber mencionado la asunción por parte del Estatuto de Autonomía de los derechos contenidos en la CSE, de acuerdo con lo establecido en el art.9 del EA andaluz<sup>440</sup>, y su necesaria actualización mediante la ratificación de la CSEr, simplemente haciendo uso de su labor promocional de los derechos humanos.

En relación con las resoluciones y recomendaciones del DPA, estas se han centrado en los últimos años en la promoción y garantía de los derechos sociales, teniendo en cuenta, como ya se ha dicho, el periodo de ajustes económicos que atraviesa España. Buena parte de esos ajustes se han concentrado en las políticas sociales y, sobre todo, en las ayudas a la dependencia establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia<sup>441</sup> cuyo objetivo principal es *“atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía”*<sup>442</sup>.

---

<sup>438</sup> El Instituto Nacional de Estadística, en sus cifras provisionales para 2012, alerta de una tasa de riesgo de pobreza del 21,1% de la población española.

<sup>439</sup> Art. 149, 1, 3º CE.

<sup>440</sup> Artículo 9 del Estatuto de Autonomía para Andalucía: 1. Todas las personas en Andalucía gozan como mínimo de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás instrumentos europeos e internacionales de protección de los mismos ratificados por España, en particular en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea.

2. La Comunidad Autónoma garantiza el pleno respeto a las minorías que residan en su territorio.

<sup>441</sup> BOE nº 299 de 15 de diciembre de 2006.

<sup>442</sup> Exposición de motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, párrafo primero.

Muestra de esto último son las 655 quejas sobre asuntos sociales y dependencia, a instancia de parte y de oficio, que el DPA ha tenido que estudiar y resolver, de un total de 7.239 presentadas durante el año 2012<sup>443</sup>. En una de sus últimas resoluciones<sup>444</sup> en relación con el tema de las ayudas a la dependencia, el DPA realiza un pormenorizado análisis de la evolución en el tiempo de la normativa estatal en materia de dependencia, resaltando las dificultades que existen en la actualidad para garantizar las prestaciones que se derivan de la norma, tanto por la falta de recursos de las administraciones implicadas como por la lentitud en la gestión de las ayudas<sup>445</sup>. Como solución a esta situación, el DPA considera que las Administraciones competentes, en este caso la autonómica, deberían tomar determinadas medidas, entre ellas arbitrar un mecanismo de pago para hacer frente a las deudas acumuladas por el sistema de dependencia pues la deuda *“derivada fundamentalmente de los retrasos acumulados en el abono de los efectos retroactivos de las prestaciones económicas previstas en el artículo 18 de la Ley, [...] va incrementándose conforme se incorporan nuevos incumplimientos de los plazos anuales de pago previstos inicialmente”*<sup>446</sup>.

La resolución comentada, sin desmerecer su construcción argumentativa ni la fundamentación apoyada en datos estadísticos, carece de una base legislativa que podría resultar de gran ayuda a la hora de dotar de mayor fuerza lo establecido en el texto del DPA; es decir, se podría haber mencionado, entre otras, la CSE y su art. 13 que reconoce el derecho a la asistencia social y médica y, de forma

---

<sup>443</sup> Datos extraídos del Informe Anual del Defensor del Pueblo Andaluz correspondiente a la gestión realizada por dicha Institución durante el año 2012, anexo de datos estadísticos, pág. 1062.

<sup>444</sup> Resolución del Defensor del Pueblo Andaluz formulada en la queja 13/2501 dirigida a Consejería de Salud y Bienestar Social. Relativa a la denuncia de la situación de paralización de la Ley de la Dependencia y Propuestas para la defensa del Sistema de la Dependencia y para garantizar los derechos de las personas dependientes; 16 de abril de 2013.

<sup>445</sup> El DPA subraya en su Resolución que “el dato más significativo a estos efectos es el porcentaje de personas atendidas por la Ley de dependencia en Andalucía que representa casi un 25% del total de las personas beneficiaria del sistema en España”

<sup>446</sup> Ídem supra.

específica el derecho “a disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar”<sup>447</sup>.

Por otra parte, debe resaltarse la labor del DPA de difusión de los derechos sociales a través de sus informes extraordinarios que realizan una doble labor: llamar la atención sobre situaciones concretas y difundir la importancia del respeto y garantía de los derechos fundamentales. En relación con el tema de la dependencia, el DPA en su informe “*La atención a las personas mayores dependientes en Andalucía*”<sup>448</sup>, sí que incorpora referencias a la normativa internacional sobre dicha materia y, curiosamente, indica que «en relación con la dependencia de las personas mayores, el propio Consejo de Europa reconoció el derecho fundamental a la protección de las personas dependientes, un derecho fundamental de los ciudadanos incorporado a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (solemnemente proclamada en Lisboa en diciembre de 2007<sup>449</sup>) “la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los Servicios Sociales que garantice una protección en casos de dependencia”»; posiblemente el DPA haya llamado la atención en su Informe sobre la incorporación, de forma indirecta, de la CSEr en nuestro ordenamiento a través del reconocimiento del derecho fundamental a la protección de las personas dependientes en la CDFUE, pues dicho derecho viene reconocido en el art. 23 CSEr, en relación con las personas mayores, así como en los arts. 11, 14 y 15, sobre el derecho a la protección a la

---

<sup>447</sup> Art. 13, 3 CSE. El texto de dicho precepto no ha variado con las reformas introducidas por la CSEr de 1996.

<sup>448</sup> Informe especial al Parlamento, diciembre 2007.

<sup>449</sup> Nótese que la fecha del Informe especial es de diciembre de 2007, cuando aún la CDFUE no había entrado en vigor en España (Ley Orgánica 1/2008 de 30 de julio por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa) y no adquirió la misma fuerza que los Tratados de la UE hasta el 1 de diciembre de 2009, cuando entraron en vigor las reformas del Tratado de Lisboa.



salud, el derecho de acceso a los servicios sociales y los derechos de las personas minusválidas<sup>450</sup>.

En relación con otro tema, como es la situación de las personas carentes de vivienda, los llamados *sin techo*, el DPA publicó un informe en 2006, donde expone la gravedad de las condiciones en las cuales viven estas personas, "*ciudadanos/as que claramente manifiestan la desprotección de derechos que consideran básicos, y ello se debe al debilitamiento del sistema de protección social existente y del que resultan arrojados y desprotegidos de sus derechos, lo que les sitúa en condiciones de vulnerabilidad social y pérdida de su dignidad*"<sup>451</sup>. Dicha situación, podría haber recordado el DPA a la Cámara legislativa andaluza, tendería a suavizarse con la ratificación de la CSEr y, sobre todo, de sus artículos 30 y 31, que garantizan la protección contra la exclusión social y la pobreza y el derecho a la vivienda, derechos básicos de garantía de la dignidad de la persona.

Es menester señalar, a modo de conclusión del presente apartado, que volvemos a encontrar mayor audacia argumentativa en los Informes especiales de los DP, donde parece que el titular de la Institución en cuestión siente mayor libertad a la hora de citar normas internacionales que puedan reforzar sus planteamientos y recomendaciones. En materia de derechos sociales, la referencia a la normativa internacional ratificada por España sobre la materia, cobra especial relevancia pues, como es sabido, la regulación constitucional de dichos derechos no garantiza su plena efectividad en un nivel aceptable.

---

<sup>450</sup> SALVADOR MANERO, A. "*El Consejo de Europa y las personas dependientes*" in *La protección internacional de las personas dependientes* (vv.aa.), Ediciones del Boletín Oficial del Estado, 2007.

<sup>451</sup> Informe especial al Parlamento *Vivir en la calle: la situación de las personas sin techo en Andalucía*. Diciembre 2007.

## 2. Breve comentario a la desaparición de algunas Defensorías del Pueblo

Resulta una obviedad afirmar que la actual crisis económica ha traído consigo una merma de los derechos fundamentales y, especialmente, de los derechos sociales, tal y como ha podido verse en este mismo capítulo. A ello debe añadirse la desaparición de las garantías de dichos derechos. Concretamente, durante los años 2012 y 2013, tres Defensorías del Pueblo han sido suprimidas, las correspondientes a las Comunidades autónomas de Castilla-La Mancha, Murcia<sup>452</sup> y el Principado de Asturias<sup>453</sup>.

En relación con la Defensoría del Pueblo de Castilla-La Mancha, la ponente de la Comisión de Asuntos Generales sobre el Proyecto de Ley de supresión del Defensor del Pueblo<sup>454</sup> afirmó, como base principal de sus argumentos para la supresión de dicha institución, que *“El contexto económico en el que nos encontramos ahora mismo hace imprescindible tomar medidas de contención del gasto para garantizar con ello los servicios sociales básicos y arrancar, de esta manera, el motor del desarrollo económico de esta región”*<sup>455</sup> y la inexistencia de razones *“que avalen la postura de querer mantener esta institución duplicada al existir una Defensoría del Pueblo estatal que, además, puede conocer y resolver todas las consultas y todas las quejas de los ciudadanos porque el Defensor del Pueblo nacional no tiene limitadas*

---

<sup>452</sup> Art. 68 de la Ley de la Comunidad Autónoma de la región de Murcia 14/2012, de 27 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de reordenación del sector público regional; BOE nº45 de 21 de febrero de 2013.

<sup>453</sup> Artículo único de la ley del Principado de Asturias 2/2013, de 21 de junio, de supresión del Procurador General, Boletín Oficial del Principado de Asturias, nº151 de 1 de julio de 2013.

<sup>454</sup> Cortes de Castilla-La Mancha, diario de sesiones nº8, VIII Legislatura, año 2011.

<sup>455</sup> Ponente Dña. María José Agudo Calvo.

*sus competencias de control de las Administraciones pudiendo actuar sobre la Administración Local, Autonómica y Nacional, algo que no ocurre con el Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha que solo puede supervisar la labor de las Administraciones locales y de las Administraciones autonómica en aquellas materias que tengan competencias estatutarias”.*

Su ponencia insiste en estos dos ejes argumentales, sobre todo en el económico, para terminar abogando por la supresión de la Institución que, finalmente, desapareció mediante la aprobación de la Ley 12/2011, de 3 de noviembre<sup>456</sup>. Tras haber analizado la función que tienen las Defensorías del Pueblo autonómicas, estos argumentos, manidos hasta la saciedad en la actualidad, pierden toda su consistencia por varias razones. La primera es el debido reconocimiento al hecho autonómico, establecido en nuestra Constitución, que debe garantizarse mediante el establecimiento de las instituciones de autogobierno necesarias para el desarrollo de las Comunidades autónomas; en segundo lugar, las DDPP autonómicas juegan un papel muy relevante en la protección no solo de los derechos fundamentales establecidos en el Título I CE, sino también en los respectivos Estatutos de autonomía. Si bien es cierto que el DP nacional puede proteger y garantizar los derechos fundamentales reconocidos en la normativa autonómica y vigilar la actividad de sus administraciones, las DDPP regionales tienen una clara ventaja, y es la proximidad<sup>457</sup> a sus ciudadanos, un factor relevante a la hora de elegir la institución a la cual se dirigirá el interesado a presentar su queja o reclamación. Por último, siempre resulta un agravio para el Estado social y democrático de derecho la supresión de medios de defensa y garantía de los derechos

---

<sup>456</sup> BOE nº61, de 12 de marzo de 2012.

<sup>457</sup> “*las Defensorías e instituciones análogas propician una garantía cercana a la ciudadanía que frecuentemente apunta a la satisfacción de los derechos sociales de personas vulnerables*” JIMENA QUESADA, L. “*La sinergia con las Defensorías del pueblo e instituciones análogas: Experiencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)*” in *La protección de los derechos humanos por las Defensorías del Pueblo. Actas del I Congreso internacional del PRADPI*; Dykinson 2013.

fundamentales, y máxime cuando son los derechos sociales los afectados; de hecho la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa resaltó *“la importancia de la institución del ombudsman en los sistemas nacionales de protección de los derechos humanos y su promoción de la primacía de la Ley, así como su papel de garante de la correcta actuación de la administración”*<sup>458</sup>.

En relación con la supresión del Defensor del Pueblo de Murcia, incluida en una ley de reforma de los servicios públicos, las razones son exactamente las mismas, es decir *“las exigencias de la política económica actual”* por lo que las críticas antes referidas pueden aplicarse igualmente.

Con idéntico proceder, el Principado de Asturias, en junio de 2013 aprobó la ley que elimina la figura del Procurador General argumentando que *“la actual coyuntura política exige de todos los poderes públicos las necesarias modificaciones en orden a lograr una dimensión adecuada, razonable y ajustada de sus estructuras”*<sup>459</sup>, basándose de nuevo en la duplicidad de funciones, en relación con el DP nacional, y en la consecuente necesidad de evitarla para reducir el supuesto coste que de ella se desprende, omitiendo la importancia ya comentada de las Defensorías del Pueblo autonómicas.

Con este brevísimo comentario, simplemente se ha pretendido poner de manifiesto el peligro que entraña para nuestro Estado social y democrático de derecho, los razonamientos de índole económica sobre los que se están basando las actuales políticas sociales, que están incrementando la fragilidad de los derechos sociales y sus garantías, pues *“el prevalente discurso exclusiva y excluyentemente económico-*

---

<sup>458</sup> Recommendation 1651 (2003), Parliamentary Assembly, Council of Europe.

<sup>459</sup> Punto tercero del Preámbulo de la ley del Principado de Asturias 2/2013, de 21 de junio.

*político acaba empobreciendo el lenguaje jurídico y la cultura de defensa de los derechos humanos*<sup>460</sup>.

---

<sup>460</sup> JIMENA QUESADA, L. “*La inclusión y la cohesión sociales: Una visión en clave de efectividad de derechos humanos*”, in *Los derechos sociales en tiempos de crisis*. II Jornadas del Ararteko sobre políticas públicas, Vitoria Gasteiz, 2012.



## **CAPÍTULO VI. EL CONTROL EFECTUADO POR EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES CON RESPECTO DE ESPAÑA**

El presente capítulo pretende realizar una aproximación al procedimiento de garantía de los derechos sociales establecidos en la CSE por parte del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS en adelante) en relación con España. Dividido en tres partes, su aproximación se realiza desde un punto de vista subjetivo (las categorías de personas o grupos vulnerables que pueden verse beneficiados por la CSE), y desde un punto de vista objetivo, es decir, la forma en que se han regulado dichos derechos en España, tanto los relacionados con el entorno laboral como aquellos de carácter más prestacional, y el control del CEDS respecto de estos derechos. En todo caso, y dada la actualidad del tema, el análisis de los derechos del marco laboral se centrará en el art. 4 CSE (derecho a una remuneración equitativa) por ser uno de los más problemáticos en España, teniendo en cuenta la situación de crisis económica que ha traído consigo una merma importante de los salarios. Con carácter previo, y a modo de contextualizar el contenido del presente capítulo, se desarrollará brevemente el sistema de informes del CEDS.

Antes de comenzar el desarrollo de este capítulo, es preciso realizar algunas puntualizaciones sobre la importancia que tuvo la elaboración de la CSE en 1961 con objeto de comprender mejor el alcance de la concertación social internacional. La voluntad del Consejo de Europa desde un principio ha quedado establecida en sus objetivos principales que son la defensa de los derechos humanos, los principios democráticos y la preeminencia del Derecho, la promoción de los valores culturales europeos, la búsqueda de soluciones a los problemas

comunes de la sociedad y el refuerzo de la estabilidad democrática mediante reformas constitucionales y legislativas. Estos cuatro objetivos son la base fundamental sobre la cual vio la luz el Convenio Europeo de Derechos Humanos y, más tarde, la CSE que “*vino a hacer realidad el principio de indivisibilidad (interdependencia e igual importancia) de todos los derechos humanos*”<sup>461</sup>.

A pesar de que el CEDH contenía ciertos derechos de contenido social, como la prohibición del trabajo forzado<sup>462</sup>, el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos<sup>463</sup> o el derecho a la educación<sup>464</sup>, el principio de indivisibilidad de los derechos humanos hacía necesaria la creación de una norma específica donde se recogieran los derechos sociales. Asimismo, en relación con el principio de indivisibilidad de los derechos, debe especificarse que su base fundamental se encuentra en el reconocimiento y garantía de la dignidad del ser humano, nexo común de los derechos civiles, las libertades públicas y los derechos sociales; este vínculo común puede desprenderse de la Declaración de Filadelfia cuando establece que “*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*”<sup>465</sup>.

---

<sup>461</sup> JIMENA QUESADA, L. *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de reclamaciones colectivas Vol.I: 1998 – 2005)*, “*Estudio preliminar: importancia y alcance de la jurisprudencia del CEDS para España*” (pág.24), Tirant Monografías, 2007.

<sup>462</sup> CEDH Artículo 4, prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado.

<sup>463</sup> CEDH Artículo 11, libertad de reunión y de asociación.

<sup>464</sup> Protocolo adicional al CEDH, artículo 2, derecho a la educación; 20 de marzo de 1952.

<sup>465</sup> Apartado II, letra a) de la Declaración de Filadelfia. Durante la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, celebrada en Filadelfia en 1944, se acordaron los fines y objetivos de la organización, estableciendo que “*el trabajo no es una mercancía, [que] la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante,[que] la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos y [que] 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 y de seguridad económica y en igualdad de oportunidades*”. La Declaración de Filadelfia fue incorporada como anexo a la Constitución de la O.I.T. en 1946. Asimismo, puede añadirse que, aparte del principio de indivisibilidad, puede deducirse de la Declaración un esbozo de la prohibición de irregresividad de los derechos sociales cuando establece que “*cualquier política y medida de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y*



Igualmente, el principio de indivisibilidad puede desprenderse de la propia actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en concreto desde la sentencia recaída en el caso Airey contra Irlanda<sup>466</sup>, donde el TEDH afirmó que “*pese a que el Convenio establece derechos civiles y políticos, muchos de ellos poseen implicaciones de naturaleza económica y social*”<sup>467</sup>, en relación con el art. 6 del CEDH que establece el derecho a un proceso equitativo y que tiene implicaciones claramente económicas, derivadas de los gastos que supone el inicio de actuaciones judiciales. Otro de las garantías contenidas en el CEDH con implicaciones sociales es la prohibición de la tortura; pese a parecer, a primera vista, un derecho netamente civil<sup>468</sup>, relacionado con el derecho a la vida establecido en el art.2 CEDH, el TEDH, en su sentencia recaída en el caso D. contra Reino Unido<sup>469</sup>, puso de manifiesto su contenido social, en relación con el art. 3 del CEDH que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes. En dicho pronunciamiento, el TEDH determinó que el riesgo de no recibir determinados tratamientos médicos por parte de un paciente en la fase terminal de su enfermedad, debido a su posible expulsión del Reino Unido, podía

---

*financiero, deben juzgarse desde este punto de vista y aceptarse solamente cuando favorezcan, y no entorpezcan, el cumplimiento de este objetivo fundamental”, en relación con la garantía del bienestar material y el desarrollo espiritual.*

<sup>466</sup> Demanda 6289/73; sentencia de fecha 9 de octubre de 1979.

<sup>467</sup> Caso Airey contra Irlanda, Fundamentos de derecho, §26 “*the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature*”. Esta afirmación del TEDH se hizo en relación con el art. 6 del CEDH en un caso originado tras la imposibilidad de la demandante, la Sra. Airey, de obtener el divorcio de su marido al ser imposible hacer frente a los gastos derivados de una defensa profesional por parte de un abogado. Pese a que, de acuerdo con lo alegado por Irlanda, la demandante tenía garantizado el acceso a los tribunales, pues podía representarse a ella misma, el TEDH determinó que dicha defensa no se ajustaría a lo establecido en el art. 6 del CEDH, pues las especificidades legales del procedimiento de divorcio hacían imposible que una persona como la demandante, desconocedora de los tecnicismos jurídicos, pudiera obtener un proceso equitativo.

<sup>468</sup> Véase la sentencia recaída en el asunto Irlanda contra Reino Unido de 18 de enero de 1978 (demanda 5310/71) como paradigma de un caso de torturas y tratos inhumanos y degradantes.

<sup>469</sup> Demanda 30240/96; sentencia de 2 de mayo de 1997.

constituir un trato inhumano y degradante<sup>470</sup> y, por lo tanto, la conculcación de lo establecido en el art. 3 del CEDH.

Por lo tanto, y habiéndose establecido el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, resultaba necesaria la elaboración de una normativa específica relativa a todos los derechos sociales, y no solo a los derivados de las relaciones laborales. La CSE de 1961 surgió de esa necesidad, la de dotar con una regulación específica la garantía de los derechos sociales; asimismo se estableció, en un principio, un único<sup>471</sup> procedimiento de garantía de dichos derechos mediante un sistema de informes supervisado, en la actualidad, por el Comité Europeo de Derechos Sociales.

#### 1. El sistema de informes del CEDS: breve descripción del procedimiento

Antes de comenzar con el desarrollo de esta primera parte del capítulo, resulta necesario realizar algunas puntualizaciones. El CEDS posee dos procedimientos de garantía de los derechos reconocidos por la CSE<sup>472</sup>: el procedimiento de informes y el procedimiento de reclamaciones colectivas. En el plano sustancial, España únicamente tiene ratificada la CSE de 1961, así como el Protocolo adicional a la CSE de 1988<sup>473</sup>, por

---

<sup>470</sup> Asunto D. Contra Reino Unido, sentencia de 7 de mayo de 1997, fundamentos de derecho §53: *"In view of these exceptional circumstances and bearing in mind the critical stage now reached in the applicant's fatal illness, the implementation of the decision to remove him to St Kitts would amount to inhuman treatment by the respondent State in violation of Article 3 (art. 3)."*

<sup>471</sup> Con la entrada en vigor de la CSEr y el Protocolo adicional estableciendo el procedimiento de reclamaciones colectivas, la CSE y la CSEr han visto reforzadas sus garantías.

<sup>472</sup> Teniendo en cuenta el Protocolo adicional a la CSE de 1995 que introdujo el sistema de reclamaciones colectivas.

<sup>473</sup> Instrumento de ratificación de 7 de enero de 2000, BOE nº 99 de 25 de abril, corrección de errores BOE nº220, de 13 de septiembre.

lo que preferentemente nos referiremos al procedimiento de informes sobre los derechos que han sido objeto de aceptación por nuestro país. Ello no obstante, y de forma transversal, el contenido de la CSEr y del Protocolo estableciendo un sistema de reclamaciones colectivas serán tratados, como eje argumental de la necesidad y procedencia de su ratificación en el capítulo VIII y, sobre todo y hasta tanto ese momento llegue, porque la interpretación del CEDS elaborada en el marco de dicho procedimiento de reclamaciones resulta extensible y vinculante para España con respecto a los derechos aceptados por nuestro país; teniendo en cuenta, además, la actual situación económica que ha dado lugar a un empobrecimiento o precarización de los derechos sociales pese a que estos “*son la esencia y la finalidad de un Estado democrático*”<sup>474</sup>.

Además, el sistema de informes únicamente se centra en las disposiciones de la CSE que el Estado ha aceptado, siendo un sistema “*a la carta*”, quedando a la voluntad de los Estados los preceptos que aceptan o no<sup>475</sup>. En el caso español, se aceptó la totalidad de lo dispuesto en la CSE, así como el mencionado Protocolo adicional de 1988, lo que obliga a España a presentar informes cada año<sup>476</sup>, sobre la aplicación a nivel interno de lo establecido en la CSE, de acuerdo con

---

<sup>474</sup> BIURRUN, G. “*La insoportable brevedad de los derechos sociales*” (pág. 142), in *Los derechos sociales en tiempos de crisis*; Ararteko, 2012.

<sup>475</sup> De acuerdo con el art. 20 de la CSE, los Estados están obligados a “*considerar la Parte I [...] como una declaración de objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados*” y a aceptar, de la Parta II, al menos cinco de los siete artículos siguientes: artículos 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19. Esta segunda parte de la CSE se conoce como “*núcleo duro*”; del resto de los artículos, la CSE establece que el Estado deberá obligarse por al menos 10 de ellos o 45 párrafos.

<sup>476</sup> Hasta 2007 la presentación de informes se realizaba cada dos años.

la división por bloques temáticos<sup>477</sup> que decidió el Comité de Ministros del Consejo de Europa en mayo de 2006<sup>478</sup>.

A continuación, los Estados deben remitir los informes a las organizaciones de empleadores y trabajadores, que estén afiliadas a sus homónimos internacionales, para que realicen las observaciones que estimen oportunas; las observaciones, en caso de que así fuera solicitado por las mencionadas organizaciones, serán remitidas a su vez al Secretario General del Consejo de Europa<sup>479</sup>. Una vez recibidos los informes, estos son enjuiciados por un Comité de Expertos, el Comité Europeo de Derechos Sociales<sup>480</sup>, regulado en el art.24 de la CSE y compuesto en la actualidad por 15 miembros<sup>481</sup>. El examen del CEDS no se limita únicamente a determinar la adecuación, o no, de lo expresado en el informe del Estado con los parámetros establecidos en la CSE, sino que va más allá *“puesto que los exámenes de situación efectuados por el Comité no tratan sólo sobre los textos constitucionales, legislativos o reglamentarios vigentes en los Estados concernidos, sino también sobre las prácticas”*<sup>482</sup>.

---

<sup>477</sup> Cada año España, así como el resto de Estados que no han aceptado el protocolo de reclamaciones colectivas, presentan un informe relativo a los bloques de empleo, formación e igualdad de oportunidades (Bloque I), salud, Seguridad Social y protección social (Bloque II), derechos laborales (Bloque III) y menores, familia y personas migrantes (Bloque IV).

<sup>478</sup> Decision of the Committee of Ministers of the Council of Europe about the European Social Charter, Governmental Committee of the European Social Charter, New system for the presentation of reports on the application of the European Social Charter, Proposal of the Governmental Committee (CM(2006)53); 963<sup>rd</sup> meeting, 3 may 2006.

<sup>479</sup> Art. 23 CSE.

<sup>480</sup> Esta denominación fue adoptada en 1998.

<sup>481</sup> De acuerdo con la reforma del Protocolo 142 de enmienda a la CSE, el art.25.1 establece que el Comité de expertos Independientes estará compuesto por, al menos, 9 miembros. A pesar de que dicha reforma no ha entrado aún en vigor, todos los preceptos sí son aplicables, a excepción de lo dispuesto en relación con la elección de los miembros del CEDS por la Asamblea parlamentaria del CdE (véase art. 25, 1º de la Parte IV, de acuerdo con la redacción dada por el Protocolo de Turín de 1991); asimismo, en la 751ª reunión del Comité de Ministros del CdE, celebrada del 2 al 7 de mayo de 2001, se decidió la nueva composición del CEDS, pasando a ser quince los miembros.

<sup>482</sup> BELORGEY, J.M. *“La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”*, Revista de Derechos Político, nº70, 2007. La puntualización realizada es en relación con el sistema de reclamaciones colectivas, sin embargo se puede hacer extensible al sistema de informes, pues el

Las conclusiones del CEDS, una vez elaboradas, pasan al Comité Gubernamental, órgano que redacta, a su vez, otro documento, desde un punto de vista exclusivamente económico y político, y que remitirá, junto a dichas conclusiones, al Comité de Ministros del CdE. El Comité gubernamental, de hecho, “*prepara las decisiones del Comité de Ministros, seleccionando las situaciones que deberían ser objeto de Recomendaciones*”<sup>483</sup>, dejando de lado el ámbito jurídico, cubierto por el CEDS<sup>484</sup>.

Tras este trámite, es el Comité de Ministros el encargado de adoptar una Resolución y de emitir Recomendaciones a los Estados “*cuyas legislaciones y prácticas nacionales han sido puestas en duda en cuanto a su conformidad con las disposiciones de la Carta*”<sup>485</sup>. En efecto, este último escalón, ocupado por el Comité de Ministros, órgano político del CdE, puede ser uno de los factores negativos del procedimiento de informes, debido al propio carácter del órgano, pues está compuesto por los representantes de los gobiernos de los Estados miembros del CdE y ello puede provocar el riesgo de que lo político se superponga a lo estrictamente jurídico.

De todos modos, el sistema de supervisión de la ejecución de las conclusiones del CEDS (lo mismo que de sus decisiones adoptadas en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas) por el Comité de Ministros es similar al de supervisión de las sentencias del TEDH. En este sentido, más allá de la mayor o menor voluntad política del Comité de Ministros, lo fundamental es que los operadores jurídicos internos apliquen en el ámbito nacional las conclusiones y decisiones del CEDS y las sentencias del TEDH.

---

CEDS no solo analiza la legislación, sino que tiene en cuenta la aplicación práctica de esta.

<sup>483</sup> JIMENA QUESADA, L. “*La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España*” (págs. 137-190) in *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*; Tirant lo Blanch y Universitat de València, 2004.

<sup>484</sup> Ídem supra, pág. 159.

<sup>485</sup> Ídem supra.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en este procedimiento, la actitud de los Estados frente a la actividad supervisora del CEDS y el mayor o menor cumplimiento, por parte de estos, de sus obligaciones con la CSE. Los informes estatales deben presentarse antes de cada treinta y uno de octubre y exponer la situación de la legislación y prácticas que, en materia de derechos sociales, está llevando a cabo el Estado en cuestión. En síntesis, el Estado trata de demostrar que está cumpliendo lo establecido en la CSE y que ha corregido los errores, las situaciones de no conformidad con la CSE, observados en las anteriores conclusiones relativas al mismo bloque temático.

En lo que nos concierne España presentó su informe relativo al ciclo de control de 2013, el pasado mes de octubre de 2012, exponiendo los avances legislativos y las medidas prácticas adoptadas en relación con los artículos 3, 11, 12, 13 y 14 de la CSE y el artículo 4 del Protocolo de 1988, es decir con los preceptos que regulan la protección de la seguridad e higiene en el trabajo, la protección de la salud, el derecho a la Seguridad Social, la asistencia social y médica y el derecho a la protección social de las personas mayores. El informe abarca un periodo de tres años, desde 2008 a 2011, extremadamente complicados en lo referente a los ámbitos protegidos en los derechos mencionados anteriormente.

El año 2008 se considera como el inicio *oficial* de la crisis económica, cuya principal “víctima” ha sido el Estado social. No obstante, si hacemos abstracción de esa situación económica y analizamos el informe presentado por España, la perspectiva que se nos ofrece es completamente distinta a la que en estos momentos se está viviendo en la práctica. Un ejemplo de esta *realidad paralela* presentada por el Gobierno de España ante el CEDS, es el análisis del RDL 16/2012 y del DL 1192/2012<sup>486</sup> pues no se menciona en ningún momento que, debido

---

<sup>486</sup> Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo

a la entrada en vigor de estos dos textos, los extranjeros en situación irregular empadronados han quedado fuera del Sistema Nacional de Salud y únicamente pueden acceder a los cuidados médicos de urgencia al haber perdido su condición de asegurados por no tener residencia legal en nuestro país. Además, ambas normas han traído un caos asistencial en las Comunidades autónomas, pues algunas de ellas siguen atendiendo a los extranjeros de terceros Estados en situación irregular y otras aplican a rajatabla lo establecido en las normas gubernamentales.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ya ha tenido la oportunidad de emitir un auto<sup>487</sup> sobre el RDL 16/2012 a raíz de un conflicto positivo de competencias interpuesto por el Gobierno de la nación frente al 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. Dicho Decreto mantenía las prestaciones sanitarias que venían recibiendo los extranjeros en situación irregular en el País Vasco, suspendiendo lo establecido en el RDL. El Gobierno vasco alegó que las medidas dispuestas por el Estado, sobre todo en relación con el acceso a la asistencia sanitaria, pondrían en serio peligro la salud de los extranjeros afectados, lo que a su vez redundaría negativamente en la salud de la población en general, y por ello se había decretado la suspensión del RDL. Además, y dejando de lado criterios estrictamente sanitarios, los servicios jurídicos del Gobierno vasco afirmaban que *“frente al interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud, se encuentra el interés público de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE”*. Afirmaba adicionalmente la representación procesal del Gobierno autonómico

---

a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, BOE nº 186, de 4 de agosto de 2012.

<sup>487</sup> Auto 239/2012 de 12 de diciembre resolviendo el conflicto positivo de competencia 4540-2012, interpuesto el 20 de julio de 2012 por el Gobierno de España.

que el art. 43 CE establece el derecho a la salud entre los principios rectores de la política social y económica, así como el deber de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios sanitarios. Añaden, además, que el decreto vasco impugnado propugna la universalización de la asistencia sanitaria, como *expresión del derecho a la protección de la salud que se vincula con la garantía de la dignidad de la persona*, de modo que *“la protección de la salud es una tarea que un estado social de derecho no puede descuidar por su ligazón con los derechos humanos a la vida y a la integridad física”*<sup>488</sup>.

En estas condiciones, el pronunciamiento del TC avaló los argumentos del Gobierno vasco y resulta de enorme interés lo expresado por el Alto tribunal en su fundamento núm. 5, pues afirma que *“Si, además del mandato constitucional, se tiene en cuenta, como ya lo ha hecho este Tribunal, la vinculación entre el principio rector del art. 43 CE y el art. 15 CE que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, en el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos asunto VO c. Francia de 8 de julio de 2004), resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles”*. Tanto el pronunciamiento del Alto Tribunal, como las medidas tomadas por algunas Comunidades autónomas, en relación con el derecho a recibir prestaciones sanitarias por parte de los extranjeros en situación irregular, demuestran que, en la actualidad, el panorama sanitario español es caótico, provocando en el supuesto beneficiario un estado de inseguridad al desconocer si está asegurado o no pues debe lidiar con la desinformación existente en los centros sanitarios y con la ignorancia de los trabajadores de dichos centros, dependientes de las instrucciones de los gestores, que resultan a veces confusas y contradictorias.

---

<sup>488</sup> Párrafo 4 de los antecedentes, auto 239/2012 de 12 de diciembre.



Retomando el informe presentado por España ante el CEDS, puede constatarse que estos problemas han sido obviados en la información que se ha proporcionado al Comité; podría argumentarse en su defensa, que el informe no debía rendir cuentas, esta vez, en relación con el art. 19 CSE, que desarrolla los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias; sin embargo este razonamiento queda invalidado pues, al tratar el RDL 16/2012 y el DL 1192/2012, se especifica que las medidas establecidas en dichas normas pretenden, entre otros objetivos, “*hacer efectiva la igualdad de trato entre los ciudadanos comunitarios europeos y los nacionales, en lo relativo a las prestaciones derivadas de la acción protectora de la Seguridad social, sobre todo en lo que respecta a la atención sanitaria*”<sup>489</sup>, olvidando, por lo tanto, lo referente a los extranjeros no comunitarios, o estableciendo, quizás, una jerarquización de categorías de extranjeros, a todas luces discriminatoria.

Otro de los puntos del informe que llama la atención es la mención al índice de pobreza de España, incluido en el Anexo III<sup>490</sup>. El Gobierno de España expone, con datos que abarcan un periodo de tres años, de 2008 a 2010, que el nivel de pobreza y riesgo de exclusión social en España ha aumentado tres puntos, siendo en 2010 un 26,1% y preveía un incremento de 1,2% para 2011, de acuerdo con los datos provisionales aportados por el Instituto Nacional de Estadística. Estos datos, que deberían ser preocupantes, son detallados en el informe sin el mínimo atisbo de alarma por parte del Gobierno y, lo que resulta aún

---

<sup>489</sup> 25º Informe nacional sobre la aplicación de la CSE de 1961, presentado por el Gobierno de España, pág. 55: « *Le Décret-loi Royal 16/2012, relatif aux mesures urgentes visant à assurer la durabilité du Système National de Santé et à améliorer la qualité et la sécurité de ses prestations, adopte une série de mesures parmi lesquelles figurent celles visant à rendre effective l'égalité de traitement entre les citoyens communautaires européens et les nationaux concernant les prestations qui découlent de l'action protectrice de la Sécurité Sociale, notamment les soins de santé* » (traducción de la autora).

<sup>490</sup> Se toma como referencia el indicador europeo AROPE (*At risk of Poverty and/or Exclusion*) y que agrupa tres factores: la tasa de riesgo de pobreza, la privación material severa y la intensidad de trabajo por hogar. En relación con España, se ha observado un serio incremento de los tres factores de riesgo.

más grave, sin exponer medida alguna para paliar estas situaciones que atentan contra la dignidad humana; simplemente achacan a la crisis económica, el aumento de la pobreza, sin más. Habrá que esperar a las Conclusiones del CEDS y a su valoración de la actual situación del Estado social en España; seguramente, si España hubiese ratificado la CSEr, y en particular el art.30, el CEDS no encontraría conforme la situación actual con lo establecido en la Carta revisada.

Una vez analizado, de forma sucinta, el sistema de informes ante el CEDS y los obstáculos que este encuentra ante informes que no aportan suficientes datos o que obvian algunos, es preciso abordar la actividad del Comité en relación con España, tanto desde un punto de vista subjetivo, de los colectivos de personas amparados por los derechos establecidos en la CSE, como desde el ángulo de los derechos reconocidos y de las regulaciones aplicadas en nuestro país.

## 2. Con relación a personas y categorías vulnerables de personas

En este apartado se analiza, básicamente, la situación de determinados colectivos de personas que por su naturaleza o por alguna situación sobrevenida, quedan dentro del grupo calificado como vulnerable, situándose en una posición desventajosa frente a sus conciudadanos<sup>491</sup>. Dicha posición desventajosa no solo se define desde una aproximación meramente económica; la desventaja parte, en primer lugar, de la dificultad, o incluso imposibilidad de ejercer y hacer valer los derechos fundamentales que, como personas, ostentan. Además, las desventajas sociales, la falta de recursos en general,

---

<sup>491</sup> Para una aproximación más detallada y profunda sobre la protección de los derechos de los colectivos de personas vulnerables, véase PRESNO LINERA, M.A. (Coord.) *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, PROCURA, nº3. Ed. Procuradora General del Principado de Asturias, 2013.

abocan de forma inexorable a una violación de la dignidad de la persona. Por lo tanto, no se va a abordar en este apartado únicamente la problemática de los colectivos vulnerables por razones económicas, pues se pretende romper con esa imagen del excluido social por falta de recursos económicos; existen muchas más personas que, por diversas razones, discapacidad, edad, situación administrativa, se enfrentan al resto de la sociedad y a las instituciones públicas, desde una posición inferior, imposibilitando, a veces, su plena incorporación como ciudadano. La imagen de la vulnerabilidad es variada por lo que *«no hay un numerus clausus de grupos vulnerables, ni lo puede haber. Las circunstancias pueden hacer que surjan incluso nuevos (como los llamados “refugiados ambientales”)*»<sup>492</sup>.

Como se viene reiterando, España atraviesa, en la actualidad, una situación económica complicada, por no decir crítica, que ha provocado una merma, incluso un vaciamiento, del Estado social propugnado en nuestra Constitución. Los derechos sociales están sufriendo uno de sus peores momentos, viendo rebajados su contenido y sus garantías. La tasa de riesgo de pobreza se ha incrementado exponencialmente, y ello ha empeorado en estos últimos años pues los ajustes económicos han afectado, en primer lugar, a los recursos y prestaciones sociales.

En síntesis, se aborda en este apartado el control del CEDS, en relación con España y con determinados colectivos vulnerables, es decir, qué plan de acción o estrategia se ha llevado a cabo en España para proteger y garantizar la dignidad de ciertos grupos de personas desfavorecidas y cómo lo ha tratado el CEDS en su actividad de control del cumplimiento de la CSE.

---

<sup>492</sup> SANZ CABALLERO, S. (editora) presentación de la obra conjunta *Colectivos vulnerables y derechos humanos. Perspectiva internacional*; Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

## 2.1 Personas extranjeras.

En primer lugar, debe realizarse una puntualización respecto del ámbito subjetivo de la CSE, en relación con los extranjeros. La norma del CdE, en su anexo, especifica que *“las personas a que se refieren los artículos 1 al 17 sólo comprenden a los extranjeros que, siendo súbditos de otras partes contratantes, residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la parte contratante interesada, entendiéndose que los artículos precitados se interpretarán a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19”* y añade a continuación que los Estados contratantes podrán aplicar dicha reglas a otras personas, se entiende que extranjeros originarios de terceros Estados y residentes en el país de acogida<sup>493</sup>. Por lo tanto, la CSE se aplicará al resto de extranjeros, si el Estado parte así lo decide; tal y como se ha dicho anteriormente, la CSE es una norma *de minimis*, por lo que sus disposiciones pueden mejorarse, tanto en el ámbito objetivo como en el subjetivo lo cual, por lo demás, es coherente con el art. 32 CSE (art. H de la CSEr).

Una vez realizada esta puntualización, cabe determinar el concepto de extranjero en la legislación española y comentar brevemente su status jurídico. Actualmente se encuentra en vigor la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>494</sup> (a la que nos referiremos como Ley de extranjería<sup>495</sup>), una norma que ha sufrido diversas reformas tanto en sede legislativa como a través de las resoluciones del Tribunal Constitucional. De ello se desprende que el tema de los derechos

---

<sup>493</sup> La cuestión sobre los extranjeros en situación administrativa irregular se tratará en este mismo apartado.

<sup>494</sup> En su redacción dada por las leyes orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, 14/2003, de 20 de noviembre, 2/2009, de 11 de diciembre, 10/2011, de 27 de julio, Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril y por la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 2013.

<sup>495</sup> Dicha denominación se ha elegido por meros motivos prácticos, a pesar de ser incorrecta, pues parece primar los aspectos de regulación de los flujos migratorios, cuando realmente establece derechos fundamentales, eso sí con mayor o menor acierto en lo referente a la protección de los derechos fundamentales.

fundamentales de los extranjeros es un asunto polémico en España. De acuerdo con la Ley de extranjería, se considerará extranjero a toda persona que carezca de la nacionalidad española, según lo dispuesto en su art.1.1; respecto de los extranjeros comunitarios, la norma especifica que se regirán por sus normas particulares y por la Ley orgánica, en los aspectos más favorables.

Respecto del status jurídico del extranjero, la Constitución española, en su art.13, establece que *“los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”*; por lo tanto, en principio, los extranjeros quedan asimilados a los ciudadanos españoles, siempre de acuerdo con lo dispuesto en dichas normas. Sin embargo, la regulación de los derechos de los extranjeros no llegó hasta 1985, cuando entró en vigor la Ley Orgánica 7/1985<sup>496</sup>, de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros. Antes de la promulgación de dicha norma, el TC ya se había pronunciado a este respecto en la sentencia 107/1984, una resolución de suma importancia para la regulación de los derechos de los extranjeros pues determinó, por primera vez, que estos poseían determinados derechos inherentes a la dignidad de la persona, de acuerdo con lo establecido en el art.10.1 CE; así expresaba el Alto tribunal que *“los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal. Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehúye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son*

---

<sup>496</sup> BOE núm.158, de 3 de julio de 1985; vigente hasta el 1 de febrero de 2000.

*imprescindibles para la garantía de la dignidad humana*<sup>497</sup>, esto en relación con el derecho a la vida, la integridad física y psíquica, la libertad ideológica o la intimidad, sin que quepa un trato diferenciado entre los extranjeros y los españoles.

La dignidad de la persona es la base de cualquier regulación de derechos fundamentales y *“la característica propia e inseparable de toda persona en virtud de su racionalidad – independientemente del momento y por encima de las circunstancias en que se desenvuelva su vida – que se materializa en la realización, desarrollo y perfección de la propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes*<sup>498</sup>; y ello a pesar de que el legislador lo haya olvidado en algún momento y haya sido el TC el órgano que ha corregido las desviaciones legislativas en relación con los derechos fundamentales, teniendo en cuenta además el desarrollo del fenómeno migratorio en España<sup>499</sup>. De hecho, el caso más reciente, y en relación directa con los derechos sociales, se encuentra reflejado en las sentencias del TC 236/2007<sup>500</sup> y 259/2007<sup>501</sup> recaídas sobre los recursos de inconstitucionalidad presentados contra la LO 4/2000 reformada por la LO 8/2000 sobre los derechos y libertades de los extranjeros<sup>502</sup>. La temprana reforma de la LO 4/2000, apenas unos meses después de su entrada en vigor, trajo consigo una importante, y grave, disminución de los derechos fundamentales de los que podían gozar no sólo los extranjeros en situación regular, sino también los que

---

<sup>497</sup> Fundamento jurídico 3, sentencia del TC 107/1984, de 23 de noviembre; BOE núm. 305 de 21 de diciembre de 1984.

<sup>498</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, M.A. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996.

<sup>499</sup> En relación con la actividad jurisdiccional del TC y la regulación de los derechos fundamentales de los extranjeros, véase TERRÁDEZ SALOM, D. *“La importancia de la interacción entre normativa y jurisprudencia en el diseño del estatus jurídico del extranjero”* Revista CEF Legal, núm.106, noviembre 2009.

<sup>500</sup> Sentencia del TC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, BOE núm.295 de 10 de diciembre de 2007.

<sup>501</sup> Sentencia del TC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007, BOE núm.19 de 22 de enero de 2008.

<sup>502</sup> Ley Orgánica 8/2000, 22 diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; BOE núm.307 de 23 diciembre.

no ostentaban una autorización para residir y trabajar, siendo estos últimos los más perjudicados, pues se condicionaron a la posesión de autorización de residencia y trabajo el ejercicio del derecho de huelga, sindicación o asociación, entre otros<sup>503</sup>.

Dicha reforma provocó que determinadas instituciones, tanto estatales como autonómicas, presentaran recurso de inconstitucionalidad<sup>504</sup> contra la reforma de la LO 4/2000, pues el legislador dispuso de determinados derechos sociales que en la CE se encuentran reconocidos a todas las personas, sin distinción alguna. Básicamente, el TC acogió la inconstitucionalidad de la redacción dada por la LO 8/2000 a los derechos mencionados anteriormente, al relacionar su disfrute con la garantía de la dignidad de la persona, de acuerdo con la interpretación dada por los tratados y convenios internacionales siguiendo el mandato del art.10, 2 CE; a modo de ejemplo, puede mencionarse el Fundamento jurídico 6 de la STC 236/2007, en relación con el derecho de reunión, en donde el TC afirma que *“la definición constitucional del derecho de reunión realizada por nuestra jurisprudencia, y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre. [...] El legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona,*

---

<sup>503</sup> Debemos realizar en este punto una referencia al artículo publicado en la Revista de Derecho Migratorio y Extranjería núm.1, 2002, por SAGARRA TRÍAS, E. *“Un nuevo “status” de extranjero en España (el inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)”* donde se describe la situación que creó la reforma de la L.O. 4/2000 (tanto la 8/2000 como las posteriores), dando lugar a absurdos jurídicos y concibiendo un nuevo concepto de excluido social.

<sup>504</sup> Son varias las resoluciones emitidas por el TC durante el 2007 en relación con los recursos de inconstitucionalidad contra la reforma de la LO 4/2000, si bien, por todas, únicamente se comentarán las mencionadas en el texto principal.

*independientemente de la situación en que se encuentre*". Consiguientemente, se enlazan aquí el concepto de dignidad de la persona y el contenido mínimo de los derechos, algo que el legislador no puede modelar sin limitaciones, para otorgar el derecho de reunión, en este caso, a los extranjeros en situación irregular.

Respecto del derecho de huelga, la STC 259/2007 estableció su vinculación el derecho de sindicación y que es un derecho fundamental de defensa de los intereses de los trabajadores, independientemente de su situación jurídica, *"entre los que puede encontrarse la consecución de la plena regularidad de su situación administrativa. De ahí que no resulte absurdo, como alega el Abogado del Estado, reconocer este concreto derecho a los extranjeros no autorizados administrativamente para trabajar en España, quienes pueden ejercerlo para la defensa de sus intereses, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma"*<sup>505</sup>.

Esta breve aproximación a la legislación desarrollada en España en materia de extranjería y de los derechos fundamentales de los extranjeros pretende mostrar la dificultad que ha entrañado siempre la regulación de estos asuntos, muy sometidos a los vaivenes políticos y poco dada a dotar a las personas migrantes de un catálogo de derechos fundamentales que garantice su dignidad, independientemente de su situación administrativa. Y dicha dificultad queda reflejada en los obstáculos que ha encontrado el CEDS para determinar si España cumple con las exigencias derivadas del art.19 CSE<sup>506</sup>, y que a continuación se analizan.

---

<sup>505</sup> Fundamento jurídico 7 STC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007.

<sup>506</sup> El art.19 CSE es uno de los más extensos de la Carta, pues abarca numerosos compromisos que deben adoptar los Estados en relación con las diferentes situaciones de necesidad en las que se pueden encontrar el trabajador migrante y su familia. Así establece la necesidad de informar sobre las oportunidades que ofrece el país de acogida, el trato no menos favorable de los trabajadores migrantes respecto de los originarios del país en materia de salario, derecho a sindicarse, alojamiento, impuestos, acceso a la justicia, entre otros.



La primera decisión de no conformidad con lo establecido en el art.19 CSE, puede encontrarse en las conclusiones presentadas al primer informe de España<sup>507</sup>, en relación con la normativa sobre entrada, permanencia y salida de los extranjeros, condiciones reguladas por el Decreto 522/1974 y exactamente, con la expulsión de extranjeros. El CEDS entendió que las causas de expulsión de los extranjeros establecidas en dicho Decreto eran más numerosas que las detalladas en la CSE<sup>508</sup>, pues se consideraban causas de expulsión, además de la comisión de delitos o tener antecedentes penales, la existencia de una decisión judicial o disposición legislativa que así lo determinara así como la “*forma de vida, actividades que desarrollan, [o] conductas que observen*”<sup>509</sup>, causas imprecisas y lo suficientemente vagas como para dar cabida a expulsiones arbitrarias. La conclusión sobre la no conformidad de la disposición nacional con la CSE podría achacarse no solo a los motivos que pudieran dar lugar a la expulsión<sup>510</sup>, sino también al carácter preconstitucional de la norma, y por lo tanto no adaptado a los estándares de derechos humanos contenidos en la Constitución; sin embargo, tras la promulgación de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros, la conclusión del CEDS respecto de las causas de expulsión de los extranjeros fue, de nuevo, la no conformidad con lo establecido en la CSE, pues se incluían como causas de expulsión<sup>511</sup> la práctica de la mendicidad o las actividades

---

<sup>507</sup> CEDS, Conclusiones VIII de 31 de octubre de 1984.

<sup>508</sup> Art.19, 8 CSE: Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia en el territorio de cualquier otra parte contratante, las partes contratantes se comprometen: 8) *A garantizar a dichos trabajadores, cuando residan legalmente dentro de su territorio, que no podrán ser expulsados, excepto si amenazaren la seguridad del Estado o atentaren contra el orden público o las buenas costumbres.*

<sup>509</sup> Art. 29 Decreto 522/1974, de 14 de febrero, BOE núm.50 de 37 de febrero de 1974

<sup>510</sup> En estas primeras conclusiones del CEDS respecto de España, al analizar las causas de expulsión establecidas en el Decreto 522/1974, el Comité introdujo ya una referencia a la jurisprudencia (referencia de carácter general) para afirmar que los motivos de la norma española superaban los adoptados por la CSE.

<sup>511</sup> Art. 26: Los extranjeros podrán ser expulsados de España, por resolución del director de la seguridad del estado, cuando incurran en alguno de los supuestos siguientes: a) Encontrase ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prorrogación de estancia o, en su caso, de permiso de residencia, cuando fueren exigibles. b) No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con

contrarias a los intereses de España que pudieran perjudicar sus relaciones con otros países e, incluso, el estar trabajando sin autorización para ello, aunque dispusiera de permiso de residencia: el CEDS concluyó la no conformidad por no constituir dicha circunstancia una amenaza contra la seguridad del Estado, atentado contra el orden público o las buenas costumbres, de acuerdo con lo dispuesto en el art.19, 8 CSE.

Tras la promulgación de la nueva Ley orgánica 4/2000 en su redacción dada por la Ley orgánica 8/2000, la situación de no conformidad respecto de lo establecido en el art.19, 8 CSE no cambió, a pesar de haberse establecido otras causas para proceder al trámite de expulsión<sup>512</sup>. El CEDS observó asimismo que España no había aclarado si con respecto a un extranjero, que hubiera cometido tres delitos y llevado a cabo actividades contrarias al orden público, durante la tramitación de su expulsión era posible tener en cuenta el comportamiento global de la persona y su integración durante la tramitación de su expulsión<sup>513</sup>.

Ante esta falta de información, el CEDS reiteró su solicitud de información en ese sentido. Resulta habitual encontrarse en numerosas conclusiones del CEDS, no solo respecto de España, requerimientos del Comité a los Estados, de mayor información e

---

permiso de residencia válido. c) Estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países. d) Haber sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados. e) Incurrir en demora u ocultación dolosas o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior, las circunstancias relativas a su situación, de acuerdo con el artículo 14. f) Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales.

<sup>512</sup> Conclusiones XVII-1 - Tomo 2 de 28 de febrero de 2005.

<sup>513</sup> Conclusiones XVII-1 : *“Le Comité a également relevé qu’un travailleur migrant peut être expulsé lorsqu’il mène ou participe à des actions contraires à l’ordre public et lorsqu’il s’est rendu coupable de trois infractions pénales graves de même nature, et a demandé si la décision d’expulsion tient compte du comportement global de la personne concernée ainsi que de la nature et de l’importance de son intégration. Faute de réponse, il renouvelle sa question”*.

incluso incidir de nuevo en aspectos que no se han aclarado en anteriores informes, por lo que la labor del CEDS se ve seriamente obstaculizada al no disponer de los suficientes datos para establecer su decisión. Esta situación podría ser un reflejo de la debilidad del sistema de informes debido a la falta de voluntad de los Estados, por una parte, y por otra, a la carencia, por parte del CEDS, de un verdadero poder compulsivo que pudiera obligar a las partes contratantes a facilitar la información necesaria para realizar su trabajo de forma adecuada. Obviamente, esa problemática es análoga en lo que atañe a la ejecución de todos los compromisos internacionales en el ámbito doméstico.

El derecho a la reagrupación familiar, establecido en el art. 19, 6 CSE, y su regulación en España, también ha sido motivo de no conformidad en las conclusiones del CEDS. Tanto en las conclusiones XVII-1, de febrero de 2005, como en las XVIII-1, de octubre de 2006, el CEDS estimó que la no inclusión de los hijos de extranjeros, cuyas edades estuvieran comprendidas entre los 18 y 21 años, entre los familiares reagrupables, era contrario a lo establecido en el anexo a la Carta, que entiende por “familia del trabajador” tanto el cónyuge como los hijos menores de 21 años. La decisión de no conformidad se dará de nuevo, previsiblemente, en las próximas conclusiones que emita el CEDS pues la legislación en vigor sigue determinando la edad máxima de 18 años para que los hijos sean considerados como familiares reagrupables<sup>514</sup>.

---

<sup>514</sup> Véase el art. 17, 1 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Asimismo, el CEDS observó que no quedaba asimismo probada la posibilidad, en la práctica, de reagrupar a los menores de 21 años, insistiendo en su decisión de no conformidad: “*Le gouvernement n’a pas établi que, bien que la loi ne reconnaisse ce droit que jusqu’à l’âge de 18 ans, les enfants de travailleurs migrants entre 18 et 21 ans bénéficient de ce droit en pratique. Il considère par conséquent qu’ils sont exclus du champ d’application du droit au regroupement familial*” Conclusiones XVII-1 - Tomo 2, de 28 de febrero de 2005.

Otro de los puntos por los que se ha decidido la no conformidad de la legislación española en materia de reagrupación familiar con lo dispuesto en la CSE, es en lo referente a las condiciones que debe reunir el residente extranjero a la hora de solicitar dicho trámite; así se exige en la normativa española que disponga de medios suficientes para cubrir las necesidades de sus familiares, no incluyendo en esos medios las ayudas sociales de que disponga. El CEDS estima que excluir las ayudas sociales<sup>515</sup> del cómputo de los medios no es compatible con el art.19, 6 CSE, pues impide que se lleve a cabo la reagrupación familiar, teniendo en cuenta que los beneficios sociales son ayudas legalmente establecidas, reconocidas a las personas que cumplen los correspondientes requisitos; por lo tanto, ante la posibilidad de que un extranjero vea denegada su solicitud de reagrupación familiar por falta de recursos provenientes exclusivamente de una relación laboral, o de cualquier otra fuente que no sea la asistencia social, el CEDS entiende que no se corresponde con lo establecido en el art. 19, 6 CSE<sup>516</sup>.

Por último, cabe mencionar que otro de los puntos discordantes y que concluyen con una decisión de no conformidad por parte del CEDS, es el tratamiento de los extranjeros que trabajan por cuenta propia. Pese a que el Comité admite, de acuerdo con la información proporcionada por España, que los extranjeros que trabajan por cuenta propia y cuenta

---

<sup>515</sup> La exclusión de las ayudas sociales del cómputo de los medios suficientes para poder efectuar la reagrupación familiar viene dispuesta en el art. 7, 1 c) de la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar, DOUE de 3 de octubre de 2003, serie L 251. Este es un ejemplo claro de los caminos paralelos, y pocas veces convergentes, que recorren el Consejo de Europa y la Unión Europea en materia de inmigración y de reconocimiento de derechos fundamentales a este colectivo de personas.

<sup>516</sup> Conclusiones XIX-4 (2011), de enero 2012, en relación con el art. 19,6 CSE: “*The Committee considers that migrant workers who have sufficient income to provide for the members of their families should not be denied the right to family reunion because of the origin of such income, where its origin is not unlawful or immoral and where they have a right to the granted benefit. On this basis, it considers that the situation in Spain is incompatible with Article 19.6 of the 1961 Charter because the exclusion of social welfare benefits from the calculation of the worker’s income is likely to hinder family reunion rather than facilitate it*”.

ajena se encuentran en situación de igualdad de trato, así como entre estos y los trabajadores nacionales, el CEDS estima que, si existen situaciones de no conformidad en los párrafos 1 a 9 del art.19 CSE, se entiende que también se da la no conformidad respecto del art.19, 10, pues este dispone la extensión “*de las medidas de protección y asistencia previstas en el presente artículo a los trabajadores migrantes que trabajen por cuenta propia en cuanto las mismas les sean aplicables*”. Por lo tanto, el Comité asegura así que las medidas contempladas en el mencionado precepto se apliquen todas por igual, reconociendo un estatus jurídico al extranjero y unas garantías específicas en todos los ámbitos que afecten a su vida y permanencia en el Estado de acogida.

De acuerdo con lo visto hasta ahora, y a modo de recapitulación de este apartado, la CSE únicamente resulta aplicable en principio a los extranjeros en situación de regularidad; si bien, el CEDS, salvando lo dispuesto por la letra de la CSE, ha reconocido que determinados derechos, por estar ligados a la dignidad de la persona, deben ser garantizados a todas las personas con independencia de su situación administrativa pues “*la dignidad humana representa el valor fundamental que se encuentra en el corazón del Derecho europeo positivo en materia de derechos humanos – tanto si se trata de la Carta Social Europea como si se trata del Convenio Europeo de Derechos Humanos*”<sup>517</sup>. La realidad muestra que una proporción bastante numerosa de personas migrantes no ha alcanzado o ha perdido dicha regularidad administrativa. Esta situación los coloca al margen del sistema, abocándolos a la exclusión social, por lo que su situación, desde la perspectiva del CEDS que, recordemos, ha subrayado que la CSE es un instrumento vivo, se analizará en el último apartado del presente capítulo.

---

<sup>517</sup> CEDS Apartado 31 de la Decisión de fondo de fecha 7 de septiembre de 2004 sobre la reclamación nº14/2003, caso Federación internacional de ligas de derechos humanos contra Francia.

## 2.2 Infancia.

Los derechos de los niños no fueron tomados en cuenta, léase reconocidos, hasta el comienzo del siglo XX, cuando aparecen las primeras Declaraciones estableciendo derechos fundamentales específicos para los menores. En 1924 se adopta la Declaración de Derechos del Niño<sup>518</sup> que proclamaba, más que derechos de los niños, obligaciones de los adultos frente a estos. El cumplimiento de dichas obligaciones, como garantizar un desarrollo físico y espiritual de los niños, asegurar su alimentación o su acogimiento en caso de orfandad, era responsabilidad de los adultos, lo que queda patente a la vista de la redacción dada a los cinco puntos de la Declaración, que expresan los deberes que poseen los adultos frente a los niños. No fue hasta 1959, cuando se proclamó una verdadera Declaración de Derechos del Niño<sup>519</sup>, tomando en consideración, tal y como establece el Preámbulo, su falta de madurez física y psíquica que lo convierte en un ser dependiente, por lo que necesita una especial protección. Por lo tanto, dicha dependencia, que los sitúa en una situación de extrema vulnerabilidad, hace que los niños conformen un grupo de especial protección, de ahí que se haya incluido su estudio en este trabajo. Son muy numerosos los textos internacionales que se han dedicado en exclusiva a regular los derechos de los niños<sup>520</sup>, pero dado el ámbito de estudio del presente trabajo, únicamente se comentarán las aportaciones realizadas por el CEDS y la adecuación de la normativa española a lo establecido en la CSE.

---

<sup>518</sup> Proclamada por la Sociedad de Naciones en su V Asamblea, el 24 de septiembre de 1924.

<sup>519</sup> Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

<sup>520</sup> Para una recopilación sobre la normativa, tanto internacional como nacional, sobre los derechos del niño, véase el dossier nº 16, correspondiente a los meses de enero a abril de 2003, del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. No se ha publicado una versión más actualizada.

El art.7 de la CSE<sup>521</sup> (derecho de los niños y adolescentes a protección) regula en sus diez puntos cuestiones como la edad mínima para trabajar, la limitación de la jornada laboral, el reconocimiento de un salario equitativo de los menores y aprendices y la protección frente a los peligros derivados de la actividad laboral, entre otras. Básicamente se centra en las situaciones derivadas del trabajo, frente a las que los menores de edad deben ser protegidos. Asimismo, el art. 17 (derechos de las madres y los niños a una protección social y económica), de forma más breve, establece la necesidad de aplicar medidas y crear instituciones apropiadas que garanticen la debida asistencia social y económica<sup>522</sup> de este colectivo de personas. Asimismo, la CSE recoge derechos que son aplicables a los niños, no como sujetos principales del derecho pero sí incluidos en el ámbito de la familia, como el art. 8 (derechos de las trabajadoras a protección), el art. 16 (derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica) o el art. 19 (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia). Además, resulta de obligada mención el art. 11 (derecho a la protección de la salud) que por su íntima conexión con la dignidad humana y el derecho a la vida, obviamente, también es de aplicación a los menores de edad.

En España, de acuerdo con el Estatuto de los trabajadores (en adelante ET), existe una prohibición general para trabajar, en cualquier tipo de actividad, para los menores de 16 años, con la excepción de la participación de dichos menores en espectáculos públicos, que debe

---

<sup>521</sup> El presente punto se centra en el análisis de las Conclusiones del CEDS en relación con el art. 7 CSE.

<sup>522</sup> El art. 17 fue modificado por la CSEr y debidamente actualizado. Este precepto establece el derecho de los niños y adolescentes a la protección social y económica, desglosando dicha protección en medidas más precisas y adaptadas a la actualidad, como el derecho de los niños y adolescentes a recibir educación, cuidado y asistencia, con una especial consideración de los niños en situación de desamparo e incluye, además, una mención a los progenitores como sujetos obligados a proveer dicha asistencia y cuidados. Resulta pues notorio que el mencionado precepto posee un carácter más garantista, tanto por la precisión de su redacción como por los derechos incluidos, así como por su mejor adaptación a la realidad actual.

ser previamente autorizada por la autoridad laboral<sup>523</sup>. Además se han establecido condiciones especiales relativas al trabajo de los menores en cuanto al tiempo de trabajo, el descanso semanal o la jornada laboral continuada<sup>524</sup>. La regulación del trabajo de los menores, y las mencionadas prohibiciones y condiciones especiales, ya constaban en la primera redacción del ET, lo que supuso, tal y como se avanzaba en el capítulo I de este trabajo, una asunción previa de los compromisos contenidos en la CSE.

Ahora bien, en las últimas conclusiones del CEDS sobre la situación en España<sup>525</sup>, relativas al art. 7 de la CSE, el Comité ha insistido en la necesidad de conocer los procedimientos llevados a cabo por la Inspección de trabajo a la hora de comprobar que el art. 6 del ET se cumple de forma efectiva. Ello se debe a que el Comité no solo controla la adecuación legislativa a los parámetros de la CSE, sino también la efectiva aplicación de esta; por lo tanto, de acuerdo con la jurisprudencia del CEDS, se considera que *“la correcta aplicación del art.7 no puede darse únicamente a través de su desarrollo legislativo, si su efectiva aplicación no se somete a un control”*<sup>526</sup>. Ante las situaciones, más frecuentes de lo deseable, de falta de información, el CEDS pospone su decisión sobre la conformidad o no del Estado en cuestión hasta que dicha información le sea proporcionada, lo que ha ocurrido en relación con el art. 7,1 CSE y su correcta aplicación por parte del Estado español.

---

<sup>523</sup> Véase art. 6 del Estatuto de los trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). La autorización deberá constar por escrito y para actos determinados.

<sup>524</sup> Queda prohibida la realización de horas extraordinarias, los trabajos nocturnos así como toda actividad laboral que sea insalubre, penosa, nociva o peligrosa.

<sup>525</sup> Conclusiones XIX-4 (2011), de enero 2012.

<sup>526</sup> Reclamación 1/1998 Commission Internationale de Juristes c. Portugal, de 9 de septiembre de 1999, párrafo 32 : *« Enfin, le Comité rappelle que l'objet et le but de la Charte, instrument de protection des Droits de l'Homme, consiste à protéger des droits non pas théoriques mais effectifs. A cet égard, il considère que l'application satisfaisante de l'article 7 ne peut être atteinte par le seul effet de la législation si l'application de celle-ci n'est pas effective et rigoureusement contrôlée (voir, par exemple, Conclusions XIII-3, p. 292 et 295). Il estime que l'inspection du travail a un rôle déterminant à jouer pour l'application effective de l'article 7 de la Charte »*.



En relación también con el art.7, que en el punto cinco dispone que se reconozca “*el derecho de los menores y los aprendices a un salario equitativo o, en su caso, otra retribución adecuada*”, el CEDS ha reiterado en varias ocasiones que la situación de España no es conforme con la CSE. Tanto en las conclusiones XIX-4<sup>527</sup> y XVII-2<sup>528</sup>, el CEDS estimó que ni la remuneración de la actividad laboral de los jóvenes ni las prestaciones otorgadas a los trabajadores en prácticas, eran suficientes de acuerdo con los estándares de la CSE<sup>529</sup>. El carácter equitativo del salario se fija en relación con el umbral de pobreza, lo que significa que el salario mínimo, o el salario de los jóvenes en este caso, deben ser suficientes para vivir por encima de dicho umbral.

De acuerdo con una reciente decisión del CEDS<sup>530</sup>, es aceptable que, dadas la situación económica de un estado y teniendo en cuenta que los jóvenes no deben subvenir a las cargas familiares y económicas del resto de trabajadores, los sueldos puedan sufrir una minoración, no obstante lo cual dicha reducción no podrá situarse por debajo del umbral de pobreza del país en cuestión<sup>531</sup> o, lo que es lo mismo, el

---

<sup>527</sup> Correspondientes al periodo transcurrido entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2009.

<sup>528</sup> Correspondientes al periodo transcurrido entre el 1 de enero de 1999 y el 31 de diciembre de 2002.

<sup>529</sup> El CEDS no solo ha encontrado la situación de España como no conforme respecto del salario de los jóvenes, sino que tampoco ha otorgado la conformidad en relación con el salario mínimo interprofesional, pues en las últimas conclusiones referentes al art. 4 CSE, el Comité seguía insistiendo en la insuficiencia del SMI, pese a que el Gobierno español había aumentado la suma: “*le Comité considère qu'en dépit de la hausse du salaire minimum, la situation demeure inchangée : le niveau du salaire minimum reste très faible est n'est dont pas équitable*”. (Conclusiones XIX-3, para el periodo del 1 de enero de 2005 al 31 de diciembre de 2008).

<sup>530</sup> Reclamación n° 66/2011, Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce, de 23 de mayo de 2012.

<sup>531</sup> Reclamación n°66/2011, §60: “*D'un point de vue général, le Comité considère qu'il est possible de payer un salaire minimum moins élevé aux jeunes dans certaines circonstances (par exemple lorsqu'ils suivent une formation d'apprentissage ou sont engagés dans une formation professionnelle). Une telle réduction du salaire minimum peut favoriser l'accès des jeunes travailleurs au marché du travail et peut également être justifiée par une tendance statistique selon laquelle ils encourent en moyenne moins de dépenses que d'autres catégories de travailleurs en ce qui concerne le logement, le soutien familial et les autres coûts de la vie. Cependant, une telle*

salario siempre deberá garantizar el disfrute de una vida digna. La situación de no conformidad de España respecto del art.7, 1 CSE puede no variar en un futuro pues, si se adoptan las recomendaciones del Banco de España, podrían crearse puestos de trabajo donde no quedara garantizado el sueldo mínimo interprofesional, planteado desde dicha institución como *“una restricción para grupos específicos de trabajadores con mayores dificultades para su empleabilidad”*<sup>532</sup>. En relación con el salario mínimo interprofesional y el derecho a una remuneración equitativa y que garantice el disfrute de una vida digna, se volverá de forma más detallada en el siguiente apartado de este capítulo.

Siguiendo con las situaciones de no conformidad respecto de España, de acuerdo con las Conclusiones XIX-4, el CEDS resolvió que el art.7, 10 CSE (especial protección contra los peligros físicos y morales) no se respeta adecuadamente, en relación con los riesgos que suponen el acceso a las nuevas tecnologías por parte de los menores, la explotación sexual de estos o incluso otros riesgos, como la trata de menores con el objetivo de traficar con sus órganos. La situación de no conformidad deriva, de nuevo, de la ausencia de información por parte del Gobierno español, que no aporta ningún dato que indique la adopción de medidas efectivas para luchar contra dichos peligros. Asimismo, y en relación con el Plan Estratégico nacional de Infancia y Adolescencia 2006-2009, el CEDS afirma que deberían establecerse objetivos más concretos y dotar presupuestariamente, y suficientemente, las medidas que en dicho documento se

---

*réduction du salaire minimum ne doit pas aller en deçà du seuil de pauvreté du pays concerné”.*

<sup>532</sup> Informe anual del Banco de España, año 2012 (pág.34). Dicha institución propone, además, que *“cabría explorar la posibilidad de establecer nuevas fórmulas que permitieran, en casos especiales, la desviación temporal respecto a las condiciones establecidas en la negociación colectiva”*, yendo más allá de lo establecido en el art. 82. 3 del Estatuto de los trabajadores, pues dicho precepto únicamente prevé la inaplicación del convenio colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que exista acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y haya habido un periodo de consulta previo.

establecen<sup>533</sup>. Por último, el Comité estima que la situación de España no es conforme al art. 7, 10 CSE pues no queda demostrado que España haya elaborado medidas legislativas que protejan a los menores frente a la pornografía infantil.

Sin embargo, no todas han sido declaraciones de no conformidad respecto del art. 7 CSE. En las Conclusiones XIX-4, el CEDS se congratula de la modificación efectuada por España del Código Civil en relación con los castigos corporales. El Comité, en 2005, advirtió al Estado español que el Código Civil contenía un precepto donde se permitía a los progenitores corregir a sus hijos de forma razonable y moderada<sup>534</sup> y que no era conforme a lo establecido en la CSE. La Ley 54/2007, de Adopción internacional<sup>535</sup> reformó el precepto de la norma civil, eliminando lo relativo a la posibilidad de corregir a los menores de un modo incompatible con la CSE<sup>536</sup>.

A modo de conclusión de este segundo punto, puede observarse de nuevo la falta de voluntad, a la hora de facilitar la información necesaria en los informes presentados por España, y las situaciones de no conformidad que se repiten en cada periodo analizado, lo que redundará en la percepción de los derechos sociales, como derechos de segunda categoría, y en el vaciamiento progresivo del Estado social, acelerado por una lacerante crisis económica.

---

<sup>533</sup> Respecto del II Plan Estratégico para la Infancia y la Adolescencia 2013-2016, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros el 5 de abril de 2013, este recoge de nuevo los mismos objetivos que su antecesor; entre ellos, sobresale el objetivo 6 "Educación de calidad" y que pretende "*Garantizar una educación de calidad para todos, caracterizada por la formación en valores, la atención a la diversidad, el avance en la igualdad de oportunidades, la interculturalidad, el respeto a las minorías, la promoción de la equidad y la compensación de desigualdades, favoreciendo, mediante un atención continuada, el desarrollo de las potencialidades de la infancia desde los primeros años de vida*" algo prácticamente imposible tras la futura promulgación del actual Proyecto de Ley Orgánica de Mejora de la Calidad Educativa, pues se ha eliminado la asignatura de *Educación para la ciudadanía*, incluso con el dictamen contrario del Consejo de Estado, argumentando que los contenidos de dicha asignatura se incluirán en el resto de forma transversal.

<sup>534</sup> Art. 154, 2 Código Civil.

<sup>535</sup> Ley 54/2007, de 28 de diciembre; BOE núm. 312 de 29 de diciembre de 2007.

<sup>536</sup> Ver Disposición final primera.

### 2.3 Personas mayores.

El colectivo que ahora se aborda, viene protegido por el art. 50 CE, donde se establece que “*los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos de la tercera edad*”<sup>537</sup> y la promoción de su bienestar en aquellos aspectos que les son más cercanos, como la salud, la vivienda o las actividades de ocio. La atención dispensada a las personas mayores siempre se ha realizado, primordialmente, desde una aproximación relacionada con el cese de su actividad laboral, pues el momento de la jubilación marca el paso a la llamada tercera edad. Por lo tanto en esta primera parte se analizarán las disposiciones legislativas en relación con el sistema de pensiones y las aportaciones realizadas desde el CEDS respecto de la mejora de dicho sistema.

La CSE, en su versión de 1961, no contenía referencia alguna a las personas mayores de forma específica, pues los derechos que en esta se contienen son, eminentemente, derechos relacionados con la actividad laboral; sin embargo, determinados preceptos son de aplicación a este colectivo, como el art. 11 (derecho a la salud), el art. 12 (derecho a la Seguridad Social), el art. 13 (derecho a la asistencia social y médica), el art. 14 (derecho a los servicios sociales) y el art. 15 (derechos de las personas discapacitadas). Por lo tanto, se hizo necesaria una adaptación de la CSE a la evolución social; dicha necesidad fue puesta de manifiesto en la Declaración sobre los

---

<sup>537</sup> La protección constitucional de las personas mayores se instituyó por primera vez en la Constitución de la II República Española de 1931. El art. 43 establecía la obligación del Estado de prestar asistencia a los ancianos y el art. 46 disponía que la República debía asegurar las condiciones de una existencia digna a todo trabajador y para ello se elaboraría legislación social que regulara los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte.

Derechos del Hombre<sup>538</sup>, del Comité de Ministros del CdE, donde se asumió el compromiso, tanto de los Estados parte como de los órganos del Consejo de Europa, en el sentido de extender el catálogo de derechos fundamentales y garantizar así la participación activa “*en la salvaguarda y desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, incluyendo, en un sentido más amplio, los derechos relacionados con los ámbitos social, económico y cultural, para así contribuir al refuerzo de la paz y de la seguridad mundiales y de la cooperación internacional, así como el progreso económico y social de todos los pueblos*”<sup>539</sup>.

De esa voluntad general de extender la lista de derechos fundamentales establecidos por el sistema normativo del CdE, nació el Protocolo adicional a la CSE de 1988<sup>540</sup> cuyo principal objetivo es “*tomar nuevas medidas encaminadas a ampliar la protección de los derechos sociales y económicos garantizada por la Carta Social Europa*”<sup>541</sup>. El protocolo a la CSE reconoce cuatro derechos: el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y la prohibición de discriminación por razón de sexo; el derecho de los trabajadores a la información y a consulta así como a tomar parte en la mejora y determinación de las condiciones de trabajo; y, en último lugar, el derecho de las personas mayores a la protección social. Este viene regulado en el art. 4, cuya pretensión es garantizar la plena autonomía de las personas mayores y su condición de miembros de pleno derecho de la sociedad, así como el respeto de su vida privada.

---

<sup>538</sup> *Déclaration sur les Droits de l'Homme*; adoptada por los Ministros de Asuntos exteriores del Consejo de Europa, en la sesión del Comité de Ministros de 27 de abril de 1978.

<sup>539</sup> Punto III de la Declaración: “*S’engagent à participer activement à la sauvegarde et au développement des droits de l’homme et des libertés fondamentales y compris, dans un sens plus large, les droits relevant des domaines social, économique et culturel, contribuant ainsi au renforcement de la paix et de la sécurité mundiales et de la coopération internationale ainsi qu’au progrès économique et social de tous les peuples*”.

<sup>540</sup> Instrumento de ratificación por parte de España del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988; BOE núm.99 de 25 de abril de 2000.

<sup>541</sup> Preámbulo del Protocolo adicional a la CSE de 1988.

España ratificó el Protocolo adicional en el año 2000, teniendo que presentar informes sobre la aplicación del art. 4 desde esa fecha. Puede adelantarse que las conclusiones del CEDS sobre España, en general, no son demasiado positivas, pues en varias ocasiones ha debido diferir su decisión ante la falta de información o, en otros casos, ha establecido que la situación de España era no conforme al precepto, sobre todo en materia de la cuantía de las pensiones, en las dos modalidades existentes, contributivas y no contributivas. Las últimas conclusiones<sup>542</sup> del CEDS en relación con el art. 4 del Protocolo así lo demuestran; de acuerdo con lo establecido por el Comité, la cuantía de las pensiones no contributivas no son suficientes al encontrarse muy por debajo de la cantidad calculada de acuerdo con el índice AROP, es decir que según dicho índice se considera que una persona está en el umbral de pobreza cuando tiene una renta mensual de 500,25 Euros<sup>543</sup> y la pensión no contributiva asignada era de 354,5 Euros, por lo que el Comité decidió que la situación de España no era conforme a lo establecido en el art. 4 del Protocolo. Como se apuntó, España presentó el último informe al CEDS relacionado con dicha disposición el 31 de octubre de 2012.

Dicho informe, efectivamente, analiza la situación respecto del art. 4 del Protocolo, entre otros preceptos; sin embargo no se ha encontrado ninguna referencia a la cuantía de las pensiones no contributivas para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011, pese a que el Comité, tal y como se ha dicho, estableció la no conformidad de la situación de España en relación con las pensiones mencionadas. Según el Real Decreto 1794/2010<sup>544</sup>, de 30 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2011, la cuantía anual de las pensiones no contributivas era de

---

<sup>542</sup> Conclusiones XIX-2 (2009) para el periodo entre el 1 de enero de 2003 y 31 de diciembre de 2007.

<sup>543</sup> Estos datos corresponden al año 2007.

<sup>544</sup> BOE núm. 318, de 31 de diciembre de 2010.

4817,40 Euros, por lo que es de prever que la situación de no conformidad no variará.

Otro de los puntos sobre los que llamaba la atención el CEDS, en las últimas conclusiones relativas al art. 4 del Protocolo adicional<sup>545</sup>, era la inexistencia de un cuerpo normativo que protegiera a las personas mayores de la discriminación por razón de edad. El CEDS subraya, a parte de la prohibición general de discriminación contenida en el art. 14 CE y la específica en relación con la actividad laboral, que el informe presentado por España no aporta información alguna sobre la prohibición de discriminación en otros aspectos, omitiendo lo establecido en el art. 4 del Protocolo respecto *“de seguir siendo, durante el mayor tiempo posible, miembros de pleno derecho de la sociedad”*, sobre todo en relación con el acceso a la información *“relativas a las facilidades y servicios de que disponen”* las personas mayores. Por esa razón, el Comité, de nuevo, vuelve a establecer como no conforme la situación de España. Asimismo debe subrayarse, en relación con las advertencias del CEDS respecto de la falta de información, que en el último informe<sup>546</sup> presentado por España sobre el cumplimiento de lo establecido en el art. 4 del Protocolo, entre otros preceptos, no se menciona absolutamente nada sobre dicho precepto, haciendo caso omiso de los compromisos adquiridos al ratificar la CSE, especialmente de lo concretado en el art. 21, es decir, la obligación de remitir informes sobre las disposiciones aceptadas.

En relación con las personas mayores, la normativa española sobre dependencia también ha sido abordada por el CEDS, de nuevo bajo el ángulo del art. 4 del Protocolo. Las últimas conclusiones (XIX-2 de 2009) solicitaban mayor información sobre la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia<sup>547</sup> (en adelante, Ley de

---

<sup>545</sup> Conclusiones XIX-2 (2009), pág. 29.

<sup>546</sup> 21º Informe nacional del Gobierno de España sobre la aplicación de la CSE, registrado en la Secretaría del CEDS el 10 de diciembre de 2008.

<sup>547</sup> BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006.

dependencia). La presente norma no solo tiene como ámbito subjetivo a las personas mayores, pues define la situación de dependencia como *“el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”*<sup>548</sup>.

Es cierto que la mayoría de los beneficiarios de dicha norma son personas mayores, pero su carácter universal, proclamado en el art. 3 de la norma, hace que su alcance subjetivo sea mayor. En cambio, el CEDS únicamente la analiza en relación, como bien se ha dicho, con el art. 4 del Protocolo, pues el precepto de la CSE relativo a las personas con discapacidad se refiere únicamente al derecho de estas a la formación profesional y a su readaptación profesional y social. Además, esta postura del Comité resulta lógica pues la norma española tiene como objeto principal *“regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”* (art. 1,1), lo que está en perfecta consonancia con lo dispuesto por el art. 4 del Protocolo.

Tal y como se avanzaba, el CEDS solicitó en sus conclusiones XIX-1 (2009) más información sobre la Ley de dependencia. El Gobierno español, en su informe presentado a finales del año 2012, aporta dicha información a través de una extensa memoria con numerosos porcentajes y gráficos sobre el perfil del solicitante, el tipo de servicios y prestaciones otorgadas, así como el número de solicitantes de acuerdo al grado de dependencia<sup>549</sup>. La aplicación de lo establecido en la Ley de

---

<sup>548</sup> Art. 2, 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia.

<sup>549</sup> Véanse las págs. 180 a 197 del Informe del Gobierno de España presentado al CEDS el 31 de octubre de 2012.



dependencia recae tanto en la Administración central como en la autonómica, y esta última se encarga de la valoración de la situación de dependencia (art. 27) así como del procedimiento para el reconocimiento de la situación y del derecho a las prestaciones establecidas por la ley (art. 28). Este reparto de funciones, sobre todo en lo concerniente a la determinación de los grados de dependencia y al reconocimiento de las prestaciones que conlleva, ha provocado numerosas quejas, ante numerosas instancias, siendo las defensorías autonómicas del Pueblo las más afectadas pues, tal y como se decía en el capítulo anterior, son los órganos de defensa de los derechos fundamentales más cercanos al ciudadano y los trámites son gratuitos. A modo de ejemplo, el Síndic de Greuges de la Comunidad valenciana se ha visto llamado a actuar, a través de recomendaciones, ante las quejas planteadas en relación con los plazos de resolución de la concesión de la ayuda, que en algunos casos han sido de 37 meses, cuando el tiempo máximo de resolución de dichos procedimientos, tal y como queda establecido en el decreto<sup>550</sup> del gobierno valenciano que dispone el procedimiento para la concesión de las ayudas a la dependencia, es de seis meses<sup>551</sup>. Solo en 2011, el Síndic de Greuges valenciano tuvo que emitir recomendaciones a las más de cien quejas presentadas por retrasos en los plazos de resolución<sup>552</sup>. En este mismo ámbito, el Defensor del Pueblo andaluz, en su informe especial al Parlamento sobre la dependencia, y a un año de la

---

<sup>550</sup> Decreto 18/2011, de 25 de febrero, del Consell, por el que se establece el procedimiento para reconocer el derecho a las prestaciones del sistema valenciano para las personas en situación de dependencia; art. 10, 2: “*El plazo máximo para dictar y notificar dicha resolución es de seis meses, computándose desde la fecha de registro de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación y resolución*”. DOCV núm. 6471 de 2 de marzo de 2011.

<sup>551</sup> Como ejemplo de las quejas por incumplimiento de los plazos en la tramitación y resolución de los expedientes de concesión de las ayudas a la dependencia, podemos citar la recomendación de 1 de agosto de 2011, en referencia a la queja núm. 1101333 donde se constata que el expediente en cuestión llevaba más de tres años en trámite, sin haberse resuelto aún en el momento de la formulación de la recomendación a la Conselleria de Bienestar Social de la Generalitat valenciana.

<sup>552</sup> El número de quejas presentadas en ese año es mayor pues en muchas ocasiones las recomendaciones son en referencia a quejas agrupadas, por ser su objeto el mismo.

promulgación de la norma, ya recomendó que se agilizaran “los procedimientos y refuercen los recursos destinados a la valoración de la situación de dependencia, resolviendo los procedimientos relativos al reconocimiento del grado y nivel y a las prestaciones y servicios derivados de la misma, en los plazos establecidos”<sup>553</sup>; el Ararteko, por su parte, en un informe especial más reciente, solicita, en relación con los plazos, y dada la urgencia de las situaciones a que hacen referencia los expedientes sobre dependencia, un acortamiento de los plazos y mayor diligencia de las administraciones competentes<sup>554</sup>.

A la vista de lo anteriormente dicho, y en relación con el informe presentado al CEDS por España en octubre de 2012, puede comprobarse que no refleja la situación real de la aplicación en nuestro país de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia, pues, en el análisis aportado por el Gobierno español, nada se dice sobre las numerosas quejas sobre los retrasos en las resoluciones y de los incumplimientos de los plazos prescritos tanto por la normas estatal como por las normas autonómicas. La insistencia del CEDS sobre la necesidad de mayor información no es baladí, tal y como puede derivarse de lo analizado anteriormente.

Por otra parte, debe añadirse que el RDL 20/2012 ha efectuado una rebaja gravosa de los derechos establecidos en la norma sobre dependencia, amparándose en la situación económica que atraviesa el país. Uno de los beneficios establecidos por la Ley de dependencia era la posibilidad que tenían los cuidadores no profesionales, es decir los

---

<sup>553</sup> *La atención a las personas mayores dependientes en Andalucía*, informe especial del Defensor del Pueblo andaluz, diciembre 2007. Recomendación sexta, pág. 297.

<sup>554</sup> Informe extraordinario del Ararteko *La aplicación de la ley de promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia en la CAPV* (2011), recomendación 11ª: “En nuestra opinión, en un ámbito tan sensible como es el de la dependencia, en el que la urgencia de la intervención es esencial, y en el marco de la remisión que la propia LAAD realiza a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP y PAC), no debiera superarse el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud (de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema) hasta la resolución por la que se adjudica el concreto servicio o prestación”.

familiares, de cotizar a la Seguridad Social y recibir una suerte de salario. El RDL 20/2012 ha reducido “*las cuantías máximas de las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar, y, por otra, en el gasto de la Administración General del Estado, por la vía de la reducción de las cuantías del nivel mínimo de financiación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*”<sup>555</sup>, por lo que ha habido una notoria regresividad de los derechos proclamados por el texto de la norma<sup>556</sup>. Resultará de enorme interés abordar el análisis del próximo informe el Gobierno español en relación con la aplicación del art. 4 CSE, para comprobar si han incluido el enorme desgaste en materia de derechos sociales que ha implicado la entrada en vigor del RDL 20/2012, y no solo en materia de dependencia.

## 2.4 Personas con discapacidad.

La CSE de 1961 incluyó entre sus preceptos la protección de las personas discapacitadas, tanto mental como físicamente, teniendo en

---

<sup>555</sup> Preámbulo de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia.

<sup>556</sup> Véase en ese sentido, la reclamación núm. 70/2011 The Central Association of Carers in Finland c. Finlandia, en la que el Comité señala que, pese a la autonomía de los municipios finlandeses en cuanto a la prestación de ayudas a los cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia, el gobierno, frente a las situaciones de impago de las ayudas o de rebaja de su cuantía, debería haber establecido medidas alternativas; al no disponer dichas medidas, la actuación del Gobierno finlandés es contraria al art. 23 CSEr (art. 14 CSE). Asimismo resulta muy interesante la apreciación del Comité sobre la responsabilidad internacional de los entes subestatales, pues la actividad de dichos entes, de acuerdo con el derecho internacional, es responsabilidad última de los Estados, por lo que el propio Estado puede, ante la inactividad del ente subestatal o ante la conculcación por este de los derechos establecidos en un tratado o convenio internacional debidamente ratificado por el Estado en cuestión, este puede arrogarse la competencia cedida o tomar las oportunas medidas, lo que el Gobierno finlandés no había hecho. Si trasladamos este hecho España, tras la implantación de la Ley de dependencia, han sido notorias las diferencias entre las Comunidades autónomas, tanto en materia de cumplimiento de plazos en la tramitación de los expedientes como en el pago de las prestaciones, lo que en numerosos casos ha perjudicado a los posibles beneficiarios de los derechos atribuidos en dicha norma, sin que el Estado haya tomado medida alguna. Si el Estado español hubiera ratificado el protocolo de reclamaciones colectivas, quizás la situación de los dependientes y sus familiares fuera distinta.

cuenta su derecho a la formación profesional y a su readaptación profesional y social; por su lado, la Carta revisada añadió en 1996, a esos dos aspectos “clásicos” (educativo y laboral), el más amplio y moderno derecho a la participación en la vida de la comunidad con objeto de considerar verdaderamente a las personas con discapacidad como titulares de la plena ciudadanía. En España viven más de ocho millones de personas que sufren alguna discapacidad<sup>557</sup> y que, por lo tanto, han de superar distintos obstáculos para llevar una vida plena, al igual que el resto de ciudadanos, o para participar en la vida pública. Según la OMS, el fenómeno de la discapacidad no es una caja estanca, sino que abarca múltiples situaciones pues “*la discapacidad forma parte de la condición humana: casi todas las personas sufrirán algún tipo de discapacidad transitoria o permanente en algún momento de su vida, y las que lleguen a la senilidad experimentarán dificultades crecientes de funcionamiento*”<sup>558</sup>, lo que muestra la envergadura de dicho colectivo y la multiplicidad de factores a la hora de regular sus derechos.

En España, para abordar la regulación de los derechos de los discapacitados, debe acudirse, en primer lugar, a la Constitución que en su art. 49 establece la obligación de los poderes públicos de adoptar políticas de “*previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*” y que en conjunción con el art. 14, queda garantizada la prohibición de discriminación de este colectivo. A dicho mandato constitucional, dio cumplimiento la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos<sup>559</sup>, cuyo art. 1º reconoce la dignidad de las personas con discapacidades y que pretende ser una norma que tenga en cuenta todas las necesidades de dichas personas, siendo obligación del Estado “*la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación*

---

<sup>557</sup> Datos de la Encuesta de Discapacidad, autonomía personal y dependencia de 2008 y de la Estrategia española sobre discapacidad 2012-2020. Según ambos documentos el número de discapacitados (exactamente 8.847.900) es el mismo, pese a separarles un periodo de cuatro años.

<sup>558</sup> Informe Mundial sobre la Discapacidad (resumen) de la Organización Mundial de la Salud, 2011.

<sup>559</sup> BOE núm. 103, de 13 de abril de 1982.

*adecuada, la educación, la orientación, la integración laboral, la garantía de unos derechos económicos, jurídicos sociales mínimos y la Seguridad Social*<sup>560</sup>, por lo que puede afirmarse que va más allá del texto constitucional, pues engloba no solo la visión de atención sociosanitaria, sino también la plena integración del colectivo, garantizando sus derechos sociales y económicos así como su integración laboral, lo que se acerca más a lo establecido en la CSE. De todos modos, el gran avance en materia de derechos de las personas con discapacidad llegó con la ratificación, por parte de España, de la Convención de Naciones Unidas que regula los derechos del colectivo de personas discapacitadas<sup>561</sup> y su protocolo facultativo<sup>562</sup>. La asunción, por parte de España, de ambas normas internacionales, dio como fruto la promulgación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>563</sup> que reformó la totalidad de la normativa referente a los derechos de los discapacitados, dotándoles así con un verdadero catálogo de derechos adecuados a sus necesidades. Los principios que sustentan la Ley 26/2011, de acuerdo

---

<sup>560</sup> Art. 3 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos

<sup>561</sup> Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

<sup>562</sup> Instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008.

<sup>563</sup> Además de la promulgación de la norma de adaptación a lo dispuesto por el Convenio, el Gobierno español, en el Consejo de Ministros del 14 de octubre de 2011, aprobó la Estrategia española sobre Discapacidad 2012-2020, dando así cumplimiento a una serie de recomendaciones acordadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en aplicación del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, entre otros. El apartado relativo al contexto normativo internacional y comunitario sobre las personas con discapacidad ha omitido citar la CSE, y en particular el art. 15, pese a que esta norma forma parte del ordenamiento jurídico español; simplemente menciona, en relación con la supresión de barreras, los documentos políticos del Consejo de Europa, entre otros organismos, como base fundamental de la Estrategia sin especificar cuáles. Sin embargo sí que cita la CDFUE, exactamente los arts. 1 y 26, que reconocen la dignidad de la persona y los derechos de las personas con discapacidad; resulta pues preocupante como, de nuevo, la administración Pública, sus técnicos, obvian de nuevo una parte fundamental de nuestro ordenamiento, la CSE, a la hora de fundamentar jurídicamente acciones y medidas para garantizar, en este caso, los derechos de las personas discapacitadas.

con su Preámbulo, son “*el respeto a la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual –incluida la libertad para tomar las propias decisiones–, la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana*”, principios que complementan lo dispuesto por la CE en el art. 49.

Dicha norma reformó, entre otros textos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad<sup>564</sup> que actualizó su predecesora de 1983, intentando paliar las, aún existentes, situaciones discriminatorias hacia las personas discapacitadas, no solo por sus impedimentos físicos sino asumiendo que la sociedad actual puede suponer un grave obstáculo e impedir la plena participación de estas personas en todos los aspectos de la vida, tanto privados como públicos<sup>565</sup>.

Una vez establecido, de forma breve, el marco normativo de los derechos de las personas con discapacidad, se analizarán, a continuación, las observaciones más recientes del CEDS sobre el respeto de los derechos efectivos de los discapacitados en España.

---

<sup>564</sup> BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003.

<sup>565</sup> El pasado 26 de marzo se presentó el Proyecto de Ley general de discapacidad que se anuncia como la “*respuesta a una demanda histórica de las personas con discapacidad y sus familias, ya que, por primera vez, unificará toda la normativa dispersa en la materia. En concreto, se han integrado en una sola norma la Ley 13/1982 de Integración Social de Personas con Discapacidad (LISMI); la Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad y la Ley 49/2007, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*”, de acuerdo con la nota de prensa del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. En el momento de redactar el presente capítulo, únicamente se dispone de una versión del texto del Proyecto de Ley correspondiente al 2 de enero de 2013, por lo que resulta imposible realizar un análisis en profundidad de la propuesta normativa. Sin embargo, sí que puede observarse que en el texto, al referirse a las discapacidades, lo hace tanto con dicho término como con el término deficiencia. Habrá que esperar hasta el próximo informe de España al CEDS en relación con el art. 15 para ver si el Gobierno presenta la nueva norma y, sobre todo, cómo la introduce.

El art. 15 CSE garantiza el derecho de las personas física o mentalmente *disminuidas*<sup>566</sup> a la formación profesional y a su readaptación profesional y social, por lo que demanda a los estados que se comprometan a tomar medidas en ese sentido y la creación de instituciones, tanto públicas como privadas, que faciliten dicha formación; asimismo insta a los Estados a garantizar la inserción laboral de estas personas a través de medios de colocación, empleo protegido y estimulación de la contratación. El CEDS, en relación con dicho precepto, ha llamado la atención, en numerosas ocasiones, sobre la imposibilidad de emitir una conclusión debido a la falta de información, requerida en anteriores conclusiones o no facilitada en el informe correspondiente<sup>567</sup>. En las conclusiones XVIII-2, correspondientes al periodo del 1 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2004, el CEDS reitera la petición de información que realizó en las anteriores conclusiones (XVI-2), dado que el Gobierno español no ofreció información actualizada sobre las posibilidades de formación profesional respecto de las personas discapacitadas ni tampoco sobre la participación de dichas personas en actividades de formación, por lo que reiteró, tal y como se avanzaba, su solicitud de información sobre estos aspectos<sup>568</sup>.

A pesar del sentido negativo de dichas conclusiones, resultan de enorme interés pues el CEDS, en relación con la necesidad de elaborar legislación antidiscriminatoria específica para este colectivo, introduce su jurisprudencia para reforzar el requerimiento al Gobierno español; en

---

<sup>566</sup> La cursiva es de la autora, pues ha de subrayarse que el calificativo “*disminuidas*”, en relación con las personas que padecen algún tipo de discapacidad, ha sido cambiado en la CSEr por el de personas minusválidas, pese a que desde lo colectivos que agrupan a estas personas se demanda que se cambie por personas con diversidad funcional.

<sup>567</sup> Véase Conclusiones XVI-2 y XVIII-2.

<sup>568</sup> Conclusiones XVIII-2, art. 15, 1 CSE: “*However, the Committee notes that the report does not provide any up-to-date information on vocational training possibilities, including higher education, for persons with disabilities. Similarly, it does not contain any figures on participation of persons with disabilities in education and training activities. It therefore reiterates all the questions of its previous conclusion*”.

concreto, cita la decisión de fondo de 4 de noviembre de 2003<sup>569</sup> donde queda reconocido que «*la idea subyacente en el artículo 15 es que las personas con discapacidad deben gozar plenamente de la ciudadanía y que sus derechos esenciales son, en virtud de dicho título, “la autonomía, la integración social y la participación en la vida de la comunidad”*». Puesto que la referencia al art.15 es a la redacción dada en la CSEr, puede intuirse una suerte de introducción indirecta de este texto a la hora de solicitar una determinada medida legislativa por parte del Gobierno español, lo que refuerza, además, la necesidad de ratificación de la versión revisada de la CSE, sobre todo por la extensión del catálogo de derechos sociales en general y, de forma más específica, la mejor concreción de los derechos de las personas con discapacidad. En efecto, como se avanzó al principio de este capítulo, el ejemplo suministrado ofrece una clara prueba de que la jurisprudencia del CEDS elaborada en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas resulta aplicable y vinculante asimismo para los países que no hayan aceptado dicho procedimiento cuando el CEDS interprete los preceptos (sea de la Carta de 1961, sea de la revisada de 1996) aceptados por cualquier Estado parte.

Otro de los puntos discordantes que ha resaltado el CEDS guarda conexión con la formación profesional. En las Conclusiones XIX-1<sup>570</sup>, el Comité subraya que no queda garantizado que dicha formación se lleve a cabo en centros ordinarios, pues además de no ofrecer un análisis del impacto del II Plan de acción para las personas con discapacidad (2003-2007) y del I Plan nacional en materia de accesibilidad (2004-2012), tampoco se facilita la información requerida por el Comité en sus anteriores conclusiones. Por todo ello se decidió que la situación de

---

<sup>569</sup> Reclamación núm.13/2002 Autism-Europe vs. Francia, §48, de acuerdo con la traducción de JIMENA QUESADA, L. en su obra *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (sistema de reclamaciones colectivas, VOL.I: 1998-2005)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007.

<sup>570</sup> Conclusiones XIX-1, de noviembre de 2008, para el periodo del 1 de enero de 2005 al 31 de diciembre de 2006.



España en relación con el art. 15 CSE era no conforme. Sin ánimos de reiterar lo ya expuesto en los puntos anteriores, puede afirmarse que España parece no ser consciente de sus obligaciones internacionales tras la ratificación de instrumentos internacionales de derechos, pues reincide en su actitud de no facilitar toda la información, pese a los múltiples requerimientos del CEDS; a mayor abundamiento, esta actitud tiene una consecuencia clara y grave, y es la paulatina erosión de las garantías de los derechos sociales y el posterior vaciamiento del Estado social proclamado por nuestra Constitución.

Para que la situación de España se declarara como conforme a lo dispuesto por la CSE, hubo que esperar hasta las últimas Conclusiones<sup>571</sup> publicadas por el CEDS en enero de 2013. Según lo establecido por el Comité, queda garantizado el derecho a la formación profesional de las personas con discapacidad tras la aprobación de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación<sup>572</sup> que dispone la necesidad de una identificación temprana de las necesidades educativas de los alumnos con discapacidad, su derecho a la formación en centros ordinarios, así como la posibilidad de recibir dicha educación en centros especiales, por lo que queda reconocido, según el CEDS, la igualdad de acceso a la formación. De la misma forma, el Comité concluye que, respecto de la inserción laboral de las personas con discapacidad, la situación de España es conforme debido a la legislación promulgada que garantiza la inserción en el ámbito profesional de dicho colectivo, así como la creación de centros especiales donde se integran las personas que no pueden introducirse en el ámbito laboral ordinario, facilitándoles así una actividad semiprofesional, pues el Comité, en las Conclusiones XVI-2, afirmaba que el problema más urgente no era el desempleo sino la inactividad del colectivo de personas discapacitadas.

---

<sup>571</sup> Conclusiones XX-1 (2012) para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2010.

<sup>572</sup> Actualmente en trámite de reforma.

A modo de conclusión, y pese a parecer reiterativo, cabe afirmar que, de nuevo, España cumple deficientemente con sus obligaciones respecto del CEDS, pues en relación con los derechos de los discapacitados previstos en el art. 15 CSE, han sido numerosos los requerimientos de mayor información o de más precisión respecto de los datos aportados, insuficientes para poder establecer la adecuación del Estado a los estándares de la CSE.

### 3. Con respecto a los distintos derechos reconocidos.

En esta última parte del presente capítulo se pretende abordar algunos de los derechos sociales contenidos en la CSE, analizando las medidas efectivas que España ha emprendido y las conclusiones del CEDS sobre dichas medidas, para dotar de efectividad a tales derechos. En primer lugar, de acuerdo con lo expresado en la introducción de este capítulo, únicamente se estudiará, en relación con los derechos del entorno laboral, el art. 4 CSE (derecho a una remuneración equitativa), pues España no ha alcanzado el estándar establecido en la CSE, y en la actualidad, con los ajustes económicos, el derecho a una remuneración equitativa se está convirtiendo en una suerte de espejismo o de codiciado tesoro. Y en segundo lugar, se tratará de ofrecer un análisis de otros derechos sociales contenidos en la CSE, como el derecho a la asistencia sanitaria o a los servicios sociales, que poseen un carácter transversal y que padecen, al igual que el anterior, las embestidas de los ajustes económicos. Al margen de ello, en el capítulo VIII se acometerán asimismo los aspectos más actuales y relevantes de la reciente reforma laboral en España bajo el ángulo de la jurisprudencia del CEDS elaborada en el contexto del sistema de reclamaciones colectivas, especialmente a la luz de las decisiones sobre Grecia relacionadas con la legislación anti-crisis adoptada en

dicho país por imposición de la Troika (Banco Central Europea, Comisión Europea y Fondo Monetario Internacional).

### 3.1 El derecho a una remuneración equitativa.

La CSE pone de relieve la importancia del derecho consagrado en su art. 4 al relacionarlo, desde el principio, con la dignidad de la persona pues afirma que debe reconocerse *“el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso”*. El CEDS ha establecido que una remuneración es equitativa cuando se sitúa por encima del umbral de pobreza del país, siendo el 50% del salario medio nacional<sup>573</sup>; asimismo debe ser el Estado en cuestión el que deba demostrar que un salario situado por debajo de ese nivel permitiría llevar una vida digna. Con esta primera observación introductoria no se pretende más que mostrar la importancia que tiene una remuneración justa para conseguir un nivel de cohesión social que logre erradicar la pobreza y la exclusión, algo que España, y a la vista de las conclusiones del CEDS que se analizarán a continuación, no ha alcanzado.

La situación de España de no conformidad respecto de lo establecido en el art. 4,1 CSE no es, desgraciadamente, novedosa ni debida a la grave situación económica que atraviesa el país en estos momentos. En las conclusiones del CEDS relativas al periodo de tiempo entre 1997 y 2000<sup>574</sup>, el Comité ponía de manifiesto que el salario mínimo mensual en el primer año de referencia era de 400€ y en el año 2000 aumentó a 425€, por lo que, aún sin tener en cuenta los impuestos y

---

<sup>573</sup> De acuerdo con las Conclusiones XIV-2, observación interpretativa del art. 4.1 CSE, págs. 52-58 (respecto de Grecia) y con la decisión de fondo recaída en la Reclamación 66/2011 Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grecia.

<sup>574</sup> Conclusiones XIV-2.

cotizaciones a la Seguridad Social aplicados, el salario mínimo resultaba manifiestamente bajo<sup>575</sup> respecto de los estándares fijados por la CSE. Asimismo, el CEDS recalca que los datos relacionados con la fiscalidad de los salarios, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social que les afectan, siguen sin comunicarse, por lo que desconoce el salario neto medio, así como el mínimo, que resulta tras efectuar las retenciones correspondientes.

Puede observarse que España, a pesar de los continuos requerimientos de información por parte del CEDS, en relación con puntos concretos, como en el caso que se analiza, sigue en una línea que delata su mínimo compromiso con las obligaciones internacionales que adoptó al ratificar la CSE. No son pocas las solicitudes, reiteradas en el tiempo, que el Comité dirige al Gobierno español de turno y que este desoye o cumple a medias. Si este desinterés se da respecto de la CSE y de su procedimiento de control, puede resultar lógico que aún sea mayor en relación con la ratificación de la CSE y del Protocolo de 1995.

Siguiendo con el análisis del art. 4, 1 CSE en relación con España, las conclusiones correspondientes al periodo de referencia del 1 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2004<sup>576</sup>, volvieron a plantear la misma solicitud de información<sup>577</sup>, respecto del Salario Mínimo Interprofesional y del salario medio, añadiendo además que, con los datos ofrecidos por España, su situación no era conforme a lo establecido por la CSE. El Comité, tal y como podía esperarse, reiteró su requerimiento de información en las últimas conclusiones publicadas sobre España respecto del precepto de la CSE analizado, insistiendo en que, a pesar del incremento del SMI en el último periodo, la situación seguía sin ser conforme a la CSE, pues en 2007, según los datos proporcionados por

---

<sup>575</sup> De acuerdo con el CEDS el salario, para poder ser calificado como adecuado, debe estar por encima del 60% del salario medio, situándose el salario mínimo español en un 37%, muy por debajo del porcentaje mencionado.

<sup>576</sup> Conclusiones XVIII-2 de diciembre de 2007

<sup>577</sup> Conclusiones XVIII-2, pág. 14 : “*Le Comité demande à nouveau des informations nécessaires concernant le montant du salaire minimum et des salaires moyens après déduction des éventuels impôts et cotisations de sécurité sociale. Le Comité constate que le rapport ne contient pas ces informations. Il réitère donc une nouvelle fois sa demande*”.

la OCDE, el sueldo mínimo alcanzaba únicamente el 45% del salario medio, muy lejos del 60% exigido por el CEDS, por lo que se concluyó que el SMI en España no es equitativo<sup>578</sup>. De acuerdo con los datos aportados por la OCDE para el periodo situado entre 2008 a 2011, puede suponerse que la situación de España seguirá siendo no conforme a la CSE pues, no solo no ha habido ningún aumento del SMI, sino que respecto del año 2007, la media se sitúa en el 44%, debido a que dicho periodo coincide con el comienzo de la recesión económica, argumento utilizado por el Gobierno español para mantener las mismas cuantías en 2012<sup>579</sup> y para incrementar el SMI en un 0,6% para el año 2013, eso sí, insistiendo en que ello contribuirá “*al objetivo prioritario de recuperación económica y a la creación de empleo*”<sup>580</sup>.

En este panorama, según los datos recientes publicados por el INE (Instituto Nacional de Estadística) en abril de 2013<sup>581</sup>, el número de parados se situaba en 6.202.700, por lo que las medidas adoptadas respecto del SMI, es decir el mantenimiento de las cuantías y su mínimo incremento para este año, no han facilitado ni la recuperación económica ni la creación de empleo; al contrario, el porcentaje de personas en riesgo de exclusión social y pobreza ha aumentado, siendo un 26,8% el porcentaje provisional para el año 2012<sup>582</sup>, de acuerdo con el propio INE.

---

<sup>578</sup> Conclusiones XIX-3 de diciembre de 2010 pág.9: “*Faute d’informations sur le montant net des rémunérations, le Comité considère qu’en dépit de la hausse du salaire minimum, la situation demeure inchangée : le niveau du salaire minimum reste très faible est n’est dont pas équitable. Le Comité note aussi que, selon l’OCDE le salaire minimum d’un travailleur à temps plein représentait 45% du salaire moyen en 2007*”.

<sup>579</sup> Real Decreto 1888/2011, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2012, BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2011.

<sup>580</sup> Real Decreto 1717/2012, de 28 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2013, BOE núm. 314 de 31 de diciembre de 2012.

<sup>581</sup> Nota de prensa del INE sobre la Encuesta de Población Activa para el primer trimestre de 2013, publicada el 25 de abril.

<sup>582</sup> Respecto del año 2011, se ha observado un descenso de dos décimas, sin embargo desde el año 2009 el porcentaje ha aumentado considerablemente, por lo que resulta un panorama preocupante, si a ello se añaden los ajustes económicos efectuados sobre servicios públicos básicos, como la sanidad o la educación, que inciden directamente en detrimento del disfrute de los derechos sociales.

Otro de los aspectos sobre los cuales la situación de España ha resultado no conforme durante los últimos años, ha sido la relativa al reconocimiento por ley del derecho a “*un incremento de remuneración para las horas extraordinarias*”<sup>583</sup>. El CEDS entiende que debe ser garantizada dicha remuneración o, en su caso, días adicionales libres en proporción a las horas extraordinarias realizadas. El Comité, a pesar de reconocer que dicha previsión consta en el Estatuto de los Trabajadores en su art. 35, entiende que la práctica general es la de otorgar una remuneración igual y no un incremento y que dicho incremento se adopta eventualmente en los correspondientes convenios colectivos o en los contratos de trabajo<sup>584</sup>, por lo que no existe una garantía real y efectiva respecto de una remuneración incrementada por horas extraordinarias. En relación con la previsión sobre el incremento de la remuneración de las horas extraordinarias que efectúan los Convenios colectivos, el Gobierno español, en el último informe aportado<sup>585</sup> no facilitó ninguna información a este respecto pues obvió la solicitud del CEDS de información adicional en ese sentido, es decir el porcentaje de trabajadores cubierto por convenios colectivos que sí reconocieran un incremento salarial por la realización de horas extraordinarias<sup>586</sup>. El Comité constató que, pese a haber un porcentaje de trabajadores que sí tenían reconocido una

---

<sup>583</sup> Art. 4, 2 CSE.

<sup>584</sup> Conclusiones XVI-2, pág. 19: “*The report confirms that, pursuant to Section 35 of the Workers’ Statute, compensation for overtime work shall not be less than that for ordinary work. It states that equal compensation is the rule and that increased rates of remuneration might eventually be adopted through collective or individual agreements*”.

<sup>585</sup> 22º Informe nacional sobre la aplicación de la CSE en España, correspondiente al periodo de referencia del 1 de enero de 2005 al 31 de diciembre de 2008, donde se debían analizar los art. 2, 4, 5 y 6 de la CSE y art. 2 y 3 del protocolo de 1988.

<sup>586</sup> Conclusiones XIX-3, págs. 9 y 10: “*Le rapport ne fournit aucune information concernant l’article 4.2. Le Comité relève cependant dans d’autres informations communiquées par le Gouvernement (Comité gouvernemental, Rapport relatif aux conclusions XVIII-2) qu’en 2007, 54,83% de 10 l’ensemble des conventions collectives -représentant 49,35% des travailleurs prévoyaient un taux de rémunération majoré pour les heures supplémentaires.*

*Par conséquent, étant donné que les conventions collectives ne prévoient pas toutes une rémunération majorée pour les heures supplémentaires et le fait que le Statut des travailleurs ne garantit pas un taux de rémunération majoré et/ou un congé compensatoire, le Comité réaffirme que la situation n’est pas conforme à cette disposition de la Charte”.*

remuneración incrementada por horas extraordinarias en los respectivos convenios colectivos, no era una medida generalizada, por lo que la situación de España no es conforme al art. 4,2 CSE.

Respecto de lo previsto en el punto tercero del art. 4 CSE (reconocimiento de igualdad de salario para ambos sexos, por un trabajo de igual valor), el CEDS estableció que, tras la ratificación por parte de España del Protocolo de 1988, la situación del país respecto de la igualdad de género debería estudiarse tomando como referencia el art. 1 del citado protocolo y los Estados que la hubieran aceptado no vendrían obligados a presentar sus informes respecto del art. 4, 3 CSE. España tal y como reconoce el Comité en sus conclusiones, ha avanzado mucho en materia de igualdad<sup>587</sup>, pese a lo cual siguen observándose desigualdades importantes, sobre todo en materia salarial, en desempleo femenino y en relación con los porcentajes de hombres y mujeres que optan por una excedencia para cuidado de hijos, siendo el 95,9% mujeres<sup>588</sup>, por lo que sigue existiendo una feminización de los cuidados de familiares<sup>589</sup>, lo que repercute en un aumento del desempleo femenino frente al masculino, pese a que en los últimos años las tasas de desempleo entre hombres y mujeres tienden a igualarse, dado que la destrucción de empleo alcanza a ambos sexos<sup>590</sup>.

Por lo demás, un ejemplo de la ineficacia de las medidas en materia de igualdad de sexos en el ámbito laboral, establecidas por los distintos gobiernos a lo largo de estos años, puede encontrarse en una reciente sentencia de la Audiencia Nacional que resolvió un conflicto colectivo

---

<sup>587</sup> A modo de resumen de los avances de España en materia de igualdad entre hombres y mujeres, véanse las Conclusiones XX-1 de enero de 2013.

<sup>588</sup> Datos extraídos de las Conclusiones XX-1, referentes a 2007.

<sup>589</sup> Ocurre lo mismo respecto del cuidado de familiares dependientes.

<sup>590</sup> Conclusiones XX-1, pág. 34: “*Le chômage (pour les femmes et les hommes âgés de 15 ans et plus) touchait 10,9 % des femmes et 6,4 % des hommes en 2007, et 20,5 % des femmes et 19,7 % des hommes en 2010, l'écart se réduisant donc entre les femmes et les hommes malgré un taux très élevé*”.

interpuesto por dos federaciones sectoriales estatales de los sindicatos Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores contra el Corte Inglés y otras entidades sindicales, por incumplimiento del Reglamento de la Comisión de Seguimiento del Plan de Igualdad establecido para dicha empresa<sup>591</sup>. Dicha sentencia demuestra la necesidad de establecer Planes de Igualdad en las empresas<sup>592</sup>, dado que el Corte Inglés, en 2007, presentaba una estructura muy desigual en lo que a igualdad de sexos se refiere pues únicamente el 2,42% de las mujeres se encontraban en puestos directivos y de mando, frente al 20,31% de los hombres, en una plantilla de 64.000 trabajadores, y pese a ser mayoría las mujeres<sup>593</sup>.

Pese a la generalidad de las denuncias de los sindicatos reclamantes que fueron desestimadas en su mayoría, sí que se admitieron las relativas a los complementos salariales, pues la empresa no aportó, dentro del plazo pactado, el análisis de las retribuciones salariales, lo que provocó un retraso en la adopción de medidas correctoras de las desigualdades salariales en la mencionada empresa, tal y como se estableció en el Plan de Igualdad empresarial. Por lo tanto, la desigualdad entre mujeres y hombres sigue existiendo, pese a las medidas aprobadas por el Gobierno español, tanto las diferentes normas adoptadas como las políticas de promoción de la igualdad entre sexos en el ámbito laboral<sup>594</sup>, consecuentemente siendo necesario su refuerzo así como el control de su aplicación y cumplimiento efectivos.

Por último, es menester mencionar que otro de los puntos discordantes respecto de la aplicación del art. 4 CSE, en concreto su punto 4º (establecimiento de un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo) sigue sin haber sido resuelto, pues, de acuerdo

---

<sup>591</sup> Sentencia de la AN, Sala de lo Social, 799/2013 de 17 de enero.

<sup>592</sup> Los Planes de Igualdad fueron introducidos mediante Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2007. Véase el Capítulo III del Título IV de la norma mencionada.

<sup>593</sup> Punto 3º de los hechos probados de la Sentencia mencionada supra.

<sup>594</sup> Muestra de ello, y a modo de ejemplo, en relación con la brecha salarial, las estadísticas publicadas por el Instituto de la Mujer constatan que el salario medio anual de los directivos varones en 2010 fue de 60.352 € frente a 48.552€ de las mujeres.



con el art. 53 ET, dicho plazo continúa siendo de 15 días, lo que el CEDS no considera como razonable y a lo largo de sus conclusiones ha reafirmado dicha postura, al constatar que la legislación no ha sido reformada en ese sentido.

La situación de España, a la vista de lo analizado en este punto, no resulta la más adecuada de acuerdo con lo establecido por el CEDS, por lo que nuestro país, desgraciadamente, sigue sin cumplir las obligaciones que asumió al ratificar la Carta Social Europea de 1961. Dicha situación no tiene visos de mejorar, dada la actual coyuntura económica que ha traído consigo una menor inversión económica en el sector público y un retroceso importante en materia de derechos sociales, como los que se estudiarán a continuación.

### 3.2 Otros derechos sociales.

Fuera del estricto ámbito laboral, la CSE reconoce otros derechos sociales que se relacionan directamente con la dignidad de la persona, como son el derecho a la salud, establecido en el art. 11 y completado por el art. 13 (derecho a la asistencia social y médica) y el derecho a los beneficios de los servicios sociales, reconocido en el art. 14. Asimismo, y pese a no estar reconocido de forma explícita en la CSE, se analizará también el derecho a la vivienda, reconocido en el art. 31 CSEr, por ser un derecho en clara conexión también con la dignidad de la persona y además por la actualidad del tema, pues desde el comienzo de la crisis económica, el problema de la vivienda, tanto respecto del acceso a la misma, como de su pérdida por incapacidad de hacer frente a las deudas hipotecarias, está suponiendo un reto para el Gobierno y para la sociedad en general, al generar una gran alarma social. Del mismo modo, cabe insistir en que cabría aplicar la jurisprudencia del CEDS en

relación con el art. 31 CSEr, en lo relativo a las familias, ateniéndonos a lo dispuesto en el art. 16 CSE, tal y como se puede deducir de la jurisprudencia emanada del CEDS

a) El derecho a la salud y a los servicios sociales.

De acuerdo con la Constitución de la OMS, el derecho a la salud es un derecho fundamental de todo ser humano que garantiza “*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”, por lo que va más allá de la sanación de la enfermedad y debe ser reconocido sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica y social. Este derecho se encuentra, además, ligado a la dignidad de la persona<sup>595</sup>, por lo que su reconocimiento y garantía deben ser efectivos y reales.

En nuestro texto constitucional, el derecho a la salud viene reconocido en el art. 43, dentro del capítulo III, del Título I, que recoge los Principios rectores de la política social y económica, por lo que su desarrollo es preciso para que pueda ser alegado ante la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con el art. 53 CE<sup>596</sup>. Sin embargo, su interpretación y garantía, a través del art. 10, 2 CE, se reforzaron tras la ratificación por parte de España de distintos tratados y convenios

---

<sup>595</sup> Véase la sentencia del TEDH recaída en el asunto D. c. Reino Unido, de 2 de mayo de 1997 (demanda 30240/96), donde se puso de manifiesto que la expulsión de un extranjero, en fase terminal de una enfermedad, a su país de origen, en el cual no le podían facilitar la atención médica necesaria, supuso una violación del art. 3 CEDH. Asimismo véase la Observación General núm. 14 sobre El derecho al disfrute del más alto nivel de salud posible, párrafo 3º: “*El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud*”, U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

<sup>596</sup> Para un estudio en profundidad del derecho a la salud, véase ESCOBAR ROCA, G. “*El derecho a la protección de la salud*” in *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria* (Capítulo IX), ESCOBAR ROCA, G. (dir.); Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

internacionales, como la CSE de 1961. Como se acaba de observar, la Carta regula el derecho a la protección de la salud en su art. 11 así como en el art. 13 (derecho a la asistencia social y médica); España, al haber aceptado la totalidad de la CSE, viene obligada a presentar, como sucede con el resto de preceptos aquí analizados, un informe sobre los avances legislativos y prácticos en relación con dicho derecho. En este primer punto nos centraremos únicamente en el art. 11 CSE, pues el art. 13 se estudiará más en detalle en el siguiente apartado.

El art. 11 de la Carta establece la necesidad, por parte de los Estados firmantes, de establecer medidas para eliminar las causas de una salud deficiente, crear servicios educacionales y de consulta que mejoren la salud y medidas de prevención de enfermedades epidémicas o endémicas. Por lo tanto, el precepto de la Carta sigue la línea de la Constitución de la OMS<sup>597</sup>, al adoptar una concepción amplia del derecho a la salud, y no sólo su vertiente médica. Tal y como se ha venido comentando a lo largo del presente trabajo, el CEDS no solo comprueba que se realicen los avances legislativos necesarios para dar efectividad a este derecho, sino que además supervisa su concreta puesta en práctica. Las conclusiones referentes a España, con relación al cumplimiento de lo establecido en el art. 11 CSE, no han sido del todo negativas, excepto la última<sup>598</sup>, donde el Comité vuelve a requerir más información de la facilitada en el informe correspondiente, en aspectos relacionados con el número de centros hospitalarios o unidades terapéuticas específicas como las psiquiátricas. Respecto de estas últimas, las conclusiones del Comité detallan que en el año 2006 existían 0,46 camas por cada mil habitantes, lo que es notoriamente insuficiente y por ello el Comité solicita a España que en su próximo informe detalle las medidas emprendidas para incrementar dicho número. Otro de los aspectos que dichas conclusiones resaltan es la

---

<sup>597</sup> No solo la Constitución de la OMS aboga por un sentido amplio del derecho a la salud, véase la nota al pie 176.

<sup>598</sup> Conclusiones XIX-2 (2009) de enero de 2010.

gestión de las listas de espera, información que ya se había solicitado y que España no aporta en el informe correspondiente, por lo que el Comité insiste en su solicitud y advierte a España de la posibilidad de declarar su situación como no conforme en las próximas conclusiones correspondientes al art. 11 CSE. Y, para el Comité, no puede constituir un pretexto de la ausencia de envío de esa información el hecho de que sean las Comunidades Autónomas las que gestionan prioritariamente los servicios de salud, puesto que la personalidad jurídica internacional y, por ende, la responsabilidad exterior, compete al Estado y, por ello, debe responder el Gobierno central.

Dicho lo cual, resulta necesario centrarse en otro de los requerimientos de las Conclusiones XIX-2 y es el de conocer el sistema sanitario español, sobre todo en relación con las posibilidades de acceso de personas pertenecientes a colectivos vulnerables, pues *“El sistema sanitario debe ser accesible a todos [...]. Las restricciones en la aplicación del art. 11 no deben ser interpretadas en el sentido de impedir a colectivos vulnerables el ejercicio de su derecho a la salud. Esta interpretación es la consecuencia lógica del principio de no discriminación previsto en el Artículo E, en conexión con los derechos subjetivos de la Carta”*<sup>599</sup>. El Gobierno español durante los dos últimos años, y dada la grave situación económica, ha promulgado numerosa normativa que ha tenido como consecuencia general la minoración de determinados derechos sociales, tal y como se ha visto a lo largo de este trabajo. Dos de las normas más polémicas han sido el RDL 16/2012 y el RD 1192/2012, pues han aplicado ajustes económicos sobre el derecho a la salud y la atención médica que desvirtúan por completo la vocación universal del sistema nacional de salud,

---

<sup>599</sup> Conclusiones XIX-2, pág. 11: *“The health care system must be accessible to everyone (Conclusions 2007, Albania). Restrictions on the application of Article 11 may not be interpreted in such a way as to impede disadvantaged groups' exercise of their right to health. This interpretation is the logical consequence of the non-discrimination provision in Article E of the Charter, in conjunction with the substantive rights of the Charter”*.

proclamada en el mismo RDL 16/2012. De acuerdo con lo expresado por el CEDS, el derecho a la salud debe de reconocerse a todos y su representación práctica, el sistema sanitario, también y, con especial énfasis a los grupos de personas vulnerables, como pueden ser los extranjeros en situación irregular<sup>600</sup>. Pues, si atendemos a lo establecido por las normas gubernamentales mencionadas anteriormente, los extranjeros en situación administrativa irregular<sup>601</sup>, desde el 1 de septiembre de 2012, no pueden acceder al sistema sanitario ordinario, pese a estar empadronados, pues han perdido su condición de asegurado<sup>602</sup> obtenida tras el empadronamiento en el municipio de residencia<sup>603</sup>; únicamente tienen derecho a los cuidados sanitarios debidos a una urgencia por accidente o enfermedad sobrevenida o en caso de embarazo, durante todo el proceso y el postparto<sup>604</sup>. Sin embargo, este detalle que puede parecer nimio pese a

---

<sup>600</sup> Es más, el CEDS, en la decisión de fondo de la reclamación 14/2003, Federación Internacional de Derechos Humanos contra Francia, afirmaba que *“la dignidad humana representa el valor fundamental que se encuentra en el núcleo del derecho europeo positivo en materia de derechos humanos [...] y los cuidados médicos constituyen una condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana”*, por lo que cualquier legislación o práctica que limitara el acceso a la asistencia sanitaria e los extranjeros, aún en situación irregular, es contraria a la Carta Social Europea (párrafos 31 y 32).

<sup>601</sup> Únicamente los extranjeros adultos, pues los menores siguen teniendo una especial protección.

<sup>602</sup> Véase el art. 1º del RDL 16/2012.

<sup>603</sup> Para un análisis detallado de las consecuencias prácticas y reales del RDL 16/2012, véase *“El impacto de la reforma sanitaria sobre el Derecho a la salud”* elaborado por la ONG Médicos del Mundo en septiembre de 2013 y presentado a la Defensora del Pueblo. Dicho informe resalta el RDL 16/2012 *“ha provocado n notorio entorno de confusión entre las y los profesionales sanitarios, que ha generado una **aplicación manifiestamente asimétrica y desigual, dejando a colectivos excluidos y con especial repercusión entre las personas más vulnerables** (víctimas de trata o de violencia de género, pacientes con enfermedades mentales y crónicas); además de una constante infracción del propio Real Decreto-Ley al excluirse de la atención sanitaria a mujeres embarazadas, menores de edad y facturando los servicios de urgencias (incluso antes de su prestación)”*.

<sup>604</sup> Otra de las consecuencias del mencionado RDL, no menos grave que la comentada en esta parte del presente capítulo, ha sido la absoluta descoordinación entre las Comunidades Autónomas a la ahora de su aplicación. Un buen ejemplo puede encontrarse en la resolución del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha de 2 de agosto de 2013, de la Dirección Gerencia, sobre precios a aplicar por sus centros sanitarios a terceros obligados al pago o a los usuarios sin derecho a asistencia sanitaria, publicado en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha el 8 de agosto de 2013. Dicha resolución establece las cantidades a facturar para procesos obstétricos siendo el precio del parto vaginal sin complicaciones de 2.511, 65 Euros o los 6.640,36 Euros que se cobrarán en caso de ser una cesárea de alto riesgo con complicaciones;

su gravedad, no aparece en el último informe que el gobierno español ha presentado ante el CEDS; en dicho informe se alude a ambos decretos, argumentando su necesidad en la ineludible adaptación de la legislación española en materia de sanidad y Seguridad Social a la normativa europea y haciendo únicamente referencia a los ciudadanos comunitarios. A mayor abundamiento, el Gobierno español obvia mencionar la eliminación del derecho a la salud de los extranjeros incluso habiendo sido objeto de análisis en el Comité DESC de Naciones Unidas; dicho Comité expresa su preocupación *“por las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2012, del 20 de abril de 2012, en particular a la Ley de Extranjería de 2009, que recortan los derechos de acceso de los inmigrantes en situación irregular a los servicios públicos de salud (art. 12)”* y añade que *“recomienda al Estado parte asegurar que, de conformidad con la Observación general N.º 14 (2000) del Comité sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto) y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, las reformas adoptadas no limiten el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, cualquiera sea su situación legal. También recomienda que el Estado parte evalúe el impacto de toda propuesta de recorte en cuanto al acceso de las personas y colectivos desfavorecidos y marginados a los servicios de salud”*<sup>605</sup>.

---

asimismo las consultas de urgencias tendrán un precio de 236,09 Euros, por lo que se ignora, de forma dolosa, lo previsto en el RDL 16/2012 respecto de la asistencia sanitaria a extranjeros no registrados ni autorizados a residir que sí tiene reconocida dicha asistencia en caso de enfermedad grave sobrevenida o accidente y durante el embarazo, parto y postparto. En cambio la Comunidad Valenciana, mediante Instrucción de la Secretaría Autonómica de Sanidad de 31 de julio de 2013, ha puesto en marcha el Programa valenciano de protección de la salud, un tibio intento de garantizar la asistencia sanitaria a los extranjeros excluidos del Sistema nacional de Salud por el RDL 16/2012, aunque únicamente respecto de actuaciones en materia de promoción de la salud, prevención de la enfermedad y prestación de asistencia sanitaria y prevención y tratamiento de enfermedades de declaración obligatoria, infectocontagiosas y mentales; los requisitos para acogerse a dicho programa deben cumplirse todos simultáneamente, lo que dificulta su puesta en práctica efectiva, y desvirtúa por lo tanto su aparente bondad.

<sup>605</sup> Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los arts. 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La razón por la cual el Gobierno español omite cualquier mención a este respecto se desconoce, sin embargo sí que puede afirmarse que, de nuevo y pese a la reiteración de esta aseveración, España no solo no cumple con lo establecido en la CSE, es decir con sus compromisos internacionales, sino que, a sabiendas, esconde información que pudiera dañar su imagen internacional, pues poco a poco está vaciando de contenido el Estado social proclamado en la Constitución<sup>606</sup>. Respecto del art. 13 CSE, desgraciadamente, la situación no cambia. El Comité, en las conclusiones anteriores al informe presentado por España en octubre de 2012, solicitaba información en relación con los párrafos 2º y 3º del citado precepto; sin embargo, tras su lectura, sigue sin aparecer mención alguna a los avances efectuados por España respecto de del párrafo segundo del art. 13 CSE y en relación con el apartado tercero enumera simplemente la normativa autonómica sobre Renta Mínima de Inserción y sobre un plan específico de inserción sociolaboral para personas que hayan agotado todas las prestaciones sociales por desempleo.

---

(España); Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, 48º periodo de sesiones, 6 de junio de 2012 (E/C.12/ESP/CO/5).

<sup>606</sup> Una de las últimas, y controvertidas, medidas que ha tomado el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad ha sido la Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se procede a modificar las condiciones de financiación de medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud mediante la asignación de aportación del usuario (BOE nº225, de 19 de septiembre de 2013); dicha resolución incluye un listado de medicamentos cuya dispensación se realiza a través de las farmacias hospitalarias. Desde el 1 de octubre de 2013 dicha medicación conllevará una aportación reducida. Se ha de tener en cuenta que estas medicaciones se administran para tratamientos de enfermedades graves y crónicas como el cáncer o la diabetes. Por lo general, los enfermos suelen tomar estos medicamentos durante largo tiempo, incluso de por vida, por lo que someter su dispensación a un pago, aunque sea mínimo, puede limitar claramente el goce del derecho a la salud de forma plena.

b) Derecho a una vivienda.

En la actualidad, el carácter fundamental del derecho a la vivienda es indudable, quedando reforzado por su conexión con el disfrute de otros derechos<sup>607</sup> y con la dignidad de la persona; así lo expresó el Consejo de Ministros del CdE en su Recomendación de 19 de enero de 2000, afirmando que *“la satisfacción de las necesidades humanas materiales básicas (como mínimo: alimentación, vestuario, alojamiento y cuidados médicos básicos) es fundamento de la dignidad inherente a todo ser humano y de la propia condición de su existencia y de su desarrollo como tal”*<sup>608</sup> y añade que son necesarios no solo el reconocimiento de un derecho a la satisfacción de dichas necesidades sino también el establecimiento de un procedimiento que garantice su justiciabilidad, pues son ambas condiciones indispensables para el goce de otros derechos fundamentales.

La Constitución española establece, en su art. 47, el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, siendo los poderes públicos los que tengan que adoptar medidas en ese sentido, supeditando al interés general el uso del suelo para impedir la especulación. Sin embargo, el derecho a la vivienda, sobre todo en los últimos años, ha sido fundamento de actuaciones urbanísticas

---

<sup>607</sup> Así ESCOBAR ROCA, G. *“Otros derechos fundamentales no se entenderían son el previo disfrute de una vivienda [...] En especial la intimidación personal y familiar (entendida como un ámbito propio y reservado frente a la acción de los demás y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana, STC 119/2001) del artículo 18.1 difícilmente puede salvaguardarse cuando se vive a la intemperie.[...] El incumplimiento del derecho a la vivienda puede afectar a los bienes protegidos por los artículos 15 (derecho a la vida y a la integridad física y moral) y sobre todo 43.1 (derecho a la protección a la salud)”* Op. Cit.

<sup>608</sup> Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros (2000)3, de 19 de enero de 2000, sobre el derecho a la satisfacción de las necesidades materiales básicas de las personas en situación de extrema necesidad: *“La satisfaction des besoins humains matériels élémentaires (à tout le moins, la nourriture, l’habillement, l’hébergement et les soins médicaux de base) découle de la dignité inhérente à tout être humain et constitue la condition d’existence de l’homme, ainsi que de son épanouissement.[...] Estimant de surcroît que la reconnaissance d’un droit individuel, universel et justiciable des personnes en situation d’extrême précarité à la satisfaction de ces besoins est une condition à l’exercice d’autres droits fondamentaux et un élément indispensable dans un Etat démocratique fondé sur le droit”*.



desmesuradas que han generado “*graves desequilibrios económicos, sociales y medioambientales. El incremento de la demanda vino causada en parte por razones sociales, demográficas y financieras pero también por razones especulativas. En este contexto, jugaron un papel importante la fiscalidad y las políticas urbanísticas*”<sup>609</sup>, por lo que no ha sido considerado como un derecho fundamental, sino más como un activo económico.

En relación con las disposiciones sobre el derecho a la vivienda de la CSE, la versión originaria de 1961 (a diferencia de la revisada de 1996, en su art. 31) no reconoce explícitamente un derecho específico, sino que lo incardina en dos preceptos, el art. 16 (derecho a la familia a una protección social, jurídica y económica) y el art. 19 (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y a asistencia). En ambos preceptos se establece como condición *sine qua non*, para la protección global de la familia, la posibilidad de acceder a una vivienda adecuada<sup>610</sup>, por lo que se trata de un derecho relacionado con un bien superior de especial protección que es el núcleo familiar.

En relación con las actuaciones del CEDS respecto de la situación de España y su adecuación a lo dispuesto por la CSE, vemos como de nuevo la falta de información es la tónica general. En las últimas conclusiones sobre el art. 16 CSE<sup>611</sup>, el Comité solicitó información sobre la inversión en vivienda protegida pues el informe español, pese a ofrecer un panorama bastante positivo en materia de vivienda, no ofreció ninguna cifra a ese respecto. Además el CEDS incidía sobre la tardía emancipación de los jóvenes, pese a las ayudas que el Estado ofrecía para ello a través del Real Decreto 1472/2007<sup>612</sup>, por lo que solicitó información sobre los resultados de su aplicación. Dicha norma

---

<sup>609</sup> Informe sobre la situación del sector de la vivienda en España, Ministerio de Vivienda, abril 2010.

<sup>610</sup> La CSE habla de “*viviendas adaptadas a las necesidades de las familias*”.

<sup>611</sup> Conclusiones XIX-4 (2011) de enero de 2012.

<sup>612</sup> Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes; BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2007.

trató de “dinamizar el mercado de arrendamientos mediante la adopción de una serie de medidas que contribuyan a facilitar a los jóvenes el acceso a una vivienda digna en régimen de alquiler, fomentando así una más temprana emancipación y mayor movilidad laboral”; sin embargo, el RD 20/2012 de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad ha minorado sustancialmente el importe de las ayudas para el pago de los arrendamientos<sup>613</sup>, por lo que se ha desvirtuado el fundamento del anterior Real Decreto, de nuevo por razones atinentes a la grave situación económica. Es de esperar que esta información se transmita en el próximo informe que el Gobierno español presente en relación con el art. 16 CSE, pese a ir en detrimento de la futura calificación de la situación del país.

Otro de los asuntos mencionados en las citadas conclusiones, casualmente coincide con una de las más agrias polémicas surgidas durante los dos últimos años, es decir la pérdida de la vivienda por imposibilidad de hacer frente a la deuda hipotecaria. Los desahucios en España se han incrementado<sup>614</sup> por razón de la crisis económica y sus consecuencias más graves, como es el fuerte desempleo. Según el Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada, Raquel Rolnik<sup>615</sup>, “en España se han ejecutado más de 350.000 hipotecas desde 2007, y en 2011 tuvieron lugar aproximadamente 212 ejecuciones y 159 desalojos al día. La crisis ha afectado desproporcionadamente a los más pobres y vulnerables, que fueron los últimos en ingresar en los mercados hipotecarios y los primeros en sufrir

---

<sup>613</sup> En la parte expositiva del RD 20/2012, y en relación con la renta Básica de Emancipación, se afirma que “Debido a los motivos anteriormente expuestos de situación económica se hace necesario reducir el importe de la ayuda abonada por el concepto de Renta Básica de Emancipación de los jóvenes en un 30%, siendo por tanto la cuantía mensual de la ayuda de 147€. Así mismo, se estima que el derecho a la percepción de la ayuda mensual no podrá ser objeto de reactivación en el caso de precisar nueva resolución por considerarse ésta extemporánea”.

<sup>614</sup> Según datos del Consejo General de la Abogacía Española, desde 2007 se han producido más de 400.000 ejecuciones hipotecarias, Informe “Efectos de la crisis en los órganos judiciales” 2º semestre de 2012.

<sup>615</sup> Asamblea General de Naciones Unidas A/67/286, de 10 de agosto de 2012.

*las consecuencias de las crisis en razón de su escasa resiliencia a las conmociones económicas y su poca capacidad de pago. Algunas investigaciones recientes indican que la mayor parte (el 70%) de los impagos registrados en España guarda relación con la crisis del empleo y que el 35% de las propiedades ejecutadas pertenecen a migrantes”.*

El Comité dispone que, para que la situación del país en cuestión sea conforme a lo establecido en el art. 16 CSE, en materia de ejecuciones hipotecarias, los Estados deben establecer procesos de consulta entre las partes afectadas para encontrar soluciones alternativas, decretar un plazo de preaviso razonable, garantizar el acceso a ayuda y recursos legales y una debida compensación en caso de ser un desalojo ilegal; por ello, el CEDS solicita que el próximo informe de España, respecto del art. 16 CSE, contenga información sobre el cumplimiento de dichos requisitos. El futuro informe no solo debería contener la información requerida por el CEDS, sino también una mención expresa a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de marzo de 2013<sup>616</sup>, que resolvió sobre el incumplimiento por parte de España de la legislación europea en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, pues *“se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final”.* El pronunciamiento del Tribunal de la UE

---

<sup>616</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala primera) de 14 de marzo de 2013, recaída en el asunto C-415/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, mediante auto de 19 de julio de 2011.

ha venido a subsanar una situación de absoluta desprotección de los afectados por riesgo de ejecución hipotecaria, algo que contraría asimismo las garantías que el CEDS entiende que deben darse en dichos procedimientos, tal y como se expresan en las Conclusiones analizadas.

A modo de conclusión, puede afirmarse que el derecho a la vivienda, de acuerdo con la interpretación del CEDS, no es observado por España, pese a los intentos que se han realizado por adaptarse legislativamente a las recomendaciones del Comité. Por ello, sería necesario, y más dada la actual situación económica, ratificar tanto la CSEr, donde sí queda reconocido el derecho a la vivienda de forma explícita en el art. 31, como el protocolo de reclamaciones colectivas, para ofrecer así verdaderas herramientas de protección y garantía de dicho derecho, convirtiéndolo en un derecho fundamental exigible y justiciable.

En lo que respecta a la actuación del CEDS en relación con España, y una vez analizados los derechos sociales, tanto desde su aproximación subjetiva como objetiva, la conclusión no resulta para nada esperanzadora, pues la falta de información y el incumplimiento de las conclusiones del Comité, suponen tanto un incumplimiento manifiesto de las obligaciones internacionales de España como un desprecio por el Estado social proclamado por nuestra Constitución; no debe olvidarse que *“el Estado es responsable de los compromisos adoptados respecto de la Carta: ello significa que, sea cual sea la organización escogida, en la que el CEDS no posee capacidad de influir, el Estado debe actuar de tal manera que, sea a través de la legislación o de la jurisprudencia, las soluciones adoptadas no desemboquen en una violación de la Carta”*<sup>617</sup>.

---

<sup>617</sup> BELORGEY, J-M in *“La Carta Social en la práctica: la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales”* Revista Europea de Derechos Fundamentales, nº13/ 1er semestre 2009, págs. 245-257.

## **CAPÍTULO VII. EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DEL CEDS<sup>618</sup>**

Hasta este momento, y a modo de recapitulación, el presente trabajo ha ido analizando la presencia de la CSE en el marco normativo español, así como su influencia en el ámbito de las instituciones judiciales y de defensa de los derechos humanos. Asimismo, se ha expuesto la adopción de la CSE en la práctica, mostrando cómo los derechos sociales, en relación con la norma del Consejo de Europa, han sido desarrollados y garantizados, con más o menos acierto, desde las instituciones nacionales. Por lo tanto, resulta razonable que el presente capítulo se dedique a abordar el trabajo del CEDS en relación con el control que efectúa respecto del cumplimiento de sus decisiones y requerimientos, pues como ya se ha advertido a lo largo del presente trabajo, la CSE, así como la CSEr, reconocen derechos efectivos que deben traducirse en medidas reales, pues, de lo contrario, el trabajo del CEDS, tanto en el sistema de informes como en el procedimiento de reclamaciones colectivas, quedaría vacío de contenido. Sin embargo, la asunción de las conclusiones y decisiones del CEDS no es un tema pacífico, pese a la importancia que tienen respecto de la garantía y “justiciabilidad” de los derechos sociales, sobre todo en un país como España que no ha ratificado el protocolo de reclamaciones colectivas y que únicamente somete informes anuales sobre la adecuación de su legislación y políticas sociales a lo establecido en la CSE, lo que, desgraciadamente, tal y como ha quedado constatado en el anterior

---

<sup>618</sup> El presente capítulo se ha basado en buena medida en el enfoque adoptado por JIMENA QUESADA, L.: *“La ejecución de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales: enfoque compadrada con el Tribunal Europeo de Derechos Sociales”*, capítulo 12 de la obra colectiva *Tratado sobre protección de derechos sociales* (dir. por M. TEROL BECERRA y L. JIMENA QUESADA), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

capítulo, parece un compromiso secundario, pues no facilita la información requerida o, directamente, omite cierta información que pudiera no adecuarse a las disposiciones de la CSE.

Asimismo, resulta interesante realizar una aproximación comparativa a la asunción en el plano interno de las resoluciones del CEDS, situándola en paralelo al procedimiento de ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante), para lo cual será de gran ayuda fijar la atención en la jurisprudencia del TC a ese respecto y que, avanzamos, es un asunto nada pacífico.

### 1. Supervisión del Consejo de Europa.

El CEDS, de acuerdo con lo expuesto hasta ahora, tiene como misión fundamental establecer si la situación de un país es conforme con los estándares acordados en la CSE, el protocolo de 1988 y la CSEr, de acuerdo con su reglamento de funcionamiento<sup>619</sup>. Dicha misión se cumple a través de las conclusiones que el CEDS emite en relación con los informes que presentan los Estados sobre los cuatro grupos temáticos en que ha sido dividida la Carta y, desde la entrada en vigor del protocolo de Reclamaciones colectivas, el Comité posee una nueva herramienta de decisión, mucho más directa, pues se centra en situaciones concretas de supuestas vulneraciones de la Carta respecto de las cuales emite decisiones, de las que puede decirse que son verdaderas sentencias, pues no debe olvidarse que el Comité está formado por expertos independientes que *“actúa conforme a parámetros claramente jurisdiccionales (fase de inadmisibilidad y fase de enjuiciamiento en cuanto al fondo) y dicta decisiones de fondo que*

---

<sup>619</sup> Art. 2 reglamento del Comité Europeo de Derechos Sociales, adoptado en marzo de 2004, durante la 201ª sesión y revisado en varias ocasiones, siendo la última en mayo de 2011.

*presentan la misma estructura que las sentencias judiciales*<sup>620</sup>. Sin embargo, pese a la fortaleza del sistema de control del CEDS, en ambas modalidades, esta parece diluirse una vez emitidas las conclusiones y las decisiones, pues quedan, sobre todo respecto de las primeras, a expensas de la actividad del Estado, o de su inactividad, con la agravante que pesa siempre que se traen a colación los derechos sociales, y es su marginación en relación con los derechos civiles y las libertades públicas pues *“los Estados, teóricamente, muestran su disposición a establecer el mismo estatus para ambos grupos de derechos: en la práctica, la retórica no concuerda con la realidad de la práctica del Estado*<sup>621</sup>. Por todo ello resulta de sumo interés analizar el control efectuado tanto por el Comité de Ministros, como por el propio CEDS, respecto del cumplimiento, por parte de los Estados, de lo adoptado tanto en las conclusiones como en las decisiones, no solamente respecto de los avances legislativos sino de las medidas prácticas, pues, al fin y al cabo, la CSE establece derechos prácticos y no anhelos teóricos.

### 1.1 Comité de Ministros.

Dentro del marco institucional del Consejo de Europa, el Comité de Ministros (CM en adelante) posee un papel relevante pues es el competente para actuar en nombre del CdE, adoptando las medidas, motu proprio o de acuerdo con las recomendaciones de la Asamblea parlamentaria, para llevar a cabo los objetivos propios del CdE. El CM

---

<sup>620</sup> JIMENA QUESADA, L. *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de Reclamaciones Colectivas Vol. I: 1998-2005)*, Tirant monografías 477, 2007.

<sup>621</sup> O'CONNOR, C. *“Bringing socio-economic rights back to the mainstream of Human Rights: the case-law of the European Committee of Social Rights as an example of rigorous and effective rights adjudication”* Revista Europea de Derechos Fundamentales núm.31/1er semestre 2009, págs. 259-29: *“In the abstract, states are willing to acknowledge the equal status of both sets of rights: in practice, this rethoric does not match the reality of state practice”* (traducción de la autora).

impulsa la realización de dichas medidas por parte de los Estados miembros para alcanzar un estándar común en las materias relacionadas con la actividad del Consejo de Europa<sup>622</sup>. En síntesis, es el guardián, junto con la Asamblea Parlamentaria, de “*los valores sobre los que se asienta el Consejo de Europa*”<sup>623</sup>. Teniendo en cuenta esta importante función, resulta lógico que el CM posea también funciones de control en el ámbito procedimental del CEDS, pues aquel, de acuerdo con las indicaciones del Comité gubernamental, puede emitir recomendaciones a los Estados miembros para que apliquen las medidas establecidas por el CEDS tanto en las conclusiones como en las decisiones sobre el fondo. No obstante, la propia composición del CM puede suponer un freno a la función de control de este; el CM está compuesto por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros (en la praxis, por los Delegados de ellos, que son los Representantes Permanentes de los Estados ante el Consejo de Europa), por lo que es una composición fundamentalmente política y su actividad puede verse influida de forma notoria por la ideología imperante en el gobierno del Estado miembro. Mientras que los miembros del CEDS son expertos independientes de acuerdo con el art. 3,1 de su reglamento de funcionamiento que establece que “*los miembros deberán ejercer sus funciones de acuerdo con las exigencias de independencia, imparcialidad y disponibilidad, inherentes a su posición y mantendrán en secreto las deliberaciones del Comité*”<sup>624</sup>, los miembros del CM son representantes del gobierno del Estado, por lo que puede afirmarse que la independencia proclamada respecto de los miembros del Comité puede diluirse cuando sus conclusiones y decisiones llegan al CM.

---

<sup>622</sup> Art. 15 del Estatuto del Consejo de Europa, STE núm. 1, aprobado en Londres el 5 de mayo de 1949.

<sup>623</sup> BENOÎT-ROHMER, F. y KLEBES, H. *Le droit du Conseil de l'Europe. Vers un espace juridique paneuropéen*. Editions du Conseil de l'Europe, 2005.

<sup>624</sup> Art. 3, 1 Reglamento de funcionamiento del CEDS: “*Members shall perform their duties in conformity with the requirements of independence, impartiality and availability inherent in their office and shall keep secret the Committee's deliberations*”.



La principal consecuencia de esa diversa configuración al acometer este momento procedimental, en relación con las reclamaciones colectivas, es que *“la ejecución de esas decisiones de fondo están guiadas por el principio de subsidiariedad y, por la naturaleza claramente política de los dos órganos que intervienen en la supervisión de la ejecución, quedan en buena medida al albur de la voluntad política del Estado demandado”*<sup>625</sup>. Al ser el procedimiento de reclamaciones colectivas el más fuerte, pues decide sobre violaciones concretas de los derechos contenidos en la CSE, puede afirmarse que el procedimiento establecido respecto de los informes se ve aún más afectado por el carácter político del control ejercido por el CM. A modo de ejemplo, conviene resaltar que España ha sido requerida por el CEDS, en numerosas ocasiones, para que aporte más información sobre una medida legislativa concreta o sobre determinadas políticas, tal y como ha quedado expuesto en el capítulo anterior. Sin embargo, y pese a ser advertido por el CEDS respecto de una posible consideración como no conforme con la CSE, los gobiernos de turno españoles han obviado dichos requerimientos, pese a que *“las conclusiones son vinculantes para dichos Estados, que deben adaptar su legislación y su práctica a las apreciaciones jurídicas del CEDS, las cuales no son sino la concreción de las obligaciones jurídicas asumidas al comprometerse con la Carta”*<sup>626</sup>. Además, el gobierno español únicamente ha sido requerido por el CM en dos ocasiones, en relación con dos normas<sup>627</sup> que vulneraban el art. 1, 2 CSE que prohíbe el trabajo forzoso; se echa en falta, a modo de ejemplo, que el CEDS hubiera solicitado que el CM efectúe una recomendación sobre el SMI y el salario medio, pues es un

---

<sup>625</sup> JIMENA QUESADA, L. opus cit. 618.

<sup>626</sup> JIMENA QUESADA, L.: *“La ejecución de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales: enfoque comparado con el Tribunal Europeo de Derechos Sociales”*, capítulo 12 de la obra colectiva *Tratado sobre protección de derechos sociales* (dir. por M. TEROL BECERRA y L. JIMENA QUESADA), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

<sup>627</sup> En concreto la Ley de 22 de diciembre de 1955, por la que se aprobó el texto articulado de la Ley penal y disciplinaria de la marina mercante y la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, por la que se estableció la Ley penal y procesal, en materia de navegación aérea, ambas derogadas.

asunto sobre el que España jamás ha estado en situación de conformidad respecto de lo establecido en la CSE, lo que, por otra parte, resulta de extrema gravedad y muestra el desapego hacia los derechos sociales de los distintos gobiernos españoles, pese a peligrar el Estado social proclamado en la Constitución.

Dicho lo cual, puede afirmarse que se echa en falta una mayor coerción en la actividad de control del CM, fundamentada sobre un respeto absoluto al principio de subsidiariedad que implica que sean los Estados los que decidan sobre las medidas que se vayan a tomar en relación con la aplicación interna, tanto de las sentencias del TEDH como de las decisiones de fondo del CEDS. Ello supone un flaco favor a las posteriores consecuencias de las resoluciones de ambas instituciones y, especialmente en el caso del CEDS, a la toma en consideración por parte del Gobierno de turno, de las indicaciones tanto de las conclusiones como de las decisiones sobre el fondo, que de acuerdo con lo analizado hasta este momento, en España no se le da la debida importancia, pese a su carácter vinculante.

Un ejemplo claro de la debilidad del CM en relación con su actividad de control del cumplimiento de las decisiones sobre el fondo, lo podemos encontrar en la primera resolución<sup>628</sup> que emitió relativa a la reclamación 1/1998 de la Comisión Internacional de Juristas contra Portugal. En dicha resolución únicamente encontramos dos indicaciones relativas a la decisión sobre el fondo; la primera indica que toma nota de lo resuelto por el CEDS y la segunda insta al Gobierno de Portugal a exponer en su próximo informe las medidas que haya tomado para dar cumplimiento a lo acordado por el Comité<sup>629</sup>. Puede, por lo tanto, afirmarse, que el control ejercido por el CM es bastante

---

<sup>628</sup> Adoptada por el Consejo de Ministros el 15 de diciembre de 1999, durante la 692ª reunión de los Delegados de Ministros.

<sup>629</sup> Resolución ChS (99) 4 “1. *prend note du rapport et des conclusions du Comité européen des Droits sociaux*; 2. *rappelle que le Gouvernement du Portugal présentera dans le prochain rapport sur l'application de la Charte sociale européenne les mesures prises en application de ladite Recommandation*”.

suave, incluso tímido lo que puede reforzar la dejadez de las obligaciones internacionales respecto de la CSE y la CSEr, que caracteriza a algunos Estados miembros del CdE, entre ellos España.

Otro ejemplo más reciente, y con similar contenido, lo encontramos en la resolución adoptada en la 1.168ª reunión de los Delegados de Ministros<sup>630</sup>, en la cual se analizó el cumplimiento por el Estado portugués de la Decisión sobre el fondo recaída en la reclamación Colectiva nº 61/2010 interpuesta por el Centro Europeo de Derechos de los Gitanos contra Portugal. El CEDS estimó en su decisión sobre el fondo que se había violado el art. E en combinación con los artículos 16, 30 y 31.1 de la CSEr y además propuso el pago a la parte actora de los gastos producidos por la reclamación, pago que debía efectuar Portugal. El CM, en la resolución adoptada tras la mencionada reunión de abril de 2013, únicamente se hizo eco de las medidas tomadas en relación con la protección de los derechos fundamentales del colectivo Gitano, recomendó a Portugal que expusiera los avances realizados en su próximo informe anual y sin embargo, decidió no dar trámite a la propuesta de indemnización recomendada por el CEDS. Por lo tanto cabe resaltar, de nuevo, la timidez o falta de voluntad del CM en relación con los seguimientos que de la aplicación de la CSE y de la CSEr realiza, así como la falta de motivación en lo que respecta a la negación de dar el debido curso a la solicitud de indemnizaciones, en su mayoría para sufragar los gastos procesales, decididas en la sede del CEDS; la negativa habitual del CM en relación con la aprobación de dichas indemnizaciones llama a la necesidad de *“acometer una reforma de la Carta Social Europea introductoria de una cláusula similar al artículo 41 de la Convención Europea”*<sup>631</sup>.

Por todo lo anteriormente expresado, debería iniciarse un serio examen de la efectividad del control efectuado por el CM y estudiar la posibilidad

---

<sup>630</sup> Resolución CM/ResChS (2013)7, adoptada por el Comité de Ministros el 10 de abril de 2013 en su 1.168ª reunión.

<sup>631</sup> JIMENA QUESADA, L. opus cit 618.

de un cambio procedimental que diera el último empujón a la actividad del CEDS, para que esta fuera más visible y, por supuesto, más firme, garantizando el debido seguimiento de sus decisiones<sup>632</sup> y de sus conclusiones, que debieran tener mayor aplicación en los Estados miembros. No obstante, esta tarea no solo depende de los órganos internos del CdE, sino también de la actitud de los Estados miembros hacia sus obligaciones internacionales y respecto de la promoción y refuerzo de una verdadera cultura de los Derechos fundamentales.

## 1.2 Comité Europeo de Derechos Sociales.

Tras analizar el control efectuado por el Comité de Ministros, del seguimiento y ejecución de las decisiones de fondo y de las conclusiones emitidas por el CEDS, debe exponerse el control posterior que efectúa a su vez el Comité que, debe avanzarse, resulta limitado.

De acuerdo con las Resoluciones del Comité de Ministros, el CEDS deberá comprobar en los siguientes informes estatales que sigan al procedimiento de reclamaciones colectivas o al sistema de informes, si el Estado en cuestión ha dado cumplimiento a las observaciones efectuadas por el CEDS en sus conclusiones y/o ha reparado la situación que vulneraba la CSE. A pesar de la actitud de España hacia

---

<sup>632</sup> El control efectuado por el CM respecto del cumplimiento de las sentencias del TEDH se encuentra mejor regulado y posee una constancia que no encontramos en el seguimiento de las decisiones y conclusiones del CEDS; a modo de ejemplo, la regla nº7 de las Reglas del Comité de Ministros para el control de la ejecución de las sentencias y de los términos de los arreglos amistosos, adoptadas por el CM el 10 de mayo de 2006 (964ª reunión de los Delegados de Ministros), que dispone la inclusión inmediata, y de forma periódica, en el orden del día de las reuniones sobre Derechos Humanos, del seguimiento de la ejecución de una sentencia por parte del Estado miembro correspondiente, hasta que este no demuestre su debida aplicación, en los términos referidos en la propia sentencia. Se aprecia, por lo tanto, un mayor y mejor seguimiento de la efectividad real de las sentencias del TEDH, en comparación con el seguimiento de las decisiones y conclusiones del CEDS. Asimismo, y de acuerdo con JIMENA QUESADA, en su aportación a la obra colectiva dirigida por ROMAN, D. “*La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances*”, el CM debería elaborar un informe anual sobre la aplicación y seguimiento de las decisiones del CEDS, a imagen y semejanza del elaborado respecto de las sentencias del TEDH.

sus obligaciones internacionales, de acuerdo con lo expresado en capítulos anteriores, otros Estados miembros sí que dan debido cumplimiento a las observaciones y decisiones del CEDS.

Como ilustración de ello, cabe apuntar que las ejecuciones de las reclamaciones colectivas se han llevado a cabo a través de diferentes vías:

- A) Una de esas vías es la reforma legislativa, cuyo ejemplo lo encontramos en la Reclamación nº48/2008 (Centro Europeo de Derechos de los Gitanos contra Bulgaria) y que tuvo como consecuencia la eliminación de un artículo de la ley de asistencia social que limitaba el acceso a dicha prestación a los parados, tras 6, 12 o 18 meses, lo que violaba lo dispuesto en el art. 13,1 de la CSEr. De acuerdo con la resolución CM/ResChS (2010)2, el Comité de Ministros estimó que dicha reforma legislativa se hallaba en plena concordancia con la decisión de fondo emitida por el CEDS y que suponía una solución eficaz y permanente<sup>633</sup>.
- B) En segundo lugar, se encuentra la vía ejecutiva; en este caso puede traerse a colación la ejecución de la Reclamación nº45/2007, INTERIGHTS contra Bulgaria<sup>634</sup>, que tuvo como

---

<sup>633</sup> Resolución CM/ResChS (2010)2 de 31 de marzo de 2010: *“En référence à la Réclamation collective n° 48/2008 du Centre européen des droits des Roms contre la Bulgarie, dans laquelle le Comité européen des droits sociaux a constaté que l’interruption de l’assistance sociale pour les chômeurs d’âge actif après 18 ou 12 mois, prévue par l’article 12(c) de la loi sur l’assistance sociale de la République de Bulgarie ne pouvait pas être considérée comme constituant une restriction admissible au droit de percevoir une assistance sociale conforme aux dispositions de l’article 13, paragraphe 1 de la Charte sociale européenne (révisée), je vous informe de ce qui suit : L’article 12 (c) en cause a été abrogé par un amendement à la loi relative à l’assistance sociale, adoptée par l’Assemblée nationale de la République de Bulgarie le 10 février 2010 (publiée dans le numéro 15 du Journal officiel du 23 février 2010). L’amendement entrera en vigueur le 1er janvier 2011. Ledit amendement constitue une solution efficace et pérenne aux questions soulevées par le Comité européen des droits sociaux dans la partie conclusion de son rapport sur la Réclamation collective n° 48/2008”.*

<sup>634</sup> El objeto de la reclamación se encontraba en los contenidos de la educación sexual ofrecida en los colegios e institutos, que presentaban la homosexualidad como una conducta desviada, causa de la proliferación de enfermedades de transmisión sexual como el VIH (véase el párrafo 60 de la decisión sobre el fondo de la reclamación 45/2007); asimismo, otros contenidos presentaban a la mujer en su rol más tradicional,

consecuencia directa la retirada, por parte del Gobierno, de unos manuales de educación sexual con contenidos homófobos y sexistas que atentaban contra lo establecido en el art. 16 de la CSE, de acuerdo igualmente con la petición realizada por el Comité de Ministros<sup>635</sup> en el sentido de adecuar la situación a la decisión emanada del CEDS.

C) Por último, la ejecución de las decisiones del CEDS también se ha tramitado a través de la vía judicial, como en el caso de la decisión de fondo de la reclamación nº14/2003, Federación Internacional de Derechos Humanos contra Francia de 8 de septiembre de 2004; en este caso, se cuestionó la legislación francesa<sup>636</sup> sobre asistencia médica a los extranjeros en situación irregular y a los menores extranjeros, pues, de acuerdo con su redacción, debían de cumplir una serie de requisitos, como un tiempo previo de estancia en el país o un determinado nivel de recursos. La organización reclamante adujo que las disposiciones legislativas del Estado francés eran contrarias a los art. 13 y 17 de la CSEr y el CEDS dispuso que respecto del art. 13 CSEr, al haber un sistema de asistencia médica para los extranjeros en situación irregular, la situación de Francia no vulneraba dicho precepto, a pesar de las dudas que podía ofrecer dicho sistema al no estar claramente definidas las condiciones para determinar la urgencia y la correspondiente necesidad de asistencia médica, y, asimismo, la dificultad de la puesta en práctica de dichos condicionamientos. En cambio, y en

---

es decir como madre cuya labor se desarrolla dentro del hogar o en profesiones típicamente femeninas, como la hostelería o la limpieza.

<sup>635</sup> Resolución CM/ResChS (2009)7, de 21 de octubre de 2009 (1.068ª reunión de los Delegados de Ministros).

<sup>636</sup> Código de asistencia social, título V, capítulo 1º “Derecho a la asistencia médica estatal”, en su redacción dada por sendas leyes fiscales de 2002 y 2003, que rectificaron la normativa que regulaba la asistencia médica dispensada a los extranjeros en situación irregular y cuya redacción dejaba fuera de la asistencia universal a los menores extranjeros que únicamente podían disfrutar de la asistencia urgente, bajo unos parámetros poco definidos pues dependiendo de la gravedad de su pronóstico vital, podrían acceder o no a dicha asistencia urgente.

relación con el art. 17 CSEr, el CEDS sí que estimó que la normativa francesa contradecía lo dispuesto en la Carta, pues los menores extranjeros únicamente tenían derecho a la asistencia médica cuando su pronóstico vital corriera un riesgo serio y solamente podían acceder a la asistencia sanitaria, procurada por el Estado, pasado un tiempo de estancia en el país. El Consejo de Estado francés, máximo órgano de la jurisdicción administrativa francesa, fue el encargado de corregir esta desviación normativa<sup>637</sup>, al menos en lo referente a la asistencia sanitaria de los menores, al anular los decretos que establecían un tiempo mínimo de estancia previo para poder gozar del derecho a la asistencia sanitaria, y asumiendo lo dispuesto por el CEDS en su decisión. Todo ello, no solo demuestra una actitud coherente del Estado francés respecto de sus obligaciones internacionales, sino también la creciente interrelación entre los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros y el CEDS, lo que refuerza el carácter jurisdiccional de este último, ya no sólo por la forma de sentencia que las decisiones de fondo poseen, sino también por las consecuencias de su ejecución en el plano interno, tal y como ha quedado resaltado en el presente apartado.

Por lo tanto, y en relación con España, resulta perentoria la firma y ratificación del protocolo adicional a la Carta de 1995, dado que el sistema de informes no resulta del todo efectivo, a la vista de la poca atención, o incluso intencionadamente parcial, que se le dispensa a las conclusiones del CEDS, lo que incide de forma muy negativa en la protección de los derechos sociales y en su debida justiciabilidad.

---

<sup>637</sup> Decisión de 7 de junio de 2006 del Consejo de Estado francés.

## 2. Ejecución en el plano interno: comparación con la ejecución de las sentencias del TEDH.

A modo de recordatorio de lo analizado hasta aquí, y para abordar de forma más concisa este último punto del presente capítulo, cabe retomar el papel fundamental que juega el principio de subsidiariedad en la ejecución interna de las decisiones y de las conclusiones emitidas por el CEDS. Dicho principio tiene como consecuencia directa que la decisión sobre la aplicación en los Estados miembros del CdE de las resoluciones se deje en manos de los gobiernos de turno, con el correspondiente riesgo de una aplicación parcial o, en algunos casos, la inaplicación por omisión consciente de las decisiones emanadas del CEDS. España no escapa a ese riesgo pues, tal y como ha podido observarse, las conclusiones del CEDS son tenidas en cuenta en algunos casos y, diversamente, en otros son completamente ignoradas, como es el caso del Salario Mínimo Interprofesional o de la regulación del derecho a la asistencia sanitaria.

En relación con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podría pensarse que la actitud del Estado español fuera diversa de la mantenida respecto del CEDS, pues el TEDH es considerado como “*la joya de la corona*”<sup>638</sup> de las instituciones del CdE.

El TEDH, desde su creación, ha sido el encargado de velar por el cumplimiento de lo dispuesto en el CEDH y sus protocolos, de acuerdo con lo expresado por el art. 19. Esta es una de las primeras diferencias entre el procedimiento ante el CEDS y el TEDH pues, como ya es sabido, la ratificación del CEDH no comporta la posibilidad de elegir entre la aceptación de un núcleo duro, ratificado en bloque, y la aceptación de otro grupo de preceptos, lo que sí ocurre con la CSE y la CSEr. Ello tiene como consecuencia directa la percepción del CEDH

---

<sup>638</sup> Así se presenta en la web del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, a pesar de no encontrarse disponible ninguna explicación suplementaria sobre los procedimientos para aplicar las decisiones del TEDH y, aún menos, del CEDS.



como un verdadero catálogo de derechos humanos que deben respetarse y la aceptación de una jurisdicción, la del tribunal de Estrasburgo, como máximo órgano judicial encargado de velar por el respeto de los derechos contenidos en el Convenio de Roma. En cambio, la CSE y su versión revisada pueden ser ratificadas *a la carta*, excepto el núcleo duro antes mencionado<sup>639</sup>, y además, en relación con el sistema de control, quedan obligados a someterse al sistema de informes y la ratificación del Protocolo de 1995 posee un carácter optativo<sup>640</sup>, lo que redundará, de forma negativa, en la eficacia y justiciabilidad de los derechos sociales contenidos tanto en la CSE como en la CSEr. Por otro lado, cabe fijarse en la regulación del procedimiento ante el TEDH, que incluye no sólo la tramitación de las demandas, sino también una mención expresa a la fuerza obligatoria de las resoluciones del TEDH; así el art. 46 CEDH<sup>641</sup> establece que *“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”* y añade que *“Si el Comité considera que una Alta Parte Contratante se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte, podrá, tras notificarlo formalmente a esa Parte y por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, plantear al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación en virtud del párrafo 1”*. La fuerza vinculante de las sentencias del TEDH y el procedimiento posterior ante un incumplimiento, detallado de forma clara en el propio Convenio (especialmente tras la vigencia del Protocolo nº 14), lleva a los Estados

---

<sup>639</sup> El art. 20, 1 b) y c) establece que los Estados deberán considerarse obligados al menos por cinco de los siete artículos siguientes de la parte II de la Carta: artículos 1, 5, 6, 12, 13, 16, y 19 y por un número adicional de artículos o párrafos de dicha parte siempre que el número de artículos no sea inferior a 10 o a 45 párrafos.

<sup>640</sup> A fecha de 6 de octubre de 2013, únicamente 15 Estados miembros del CdE han ratificado dicho protocolo.

<sup>641</sup> De acuerdo con la redacción dada por el Protocolo adicional nº14 (STCE nº194) que entró en vigor el 1 de junio de 2010. España ratificó dicho protocolo mediante Instrumento de Ratificación del Protocolo número 14 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el mecanismo de control del Convenio, hecho en Estrasburgo el 13 de mayo de 2004 (BOE nº 130, de 28 de mayo de 2010).

miembros, al menos en teoría, a plantearse más seriamente la efectividad de las resoluciones del Tribunal.

Pese a ello, en el ámbito español, el Consejo de Estado se pronunció en 2008 en contra de dicha efectividad al afirmar que *“tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han ido perfilando una línea jurisprudencial en relación con el problema de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, ambos órganos jurisdiccionales dan por sentado que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen naturaleza declarativa y carecen de eficacia ejecutiva en el ordenamiento interno, y que, por tanto, los Estados Parte del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales no están obligados a adoptar mecanismos específicos de ejecución dirigidos a la revisión de las sentencias discutidas o a la reapertura de los procedimientos cuestionados”*<sup>642</sup>; cierto es que el citado Protocolo adicional nº14 aún no había entrado en vigor, si bien el CEDH ya contenía, en el propio art. 46, una mención a la fuerza obligatoria de las sentencias del TEDH y a la debida ejecución de sus resoluciones<sup>643</sup>, que son parte del compromiso de los Estados miembros tras la ratificación del Convenio.

---

<sup>642</sup> Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008 (págs. 307 y ss.).

<sup>643</sup> Pese a no tener relación directa con el objeto del presente trabajo, la ejecución de la sentencia del TEDH Del Río Prada contra España de 1 de julio de 2012 (sentencia que estableció la violación de los artículos 5 párrafo 1º y 7 debido a la aplicación de la llamada Doctrina Parot) ha provocado que miembros del actual Gobierno, lamentablemente, hayan expresado no sólo su rechazo a dicho pronunciamiento, sino también la negativa respecto de su ejecución, acogiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo y a la inexistencia de un procedimiento interno de ejecución de las sentencias del TEDH. La Gran Sala confirmó el 21 de octubre de 2013 la STEDH de 1 de julio de 2012; la Audiencia Nacional, mediante el auto 61/2013 de 22 de octubre de 2013, ha ejecutado la sentencia, al menos en lo que a la puesta en libertad de la recurrente se refiere expresando que “Ha de convenirse en el carácter vinculante de la sentencia, de obligado cumplimiento para nuestro Estado, que adquirió la obligación internacional de dar efectividad y ejecutar las sentencias del Tribunal al prestar consentimiento al Convenio”, muy al contrario de lo afirmado por el Consejo de Estado en el informe analizado; sin embargo, la Audiencia Nacional sí coincide con el órgano consultivo en la ausencia de un procedimiento interno para la ejecución de las sentencias del TEDH, pese a que ello no puede ser excusa para la falta de ejecución de dichos procedimientos judiciales.

De acuerdo con el informe mencionado anteriormente, el Consejo de Estado proponía en 2008 *“la previsión por vía legislativa de un mecanismo específico, en el que sea el Tribunal Supremo quien deba decidir sobre la reapertura de los procesos cuestionados y, en su caso, revisar por sí mismo la sentencia o, si ello no fuere posible en atención a la naturaleza de la violación apreciada, declarar la nulidad de las actuaciones y reenviar el asunto al órgano jurisdiccional en el que se produjo la violación”*, opción que puede ayudar a la mejor ejecución de las sentencias del TEDH y de las garantías de protección de los derechos humanos. Sin embargo, dicho proyecto legislativo no se ha materializado aún, lo que muestra, una vez más, la falta de compromiso frente a las obligaciones emanadas del CEDH. La reflexión parece, por momentos, haberse inscrito nuevamente en el panorama español tras el impacto de la Sentencia de la Gran Sala de octubre de 2013 sobre la llamada “doctrina Parot”.

Mas, la CSE y su mecanismo de aplicación, parecen correr peor suerte en el ordenamiento español, tal y como se ha podido constatar hasta aquí. El Consejo de Estado no realiza ninguna mención expresa a las carencias que muestra España frente al cumplimiento de lo establecido en la CSE y de las conclusiones emitidas por el CEDS. El lado positivo, al menos en lo referente a las sentencias del TEDH, es que ayudan y refuerzan la labor interpretativa de los tribunales, cuyas argumentaciones se enriquecen con dicha jurisprudencia, perfilando y definiendo mejor los derechos fundamentales en cuestión. Respecto de la jurisprudencia del CEDS, de acuerdo con lo expresado en el capítulo cuarto, las menciones no son numerosas, salvo en algunos casos, lo que parece señalar que habrá que superar numerosos obstáculos, políticos y jurídicos, e incluso académicos (pues tampoco la docencia y la investigación universitaria han estado a la altura de la necesaria

atención requerida por la CSE y la jurisprudencia del CEDS) hasta conseguir su plena integración en nuestro ordenamiento.

A modo de conclusión del presente capítulo, puede afirmarse que la eficacia, en el orden interno, tanto de las sentencias del TEDH como de las conclusiones del CEDS no depende prioritariamente de la existencia de una regulación interna; puede afirmarse que una mejora de la eficacia interna de ambos procedimientos parte de una mayor toma de conciencia en los ámbitos jurídicos, políticos, sociales y mediáticos, de la importancia de los derechos humanos, es decir *“recalcar que tanto el Convenio Europeo como la Carta Social son tratados de derechos humanos igualmente vinculantes, como obligatorias son las resoluciones de sus respectivos órganos de control”*<sup>644</sup>.

---

<sup>644</sup> Ver nota al pie 618.

## **CAPÍTULO VIII. LOS SUPUESTOS OBSTÁCULOS A LA ACEPTACIÓN EN ESPAÑA DE LOS COMPROMISOS RELACIONADOS CON LA CARTA SOCIAL EUROPEA**

El presente trabajo se encamina ya hacia los capítulos finales, tras haber realizado un análisis en profundidad de la relación de España con la CSE su aplicación más o menos afortunada, así como el examen de las conclusiones a las que ha llegado el CEDS sobre la adaptación de nuestro país, de su legislación y práctica, a los principios y derechos contenidos en la CSE. Ahora bien, este trabajo no estaría completo si no se procediera a la crítica de las supuestas razones por las cuales los sucesivos gobiernos de España, desde el año 2000 en el que se firmó la CSEr, han obviado de forma notoria la continuación natural a dicho proceso, y sigue sin ratificarse, por lo que puede afirmarse que el proclamado Estado social sigue en proceso de construcción, y dadas las actuales circunstancias económicas, nuestros gobernantes han encontrado la excusa perfecta para no dar continuidad al trámite de ratificación, pese a ser esta una excusa vacía y sin peso argumentativo alguno.

Además, debe añadirse que el Protocolo de 1995, que establece un procedimiento de reclamaciones colectivas, ni siquiera se ha firmado, lo que agrava la situación crítica de nuestro Estado social. A mayor abundamiento, cabe resaltar el último informe sobre España del Comisario de Derechos Humanos<sup>645</sup>, cuyo objetivo era analizar sobre el terreno las repercusiones que las medidas de austeridad estaban teniendo en relación con la protección de los derechos fundamentales; entre las recomendaciones del Comisario se encuentra la necesidad de

---

<sup>645</sup> Informe de la visita realizada a España, entre el 3 y 7 de junio de 2013, del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa. CommDH (2013) 18, de fecha 8 de octubre de 2013.

la urgente ratificación de la CSEr y la adhesión de España al Protocolo de 1995 sobre reclamaciones colectivas pues ambos textos podrían *“proporcionar orientaciones útiles a todos los Estados miembros sobre la formulación de políticas en tiempos de crisis socioeconómica, y prevenir así el aumento de la tensión social y el menoscabo de los derechos sociales y económicos”*<sup>646</sup>.

Por todo ello resulta necesario analizar las injustificadas razones que impiden ratificar la CSEr y la aceptación del Protocolo de 1995 que, avanzamos, no se fundamentan en ningún impedimento jurídico, de acuerdo con los dictámenes del Consejo de Estado que servirán de base documental del presente capítulo.

#### 1. El Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995.

El Protocolo adicional a la CSE que prevé un sistema de reclamaciones colectivas se elaboró atendiendo a dos necesidades, reforzar el sistema de control de la CSE, aumentando así su eficacia, y dar cabida a los agentes sociales y a las organizaciones que trabajan en materia de derechos sociales, reforzando su participación respecto del control de la correcta aplicación de la norma del Consejo de Europa. Ya en 1978, la Asamblea Parlamentaria del CdE, en su Recomendación 839 reconocía que debían adoptarse medidas más radicales para garantizar de forma efectiva la aplicación de los derechos contenidos en la CSE<sup>647</sup> y para

---

<sup>646</sup> Punto 43 del documento mencionado supra. El Comisario de Derechos Humanos centró su visita en la repercusión que las medidas de austeridad han tenido sobre dos grupos en concreto, los menores y las personas con discapacidad. Tanto la visita como el posterior informe han tenido una mínima repercusión mediática, lo que demuestra el poco interés que suscitan los derechos fundamentales y su protección, máxime teniendo en cuenta la actual situación social y económica que atraviesa España.

<sup>647</sup> Recommendation 839 (1978) de l'Assemblée parlementaire relative à la révision de la Charte sociale européenne, texto adoptado en la 10ª sesión de 28 de septiembre de 1978.

ello propuso crear una suerte de Tribunal Social europeo, encuadrado orgánicamente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que se encargaría de resolver las peticiones presentadas por las personas protegidas por la CSE. Asimismo, se recomendó que dicho Tribunal pudiera resolver las dudas de los Estados parte respecto de la interpretación y aplicación de los preceptos contenidos en la CSE y que, tanto la resolución sobre las peticiones como sobre la interpretación de la CSE, tuvieran un carácter obligatorio para los Estados signatarios de la Carta.

Las anteriores recomendaciones no se retomaron hasta 1990, cuando se constituyó el Comité para la Carta social, que, de acuerdo con el mandato del Comité de Ministros, debía de encargarse de proponer reformas de la CSE. Este comité creó un grupo de trabajo que se encargó de desarrollar un nuevo sistema de control de la CSE, complementario al sistema de informes. El sistema de reclamaciones colectivas responde, tal y como se ha avanzado anteriormente, a la necesidad de facilitar y promover la participación de los agentes sociales y reforzar las garantías de los derechos sociales reconocidos en la CSE. Puede afirmarse que el sistema de reclamaciones colectivas acentúa los perfiles jurisdiccionales del Comité Europeo de Derechos Sociales, por lo que la CSE ve reforzada su posición frente al omnipresente CEDH y su órgano de control el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Con ello, no se pretende criticar la encomiable labor del TEDH y el papel fundamental que ha jugado el CEDH en relación con el afianzamiento de las democracias europeas y el creciente respeto por los derechos humanos, lo único que se pretende es resaltar que el principio de indivisibilidad de los derechos no queda reflejado en la actualidad respecto de los sistemas de control de la aplicación del CEDH y la CSE (en sus dos versiones). Quizás, de acuerdo con BRILLAT debería de darse un nuevo impulso reformador a la CSE, y al

procedimiento de reclamaciones colectivas, que “*debe devenir más contradictorio, más público, y más jurisdiccional. [...] Percibido como un procedimiento cuasi-jurisdiccional, debe ofrecer a las partes la garantía de que funciona bien y así, en particular, que los Estados poseen todas las posibilidades para hacer valer su argumentación ante el Comité*”<sup>648</sup>. Sin embargo, todavía existe una separación entre ambos marcos de derechos, agravada por el desconocimiento de la CSE entre las instituciones públicas, no sólo las representantes del poder ejecutivo, sino también el poder legislativo y jurisdiccional, de acuerdo con lo expuesto a lo largo del presente trabajo. A lo que debe añadirse el paralelo desconocimiento e interés en el terreno académico.

Volviendo al objeto de este primer punto, y en relación con España, no se pueden mencionar aquí razones oficiales por las cuales nuestro país no se ha obligado por el Protocolo de reclamaciones colectivas, pues ni siquiera ha entrado en el debate, al no haberse firmado. Ello no obstante, y a la vista de lo descrito hasta aquí en relación con el cumplimiento de las obligaciones respecto de la CSE en el sistema de informes, puede afirmarse que no parece estar en las previsiones del Estado aceptar los compromisos, a través de la firma y ratificación del Protocolo adicional de 1995, que implica la aceptación de someterse al control del CEDS mediante el sistema de reclamaciones colectivas, básicamente porque dicho procedimiento supone menos independencia frente al CEDS que no solo puede decidir sobre la conformidad del Estado en cuestión, sino que además puede resolver sobre la conculcación de un derecho contenido en la CSE en relación con situaciones concretas. A modo de ejemplo, y en relación con la crisis económica que afecta en mayor o menor medida a los países europeos, pueden mencionarse las últimas decisiones sobre el fondo que han tenido a Grecia como parte demandada.

---

<sup>648</sup> BRILLAT, R. “*La actividad pre-convencional y para-convencional del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos sociales*” (págs. 19-33) in *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales* (JIMENA QUESADA, L. coord.), Tirant lo Blanch y Universitat de València, 2004.



Como bien es sabido, en la República helena, y debido a los graves problemas económicos que atraviesa, se ha aplicado un programa de ajuste económico que ha comportado una merma importante de la inversión en gasto público. Así, la Comisión Europea afirma que “a pesar de que los sueldos del sector público y las pensiones han sido reducidos, el programa pretende limitar la carga sobre los perceptores de salarios mínimos, preservando la adecuada seguridad de la red”<sup>649</sup> e insiste en que “hay un objetivo común: mantener una fuerte cohesión social, luchar contra la pobreza, y proteger el empleo”<sup>650</sup>. El programa de ajuste comenzó a aplicarse en mayo de 2010 y las consecuencias reales de dicho plan quedan muy lejos de las bondadosas previsiones de la Comisión europea, así como del Fondo Monetario Internacional y el Banco Central europeo, el conjunto de instituciones conocidas como la Troika, encargadas de aplicar el programa de ajustes y controlar las medidas tomadas por el Gobierno griego.

Dado que la República helena es Parte del Protocolo de reclamaciones colectivas, las primeras reclamaciones contra las medidas de ajuste se presentaron en 2011: la primera de ellas, la reclamación 65/2011<sup>651</sup>, planteaba la vulneración del art. 4, 4 CSE pues la normativa griega posibilitaba el despido libre y sin preaviso durante los doce primeros meses de contrato, al asimilar este periodo al de prueba; asimismo la entidad reclamante consideraba que la posibilidad de negociar un convenio de empresa por entidades sindicales de distinto nivel, vulneraba lo dispuesto en el Art. 3, 1 del Protocolo adicional de 1988.

---

<sup>649</sup> Questions and answers on financial assistance to euro-area Member States; The economic adjustment program for Greece: “*Although public sector wages and pensions have been reduced, the programme aims at limiting the burden on minimum wage earners, while preserving adequate safety net*”; Comisión Europea, Asuntos económicos y financieros.

<sup>650</sup> Ídem supra: “*There is a shared aim: to maintain strong social cohesion, fight poverty, and safeguard employment*”.

<sup>651</sup> Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) / Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce, presentada el 21 de febrero de 2011. Decisión de fondo de 23 de mayo de 2012.

La segunda reclamación<sup>652</sup> alegaba que una nueva ley, la Ley 2863 de 15 de julio de 2010, vulneraba diversos preceptos de la CSE al regular las condiciones de trabajo, salariales y de vacaciones de contratos de inserción laboral para jóvenes de entre 15 y 18 años, así como el salario establecido para los contratos de jóvenes menores de 25 años que se incorporaban por primera vez a la actividad laboral (un máximo del 84% del salario mínimo de base). En ambas decisiones, el CEDS estableció *“una especie de ponderación de las medidas de flexibilización con la salvaguardia prioritaria de la dignidad de los trabajadores y trabajadoras”*<sup>653</sup>; así el CEDS estableció que *“lo que vale en materia de derecho a la salud y a la protección social no vale menos en materia de derecho del trabajo; y que, si la crisis puede legítimamente conducir, en unos u otros ámbitos, a reorganizar los dispositivos normativos y las prácticas vigentes con vista a limitar algunos costes para los presupuestos públicos o a aligerar las cargas que pesan sobre las empresas, semejante reorganización no debería traducirse en una precarización excesiva de los beneficiarios de los derechos reconocidos por la Carta. El Comité considera que una mayor flexibilidad en el trabajo para luchar contra el desempleo no puede conducir a privar a amplias categorías de asalariados, singularmente quienes ya no son titulares desde hace mucho tiempo de empleos estables, de sus derechos fundamentales en materia laboral, contra la arbitrariedad del empleador o los avatares de la coyuntura”*<sup>654</sup>. El Gobierno griego, en respuesta a ambas decisiones, declaró que dichas

---

<sup>652</sup> Reclamación n° 66/2011 Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) / Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce, presentada el 21 de febrero de 2011. Decisión de fondo de 23 de mayo de 2012.

<sup>653</sup> JIMENA QUESADA, L. *Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, 2012*; Revista Europea de Derechos Sociales, n°. 20, 2012, págs. 361-384.

<sup>654</sup> Decisiones de fondo de la reclamación 65/2011 (párrafos 16 a 18) y de la reclamación 66/2011 (párrafos 12 a 14). Traducción de JIMENA QUESADA, L. en su *Crónica de la jurisprudencia del CEDS, 2012* citada supra. Para un análisis en profundidad de la reclamación n°65/2011 y de la correspondiente decisión del CEDS, véase SALCEDO BELTRÁN, C. *“El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional”* Revista de Derecho Social n°62, 2013.

medidas tenían carácter provisional y que venían impuestas por la crisis económica que padecía el país; asimismo expresó que se preveía la retirada de dichas medidas para 2015, año en el que esperaban se produjera un remonte de dicha situación financiera. Las medidas objeto de la reclamación, como bien es sabido, se impusieron paralelamente a los rescates económicos que la Comisión Europea, en concurso necesario con el Fondo Monetario internacional y el Banco Central Europeo (la ya mencionada *troika*), otorgaron al país heleno; puede, por ello, afirmarse que son notorias las contradicciones entre el Consejo de Europa y la Unión Europea en cuanto a políticas sociales, así como en otros ámbitos, diferencias que pueden calificarse de irreconciliables, al menos teniendo en cuenta la situación económica de muchos Estados miembros de la UE, sobre la que se fundamentan unas medidas que están empobreciendo de forma paulatina a sus ciudadanos.

Así, en Grecia, actualmente, y de acuerdo con los datos de la Autoridad estadística helena, el desempleo en 2013 ha alcanzado un 27,4% y desde 2011 un 21,4% de la población griega vive bajo el umbral de la pobreza. En relación con las medidas de austeridad aplicadas en distintos Estados miembros, y fundamentadas en la crisis económica, la Asamblea parlamentaria del CdE expresó su preocupación, mediante una resolución en 2012, en relación con *“el riesgo de que las medidas de ajuste que se están aplicando en la actualidad, no alcancen los objetivos de consolidación de los presupuestos públicos, sino que agraven aún más la crisis y perjudiquen los derechos sociales pues afectan principalmente a las clases con rendimientos más bajos y a los grupos más vulnerables de la población”*<sup>655</sup>.

---

<sup>655</sup> Resolución 1884 (2012) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada en la 22ª sesión plenaria, el 26 de junio de 2012 *“Medidas de austeridad. Un riesgo para la democracia y los derechos sociales”*: *“Elle est préoccupée par le risque que les approches restrictives actuellement poursuivies, essentiellement fondées sur des coupes budgétaires dans les dépenses sociales, n’atteignent pas leurs objectifs de consolider les budgets publics, mais aggravent plus encore la crise et nuisent aux droits sociaux puisqu’elles touchent principalement les classes aux plus bas revenus et les catégories les plus vulnérables de la population”*.

Ante la gravedad de esta situación, dos federaciones de pensionistas griegos, presentaron cinco reclamaciones ante el CEDS durante el año 2012. En dichas reclamaciones<sup>656</sup>, las alegaciones de las partes reclamantes son muy similares pues inciden en las drásticas medidas de ajuste aplicadas sobre las pensiones a través de reformas legislativas operadas entre los años 2010 y 2012 y que conculcan lo establecido en el art. 12, 3 CSE, entre otros preceptos de la Carta. Una de las prestaciones más afectadas ha sido la aportación extraordinaria que se realizaba a las pensiones más bajas, la cual ha sido reducida, lo que, de acuerdo con las partes reclamantes, supone un grave riesgo para las economías familiares más vulnerables. El Comité, a pesar de entender que determinados ajustes pueden ser realizados, en este caso, sobre las pensiones, recrimina al Gobierno griego que no haya tenido en cuenta alternativas y que no se haya preocupado por garantizar un nivel adecuado de protección en relación con los grupos de población más vulnerables; así, el CEDS afirma que *“la crisis económica no debe traducirse en una reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta. Los gobiernos deben pues tomar las medidas necesarias para que dichos derechos queden garantizados de forma efectiva, en momentos donde la necesidad resulta más acuciante”*<sup>657</sup>.

Por ello, el CEDS declara que las medidas emprendidas por el Gobierno griego en relación con las pensiones suponen una violación del art. 12, 3 CSE. De acuerdo con SALCEDO, y en relación con las

---

<sup>656</sup> Reclamación n° 76/2012 Fédération des Pensionnés Salariés de Grèce (IKA – ETAM) c. Grèce, Reclamación n° 77/2012 Fédération panhellénique des pensionnés des services publics c. Grèce, Reclamación n° 78/2012 Syndicat des pensionnés des Chemins de fer électriques d'Athènes-Pirée (I.S.A.P.) c. Grèce, Reclamación n° 79/2012 Fédération panhellénique des Pensionnés de l'entreprise publique de l'électricité (POS-DEI) c. Grèce, Reclamación n° 80/2012 Syndicat des pensionnés de la Banque agricole de Grèce (ATE) c. Grèce. Las decisiones sobre el fondo de las presentes reclamaciones son de fecha 7 de diciembre de 2012.

<sup>657</sup> Decisión de fondo de la reclamación 76/2012 (párrafo 75): *“la crise économique ne doit pas se traduire par une baisse de la protection des droits reconnus par la Charte. Les gouvernements se doivent dès lors de prendre toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que ces droits soient effectivement garantis au moment où le besoin de protection se fait le plus sentir”*.

diversas medidas que se han impuesto en determinados Estados miembros a raíz de la crisis económica y de los distintos rescates económicos hacia dichos países, resulta manifiesto que *“se está produciendo un retroceso en la determinación de las condiciones laborales a los años en los que la clase trabajadora carecía prácticamente de derechos laborales y su trabajo se desempeñaba en condiciones infrahumanas”*<sup>658</sup> por lo que la necesidad de disponer de todos los mecanismos de defensa de los derechos sociales se plantea como perentoria.

Esta misma situación podría plantearse en España, si los gobiernos de turno hubieran firmado y ratificado el Protocolo de 1995. En cambio, y pese a estar aplicándose medidas similares, aún no se dispone de esta herramienta jurídica, lo que repercute directamente en una pobre protección de los derechos sociales contenidos en la CSE. Puede afirmarse, por lo tanto, que la razón principal por la que España aún no sea Parte en el Protocolo adicional de reclamaciones colectivas es su negativa a comprometerse respecto de nuevas obligaciones internacionales que, en la actualidad, podrían conllevar decisiones del CEDS contrarias a las medidas de ajuste que se están aplicando en el país. Dicho lo cual, y pese a que España no pueda “sentarse en el banquillo” de Estrasburgo como Estado demandado en el procedimiento de reclamaciones colectivas, lo fundamental es que esa jurisprudencia puede y debe aplicarse en España, ya sea sacando consecuencias directamente las autoridades ejecutivas y legislativas, ya sea aplicando directamente esas decisiones los órganos jurisdiccionales internos ante los asuntos similares que se les planteen en España. Como bien ha expuesto SALCEDO, en relación con la CSE y la jurisprudencia del CEDS, *“esta realidad debe ser observada por los órganos jurisdiccionales, por los agentes sociales y, en su caso, por los*

---

<sup>658</sup> SALCEDO BELTRÁN, C. *“Crisis económica, medidas laborales y vulneración de la Carta Social Europea”* ; Revista Europea de Derechos Fundamentales nº22, diciembre 2013.

*profesionales del Derecho, en la medida en que en estos momentos esta norma, junto con las interpretaciones que está realizando el CEDS, se ha convertido en el primer instrumento que ha reconocido la vulneración de los derechos laborales que se está produciendo por las reformas laborales que están aprobando algunos países para hacer frente a la crisis económica*<sup>659</sup>. Tanto la CSE como la jurisprudencia del CEDS son pues, en la actualidad, instrumentos necesarios para contrarrestar las regresiones a épocas más oscuras donde la dignidad de los trabajadores, y en general de las personas, no quedaba en absoluto garantizada.

## 2. La Carta Social Europea revisada de 1996.

A través del presente trabajo se ha puesto de relieve la importancia que tuvo la aparición en 1961 de la CSE respecto de la protección y promoción de los derechos sociales, un texto que se ha instituido como el necesario corolario al CEDH. Sin embargo, y dada la evolución social, necesitó de una reforma que se efectuó a través del protocolo adicional de 1988, que añadió cuatro nuevos derechos, ya analizados. Al ser un texto dinámico, pues las interpretaciones formuladas por el CEDS han ido perfilando los derechos contenidos en dicho texto, una nueva reforma se hizo necesaria, dada *“la evolución que se ha producido en el derecho del trabajo y en la concepción de las políticas sociales”*<sup>660</sup>, por lo que, en su redacción, se han tenido en cuenta *“tanto la evolución de los derechos sociales, de acuerdo con otros instrumentos internacionales y con la legislación de los Estados*

---

<sup>659</sup> SALCEDO BELTRÁN, C. en *Carta Social Europea: instrumento para la defensa en el ámbito nacional de los derechos sociales*; Fundación 1º de mayo informe nº 60, mayo 2013.

<sup>660</sup> Rapport explicatif de la Charte Sociale Européenne révisée (STE nº163), § 8º.

*miembros, así como de los problemas sociales no abordados por los otros instrumentos internacionales*<sup>661</sup>.

España, desde la ratificación de la CSE en 1980, no ha puesto ningún reparo para ratificar los Protocolos adicionales de 1988 y 1991. Los dictámenes del Consejo de Estado<sup>662</sup> así lo demuestran. En relación con el Protocolo de 1988, el Consejo de Estado<sup>663</sup> estableció que “*el Protocolo Adicional objeto de consulta no sólo no plantea problemas de aplicación en España sino que concuerda en buena medida con las previsiones y objetivos del derecho interno, de modo que su ratificación no implicará la necesidad de modificar la legislación vigente*” y respecto del Protocolo adicional de 1991, el Consejo de Estado<sup>664</sup> determinó que, pese a que dicho Protocolo introducía “*ciertas modificaciones en relación a las funciones, órganos y funcionamiento de los mecanismos institucionales previstos originariamente, dando carta de naturaleza positiva a algunas prácticas que ya se viene observando*” debe tenerse en cuenta “*la importancia política que tiene la carta de Turín de 1961 en el ámbito de los derechos económicos y sociales y los esfuerzos por proveer a su mayor protección en el ámbito del Consejo de Europa, puede considerarse que el Protocolo de Enmienda de dicha Carta se sitúa en ese plano de transcendencia política, quedando así comprendido en el párrafo a) del artículo 94.1 de la Constitución*”, es decir que era necesaria la preceptiva autorización de las Cortes, para proceder a su ratificación.

Ahora bien, esta aparente apertura hacia los anteriormente citados instrumentos, no se dio respecto de la CSEr. En el dictamen del Consejo de Estado 1740/2000 relativo a dicho texto, pese a determinar este que “*la ratificación de la Carta Social Europea revisada no sólo no*

---

<sup>661</sup> Ídem supra, § 7º.

<sup>662</sup> De acuerdo con el art. 1, 1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, este se constituye como el supremo órgano consultivo del Gobierno. Sus dictámenes no son vinculantes, salvo disposición legislativas en contrario. Pese a ello, son de interés jurídico, sobre todo respecto del objeto de este trabajo.

<sup>663</sup> Dictamen 348/1999, de 25 de febrero.

<sup>664</sup> Dictamen 346/1999, de 18 de marzo.

*plantea problemas de aplicación en España sino que concuerda en buena medida con las previsiones y objetivos del derecho interno, de modo que su ratificación no implicará la necesidad de modificar la legislación vigente*<sup>665</sup>, ya no se entrevé el mismo espíritu abierto hacia nuevas ratificaciones, pues al hacer referencia al informe elaborado por la Secretaría General Técnica del entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales<sup>666</sup>, cita literalmente un apartado de dicho informe donde *“se señala que existe cierta reticencia entre los Estados miembros, especialmente los pertenecientes a la Unión Europea, a ratificar este texto, si bien la mayoría de ellos lo han firmado. Ello es debido a que se incluyen más obligaciones que en el texto vigente, y a la interpretación que de las mismas y de su alcance realiza el Comité de Expertos Independientes”*. Esta afirmación es un claro reflejo del verdadero espíritu de la UE, pues *“los Estados miembros de la Unión Europea han encontrado una coartada a su medida en la propia normativa comunitaria, más impregnada de la política de libre competencia que de la política social”*<sup>667</sup>; no obstante, es una coartada con poco, o ningún peso pues la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cita en su Preámbulo las Cartas Sociales del Consejo de Europa, entre otros tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, y establece que la CDFUE se reafirma en los derechos que contienen. Buena muestra de ello es que los redactores de la CDFUE se han inspirado tanto en la CSE como en la CSEr, sobre todo en el capítulo IV dedicado a los derechos de “Solidaridad” donde están presentes tanto los derechos laborales y sindicales clásicos, como la protección contra la exclusión

---

<sup>665</sup> El Consejo de Estado sí que reconoce, por el contrario, que existen “algunas previsiones (así las contenidas en los arts. 2,3 y 3,4) no asumidas por el Derecho interno aún”, si bien determina que, dado lo dispuesto en el art. A.1, que establece los compromisos que cada Estado parte debe asumir, donde estos pueden elegir las obligaciones a las que se someten, dichas previsiones no incluidas en nuestro derecho interno no supondrían ningún problema, pues no se encuentran dentro del núcleo duro de la CSEr, de acuerdo con el art. A, 1 b).

<sup>666</sup> Informe de fecha 26 de noviembre de 1999, al que no se ha tenido acceso.

<sup>667</sup> JIMENA QUESADA, L. op. cit. 618.



social y la pobreza, eso sí redactado de forma más tímida y menos contundente que el precepto correspondiente de la CSEr.

Mas, no solo puede hablarse de falta de voluntad política en relación con la ratificación aún pendiente de la CSEr, pues ha habido algunos intentos, como la mención en el Plan de Derechos Humanos del Gobierno de España<sup>668</sup> a una futura revisión del estado del trámite de ratificación de la CSEr<sup>669</sup>, cuyo único seguimiento conocido se llevó a cabo en la Comisión de constitucional celebrada el pasado 31 de octubre de 2012<sup>670</sup>. Durante la comparecencia del Secretario de Estado de relaciones con las Cortes, este se limitó a expresar que, de acuerdo con el seguimiento realizado por su departamento, *“el resultado de la evaluación supera ligeramente el 50 % de ejecución positiva, un porcentaje también muy elevado de medidas en desarrollo o que requieren de continuidad, y he de reconocer —y así lo hago en esta Comisión— unas pocas medidas, muy pocas, que quedaron pendientes de cumplimiento”*. Se puede intuir que una de las medidas que quedaron pendientes es la ratificación de la CSEr, pues nada se menciona al respecto.

Asimismo, y muy recientemente, se presentó en la Comisión de empleo y Seguridad Social<sup>671</sup> del Congreso de los Diputados, una proposición no de ley planteando una pregunta sobre las razones para no haber ratificado aún la CSEr<sup>672</sup> y avanza como posible respuesta que *“Cuando*

---

<sup>668</sup> Aprobado en Consejo de Ministros el 12 de diciembre de 2008.

<sup>669</sup> Medida 23: *“Se llevará a cabo una revisión del estado de ratificación por parte española de los instrumentos principales del Consejo de Europa en el ámbito social, en particular la Carta Social Europea Revisada y el Código Europeo de Seguridad Social, con vistas a su posible ratificación”*.

<sup>670</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 202, X Legislatura, año 2012.

<sup>671</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 270, X Legislatura, año 2013. Comisión celebrada el 26 de febrero, véase págs. 21 a 25.

<sup>672</sup> Llama la atención la confusión del diputado ponente con las fechas de ratificación de la CSE de 1961; así afirma que *“solo hace una pregunta, cuestiona un problema a esta institución, a este Parlamento, y es por qué no se ha ratificado la Carta Social Europea reformulada en el año 1986. Así se hizo con la Carta Social Europea del año 1980, firmada y ratificada en el año 2000, pero no se ha hecho con la del año 1996”*. Esto es una clara muestra del desconocimiento, no solo de la CSE de 1961 que lleva

*son tantos los incumplimientos denunciados por el Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa uno tiene la impresión de que no es la desidia lo que está provocando, lo que está de alguna forma impidiendo o obstaculizando la ratificación que no la firma, porque ya está firmada la Carta Social Europea del año 1996, sino los incumplimientos o el desajuste de la normativa laboral española, la normativa sindical, la normativa en materia de Seguridad Social a diversos aspectos de la Carta Social Europea”<sup>673</sup>. La respuesta a dicha pregunta es sencilla, y si se permite triste, pues se aduce el sentido de la responsabilidad<sup>674</sup> dado que al ser una Carta que “que compromete principios legislativos en materia social, que compromete principios legislativos en materia de fomento, de infraestructuras, de vivienda, es decir, es una carta desde luego que abarca, como no podía ser de otra manera, la vida de los ciudadanos de los cuarenta y ocho<sup>675</sup> países miembros del Consejo de Europa” su ratificación necesita ser meditada debido sobre todo al desconocimiento, por parte del Comité de expertos, de la legislación española en vigor y, esto es lo más sorprendente, a que “El comité de expertos realizaba en muchas ocasiones un planteamiento muy literal del texto de la carta y una interpretación que en muchas ocasiones era una interpretación demasiado excesiva para nuestra legislación”.*

Dicha interpretación excesiva queda reflejada en varios ejemplos aportados por la ponente del Grupo Popular que afirma tajantemente que “con respecto al punto 8.8.2º [sic], donde ponen pegas contra el despido de la mujer embarazada. Miren ustedes, si hay algo que efectivamente ha sido valorado por toda la Unión Europea y también por los países del Consejo de Europa es que las mujeres en España si

---

ratificada 33 años, sino de la CSEr, lo que perjudica gravemente su promoción y defensa de su ratificación, así como la extensión de su uso tanto por los operadores legislativos y jurídicos, como la reivindicación por parte de los grupos políticos.

<sup>673</sup> Comparecencia del Sr. Diputado Olabarria Muñoz, en representación del grupo parlamentario vasco (EAJ-PNV).

<sup>674</sup> Comparecencia de la Sra. Diputada Quintanilla Barba, en nombre del Grupo Parlamentario del Partido Popular.

<sup>675</sup> En la actualidad son 47 los Estados miembros del CdE, lo que vuelve a poner de relieve el desconocimiento de la organización y de sus avances en materia de derechos humanos y, por supuesto, pone en evidencia a la propia Sra. Diputada.

*son despedidas en un momento determinado durante su embarazo o después del parto, ese despido es nulo, taxativamente nulo, y lo recoge no solamente la Ley de Conciliación del año 1999 sino la Ley orgánica de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres del año 2007 y el propio articulado del Estatuto de los Trabajadores".* Curiosamente, y de acuerdo con la Ficha del CEDS correspondiente a España en su versión actualizada, el Comité encuentra conforme la situación de España respecto del art. 8, 2 CSE de acuerdo con la Ley 33/1999 que la propia Diputada menciona; sí que es cierto que, respecto del art. 8, 3 CSE, el Comité, al no quedarle constancia que las empleadas del hogar tengan reconocido un tiempo para la lactancia materna, ha establecido que la situación de España no es conforme a la CSE.

A la vista de lo anteriormente expuesto, resulta evidente que las razones aducidas, de forma expresa o tácita, por los gobiernos consecutivos que han incumplido el deber de ratificación de la CSEr, son excusas vacuas y que evidencian el nulo interés respecto de los derechos sociales, quizás también una clara reticencia a asumir más obligaciones internacionales, en conjunción con un franco desconocimiento, no solo a nivel político, tanto de la CSE como de la CSEr y de la actividad del CEDS. Dicho desconocimiento, de acuerdo con JIMENA QUESADA, puede observarse también en los interlocutores sociales pues parece *"asimismo como si la preocupación de los interlocutores sociales por la cohesión social en el ámbito de la Unión Europea y la inevitable lucha por los fondos comunitarios, hubiera conducido a aquellos a sufrir un letargo en el momento de afrontar retos sociales"*<sup>676</sup>, lo que resta valor a nuestro Estado social.

---

<sup>676</sup> JIMENA QUESADA, L. op. cit. 618.



## **CAPÍTULO IX. LA POTENCIAL APLICACIÓN EN ESPAÑA DE LOS COMPROMISOS REFERENTES A LA CARTA SOCIAL PENDIENTES DE ACEPTACIÓN**

El presente capítulo, que precede a las conclusiones de este trabajo, tiene como pretensión única demostrar que, pese a que España no ha procedido a la ratificación de la CSEr y tampoco a la firma y posterior ratificación del Protocolo adicional por el que se establece un procedimiento de reclamaciones colectivas, ambos textos poseen una clara influencia en el marco constitucional español.

De acuerdo con lo establecido en el art. 96.1 de nuestra Constitución, únicamente los tratados y convenios válidamente celebrados pasan a formar parte de nuestro ordenamiento constitucional y si nos atenemos a ello, ninguno de los dos textos anteriormente mencionados debería aplicarse en dicho ordenamiento constitucional. Sin embargo, tanto el uno como el otro juegan un papel fundamental, por razones diversas, en cuanto a la factibilidad y reconocimiento de los derechos sociales, y por ende son aplicados de forma indirecta. Por ello, es necesario exponer esa influencia, tanto del protocolo adicional de 1995 como de la CSEr y reforzar así el argumento en pro de su debida ratificación.

### **1. El Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995.**

La actividad del CEDS en relación con el procedimiento de reclamaciones colectivas es relativamente reciente, pues la primera reclamación se presentó ante el Comité en 1998 por la Comisión Internacional de Juristas contra Portugal. Desde que se publicó la primera decisión sobre el fondo, respecto de la reclamación antes mencionada, el CEDS ha utilizado de forma profusa su jurisprudencia, tanto en la resolución de otras reclamaciones como en el sistema de

informes, para perfilar el sentido de los derechos establecidos en la CSE y en la CSEr. Respecto del uso de su jurisprudencia para argumentar las decisiones sobre el fondo, puede afirmarse que se asemeja a una verdadera actividad jurisdiccional, pues tanto el TEDH, como en nuestro caso el TC, utilizan su propia jurisprudencia para argumentar los fallos y definir de forma concreta los derechos fundamentales aducidos, lo que refuerza el carácter *judicial* de la actividad del Comité, al menos desde un punto de vista práctico, pues el CEDS no tiene consideración oficial de Tribunal<sup>677</sup>.

Sin embargo, no es el uso de la jurisprudencia en cuanto a la argumentación de las decisiones sobre el fondo el que aquí interesa, sino la utilización de dicha jurisprudencia en el sistema de informes, sobre todo en lo que respecta a España, que no ha firmado ni ratificado el Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995. El CEDS ha venido utilizando su jurisprudencia en las argumentaciones de sus conclusiones para, tal y como ya se ha apuntado, definir tanto los derechos sociales contenidos en la CSE como las obligaciones de los Estados respecto de los compromisos asumidos. Así encontramos, desde 2003, numerosas referencias a la mencionada jurisprudencia que evidencian la aplicación indirecta de aquella en el marco constitucional español, e incluso la aplicación de la CSEr en determinados casos.

---

<sup>677</sup> Según JIMENA QUESADA, L. (opus cit. 482) “*a donde no se ha llegado todavía en el estadio actual es a constituir (según preconizaba asimismo la mencionada Recomendación [Recomendación de la AP 1168/1991 sobre el futuro de la CSE], apostando por una solución decididamente judicial) a la creación de una Sección social o Sala social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”, de acuerdo asimismo con ENRICH MAS, M “*Les droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l’Homme*” in *Affari Sociali Internazionali*, núm. 1, 1992. Véase igualmente AKANDJI-KOMBÉ, J.F.: “Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década”, in *Revista de Derecho Político*, Nº 67, 2006, así como CHATTON, G.T.: “La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta”, *Revista de Derecho Político*, Nº 73, 2008. Del último autor, de manera más exhaustiva, su obra reciente CHATTON, G.T.: *Aspects de la justiciabilité des droits sociaux de l’Homme*, Berne, StämpfliEditions, 2012.

En las conclusiones XVI-2, y en relación con el art. 3 CSE (derecho a la seguridad e higiene en el trabajo), el Comité recordaba a España que la garantía de dicho derecho no solo podía ser alcanzada mediante medidas legislativas, si a ello no se añadía un sistema de control riguroso de su efectividad<sup>678</sup>, de acuerdo con lo establecido en la decisión de fondo recaída en la Reclamación 1/1998 Comisión de Internacional de Juristas contra Portugal.

En relación con el art. 1º del Protocolo de 1988 (derecho a igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminaciones por razones de sexo), el CEDS, aun reconociendo que la inclusión de cláusulas antidiscriminación en los convenios colectivos es una condición para la efectividad del precepto cuestionado, solicitaba al Gobierno español que en su próximo informe, correspondiente al grupo temático 1 (Empleo, formación e igualdad de oportunidades), expusiera la evolución y refuerzo de dichas medidas previstas en los convenios colectivos, de acuerdo con la decisión sobre el fondo recaída en la Reclamación 12/2002 Confederación de Empresas Suecas contra Suecia, cuyo vigesimoséptimo párrafo establecía que *“cuando para la aplicación de los compromisos suscritos [...], se alude a los convenios acordados entre organizaciones de empleadores y de trabajadores, de acuerdo con las previsiones del art. 1 b de la Carta revisada (art. 7.b del Protocolo), los Estados deben asegurar que los mencionados convenios no impidan, sea por las regulaciones que establecen como por las modalidades de aplicación, la realización de los compromisos*

---

<sup>678</sup> Conclusiones XVI-2, España (2003), artículo 3: *« A la lumière des informations qui précèdent, le Comité appelle l'attention du Gouvernement espagnol sur le fait qu'en acceptant l'article 3 il s'est engagé à garantir le droit à l'intégrité physique et mentale des individus au travail. Le Comité rappelle qu'il considère que l'application conforme de la Charte « ne peut être atteinte par le seul effet de la législation si l'application de celle-ci n'est pas effective et rigoureusement contrôlée » (Réclamation n° 1/1998, Commission internationale de Juristes c. Portugal, décision sur le bien-fondé, 9 septembre 1999, §32). Le Comité contrôle le respect effectif du droit consacré à l'article 3 sous le paragraphe 2 de cette disposition et considère à cet égard que la fréquence des accidents du travail et son évolution sont déterminantes. Or, dans le cas de l'Espagne, il estime que la fréquence des accidents est manifestement trop élevée pour considérer que l'exercice de ce droit est assuré ».*

*suscritos*<sup>679</sup>. Resulta curioso que el Comité, al aludir en sus conclusiones a la reclamación 12/2002, haya introducido asimismo una mención a la CSEr, pues menciona un precepto de dicho texto y su equivalente en el Protocolo de 1988, respecto de lo cual puede afirmarse que la no ratificación, por parte de España, de la CSEr resulta cuanto menos absurda y denota una manifiesta falta de voluntad política, pues los preceptos del Protocolo adicional de 1988 fueron asumidos por la CSEr, siendo esta, y la jurisprudencia correspondiente, al menos respecto de los referidos preceptos, de aplicación en España.

Otro ejemplo de la aplicación indirecta de la CSEr podemos encontrarlo en las Conclusiones XVIII-1 en relación con la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral y la correcta aplicación del art. 1º, 2 CSE que exige el reconocimiento explícito de dicha prohibición en la legislación laboral. Dicho reconocimiento, legislativo y en la práctica, debe contemplar tanto la discriminación directa como la indirecta y para definir esta última el Comité se refiere a la reclamación 13/2000, *Autismo-Europa contra Francia*<sup>680</sup>, que de acuerdo con el art. E de la Carta, queda establecida la prohibición respecto de *“todas las formas de discriminación indirecta, tanto las que se desprenden de los tratamientos inapropiados de ciertas situaciones, como las que revelan el desigual acceso a las diversas ventajas colectivas de personas que se encuentran en dichas situaciones con respecto a los demás ciudadanos”*<sup>681</sup>. En las Conclusiones XVIII-2<sup>682</sup>, el Comité reitera la

---

<sup>679</sup> Conclusiones XVII-2 España (2005): « *Le Comité rappelle également sa jurisprudence selon laquelle « lorsque pour mettre en œuvre les engagements souscrits [...], il est fait appel à des conventions conclues entre organisations d'employeurs et organisations de travailleurs conformément aux prévisions de l'article I.b de la Charte révisée [article 7.b du Protocole], les Etats doivent s'assurer que lesdites conventions ne fassent pas échec, par les règles qu'elles énoncent ou par leurs modalités de mise en œuvre, à la réalisation des engagements souscrits » (réclamation n°12/2002, Confédération des entreprises suédoises c. Suède, décision sur le bien-fondé, 15 mai 2003, §27). Par conséquent, le Comité demande que le prochain rapport fasse état des mesures prises pour éliminer toute clause discriminatoire figurant dans les conventions collectives ».*

<sup>680</sup> Decisión sobre el fondo de 4 de noviembre de 2003.

<sup>681</sup> Conclusiones XVIII-1 España (2006), art. 1, 2 CSE: « *La législation doit couvrir la discrimination directe ainsi que la discrimination indirecte. S'agissant de la*



referencia a la reclamación 1/1998, para insistir en que no basta con la legislación para paliar los riesgos laborales, y en su caso el preocupante aumento de accidentes laborales que se dan en España, sino que además, la correcta aplicación de dicha legislación ha de ser debidamente controlada; por ello el Comité determinó la no conformidad de España en relación con el art. 3, 1 CSE (derecho a la seguridad e higiene en el trabajo).

Asimismo, en las conclusiones XVIII-2, y en relación con los derechos reconocidos por el art. 15 CSE (derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social), el Comité recordó al Gobierno español que *«la idea subyacente en el art. 15 es que las personas con discapacidad deben gozar plenamente de la ciudadanía y que sus derechos esenciales son, en virtud de dicho título, “la autonomía, la integración social y la participación en la vida de la comunidad”. La garantía del derecho a la educación de los niños y demás personas afectadas por una discapacidad constituye a todas luces una condición para alcanzar dicho objetivo»*<sup>683</sup>, por lo que, de acuerdo con el Comité, la legislación española debía de justificar el mantenimiento de la educación especial basándose en motivos suficientemente sólidos y ofrecer además vías de recurso a las personas que estimaran haber sido excluidas ilegalmente del régimen general educativo. Las conclusiones XIX-1 volvieron a incidir en el correcto cumplimiento de los compromisos adquiridos respecto del art. 15 CSE, pues el informe proporcionado por el Gobierno español en octubre de 2007, para el periodo comprendido

---

*discrimination indirecte, le Comité rappelle avoir indiqué à propos de l'article E de la Charte révisée que celui-ci interdit « toutes les formes de discrimination indirecte, que peuvent révéler soit les traitements inappropriés de certaines situations, soit l'inégal accès des personnes placées dans ces situations et des autres citoyens aux divers avantages collectifs » (Autisme-Europe c. France, réclamation n° 13/2002, décision sur le bienfondé du 4 novembre 2003, §52) » de acuerdo con la traducción aportada por JIMENA QUESADA, L. op.cit. 460.*

<sup>682</sup> Conclusiones XVIII-2 España (2007).

<sup>683</sup> Reclamación 13/2002, Autismo-Europa contra Francia, decisión de fondo de 4 de noviembre de 2003; de acuerdo con la traducción de JIMENA QUESADA, L. recogida en su obra, opus cit. 460.

entre el 1 de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2006, no contenía datos actualizados en relación con el número de personas que padecen una discapacidad, menores incluidos, y el número de menores que integrados en el sistema educativo ordinario y especial, datos que, de acuerdo con el Comité, eran necesarios para estimar que la situación de España era conforme a lo establecido en el precepto en cuestión. La exigencia de dichos datos responde a la necesidad de verificar la amplitud de dicha problemática, es decir si existe discriminación o no; para ello, el Comité hizo referencia a dos decisiones de fondo<sup>684</sup> que establecen la obligación del Estado de recoger datos en ese sentido para poder elaborar y aplicar medidas adecuadas para eliminar todo tipo de discriminación<sup>685</sup>. Asimismo, y en relación con la necesidad de datos estadísticos, el Comité, respecto del art. 1, 2 CSE, determinó en las conclusiones XX-1<sup>686</sup> que, de acuerdo con lo establecido en la decisión de fondo recaída en la reclamación 53/2008, Federación europea de asociaciones nacionales que trabajan con los sin techo (FEANTSA) contra Eslovenia, son necesarios datos estadísticos fiables y precisos para poder llevar a cabo una correcta elaboración de

---

<sup>684</sup> Reclamación 15/2003, Centro Europeo de Derechos de los Rom contra Grecia, decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004, y reclamación 27/2004, Centro Europeo de Derechos de los Rom contra Italia, decisión de fondo de 7 de diciembre de 2005.

<sup>685</sup> Conclusiones XIX-1, España (2008), artículo 15, 1 (educación y formación de personas discapacitadas): “Le Comité prend note des informations figurant dans le rapport de l’Espagne.

*Il constate que le rapport ne contient pas de données chiffrées actualisées et souligne que, pour pouvoir se prononcer sur la conformité de la situation à l’article 15.1, il lui faut systématiquement connaître:*

- le nombre de personnes handicapées, y compris d’enfants ;
- le nombre d’enfants handicapés suivant une formation ou un enseignement ordinaires;
- le nombre de ceux inscrits dans un établissement de formation ou d’enseignement spécial.

*Dans ce contexte, le Comité rappelle que si l’on sait qu’une certaine catégorie de personnes fait ou pourrait faire l’objet d’une discrimination, il est du devoir des autorités de l’Etat de recueillir des données pour mesurer l’ampleur du problème (Centre européen des droits des Roms c. Grèce, réclamation no 15/2003, décision sur le bien-fondé du 8 décembre 2004, §27). La collecte et l’analyse de telles données (dans le respect de la vie privée et sans commettre d’abus) sont indispensables pour formuler une politique rationnelle (Centre européen des droits des Roms c. Italie, réclamation no 27/2004, décision sur le bien-fondé du 7 décembre 2005, §23) ».*

<sup>686</sup> Conclusiones XX-1 España (2012) relativas al periodo comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2010 y publicadas en enero de 2013.

políticas y medidas que luchen contra la discriminación en el ámbito del trabajo<sup>687</sup>.

En relación con el derecho a la salud, regulado en el art. 11 CSE, el Comité requirió datos adicionales respecto de las medidas adoptadas para proveer a la población con mayor información, así como con programas de educación y mayor participación en materia de salud para desarrollar un mayor sentido de la responsabilidad individual respecto de aquella. Dicho requerimiento ya se había producido en las anteriores conclusiones, por lo que la decisión sobre la situación de España respecto del art. 11 CSE quedó suspendida hasta la recepción de la información solicitada<sup>688</sup>. Por ello, el Comité reforzó su requerimiento basándose en lo establecido en la decisión de fondo<sup>689</sup> recaída en la reclamación 30/2005, Fundación Marangoupoulos por los Derechos Humanos contra Grecia, donde el CEDS señaló que los Estados deben demostrar, a través de medidas concretas, que están desarrollando programas educativos en materia de salud, tanto para la población en general, como para grupos de personas con problemas específicos.

De acuerdo con las conclusiones analizadas aquí, y desde que el sistema de reclamaciones colectivas viene utilizándose como procedimiento de garantía, y porqué no justiciabilidad, de los derechos

---

<sup>687</sup> Conclusiones XX-1, España (2012) Art. 1, 2 (no discriminación, prohibición del trabajo forzado): « *Le rapport indique qu'il n'existe aucune statistique sur le nombre d'affaires portées devant les tribunaux et sur le nombre de constats d'infractions. En revanche, il précise que les recherches menées à l'occasion de la préparation du rapport démontrent que les cas de discrimination fondée sur la race et l'origine ethnique sont minimes pour les travailleurs résidents et que les cas graves de discrimination concernent presque toujours des personnes en situation irrégulière. Le Comité souligne l'importance de données statistiques fiables et précises sur les cas de discrimination au travail afin de pouvoir mener les actions ciblées nécessaires pour remédier aux problèmes ainsi identifiés (voir Fédération européenne des Associations nationales travaillant avec les Sans-abri (FEANTSA) c. Slovénie, Réclamation n° 53/2008, décision sur le bien-fondé du 8 septembre 2009, §29) ».*

<sup>688</sup> Puede observarse de nuevo que el Estado español incide en su falta de información, pese a los constantes requerimientos realizados por el CEDS, lo que denota, no ya una falta de voluntad política por parte del gobierno de turno, sino una absoluta dejadez respecto de sus obligaciones internacionales.

<sup>689</sup> Decisión de fondo de 6 de diciembre de 2006.

sociales, el CEDS utiliza de forma regular su jurisprudencia en el procedimiento de informes para definir mejor el sentido de los derechos reconocidos por la CSE y determinar de forma concreta las obligaciones de los Estados respecto de aquellos. Por lo tanto, puede afirmarse que, pese a que España no haya firmado y ratificado dicho Protocolo, la jurisprudencia del Comité se aplica a nuestro ordenamiento constitucional por vía indirecta, a través de las conclusiones emitidas por el CEDS. Es más, a pesar de la *juventud* del sistema de reclamaciones colectivas, ya pueden observarse decisiones que se alegan de forma habitual para determinar obligaciones concretas, como la primera decisión recaída en la reclamación 1/1998 Comisión de Internacional de Juristas contra Portugal, fundamental en la concepción de la CSE y la CSEr como instrumentos normativos vivos que evolucionan paralelos a los desarrollos sociales.

## 2. La Carta Social revisada de 1996

Siguiendo con el objeto del presente capítulo, debe abordarse la forma en que la CSEr se ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico, pese a que España, tal y como se ha visto, no la haya ratificado aún y no se divise, al menos a corto plazo, la realización de dicho trámite. Sin embargo, la CSEr tiene cierta presencia en nuestro ordenamiento jurídico, a través de dos vías indirectas.

La primera de ellas, ya se ha tratado en el anterior punto, pues como ha podido observarse, determinadas conclusiones del CEDS, al citar su propia jurisprudencia para definir claramente el derecho en cuestión o las medidas que han de tomarse para que la situación del país sea conforme a la CSE o a la CSEr, citan artículos del texto revisado. El ejemplo más claro lo encontramos en las Conclusiones XVIII-1, siempre en relación con España, en cuanto al análisis que realiza el CEDS del

art. E de la CSEr, a través de la reclamación 13/2002<sup>690</sup>; el Comité apela a dicho precepto como complemento al art. 1, 2 CSE para afirmar que la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral debe contemplar tanto las situaciones de discriminación directa como indirecta según lo establecido por la argumentación de dicha reclamación. El art. E, de acuerdo con las Explicaciones de la CSEr, es un precepto de nueva incorporación que viene a confirmar la propia jurisprudencia del Comité y cuya aplicación se entiende respecto de todos los preceptos de la CSEr pero también de la CSE. Si así no fuera, podrían darse desequilibrios graves entre los Estados que han adoptado el art. 1, 2 de la CSE y los que han reconocido el precepto de la CSEr, pues este último posee un mayor espectro de protección al incluir las discriminaciones indirectas. Cabe pues insistir de nuevo en la necesidad de ratificar la CSEr, pues a pesar de la falta de voluntad del Gobierno español, existen determinados preceptos y contenidos que deben aplicarse en el ordenamiento constitucional español, de acuerdo con lo establecido en las Conclusiones y, por ende, en la propia jurisprudencia del CEDS.

Además de la posible vía de aplicación de la CSEr en nuestro ordenamiento comentada anteriormente, existe otra, que podemos calificar de externa, pues no se origina en el Consejo de Europa ni en ninguna de sus instituciones. Dicha vía queda plasmada en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE en adelante), texto que ha supuesto un hito en el marco del proceso de integración europeo. Antes de pasar al análisis de la CDFUE, conviene precisar algunos puntos sobre la génesis de dicho texto.

---

<sup>690</sup> Véase nota al pie 681.

## 2.1 La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: luces y sombras del reconocimiento de los derechos fundamentales en la UE.

La preocupación de la UE respecto de los derechos fundamentales, por dotar a sus Estados miembros de un texto que recogiera los derechos de sus ciudadanos, es relativamente reciente. De hecho no puede hablarse de una preocupación por los derechos de los ciudadanos comunitarios hasta el Tratado de Maastricht, aprobado en 1992, donde sale a luz el concepto de ciudadanía europea, que supuso un cambio de rumbo tanto en la normativa como en las políticas de la UE. Hasta ese momento, los derechos de los ciudadanos de los Estados miembros de la UE corrían paralelos a la evolución de las cuatro libertades del mercado del interior, sobre todo a la libertad de circulación de trabajadores que evolucionaría posteriormente a la circulación de ciudadanos de otros Estados miembros, sin más.

Asimismo, debe señalarse que los derechos fundamentales no han constituido un punto de atención de la normativa y las diversas políticas que se originan en la UE; a modo de ejemplo cabe citar la política en materia de inmigración, incluida en los *tradicionales* asuntos de interior (hoy reformulados para la rúbrica del espacio de justicia, libertad y seguridad), y las diversas Directivas que se han generado como Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular que, pese a afirmar que *“La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y tiene en cuenta los principios consagrados, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”*<sup>691</sup> impone un periodo de internamiento, para extranjeros en situación irregular que estén en proceso de expulsión, de un máximo de seis meses, prorrogables a un año si existe falta de

---

<sup>691</sup> Esta *coletilla* puede encontrarse en toda la normativa relacionada con la regulación de la inmigración, así como en otras que regulan otros derechos fundamentales.

cooperación o demoras en la obtención de la documentación necesaria, del país de origen de la persona afectada por el procedimiento de expulsión. La aprobación y entrada en vigor de dicha Directiva ha causado numerosas polémicas, cuyo principal argumento es que “*evidentemente, pese a su preámbulo, la Directiva NO TIENE POR VOCACIÓN la protección de las personas sino más bien o exclusivamente la mejora de la eficacia de la expulsión*”<sup>692</sup> y que entra en franca colisión con otros textos reguladores de derechos fundamentales como el CEDH y la propia CDFUE, así como con nuestra Constitución<sup>693</sup>, además de criminalizar la irregularidad administrativa del extranjero, lo que ha provocado un notorio aumento de la xenofobia y el racismo en el ámbito de la UE<sup>694</sup>. Sirva este breve paréntesis como muestra de la visión sesgada de la UE en materia de derechos fundamentales, pues antepone, aún hoy en día, los intereses económicos y financieros a la promoción y defensa de los derechos fundamentales, pese incluso a la presencia de la CDFUE y a la adhesión de la UE al CEDH, actualmente en su trámite final<sup>695</sup>.

---

<sup>692</sup> De acuerdo con AGUELO NAVARRO, P. y CHUECA SANCHO; Á en “La directiva sobre retornos, la directiva de la vergüenza”, documento conjunto de mayo de 2008. Véase asimismo, CHUECA SANCHO, Á “*Aproximación a la política de inmigración de la UE en el Mediterráneo*”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales núm. 19, junio 2010.

<sup>693</sup> Opus cit.

<sup>694</sup> De acuerdo con el Grupo de Estudios de Política Criminal y Jueces para la Democracia “*La actual deriva de la política criminal europea en materia de inmigración se asienta en criterios y objetivos que reflejan su raíz xenófoba y su abierta contradicción con los principios propios de los sistemas penales democráticos*”, Comunicado de 11 de junio de 2008 sobre política criminal europea en materia de inmigración. Asimismo NIETO GARCÍA, L.C. afirma que, respecto de la nueva deriva de la política de inmigración de la UE, en lo referente a la inmigración irregular “*La opción por la criminalización de la inmigración y la consideración de los extranjeros sin papeles como infrasujetos (sujetos sin derechos) que viven en una sociedad paralela a la de los ciudadanos (titulares de los derechos) no es sostenible y no respeta parámetros mínimos de democracia. La persecución, la expulsión, la privación de las garantías, el encierro de quienes están trabajando sin derechos en nuestras sociedades es la peor forma y la más violenta de intentar intervenir en las migraciones*”, Revista Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global, núm. 104 2008/09, número especial dedicado a las migraciones transnacionales.

<sup>695</sup> Así el art. 6, 2 TUE establece que “*La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados*”. Sin embargo, para que dicha adhesión se produzca se requiere la unanimidad de todos los Estados miembros, prevista por la reforma operada por el Tratado de Lisboa,

Siguiendo con la CDFUE<sup>696</sup>, hasta su proclamación en el Consejo de Niza de diciembre de 2000, y posteriormente también, ha sufrido distintos avatares que son muestra de la ambigüedad con la que trata la UE los asuntos relacionados con los derechos fundamentales, aunque también hay que destacar elementos positivos. En relación con dichas características positivas, quizás sea la más importante el procedimiento de elaboración de la CDFUE, pues *“por primera vez se ha abandonado la técnica de la conferencia intergubernamental, que ha sido sustituido por un amplio grupo de trabajo donde, junto a representantes de los Jefes de Gobierno de los Estados miembros, había representantes de los parlamentos nacionales y miembros del Parlamento europeo. Ello no sólo ha contribuido a dar una mayor transparencia a los trabajos preparatorios sino que, sobre todo, ha permitido que en la redacción de la Carta haya podido hacerse oír una notable pluralidad de voces, que representan sensibilidades políticas y culturales distintas, así como diferentes experiencias jurídicas”*<sup>697</sup>. Por lo tanto, y desde el comienzo de su elaboración, se resaltó la importancia tanto de esa diversidad ideológica como de la participación de otros sectores, como representantes de la sociedad civil y de los países candidatos a incorporarse a la UE; así quedó establecido en el Consejo europeo de Colonia, celebrado en junio de 1999, que consideró que *“un proyecto de*

---

pese a que en el fallido proyecto constitucional europeo, únicamente hacía falta una mayoría cualificada lo que denota según RUIZ MIGUEL, C., en relación con la adhesión de la UE al CEDH, *“ciertas resistencias para que lo haga. No está claro el por qué, pero todo parece indicar que el Tratado de Lisboa no ha acabado con el viejo celo de los órganos de la UE respecto al TEDH y el Consejo de Europa. Es difícil explicar por qué el ceder competencias (ya fuera al Consejo de Europa o a la UE) que no ha sido traumático para ningún Estado europeo, puede resultar tan problemático para la UE”*, in *“Los derechos fundamentales en la Unión Europea renovada”* Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 92, 2011.

<sup>696</sup> DOUE núm. 364 de 18 de diciembre de 2000.

<sup>697</sup> DIEZ-PICAZO, L.M. *“Glosas a la nueva Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”* in Tribunales de Justicia, Revista Española de Derecho Procesal, núm. 5, mayo 2001, citado por ALEGRE MARTÍNEZ, M.A. en *“Los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”* in *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, JIMENA QUESADA (Coord.), Tirant lo Blanch, 2004.



*Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea debe ser redactado por un órgano en el que participen delegados de los Jefes de Estado y de Gobierno y del Presidente de la Comisión Europea y miembros del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales. Deberían participar como observadores representantes del Tribunal de Justicia Europeo y habría de escucharse la opinión de representantes del Comité Económico y Social, del Comité de las Regiones, de grupos sociales y de expertos”<sup>698</sup>.*

Respecto de los puntos reprochables a la actual CDFUE, es su situación en el marco de los Tratados de la UE. Pese a ser un texto de gran relevancia y cuya necesidad proclamaba la ciudadanía, se situó, tras la reforma realizada mediante el Tratado de Lisboa, fuera del cuerpo de ambos textos, mientras que en el fallido proyecto de Constitución europea incluía la CDFUE como parte de los Tratados. Posiblemente su inclusión fuera de los tratados se deba a que, de acuerdo con el art. 51, 2 *“La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados”*, por lo que puede intuirse que la Carta queda reducida a una mera enumeración de principios y derechos que deberán respetarse cuando se aplique el derecho de la UE, un simple límite a la propia actividad legislativa de las instituciones europeas, lo que puede incidir gravemente, por ejemplo, en materia de derechos sociales, tal y como se verá a continuación. A ello se añade que, en relación con lo anteriormente expresado, la posición de la CDFUE respecto de los Tratados denota que *“no hay consenso respecto de su naturaleza*

---

<sup>698</sup> Anexo IV de las Conclusiones de la Presidencia del consejo europeo de Colonia, celebrado entre los días 3 y 4 de junio de 1999.

*jurídica vinculante debido a la oposición de Polonia y el Reino Unido*<sup>699</sup> que propició reservas respecto de la aplicación de la CDFUE en ambos Estados (y posteriormente en la República Checa), sobre todo respecto del Título IV donde se incluye el grueso de los derechos sociales<sup>700</sup>.

## 2.2. La Carta Social Europea como fuente inspiradora de la CDFUE.

Puede afirmarse que la CDFUE es una de las más recientes declaraciones de derechos fundamentales, por lo que ha gozado de numerosas fuentes inspiradoras de su contenido y así se demuestra con la lectura de su Preámbulo que en su quinto párrafo reconoce que *“La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*. Por lo tanto, la lectura de la CDFUE no puede sino reafirmar lo expresado en su Preámbulo pues muchos de sus preceptos son prácticamente idénticos a los contenidos en el CEDH o en las CSE, en sus dos versiones. Sin embargo, donde más se aprecia dicha similitud es en las Explicaciones sobre la CDFUE<sup>701</sup>, pues en los preceptos inspirados en la CEDH o en la CSE, se refieren a ambos textos para definir su contenido y el ámbito de protección y, además, no debe olvidarse que dicho documento es una de las fuentes hermenéuticas a la que deben acudir los órganos jurisdiccionales de la

---

<sup>699</sup> TERRADILLOS ORMAETXEA, E. *“Los derechos fundamentales sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”* Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 92, 2011.

<sup>700</sup> Véase el protocolo núm. 30 de los Tratados de la UE, en su versión consolidada de 30 de marzo de 2010 (DOUE C 83).

<sup>701</sup> DOUE C 303/17 de 14 de diciembre de 2007.

UE y de sus Estados miembros para la correcta aplicación e interpretación de la CDFUE. Así, en relación con el art. 25 CDFUE que establece los derechos de las personas mayores, se especifica que dicho precepto se ha inspirado en el art. 23 de la CSEr (art. 4 del protocolo adicional a la CSE de 1988) y el art. 26 CDFUE, inspirado en el art. 15 CSE, entre otros ejemplos.

No obstante, y dado el tema de este trabajo, interesa resaltar las menciones a la CSEr, pues, dado que España, anticipándose a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, ratificó la CDFUE en julio de 2008<sup>702</sup> así como el propio Tratado de Lisboa; con dicha ratificación España, indirectamente, asumió compromisos contenidos en la CSEr, pese a su obstinada negativa a su definitiva ratificación, que deberán ser respetados en cuanto a la aplicación del Derecho de la Unión. El Título IV de la CDFUE, dedicado a los derechos relativos a la solidaridad, es donde se contienen los derechos sociales clásicos, como el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 27), el derecho de negociación y acción colectiva (art. 28) o la protección en caso de despido injustificado (art. 30), todos ellos con referencias expresas a la CSE, al ser fuente de inspiración directa, de acuerdo con las Explicaciones sobre la CDFUE. Sin embargo, interesa más aquí resaltar las menciones a la CSEr, respecto de los derechos no coincidentes con la CSE ni con el Protocolo adicional de 1988, y específicamente con dos derechos sociales de la CSEr que, en la actualidad, poseen un gran interés dada la situación económica que, en mayor o menor medida, atraviesan tanto España como el resto de países del entorno europeo. El derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30 CSEr) y el derecho a la vivienda (art. 31 CSEr), se hallan reconocidos en el art. 34,

---

<sup>702</sup> Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (BOE núm. 184, de 31 de julio de 2008).

3 CDFUE que establece lo siguiente *“Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales”*, por lo que puede afirmarse que los preceptos de la CSEr han sido incorporados de forma indirecta a nuestro ordenamiento jurídico, al haberse ratificado la CDFUE. De hecho, las explicaciones sobre la CDFUE reconocen que *“El apartado 3 se inspira en el artículo 13 de la Carta Social Europea y en los artículos 30 y 31 de la Carta Social revisada, así como en el punto 10 de la Carta Comunitaria. La Unión debe respetar tal derecho en el marco de las políticas basadas en el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”*, en referencia a las Políticas sociales. A pesar de dicha afirmación, resulta curioso observar que el art. 151 TFUE (antiguo art. 136 TCE) únicamente menciona la CSE firmada en Turín en 1961, y no su versión revisada, como referencia para la elaboración de políticas relacionadas con *“el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones”*, pese a que sí lo hace en las mencionadas explicaciones sobre la CDFUE.

Asimismo, resulta relevante la mención que se realiza a la CSEr en relación con el derecho a la vida familiar y profesional (art. 33 CDFUE) y cuyas referencias directas son el art. 8 CSE (derecho de las trabajadoras a protección) y el art. 27 CSEr (derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato), mucho más detallado y adaptado a la realidad social actual.

Ahora bien, varios son los reproches u observaciones que se le pueden hacer a la CDFUE, y en particular a las Explicaciones, documento que establece las vías para su interpretación. En primer lugar, las referencias a la CSE y la CSEr no son las únicas, sino que se combinan con otros textos internacionales<sup>703</sup>; asimismo, se echa en falta, en relación con los preceptos de la CSEr que han servido de referencia a la CDFUE, una mención a la jurisprudencia del CEDS como fuente interpretativa para su correcta aplicación pues *“parece más razonable proceder a la interpretación de los artículos de la Carta de la UE basados en la CSE revisada, no tanto indirectamente a través de las Explicaciones, sino acudiendo directamente a la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales”*<sup>704</sup>, lo que no ocurre, pues en las Explicaciones se observan continuas referencias a la jurisprudencia del TJUE para facilitar la interpretación y aplicación de los preceptos contenidos en la CDFUE, lo que demuestra la reticencia de la UE a dejar parte de su actividad bajo el control de otros órganos o instituciones no pertenecientes a ella; dicha reticencia puede tener como consecuencia que *“las eventuales divergencias o contradicciones pueden producirse con mayor frecuencia entre la jurisprudencia comunitaria por un lado y, por otro, la jurisprudencia del TEDH y del CEDS”*<sup>705</sup>.

La solución a dicho problema en teoría resulta fácil y es *“el tránsito de la cláusula de remisión a la cláusula de adhesión al CEDH previsto por el*

---

<sup>703</sup> Así FLAUSS, J-F. afirma que *“El interés que han prestado los redactores de la Carta de los derechos fundamentales a la Carta Social Europea no debe sin embargo ser exagerado: en efecto, frecuentemente la llamada a la CSE no se opera en absoluto a título exclusivo, sino conjuntamente con una referencia que apunta a tal Convenio de la OIT o a tal norma comunitaria (Carta comunitaria de los trabajadores o/y Directivas, e incluso a alguna disposición del Tratado)”* in *“Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales”* en Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales, JIMENA QUESADA, L. (Coord.), Tirant lo Blanch, 2004.

<sup>704</sup> JIMENA QUESADA, L. *“La Carta Social Europea y la Unión Europea”* (nota al pie 26), Revista Europea de Derechos Fundamentales núm. 13, 1er semestre 2009.

<sup>705</sup> Ídem supra.

*Tratado de Lisboa*<sup>706</sup> y lo mismo respecto de la CSE, aunque dicha cláusula es inexistente en el caso de aquella. Por ello, y pese al esfuerzo de conjugar derechos sociales y derechos civiles y políticos en un mismo texto, la CDFUE y su sistema interpretativo no asumen el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, siendo los más perjudicados los derechos sociales<sup>707</sup>, al ignorar la jurisprudencia del CEDS, pese a que todos los Estados miembros de la UE han adoptado la CSE y/o la CSEr y algunos el Protocolo de reclamaciones colectivas, con el riesgo de encontrarse con pronunciamientos contradictorios, provenientes de dos órganos distintos, el TJUE y el CEDS.

Posiblemente, la reticencia de la UE a adoptar las interpretaciones del CEDS respecto de los derechos sociales reconocidos en la CDFUE, sea un reflejo de la reticencia de muchos Estados de la Unión, entre ellos España, a aceptar un mayor grado de compromiso respecto de la protección y garantía de los derechos sociales. Pese a que algunos de los preceptos de la CSEr, contenidos en la CDFUE, han entrado en nuestro ordenamiento a través de su ratificación, su alcance dependerá de la jurisprudencia del TJUE no muy dado a mencionar la CSE, y menos la jurisprudencia del CEDS, pues *“si el Tribunal de Luxemburgo se ha referido en alguna ocasión a la Carta Social Europea, lo ha hecho con medida y discreción, y en cualquier caso en dosis homeopáticas”*<sup>708</sup>, lo que, obviamente, constituye un perjuicio para los derechos sociales y, especialmente, para la ciudadanía europea, en su búsqueda de una existencia digna.

---

<sup>706</sup> Ídem supra.

<sup>707</sup> De acuerdo con JIMENA QUESADA, L. en su artículo “La Carta Social Europea y la Unión Europea”, Revista Europea de Derechos Fundamentales nº13/1er semestre 2009.

<sup>708</sup> FLAUSS, J-F “Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales” en Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales, JIMENA QUESADA, L. (Coord.), Tirant lo Blanch, 2004.

## **CAPÍTULO X. CONCLUSIONES**

El presente trabajo, de acuerdo con lo expresado en su primer capítulo, ha pretendido subrayar la importancia de la Carta Social Europea en nuestro ordenamiento jurídico para que el Estado social y democrático de derecho proclamado en nuestra Constitución sea una realidad, tanto en el ámbito legislativo como en la práctica. Dicha importancia viene determinada por dos elementos que deben tenerse en cuenta a la hora de analizar los derechos sociales, su garantía y efectividad, y que son en primer término: el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, que debe jugar a favor sobre todo de la mayor visibilidad de los derechos sociales y servir como argumento para desterrar teorías de dudoso peso que anteponen el coste social a su mayor o menor efectividad; en segundo lugar, la CSE posee un enorme interés en cuanto al desarrollo y garantía de los llamados Principios rectores de la política social y económica, cuya configuración en la Constitución los relegó a un segundo plano, que en la actualidad, ha facilitado un claro retroceso en materia de derechos sociales, cuya licitud reposa sobre el manido argumento del alto coste económico de dichos derechos y la difícil situación económica actual.

Fiel reflejo de la reticencia de gobernantes, legisladores y juristas a construir un Estado social sólido, es el uso que de la CSE se ha hecho desde las Instituciones nacionales. En general puede decirse que la CSE posee un valor de mera referencia, y ello ha quedado plasmado a lo largo de los primeros capítulos de este trabajo. De acuerdo con lo expuesto en el capítulo segundo, la CSE quedó incorporada a nuestro ordenamiento constitucional en el momento de su ratificación y publicación oficial, ateniéndonos a lo establecido por los preceptos constitucionales contenidos en el capítulo tercero del Título III y de forma más evidente a lo prescrito por el art. 96, 1 CE. A ello debe añadirse el mandato interpretativo del art. 10, 2 CE que obliga a

interpretar las normas relativas a derechos fundamentales de acuerdo con la DUDH y con el resto de tratados y convenios que España haya ratificado. Por ello resulta incomprensible que sea tan costoso encontrar referencias, ya no solo con función interpretativa, a la CSE. En materia de derechos sociales el PIDESC posee mayor presencia tanto en la legislación de desarrollo de algunos de los derechos contenidos en el capítulo III del Título I como en las fundamentaciones de derecho del TC y del resto de órganos jurisdiccionales nacionales, salvo algunas excepciones comentadas respecto de la reciente jurisprudencia del TSJ valenciano que ha incorporado tanto la CSE como la jurisprudencia del CEDS, reforzando la calidad argumentativa y, sobre todo, extendiendo el conocimiento de la CSE en los órganos jurisdiccionales, así como su comprensión y valoración, para que no solo sea citada *ad abundantiam* sino como un verdadero instrumento para la concreta definición de los derechos sociales.

La CSE no es un mero tratado más de derechos sociales, sino un compendio de derecho vivo que gracias a la actividad del CEDS, a su labor interpretativa, evoluciona paralelamente a los cambios sociales que se van produciendo. Por ello resulta de extrema importancia que su conocimiento se refuerce a través de su uso por parte de las instituciones del Estado y, especialmente, por los órganos jurisdiccionales, sin descuidar el mayor interés en la docencia y la investigación universitarias. Pese a ser una norma internacional que se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico hace más de treinta años, la CSE no se conoce todo lo bien que sería deseable e incluso se desconoce su existencia, lo que tiene graves consecuencias para nuestro Estado social que queda desprovisto de un valioso instrumento de protección y garantía de los derechos sociales.

Si bien, no solo los órganos jurisdiccionales omiten el uso de la CSE; el legislador parece desconocerlo completamente por varias razones que han quedado plasmadas en el tercer capítulo del presente trabajo. La



primera de ellas responde, como se indicaba, al propio desconocimiento de la CSE, de su misma existencia, pues en las normas estatales analizadas, como el Estatuto de los Trabajadores, la normativa sobre prevención de riesgos laborales o la más reciente legislación que regula el sistema de asistencia a las personas dependientes, pese a recoger el contenido de algunos preceptos de la CSE, no mencionan en sus preámbulos dicho texto, a pesar de ser, claramente, una de las fuentes inspiradoras, o al menos eso se desprende a la vista de su articulado. En cuanto a la segunda razón, que supera en gravedad a la anterior, se advierte en estos últimos años una disponibilidad absoluta, por parte del legislador, de los derechos sociales, disponibilidad fundamentada en la actual crisis económica y en el manido argumento del alto coste que supone el mantenimiento del disfrute de una serie de derechos, especialmente los contenidos en el capítulo tercero del Título I de nuestra Constitución. El Estado social promulgado en el artículo primero de la norma suprema ha sido paulatinamente vaciado durante los dos últimos años, e incluso el presente, mediante reformas legislativas que obedecen a la supuesta necesidad de reducir el impacto económico que el derecho a la salud o a una vida digna, tienen en los Presupuestos del Estado.

Dos son los ejemplos que mejor reflejan esta situación: de un lado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4, 1 CSE, una remuneración equitativa debe garantizar una vida digna, si bien en España, el importe del Salario Mínimo Interprofesional ha sido criticado en repetidas ocasiones por el CEDS por no quedar garantizado un nivel de vida decoroso, tal y como prescribe el precepto de la Carta. Durante los dos últimos años, el SMI no solo no ha aumentado, sino que su importe se ha congelado, lo que ha supuesto que el porcentaje de personas que viven por debajo del umbral de pobreza haya aumentado considerablemente, en contra de lo dispuesto por el CEDS en las conclusiones relativas a dicho asunto. De otro lado, el derecho a la salud, previsto en el art. 11 de la CSE, también se ha visto desprovisto

de parte de su contenido, con las últimas disposiciones normativas aprobadas durante el año 2012, al retirar el derecho a la asistencia sanitaria ordinaria a los extranjeros en situación irregular que estaban empadronados y poseían la condición de asegurados por tener tarjeta sanitaria; todo ello fundamentado, de nuevo, en la necesidad de realizar ajustes económicos debido a las dificultades financieras que atraviesa España y otros Estados europeos. Además de contribuir a la criminalización de las personas migrantes en situación irregular, presentándolas como beneficiarias de un derecho que no se han ganado y promover el aumento del racismo y la xenofobia, el incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas tras la ratificación de un tratado o convenio, en este caso la CSE, puede ser reflejo del mínimo interés que, aún hoy en día, despiertan los derechos sociales, relegados a un segundo plano respecto de los derechos civiles y las libertades públicas. La actitud del legislador, disponiendo del derecho a la salud, en este caso, y desvirtuando su contenido sin tener en cuenta las decisiones y recomendaciones de organizaciones internacionales, no solo del Consejo de Europa, sino de la propia OMS es una muestra palpable de que el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales aún no se ha introducido en la actividad legislativa.

Sin embargo, en el caso de las Comunidades autónomas, los avances han sido más positivos, al menos en algunas. Los Estatutos de Autonomía han sido reformados durante los últimos años y, entre otras novedades, destaca la inclusión, en algunas de estas normas, de elencos de derechos sociales o de menciones específicas a la CSE que parecen querer superar la efectividad de los principios rectores de la política social y económica de la Constitución, mediante el reconocimiento de verdaderos derechos sociales. Cabe destacar, por ejemplo, el Estatuto de Autonomía de Andalucía que incorpora los derechos de la CSE como derechos propios de los andaluces, lo que no solo redundaría en beneficio de estos, sino que da mayor visibilidad a la

CSE; el Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana también incorpora en el mismo sentido la CSE en su articulado, si bien los derechos sociales no vienen reconocidos en el texto del estatuto, sino que se desarrollaron mediante una ley específica. Sin embargo, la Carta de Derechos Sociales de la Comunidad valenciana, sigue en la línea de identificar la garantía de los derechos sociales con la disponibilidad económica, pues así se extrae de su articulado, lo que supone un flaco favor a la consideración de los derechos sociales como derechos fundamentales reales; además, aún mencionando la vinculación de los poderes públicos a la CSE, entre otros textos internacionales, no se extrae de su lectura que haya utilizado la jurisprudencia del CEDS en la definición de los derechos sociales que contiene, lo que hubiera servido para promocionar la labor del Comité y reivindicar la necesidad de firmar y ratificar el Protocolo de reclamaciones colectivas, tal y como se señala en el capítulo III<sup>709</sup>.

En relación con la actividad de los órganos jurisdiccionales y el uso de la CSE en procedimientos relativos a los derechos sociales, las conclusiones no son más positivas, de acuerdo con lo que se avanzaba al principio de este capítulo. El TC menciona en pocas ocasiones la CSE y, por lo general, lo hace como fuente interpretativa del derecho en cuestión sí, pero no como fuente directa sino como una más entre otras. De igual manera, no acude a la jurisprudencia del CEDS, ni tampoco a la sentada en el marco del mecanismo de reclamaciones colectivas ni a la elaborada en el contexto del procedimiento de informes. Dicha actitud puede calificarse de errónea por dos razones; la primera está relacionada con los mandatos constitucionales aplicativo (artículos 93 a 96 CE) e interpretativo (art. 10, 2 CE) que deberían regir la actividad jurisdiccional del TC, máxime cuando se trata de derechos sociales,

---

<sup>709</sup> De acuerdo con lo expresado por JIMENA QUESADA, L. en la obra citada en la nota al pie 278.

pues estos serían interpretados de acuerdo con los parámetros utilizados por el CEDS, más acordes con la realidad social actual pues no debe olvidarse que la CSE es un instrumento normativo vivo cuya interpretación corre paralela a las necesidades sociales. La segunda razón incide de nuevo en la necesidad de promocionar y conocer la CSE, así como la actividad del CEDS, a lo cual no contribuye el TC pues únicamente menciona a la primera como una referencia más; el TC, siendo la primera fuente jurisprudencial nacional, debería de servir como promotor de los instrumentos de garantía de los derechos sociales, de suerte que el mayor y mejor uso de la CSE como fuente interpretativa principal sería esencial. Asimismo trabajaría en la línea de reforzar el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, básico para una mejora de la garantía y justiciabilidad de los derechos sociales.

Respecto de la actividad del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional ha de afirmarse que las conclusiones que pueden extraerse son más positivas pues las salas de lo Social y de lo Contencioso-administrativo de ambos órganos hacen referencia con mayor profusión a la CSE, ya no solo como un texto más sobre derechos sociales, sino como un verdadero criterio hermenéutico para definir de forma adecuada el derecho objeto del pronunciamiento. Por ello puede confirmarse que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo sí que dan cumplimiento en mayor medida a los mandatos aplicativo e interpretativo contenidos en nuestra Constitución. El jurista, en este caso los miembros del Poder judicial, debería ser consciente de todos los instrumentos jurídicos a su alcance a la hora de realizar su labor que incluye la interpretación y aplicación de las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales<sup>710</sup>. Por tal motivo, resulta desalentador que los ejemplos de sentencias donde se cita la CSE sean mínimos lo que refleja que *“la jurisprudencia social”*

---

<sup>710</sup> De acuerdo con el art. 5, 1 de la Ley orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder judicial, en su redacción en vigor.

*española acusa ese déficit de internacionalización por referencia a la Carta Social Europea*<sup>711</sup> y, por lo tanto, va en detrimento directo de la promoción de una cultura de los derechos humanos y, en particular, del desarrollo de un verdadero Estado social. De igual forma, ha de llamarse la atención sobre la falta de un conocimiento profundo de los instrumentos normativos internacionales, en este caso de la CSE, pues no debería permitirse que los miembros de la judicatura cometan errores sobre puntos tan sencillos como la fecha de ratificación de un tratado o convenio, pues ello no solo denota desconocimiento sino también desinterés, lo que perjudica gravemente la configuración del Estado como un verdadero Estado social y democrático de Derecho a través de la actividad jurisdiccional.

La garantía y la defensa de los derechos sociales no solo son competencia de la acción legislativa y jurisdiccional; la Constitución española previó una institución de protección de los derechos humanos, el Defensor del Pueblo, que tiene como competencia la defensa de los derechos comprendidos en el Título I, donde quedan incluidos los Principios rectores de la política social y económica. Por esa misma razón se ha incluido un análisis detallado de la relación entre dicha institución y la CSE y también respecto de las Defensorías autonómicas.

En términos generales, y en relación con el Defensor del Pueblo estatal, la CSE no es un texto normativo al que se recurra habitualmente para argumentar las recomendaciones que esta institución emite en contestación a las quejas de los ciudadanos, lo cual resulta bastante desafortunado por varias razones. La primera está relacionada con el art. 9, 1 CE, pues la sumisión a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico también se da respecto del Defensor del Pueblo,

---

<sup>711</sup> JIMENA QUESADA, L. “*Retos pendientes del Estado social español: en especial la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996*” Nuevas Políticas Públicas, Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, nº2, año 2006.

por lo que debería cumplir con el mandato establecido en el art. 10, 2 CE, en relación con la interpretación de los derechos fundamentales. Además, el Defensor del Pueblo, dado el procedimiento para tramitar las quejas y por su cercanía a la ciudadanía en general, es la institución a donde se dirige la mayoría de las reclamaciones ciudadanas respecto de asuntos relacionados con los derechos sociales, entre otros. A pesar de que el Defensor del Pueblo se instituye en nuestra Constitución como Alto Comisionado de las Cortes Generales, cuyo encargo es la defensa de los derechos contenido en el Título I, sus recomendaciones, aun conteniendo la debida fundamentación jurídica, no se apoyan apenas en normativa internacional, como si esta no formara parte de nuestro ordenamiento jurídico una vez cumplidos los trámites establecidos en los arts. 93 a 96 CE.

El Defensor del Pueblo, si tomara conciencia de la importancia de la CSE, entre otras normas internacionales, sería un altavoz extremadamente cualificado de difusión y promoción de aquella, tanto a nivel de la ciudadanía como de las Instituciones del Estado. Asimismo, y dada su función de protección de los derechos fundamentales, debería ejercer dicha función dando un paso más allá y exigiendo ante las Cortes la necesaria ratificación de la CSEr y la aceptación del Protocolo de reclamaciones colectivas, insistiendo en el debido incremento de protección que, más hoy en día, reclaman los derechos fundamentales, sobre todo los de carácter social. Las razones fundamentales de las que se podría valer la institución para argumentar la necesaria ratificación de la CSEr pueden reducirse a dos: por un lado, la mayoría de los derechos reconocidos en la CSEr están presentes en el Título I de nuestra Constitución, así como en la legislación nacional y autonómica, por lo que resulta absurda la negativa de los sucesivos gobiernos españoles hacia la debida ratificación del texto del Consejo de Europa; y, por otro lado, dichos derechos han sido introducidos en nuestro ordenamiento jurídico con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, al dotar a la CDFUE

del mismo valor que los Tratados e inspirarse la redacción de esta en los derechos reconocidos en la CSEr.

Respecto del Protocolo de reclamaciones colectivas, la Defensoría del Pueblo podría asimismo reclamar la aceptación de este, por distintos motivos; el primero incide en la necesidad de dotar a los derechos contenidos en la CSEr con una garantía añadida para su correcta factibilidad y que sería el procedimiento de reclamaciones colectivas. Asimismo, y desde una aproximación comparativa, podría argumentarse que dado que España ha ratificado<sup>712</sup> el Protocolo facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (adoptado por la Asamblea General en la emblemática fecha del 10 de diciembre de 2008) y cuyo propósito es la potenciación del órgano de control del cumplimiento de los derechos contenidos en el PIDESC a través de un sistema de comunicaciones, tanto individuales como conjuntas, que aleguen ser víctimas de una violación de cualquiera de los derechos contenidos en el Pacto, no tiene ningún sentido que no se haya hecho lo mismo respecto del Protocolo de reclamaciones colectivas ante el CEDS, máxime cuando el procedimiento ante el Comité DESC obliga al agotamiento de todas las vías internas antes de recurrir ante este, lo que puede jugar en contra del reclamante, sobre todo en materia de derechos sociales, cuyo reconocimiento legislativo interno suele ser parco y su justiciabilidad lenta y tortuosa.

Por lo tanto, el DP debería insistir en la necesidad de ratificar el Protocolo a la CSE pues el procedimiento ante el CEDS es mucho más sencillo y ágil (ante la inexistencia del requisito del agotamiento de los recursos internos) y por lo ilógico de la elección de uno y el rechazo al otro, cuando ambos son procedimientos del control del cumplimiento de las respectivas obligaciones internacionales contraídas tras sendas ratificaciones del Pacto Internacional DESC y de la CSE. Por lo demás,

---

<sup>712</sup> Ratificado el 23 de septiembre de 2010; entrada en vigor el 5 de mayo de 2013.

de acuerdo con lo expresado anteriormente, tanto en el correspondiente capítulo como en estas conclusiones, el DP es una institución cercana a la ciudadanía, por lo que se debería realizar un esfuerzo desde aquella para implicar a los distintos agentes sociales en la promoción de la CSE y en la reivindicación ante las Instituciones del Estado de la ratificación de la CSEr y la aceptación del Protocolo adicional; por añadidura sobre todo, y dado que se trata de derechos sociales, el DP habría de implicar a los sindicatos, cuyo desconocimiento de ambos textos resulta más que inquietante, así como su silencio en relación con el asunto.

Respecto de las Defensorías del Pueblo autonómicas puede afirmarse que algunas de ellas son más activas en cuanto a derechos sociales se refiere, si bien no aluden con frecuencia a la CSE ni a la jurisprudencia del CEDS. Aun siendo cierto que existen diferencias respecto de la actividad entre las distintas defensorías, con la entrada en vigor de los nuevos Estatutos de Autonomía, donde se incluyen verdaderos catálogos de derechos sociales, más o menos extensos, similares a los contenidos en la CSEr, estas han asumido con ello nuevos retos respecto de la defensa de los derechos sociales. A ello se añade el reparto competencial, pues la mayoría de las competencias autonómicas están relacionadas con derechos sociales, por lo que su actividad sobre la materia es más profusa que la de su homólogo nacional.

Cabe asimismo resaltar, respecto de las Defensorías Autonómicas, la labor promocional que realizan de los derechos fundamentales y especialmente de los derechos sociales; dicha labor podría completarse en el mismo sentido que lo expresado respecto del Defensor del Pueblo nacional, es decir, los DDPP autonómicos, como Altos Comisionados de sus respectivas Cámaras legislativas, deberían insistir sobre la necesaria ratificación de la CSEr y la aceptación del Protocolo adicional sobre reclamaciones colectivas, evidenciando así el deber de los



poderes públicos respecto del perfeccionamiento del Estado social y democrático de derecho. No obstante, esta labor de educación en derechos fundamentales, y la protección de los mismos, que llevan a cabo las DDPP autonómicas puede verse gravemente obstaculizada, o bien anulada, si se sigue por la senda de la eliminación de dichas instituciones basada en motivos puramente económicos y con un notable trasfondo ideológico que rechaza la actual configuración territorial de España. En el momento de redacción del presente trabajo se han eliminado tres DDPP autonómicas, tal y como se ha expuesto en el capítulo quinto, y se estudia la posibilidad de eliminar la totalidad de las DDPP autonómicas, bajo el argumento de evitar duplicidades, en referencia a las funciones del DP nacional, y su correspondiente gasto económico, obviando así las peculiaridades autonómicas y dejando sin protección, al menos en lo que respecta al ámbito de dichas instituciones, a los derechos reconocidos en los respectivos Estatutos de Autonomía.

Si la incorporación de la CSE a la actividad de las Instituciones estatales resulta más bien pobre, el respeto y aplicación de esta, así como el cumplimiento de lo establecido en las Conclusiones emitidas por el CEDS, puede calificarse de decepcionante. Los respectivos gobiernos parecen no ser conscientes de sus obligaciones internacionales, pues en los informes periódicos presentados ante el CEDS, que dan cuenta de los avances que se realizan respecto de la aplicación de los preceptos de la CSE, ha podido observarse que los requerimientos del CEDS de mayor información son desoídos repetidamente o, lo que es aún más grave, se facilita información que no se corresponde del todo con la realidad del país. A ello debe añadirse el incumplimiento de las interpretaciones realizadas por el CEDS respecto de la mejora de determinados derechos, siendo el caso más flagrante el relativo al Sueldo Mínimo Interprofesional, que ha sido denunciado por el Comité, de forma habitual, por su escasa cuantía al no garantizar una vida decorosa. Los compromisos adquiridos tras la

ratificación de la CSE en 1980, parecen esfumarse a la vista de la actuación de España ante el Comité, lo que repercute gravemente en la concepción de un Estado social sólido. Además, esta actitud indiferente hacia los derechos sociales, llegando incluso a disponer de ellos bajo argumentos economicistas, ahonda aún más la brecha entre los derechos civiles y los derechos sociales, quebrando así el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales.

Lo anteriormente dicho, podría verse corregido si tanto el CEDS como el Comité de Ministros del Consejo de Europa, poseyeran una capacidad más fuerte de control del cumplimiento de lo establecido en su jurisprudencia. El control que ambos órganos ejercen no es suficiente para garantizar que los Estados parte cumplan con sus obligaciones y adecuen, tanto la legislación interna como su práctica, a lo dispuesto por el CEDS. Por ello, además del desconocimiento de la CSE ya mencionado anteriormente, se ha de añadir la indiferencia de los distintos Estados frente al CEDS, lo que conlleva un inevitable vaciamiento paulatino del Estado social, que en nada beneficia a la ciudadanía, al verse afectada, en última instancia, su dignidad. Sería aconsejable pues, que, por un lado, el filtro político representado en el Comité de Ministros, se tornara más jurídico y que se dotara al CEDS con mejores herramientas de control *a posteriori* de la actividad de los Estados parte en la CSE y, por qué no, retornar al proyecto de crear un órgano jurisdiccional especializado en derechos sociales, a imagen del TEDH, con mayores potestades para así garantizar el correcto cumplimiento de lo dispuesto en la Carta. Sin embargo, cabe recordar que la eficacia, tanto de las sentencias del TEDH como de las conclusiones y de las decisiones de fondo del CEDS, no pasa únicamente por la regulación interna de un procedimiento de aplicación, sino también por entender que ambos procedimientos de control, y sus correspondientes textos, el CEDH y la CSE en ambas versiones, son normas vinculantes y por lo tanto de obligado cumplimiento; es decir,

tanto los derechos contenidos en el Convenio como en ambas Cartas son derechos humanos cuyo respeto debe ser efectivo y constante.

Por último, se ha puesto de relieve que la negativa de los distintos gobiernos a completar el camino iniciado en 1980, ratificando la CSEr y asumiendo las obligaciones del Protocolo de reclamaciones colectivas, se fundamenta en razones de poco peso jurídico, a la vista de los dictámenes elaborados por el Consejo de Estado, y dejan entrever razones meramente políticas basadas en supuestos conflictos con la legislación de la Unión Europea. Esto último, resulta aún más absurdo, si cabe, pues la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha permitido la inclusión de la CDFUE en nuestro ordenamiento constitucional, y, por ende, la adopción de numerosos derechos que figuran a su vez en la CSEr, pues la Carta de la Unión Europea se inspiró en aquella a la hora de redactar la parte relativa a los derechos de solidaridad.

A modo de conclusión general del presente trabajo, puede afirmarse que es necesario, no solo la debida ratificación de la CSEr y del Protocolo de reclamaciones colectivas; resulta de una necesidad imperiosa promocionar el conocimiento y utilización de la CSEr en todos los ámbitos, tanto institucionales como sociales, pues, dada su continua actualización a través de la actividad del CEDS, es un instrumento imprescindible para la consecución y refuerzo de nuestro Estado social y democrático de Derecho, cuyo eje ha de ser, no solo el respeto de la dignidad de la persona, sino también el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, dejando de lado criterios economicistas y argumentos vacuos que ponen actualmente en peligro la dignidad de la persona. Por lo demás, esa misma necesidad imperiosa de promoción y difusión resulta trasladable al ámbito universitario, lo cual en última instancia constituye el *leitmotiv* de la presente tesis doctoral.



## CHAPITRE X. CONCLUSIONS

L'étude jusqu'ici développée, tel qu'il a été annoncé dans son premier chapitre, a aspiré à mettre en relief l'importance de la Charte social Européenne dans l'ordre juridique espagnol, pour aboutir ainsi à un véritable Etat de droit démocratique et social, aussi bien sur le plan législatif que dans la pratique, tel qu'il a été reconnu dans la Constitution. L'importance de la Charte repose sur deux éléments qui doivent être tenus en compte pour aborder l'analyse des droits sociaux, leur garantie et leur effectivité, ceux-ci étant, en premier lieu, le principe d'indivisibilité de tous les droits fondamentaux, qui joue un rôle essentiel, surtout en ce qui concerne la majeure visibilité des droits sociaux et servir ainsi à déterrer des théories, à une importance douteuse, qui font passer devant l'effectivité de ceux-là, le coût social qui peuvent représenter. En ce qui concerne le deuxième élément à prendre en considération, on doit affirmer que la CSE possède, par rapport à l'ordre constitutionnel espagnol, une énorme importance en relation avec le développement et garantie des dénommés Principes recteurs de la politique social et économique, dont sa configuration dans la Constitution les a relégués à un deuxième plan qui, actuellement, a rendu plus facile la régression que, en matière de droits sociaux, nous sommes entrain de subir, ceci utilisant l'argument du coût économique desdits droits et la difficile situation financière.

Malgré tout, l'utilisation que de la CSE font les gouvernants, les législateurs, les juges et l'ensemble des juristes est un claire reflet de leur hésitation face à la construction d'un État social solide. En général on peut affirmer que la CSE s'utilise surtout comme une référence *ad abundantiam*, ce qui a été exprimé dans les premiers chapitres de cette étude. D'après l'analyse menée dans le deuxième chapitre, la CSE s'introduit dans l'ordre constitutionnel espagnol après sa ratification, tenant compte des dispositions constitutionnelles contenues dans le

Titre III, et plus précisément, de l'article 96,1 de la Constitution espagnole. De même, on doit ajouter à ceci le mandat interprétatif de l'article 10,2 de la Constitution qui impose, au regard de l'interprétation des droits fondamentaux, leur interprétation par rapport à la DUDH, ainsi que aux traités et conventions que l'Espagne ait ratifiés. Ceci dit, le fait de ne pas trouver de nombreuses références à la CSE reste incompréhensible, même pas comme une source d'interprétation. Quant au sujet des droits sociaux, le PIDESC s'utilise davantage comme référence, tantôt dans la législation qui développe les droits contenus au chapitre III du Titre I, tantôt dans les argumentations juridiques de la Cour Constitutionnelle et des autres organes judiciaires, sauf quelques exceptions qu'ont été analysées au regard de la dernière jurisprudence du Tribunal Supérieur de Justice de la Région de Valencia ; celui-ci a introduit tant des références à la CSE comme à la jurisprudence du CEDS, ce qui a notamment renforcé la qualité des motivations et, ce qui est le plus important, la connaissance de la CSE s'est étendue, ainsi que sa compréhension et mise en valeur, tant qu'elle n'est pas seulement citée *ad abundantiam*, mais comme un véritable instrument servant à définir de façon concrète les droits sociaux.

La CSE n'est pas un traité quelconque de droits sociaux, mais un précis de droits vivants qui, grâce à l'activité du CEDS, à sa mission d'interprète, évolue parallèlement aux progrès sociaux. C'est pour cela que la connaissance de la CSE doit être renforcée à travers son utilisation par les Institutions de l'État et, spécialement, par les organes judiciaires. Bien que la Charte fut introduite dans notre ordre constitutionnelle il y a plus de trente ans, elle reste méconnue, pas seulement son contenu mais aussi sa propre existence, ce qui implique de graves conséquences par rapport à l'État social, privé d'un instrument précieux pour la protection et la garantie des droits sociaux.

Pourtant, ce ne sont seulement pas les organes judiciaires qui s'abstiennent d'utiliser la CSE ; le législateur semble aussi méconnaître

la Charte d'après les raisons exposées tout au long du chapitre III. La première observation qu'on peut en tirer est, à nouveau, le manque d'une connaissance approfondie de la Charte, voire d'une ignorance absolue, puisque les lois nationales analysées, comme par exemple, le Statut des Travailleurs, les réglementations au sujet des risques au travail et la plus récente législation sur le système d'aide aux personnes dépendantes, bien qu'elles reprennent le contenu des certaines dispositions de la CSE, elles ne la mentionnent même pas dans leurs Préambules, malgré sa condition de source inspiratrice après la lecture des dits textes.

Quant à la deuxième observation, qui reste encore plus grave que la première, on a pu dégager que, pendant les dernières années, une disponibilité totale des droits sociaux existe de la part du législateur ; celle-ci trouve sa raison d'être à l'actuelle crise économique et, de même, à l'argument, repris de forme monotone, du coût insoutenable de la jouissance de certains droits, comme ceux contenus au chapitre III du Titre I de la Constitution espagnole. L'État social proclamé à l'article 1<sup>er</sup> du Texte Fondamental se trouve de nos jours, soumis aux nombreuses réformes législatives adoptées sous le prétexte de réduire l'impact économique que le droit à la santé ou bien à vivre en dignité, provoquent dans le Budget de l'État. Deux exemples peuvent illustrer cette lamentable démarche ; d'après l'article 4,1 CSE une rémunération équitable doit être versée pour ainsi garantir un niveau de vie décent et, pourtant, en Espagne le montant du Salaire Minimum Interprofessionnel a été fermement critiqué par le CEDS puisqu'il n'est pas censé garantir un niveau de vie tel que déclaré à la Charte. Pendant les deux dernières années, le montant du SMI n'a seulement pas augmenté, pour ainsi s'adapter aux prescriptions de la Charte, mais il a été gelé ce qui a eu comme principale conséquence un accroissement du pourcentage de personnes vivant sous le seuil de pauvreté, ce qui est absolument contraire aux conclusions du Comité à ce sujet-là.

De même, le droit à la santé, prévue à l'article 11 de la CSE, a été dépourvu de son contenu essentiel, lors des dernières dispositions législatives approuvées pendant l'année 2012 ; ces dispositions ont retiré la jouissance du droit à la santé aux étrangers en situation irrégulière qui étaient recensés aux mairies pour obtenir ainsi la carte de santé qui leur donnait accès aux soins médicaux; d'après le gouvernement, ceci trouve sa base argumentaire à la nécessité de réaliser des ajustements économiques, étant donnée la situation financière de l'Espagne et d'autres États européens. Ceci a contribué notamment à présenter les étrangers en situation irrégulière comme bénéficiaires d'un droit qui n'ont pas « gagné », les criminalisant en même temps, et, en outre, ayant comme conséquence, encore plus grave, la croissance des phénomènes et des attitudes racistes et xénophobes; ainsi, le manquement aux obligations internationales assumées lors de la ratification des traités et conventions, dans ce cas-là en référence à la CSE, est un reflet de l'intérêt minimal que, même actuellement, soulèvent les droits sociaux, situés dans un arrière-plan par rapport aux droits civils et aux libertés publiques. L'attitude du législateur, qui dispose du droit à la santé sans tenir compte des recommandations et des décisions des organisations internationales, pas seulement de celles du Conseil de l'Europe, mais de l'OMS, est une claire démonstration de la maigre acceptation du principe de l'indivisibilité des droits fondamentaux à l'activité législative.

Néanmoins, dans le cas de Communautés autonomes, la progression a été plus positive, au moins dans certaines d'elles. Les Statuts d'autonomie ont été réformés pendant les dernières années et, entre d'autres nouveautés, on doit souligner l'inclusion, dans certains d'eux, d'un catalogue de droits sociaux ou bien de mentions spécifiques à la CSE, ce qui semble vouloir dépasser l'effectivité des Principes recteurs de la politique social et économique de la Constitution, moyennant la reconnaissance de véritables droits sociaux. Il faudrait remarquer l'Statut d'autonomie de l'Andalousie, puisqu'il introduit les droits de la



CSE comme des droits propres aux citoyens de cette région, ce qui n'est pas seulement un bénéfice pour ceux-ci, mais apporte une majeure visibilité à la CSE. En ce qui concerne l'Statut de la Communauté de Valencia, il a aussi introduit la CSE au texte, pourtant les droits sociaux ne sont pas détaillés dans ce même texte mais dans une loi postérieure. Cependant, la Charte des Droits Sociaux de la Communauté de Valencia, malheureusement, reprend l'argument économique, pour en faire dépendre la garantie des droits sociaux qu'elle contient ; ceci ne répond pas au besoin impérieux de considérer les droits sociaux comme des véritables droits fondamentaux. Même si la relation des pouvoirs publics à la CSE est mentionnée aux textes, rien ne se dégage, lors de sa lecture, de l'utilisation de la jurisprudence du CEDS pour mieux définir les droits sociaux contenus dans les textes évoqués, ce qui aurait servi à promouvoir l'activité du Comité et revendiquer la nécessité de signer et ratifier le protocole des réclamations collectives, tel qu'indiqué au chapitre III<sup>713</sup>.

En relation avec l'activité des organes judiciaires et l'utilisation de la CSE lors des procédures relatives aux droits sociaux, les conclusions ne sont guère positives, d'après ce qui a été avancé au début du présent chapitre. La Cour Constitutionnelle espagnole recourt très peu à la CSE et, généralement, il le fait en tant que source interprétative, mais pas comme la principale. De même, la Cour ne cite pas non plus la jurisprudence du CEDS, soit celle établie dans le cadre de la procédure des réclamations collectives soit celle élaborée dans le contexte du système des rapports. Cette attitude peut être qualifiée comme erronée pour deux raisons; la première est en relation avec les dispositions constitutionnelles contenant les mandats applicatif (articles 93 à 96 CE) et interprétatif (art. 10,2 CE) qui devraient, tous les deux, régir l'activité judiciaire de la Cour Constitutionnelle, surtout quand l'objet des

---

<sup>713</sup>D'après JIMENA QUESADA, L. dans l'ouvrage mentionné à la note de bas de page 278.

procédures est constituée par les droits sociaux, puisqu'ils seraient interprétés d'après les paramètres utilisés par le CEDS, mieux adaptés à la réalité sociale actuelle, étant donné que la CSE est un texte dont son interprétation court parallèle aux nouveaux besoins sociaux. La deuxième raison revient à nouveau sur la nécessaire promotion et connaissance aussi bien de la CSE que de l'activité du CEDS, ce qui n'est pas favorisé par la Cour Constitutionnelle puisqu'elle recourt à elle juste comme une simple référence ; étant donné que la Cour est la plus importante source de jurisprudence nationale, elle devrait agir aussi comme entité phare de la promotion des instruments de garantie des droits sociaux, en utilisant davantage, et aussi mieux, la CSE comme source d'interprétation principale. De cette façon, son travail aurait une énorme répercussion au renforcement du principe d'indivisibilité des droits fondamentaux, essentielle pour une meilleure garantie et justiciabilité des droits sociaux.

En ce qui concerne l'activité de la Cour Suprême et de la « Audiencia Nacional », on peut affirmer que les conclusions dégagées sont, dans une certaine mesure, plus positives puisque les chambres compétentes en matière sociale et administrative, recourent à la CSE plus habituellement, et non seulement comme un simple texte de référence en matière de droits sociaux, mais comme un critère interprétatif pour mieux définir le droit faisant l'objet de la procédure. En raison de tout cela, on peut affirmer que, aussi bien la Cour Suprême que la « Audiencia Nacional » agissent selon les mandats applicatif et interprétatif de la Constitution. Les juristes, dans ce cas-là les membres du Pouvoir Judiciaire, doivent être conscients de tous les instruments juridiques dont ils peuvent s'en servir quand ils accomplissent leurs tâches, où est incluse l'interprétation et l'application de la législation d'après les préceptes et les principes constitutionnels<sup>714</sup>. Le fait de trouver de très peu d'exemples d'arrêts qui tiennent compte de la CSE,

---

<sup>714</sup> Art. 5, 1 Loi Organique 6/1985, 1er juillet, du Pouvoir Judiciaire selon sa rédaction en vigueur.

est vraiment frustrant, ce qui démontre que « *la jurisprudence « social » espagnole souffre d'un déficit d'internationalisation à l'égard de la Charte Sociale Européenne* »<sup>715</sup>, et par conséquent, ceci agit au détriment direct de la promotion d'une culture des Droits de l'Homme et, en particulier, du développement d'un État social solide. En même temps, il faut souligner le manque d'une connaissance approfondie des instruments juridiques internationaux, étant intolérable que les membres du secteur judiciaire fassent des erreurs avec les dates de ratification d'un traité ou d'une convention, ceci reflétant non seulement une certaine méconnaissance, mais aussi un notoire désintérêt, ce qui nuit gravement à la configuration de l'État comme un véritable État de droit social et démocratique à travers l'activité judiciaire.

La garantie et la défense des droits sociaux n'appartiennent pas uniquement à l'activité législative et judiciaire; la Constitution espagnole a prévu une institution de protection des droits de l'Homme, le Défenseur du Peuple, dont sa principale compétence est la défense des droits compris au Titre I du texte constitutionnel, où sont inclus les principes recteurs de la politique sociale et économique. C'est pour cette raison-là qu'une analyse détaillée de la relation de la CSE et ladite institution, ainsi que de leurs homonymes régionaux, a été abordée. En général, et pour ce qui concerne le Défenseur du Peuple national, la CSE n'est pas un texte auquel l'institution fasse référence dans les motivations des recommandations émises lors de la déposition des plaintes par les citoyens. Tel qu'il a été déjà dit, l'article 9,1 de la Constitution établit que les citoyens et les pouvoirs publics sont soumis à la Constitution et aux autres normes de l'ordre juridique, tout comme les autres institutions dans lesquelles ils sont représentés, comme le Défenseur de Peuple ; ceci dit, le DP devrait s'inspirer aussi des paramètres interprétatifs de l'article 10,2 de la Constitution, ce qui

---

<sup>715</sup> JIMENA QUESADA, L. "*Retos pendientes del Estado social español: en especial la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996*" Nuevas Políticas Públicas, Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, nº2, año 2006.

inclurait la Charte Sociale Européenne. En outre, le DP, compte tenue de la procédure de présentation des plaintes et sa proximité aux citoyens, est l'institution où se présentent la plupart des réclamations citoyennes ayant comme principal objet de fond les droits sociaux. Malgré que le Défenseur du Peuple est proclamé à la Constitution comme le Haut Mandataire de l'Assemblée législative espagnole, dont sa fonction principale est celle de la défense des droits du Titre I de la Constitution, ses recommandations, bien qu'elles contiennent des motivations juridiques, elles ne font aucune référence aux textes internationaux, comme si ceux-ci ne fussent inclus à l'ordre constitutionnel interne, une fois accomplie la procédure établie par les articles 93 à 96 de la Constitution.

Si le Défenseur du Peuple était plus conscient de l'importance de la CSE, entre autres textes internationaux, il pourrait agir comme le porte-parole idéal pour diffuser et promouvoir celle-ci, tantôt parmi les citoyens tantôt parmi les Institutions de l'État. De même, et étant donné sa mission de protection des droits fondamentaux, l'institution du DP devrait l'accomplir en faisant un pas en avant et ainsi exiger devant les « Cortès générales » la ratification de la Charte Sociale Européenne révisée et l'adhésion au Protocole additionnel de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives, tous deux nécessaires pour garantir une meilleure protection des droits fondamentaux, surtout de ceux à caractère social, compte tenue de l'actuelle situation économique. Les principales raisons pour porter cette réclamation devant les « Cortès générales » peuvent bien se réduire à deux: la plupart des droits reconnus à la Charte révisée se trouvent aussi au Titre I de la Constitution, ainsi que dans la législation nationale et régionale, ce qui rend absurde le rejet des successifs gouvernements espagnols face à la ratification du texte du Conseil de l'Europe; d'ailleurs, lesdits droits ont été introduits dans l'ordre juridique espagnol après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009, qui reconnaît la même valeur juridique que les Traités, aux droits, libertés et principes

contenus à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, celle-ci ayant trouvé une source d'inspiration à la Charte Sociale Européenne.

En ce qui concerne le Protocole sur le système de réclamations collectives, l'institution du DP pourrait, pareillement, exiger l'adhésion de l'Espagne sous certaines raisons; la première est fondée sur la nécessité d'une meilleure garantie des droits contenus à la CSEr qui se trouverait au Protocole prévoyant le système de réclamations collectives. En outre, d'un point de vue comparatif et tenant compte que l'Espagne a ratifié<sup>716</sup> le Protocole facultatif au Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies (adopté par l'Assemblée générale le 10 décembre 1948, une date avec une signification spéciale) et dont le but est la création d'un système de communications dirigées au Comité des Droits économiques, sociaux et culturels, aussi bien collectives que individuelles (et dont l'objet est celui de dénoncer la violation des droits du Pacte International), la non adhésion au protocole additionnel à la Charte du Conseil de l'Europe se présente encore de façon plus absurde.

En plus, le système créé dans le cadre des Nations Unies, oblige aux réclamants à épuiser les recours internes avant de présenter la réclamation devant le Comité, ce qui peut agir au détriment des personnes qui portent plainte, surtout en relation avec les droits sociaux, dont sa reconnaissance législative interne est normalement faible et sa justiciabilité lente et compliquée. C'est pour cela que le DP devrait insister à la nécessaire ratification du protocole additionnel à la Charte car la procédure menée devant le CEDS est beaucoup plus simple et agile (du fait de la non-existence de la règle de l'épuisement des voies des recours internes), et puisque c'est aussi complètement illogique d'avoir choisi une procédure et de rejeter une autre, étant donné que lesdites procédures sont toutes les deux des systèmes de contrôle du

---

<sup>716</sup> Ratification le 23 septembre 2010; entrée en vigueur le 5 mai 2013.

respect des obligations internationales acquises lors de la ratification du Protocole international et de la Charte.

En dernier lieu, et d'après ce qui a été ici exposé, aussi bien au chapitre correspondant que dans les présentes conclusions, le DP est une institution proche aux citoyens et elle devrait faire un effort supplémentaire pour impliquer les différents acteurs sociaux dans la promotion de la CSE et la revendication devant les Institutions de l'État de la ratification de la CSEr et l'adhésion au Protocole additionnel à la Charte. Par ailleurs, tenant compte qu'il s'agit de droits sociaux, le DP devrait impliquer les syndicats, dont la méconnaissance des deux textes est davantage troublante, ainsi que leur silence en relation avec ce sujet-là.

En ce qui concerne les Défenseurs du Peuple régionaux, on peut affirmer qu'ils sont plus actives en matière de droits sociaux, pourtant ils ne font pas habituellement des références à la CSE ni à la jurisprudence du CEDS. Même si le niveau d'activité varie entre elles, c'est un fait qu'avec l'entrée en vigueur des nouveaux Statuts d'autonomie, où sont inclus des catalogues de droits sociaux, plus ou moins détaillés et avec des contenus similaires à la CSEr, les Communautés autonomes espagnoles ont assumé de nouveaux défis par rapport à la défense des droits sociaux. À ceci il faut ajouter la distribution des compétences régionales, puisque la plupart de celles-ci ont une relation directe avec les droits sociaux, raison pour laquelle l'activité des DP régionaux dans ce domaine est beaucoup plus importante que celle de leur homonyme national. Il faut aussi tenir compte du fait que les DP régionaux réalisent de nombreuses activités de promotion et diffusion des droits de l'Homme et spécialement des droits sociaux ; ces activités pourraient se compléter avec ce qui a été dit par rapport au DP national, c'est-à-dire que les DP régionaux, étant les Hauts Mandataires des Chambres Parlementaires régionales, devraient eux aussi insister sur la nécessité de ratification de la CSEr et l'adhésion au Protocole additionnel relatif

aux réclamations collectives, ainsi que souligner par ce biais le devoir des pouvoirs publics envers l'accomplissement d'un État de droit démocratique et social.

Malgré tout, les activités des DP en relation avec l'éducation aux droits de l'Homme, et la protection de ceux-ci, pourraient rencontrer des obstacles, ou même se voir anéanties, si les différents gouvernements, soit régionaux soit central, continuent avec l'élimination de ces institutions, sous le prétexte des arguments du coût économique, mais aussi avec un sens profondément idéologique qui repousse l'actuelle configuration territoriale de l'Espagne. Au moment de rédiger cette étude, trois DP régionaux ont été éliminés, d'après ce qui a été exposé au cinquième chapitre, et le Gouvernement central étudie la possibilité d'éliminer la totalité des DP, selon l'argument d'éviter ainsi les duplicités, en référence aux fonctions du DP national, et le correspondant coût économique, ce qui laisse de côté les particularités régionales et la protection des droits sociaux reconnus aux Statuts d'autonomie.

Si l'incorporation de la CSE à l'activité des Institutions étatiques est plutôt pauvre, le respect et l'application de la jurisprudence du CEDS restent encore plus décevants. Les différents gouvernements semblent ne pas avoir conscience de leurs obligations internationales, car dans les rapports périodiques qui exposent les progrès en relation avec l'application de la CSE et qui sont présentés devant le CEDS, on a pu observer que les demandes du Comité relatives à la réception de plus d'information sont ignorées ou bien, ce qui est encore plus grave, l'information présentée ne correspond pas à la réalité du pays. Il faut aussi ajouter que, habituellement, les décisions du CEDS par rapport aux progrès de certains droits ne sont pas considérées ; l'exemple plus clair est celui du SMI, dont le montant, exigü, a été dénoncé par le Comité à plusieurs reprises puisque ce n'est pas prouvé que la somme accordée puisse garantir une vie digne. Les engagements acquis lors

de la ratification de la CSE en 1980 semblent avoir disparus quand on analyse comment l'Espagne agit devant le Comité, ce qui nuit gravement à la construction d'un État social solide. De même, l'attitude d'indifférence face aux droits sociaux, qui arrive même à sa disponibilité fondée sur des arguments d'ordre économique, marque encore plus la séparation entre les droits civils et les droits sociaux, et fait faillir le principe d'indivisibilité des droits fondamentaux.

Tout ce qui a été exprimé jusqu'ici pourrait se corriger si, tant le CEDS que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe avaient une capacité de contrôle plus forte pour exiger le respect de la jurisprudence du CEDS. Le contrôle mené par les deux organes reste insuffisant pour garantir que les États membres respectent leurs obligations et adaptent leurs législations internes, ainsi que l'application pratique de celles-ci, à ce qui a été disposé par le CEDS. En plus de la méconnaissance de la CSE, il faut ajouter l'indifférence des États envers le CEDS, ce qui mène vers un éreintement progressif de l'État social, qui ne bénéficie pas la citoyenneté et, bien au contraire, porte préjudice à sa dignité en dernier ressort.

Face à ceci, deux sont les solutions envisageables ; la première devrait consister à rendre le filtre politique du Comité des Ministres plus juridique et mettre à disposition du CEDS des procédures de contrôle plus efficaces *a posteriori* envers l'activité des États ; finalement, et pourquoi pas, il faudrait reprendre le projet de création d'un organe judiciaire propre pour les droits sociaux, tel que la Cour européenne des Droits de l'Homme, avec plus de compétences pour garantir ainsi le respect des dispositions de la Charte. Il faut pourtant rappeler que l'efficacité, aussi des arrêts de la Cour que des conclusions et décisions sur le bien-fondé du CEDS, ne dépendent pas uniquement de l'élaboration d'une procédure interne d'application, mais encore il faudrait assumer que ces deux procédures de contrôle, et les textes y afférentes, à savoir la CEDH et les deux versions de la CSE, sont des



normes contraignantes, dont l'exécution est obligatoire ; c'est-à-dire que, les droits contenus dans ces deux textes, la CEDS et la CSE, sont des droits de l'Homme dont le respect doit être effectif et constant.

En dernier lieu, il a été souligné que la négative des divers gouvernements espagnols face à l'accomplissement du chemin commencé en 1980, c'est-à-dire la ratification de la CSEr et l'adhésion au Protocole additionnel prévoyant le système de réclamations collectives, répond à des raisons qui manquent d'un poids juridique, d'après les rapports du Conseil d'État espagnol, et ne laissent entrevoir que des raisons politiques fondées sur des prétendus conflits avec la législation de l'Union européenne. Cette dernière raison reste davantage absurde, tenant compte de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et de l'introduction dans l'ordre constitutionnel espagnole de la CDFUE et, par conséquent, de l'adoption de certains droits qui sont inclus aussi à la CSEr, puisque la Charte de l'Union européenne a pris comme source de référence la CSEr pour rédiger la partie dédiée aux droits de solidarité.

En guise de conclusion générale de cette thèse de doctorat, on doit affirmer que, non seulement c'est nécessaire la ratification de la CSEr et l'adoption du Protocole additionnel prévoyant un système de réclamations collectives, mais qu'il faut aussi, et de façon encore plus accentuée, une majeure promotion de la connaissance et utilisation de la CSEr dans tous les domaines, que ce soit institutionnels ou sociaux, ceci fondé sur la permanente actualisation de la Charte à travers l'activité du CEDS. La Charte Sociale Européenne est un instrument juridique indispensable pour l'accomplissement et renforcement de l'État de droit démocratique et social, dont le point central doit être non seulement le respect de la dignité de la personne, mais aussi du principe d'indivisibilité des droits fondamentaux, ce qui devrait nous mener à laisser de côté les critères économiques et les arguments insensés qui risquent de mettre en danger la dignité des êtres humains.

Enfin, ce même besoin impérieux de promotion et de diffusion touche le domaine universitaire, ce qui en dernier ressort constitue le *leitmotiv* de la présente thèse de doctorat.

## ANEXO BIBLIOGRÁFICO

### 1. MONOGRAFÍAS

AKANDJI-KOMBÉ, J.F., LECLERC, S. (eds.): *La Charte sociale européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: “Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en JIMENA QUESADA, L. (Coord.), *Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

ALEGRE MARTÍNEZ, M.A. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996.

ALZAGA VILLAAMIL, O. *Comentario sistemático a la Constitución de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid 1979.

AZZARITI, G.: “Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei Diritti di Nizza”, en SICLARI, M. (Coord.): *Contributi allo studio della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Torino, Giappichelli Editore, 2003.

BENOÎT-ROHMER, F. y KLEBES, H. *Le droit du Conseil de l’Europe. Vers un espace juridique paneuropéen*. Editions du Conseil de l’Europe, 2005.

BIURRUN, G. “La insoportable brevedad de los derechos sociales”, *Los derechos sociales en tiempos de crisis*; Ararteko, 2012.

CHAMIZO DE LA RUBIA, J. “Los derechos sociales: las Defensorías del Pueblo como instrumentos de cohesión social” en *La protección de los Derechos Humanos por las Defensorías del Pueblo (Actas del I*

Congreso internacional del PRADPI); ESCOBAR ROCA, G. (Editor), Dykinson, 2013.

CHATTON, G.T.: *Aspects de la justiciabilité des droits sociaux de l'Homme*, Berne, Stämpfli Editions, 2012.

CHUECA SANCHO, Á (Dir.) *Derechos Humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, Editorial Lex Nova (2010).

CONSTANTINESCO, V.: “¿Hacia la emergencia de un Derecho constitucional europeo?” *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº8. Universidad de Valencia, 1994.

COURTIS, C. (compilador) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, 2006.

ESCOBAR ROCA, G. *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Trama editorial, 2005.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C.F. *Derecho Internacional de los derechos Humanos*, Madrid, Editorial Dilex, 2007.

FLAUSS, J.-F.: “L'internationalisation de l'exercice de la fonction constituante: une nouvelle forme de constitutionnalisme?”, en el colectivo *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis*, Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas/Berliner Wissenschafts/Bruylant, 2004.

GARCÍA PELAYO, M. *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984.

JIMENA QUESADA, L.: “La ejecución de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales: enfoque comparado con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, capítulo 12 de la obra colectiva

*Tratado sobre protección de derechos sociales* (dir. por M. TEROL BECERRA y L. JIMENA QUESADA), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

JIMENA QUESADA, L.: *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.

JIMENA QUESADA, L. “*Artículo 10 Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*” in *Comentarios al Estatuto de autonomía de la Comunitat valenciana*, GARRIDO MAYOL, V. (Dir.), Tirant lo Blanch Tratados, Valencia 2013.

JIMENA QUESADA, L. “*La sinergia con las Defensorías del pueblo e instituciones análogas: Experiencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)*” in *La protección de los derechos humanos por las Defensorías del Pueblo. Actas del I Congreso internacional del PRADPI*; Dykinson 2013.

JIMENA QUESADA, L. “*La inclusión y la cohesión sociales: Una visión en clave de efectividad de derechos humanos*”, in *Los derechos sociales en tiempos de crisis. II Jornadas del Ararteko sobre políticas públicas*, Vitoria Gasteiz, 2012.

JIMENA QUESADA, L. “*La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre personas y grupos vulnerables*” in *III Foro Andaluz de los Derechos Sociales. Diversidad y ciudadanía*, TEROL BECERRA, M.J. (Director); Tirant lo Blanch, 2010.

JIMENA QUESADA, L. *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de reclamaciones colectivas Vol.I: 1998 – 2005)*, “*Estudio preliminar: importancia y alcance de la jurisprudencia del CEDS para España*” (pág.24), Tirant Monografías, 2007.

OEHLING DE LOS REYES, A. *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2010.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Editorial Trotta, 2007.

PONCE SOLÉ, J. “Derecho a la ciudad y desarrollo local” en *La protección de los Derechos Humanos por las Defensorías del Pueblo, Actas del I Congreso internacional del PRADPI*, Guillermo Escobar (Editor), Dykinson, 2013.

PRESNO LINERA, M.A. (Coord.) *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, PROCURA, nº3. Ed. Procuradora General del Principado de Asturias, 2013.

PRESNO LINERA, M.A. *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad* (Ignacio Gutiérrez y Miguel Ángel Presno, eds.), Editorial Comares, Granada 2012.

RAVENTÓS PAÑELLA, D. *El derecho a la existencia*. Ariel Practicum, 1999.

ROMAN, D. *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*. Actes du colloque tenu au Collège de France, 25 et 26 mai 2011. Éditions A. Pedone, 2010.

RUILOBA ALVARIÑO, J. “*Los Pactos internacionales de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966*”, in *Derecho internacional de los derechos humanos*, capítulo 4. Madrid, Editorial DILEX, 2007.

RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, L. “Artículo 10. Derechos Fundamentales de la persona”, en la obra colectiva *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, vol.II. Madrid, Editorial Edersa, 1988.

SAIZ ARNAIZ, A. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la CE*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

SALCEDO BELTRÁN, C. en *Carta Social Europea: instrumento para la defensa en el ámbito nacional de los derechos sociales*; Fundación 1º de mayo informe nº 60, mayo 2013.

SALVADOR MANERO, A. “*El Consejo de Europa y las personas dependientes*” in *La protección internacional de las personas dependientes* (vv.aa.), Ediciones del Boletín Oficial del Estado, 2007.

SANZ CABALLERO, S. (editora) *Colectivos vulnerables y derechos humanos. Perspectiva internacional*; Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

SCHEININ, M.: “*International human rights in National Law*”, en el colectivo *An Introduction to the International Protection of Human Rights* (eds. R. KANSKI and M. SUKSI), Turku/Abo, Institute for Human Rights/AboAkademi University, 2ª ed. rev., 2004.

TAJADURA TEJADA, J. (dir.): *Los principios rectores de la política social y económica*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004.

TEROL BECERRA, M.: “Algunas reflexiones sobre los discapacitados”, in *Assistenza, inclusione sociale e Diritti delle persone con disabilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

TEROL BECERRA, M. (Dir.) *El Estado social y sus exigencias constitucionales*. Tirant lo Blanch, 2010.

TEROL BECERRA, M. *Reformas estatutarias y proyección exterior de las Comunidades Autónomas*. Instituto Andaluz de Administración Pública, 2009.

TEROL BECERRA, M. (Dir.) *Los derechos sociales en el siglo XXI*. I Foro Andaluz de los derechos sociales. Tirant lo Blanch, 2009.

TORRES DEL MORAL, A.: “*El Estado supranacional e internacionalmente integrado*”, en *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Madrid, Universidad Complutense, 3ª ed., 2010.

## 2. REVISTAS CIENTÍFICAS

AKANDJI-KOMBÉ, J.F.: “*Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década*”, in *Revista de Derecho Político*, Nº 67, 2006.

CABELLOS, M.A.; CARRILLO, M.; EXPÓSITO, E.; PISARELLO, G. *Especial sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el estatuto de autonomía de Cataluña de 2006, “Derechos y garantías jurisdiccionales”*, Revista catalana de Dret Públic, 2010.

CANÇADO TRINDADE, A.A.: “*Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los*



*derechos humanos*”, Colección “Cuadernos de derechos humanos” de Guatemala, 1995.

CHATTON, G.T.: “La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta”, *Revista de Derecho Político*, Nº 73, 2008.

CHUECA SANCHO, Á. “*Aproximación a la política de inmigración de la UE en el Mediterráneo*”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* núm. 19, junio 2010.

CONSTANTINESCO, V.: “*¿Hacia la emergencia de un Derecho constitucional europeo?*” Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº8. Universidad de Valencia, 1994.

DÍAZ CREGO, M. “*El Tribunal Constitucional y la protección indirecta de los derechos sociales*”; *LEX SOCIAL Revista de los Derechos Sociales* nº1/2012, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

ENRICH MAS, M “*Les droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l’Homme*”, *Affari sociali Internazionali*, núm. 1, 1992.

ESCOBAR ROCA, G. “*Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución*” *Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social*, nº 2/2012, julio – diciembre, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

ESCOBAR ROCA, G. “*Defensores del Pueblo y derechos sociales en tiempos de crisis*”, en *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables* (Coord. Miguel Ángel Presno), *PROCURA* nº2, 2012.

GARCÍA BELAUNDE, D. “Los derechos humanos como ideología”, Revista Derecho, nº 36, Lima (Perú), diciembre de 1982.

GREWE, C. “Les droits sociaux constitutionnels: propos comparatifs à l’aube de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, Revue Universelle des Droits de l’Homme, Vol. 12, Nº 3-5, 2000.

JIMENA QUESADA, L.: “La reforma del artículo 135 de la Carta magna española (La superación de los clichés del tabú y de la rigidez constitucionales)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 30, 2012.

JIMENA QUESADA, L. *Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, 2012*; Revista Europea de Derechos Sociales, nº. 20, 2012.

JIMENA QUESADA, L. “Retos pendientes del Estado social español: en especial la ratificación de la carta Social Europea revisada de 1996” Nuevas políticas Públicas, Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, nº2, 2006.

KENNA, P. “El derecho a la vivienda: obligaciones positivas y derechos exigibles (especial referencia a los estándares internacionales)”, Revista Europea de Derechos Fundamentales, nº 12, 2008.

KENNA, P. “El derecho a la vivienda en Europa : deberes positivos y derechos exigibles (según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)”, Revista de Derecho Político, nº 74, 2009.

LANCHESTER, F.: “El método en el Derecho Constitucional comparado: Luigi Rossi y sus sucesores”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 4, Universidad de Valencia, 1993.

MANGAS MARTÍN, A. “*Cuestiones de derecho Internacional público en la Constitución española de 1978*”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº61, 1980.

MORENO SERRA, R., SMITH, P.C. “*Does progress towards universal health coverage improve population health?*” The Lancet, núm. 9845, volumen 380 de 8 de septiembre de 2013.

NIETO GARCÍA, L.C. “*Derechos Humanos e Inmigración. Europa y la Directiva de Retorno*” Revista Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global, núm. 104 2008/09.

O’CINNEIDE, C. “*Bringing socio-economic rights back to the mainstream of Human Rights: the case-law of the European Committee of Social Rights as an example of rigorous and effective rights adjudication*” Revista Europea de Derechos Fundamentales núm.31/1er semestre 2009.

PÉREZ CALVO, A. “*Aspectos constitucionales del Defensor del Pueblo*”, Revista del Departamento de Derecho Político, nº4, UNED 1979.

QUINTANILLA NAVARRO, R.Y. “*El derecho de huelga en la doctrina del tribunal Constitucional: propuestas para una ley orgánica*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº73 junio 2008.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. “*Igualdad y no discriminación en el empleo*”; Derecho y Conocimiento, Anuario Jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento, volumen I, Universidad de Huelva.

RUIZ-RICO RUIZ, G. “*Los Defensores del Pueblo autonómicos tras la reforma de los Estatutos de Autonomía*”, Revista d’Estudis Autònoms i Federals nº6, abril 2008.

SAGARRA TRÍAS, E. “*Un nuevo "status" de extranjero en España (el inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)*” Revista de Derecho migratorio y extranjería, nº1, año 2002.

SALCEDO BELTRÁN, C. “*Crisis económica, medidas laborales y vulneración de la Carta Social Europea*”; Revista Europea de Derechos Fundamentales nº22, diciembre 2013.

SALCEDO BELTRÁN, C. “*El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional*” Revista de Derecho Social nº62, 2013.

TERRÁDEZ SALOM, D. “*La importancia de la interacción entre normativa y jurisprudencia en el diseño del estatus jurídico del extranjero*” CEF Legal Revista Práctica de Derecho nº106, 2009.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E. “*Los derechos fundamentales sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*” Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 92, 2011.

TUR AUSINA, R.: “*Luces y sombras de los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*”, Revista Europea de Derechos Fundamentales, nº13, 2009.

VV. AA. COMMITTEE ON COMMUNITY HEALTH SERVICES “*Health care for children of immigrant families*”, Pediatrics, julio 1997.

### **3. INFORMES DE INSTITUCIONES DE DERECHOS HUMANOS**

#### **3.1 ARARTEKO**

*Los derechos sociales en tiempos de crisis.* Ararteko, 2012.

*La aplicación de La Ley de promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia en la CAPV.* Informe extraordinario de la Institución del Ararteko al Parlamento Vasco, 2011.

*La actualidad de los derechos sociales.* Ararteko, febrero 2008.

#### **3.2 DEFENSORÍA DEL PUEBLO ANDALUZ**

Informe Anual del Defensor del Pueblo Andaluz correspondiente a la gestión realizada por dicha Institución durante el año 2012 (BOPA nº200, de 11 de abril de 2013).

*Vivir en la calle: la situación de las personas sin techo en Andalucía.* Informe especial al Parlamento, Defensor del Pueblo Andaluz, Diciembre 2007.

*La atención a las personas mayores dependientes en Andalucía.* Informe especial al Parlamento, Defensor del Pueblo Andaluz, Diciembre 2007.

*Veinte años de intervenciones del Defensor del Pueblo andaluz en defensa de los derechos de las personas con discapacidad en Andalucía.* Informe especial al Parlamento, Defensor del Pueblo Andaluz, Diciembre 2003.

### **3.3 OTRAS**

*International migration, health & Human Rights. Health & Human Rights Publication Series, Issue nº4, Diciembre 2003 (WHO).*

*Access to health care for undocumented migrants in Europe (PICUM, 2007).*

*Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos. Serie de Capacitación Profesional nº12; Naciones Unidas 2004.*

### **4. PONENCIAS Y CONCLUSIONES DE CONGRESOS**

JIMENA QUESADA, L., presidente del CEDS, presentada el 21 de febrero de 2013 en el taller nº1 *“How should Human Rights be implemented to protect people from poverty?”*.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *“¿Tienen derechos los inmigrantes?”* Conferencia pronunciada en las Jornadas sobre *Los inmigrantes como nuevos actores del desarrollo. Globalización, migración y derechos.* Universidad de Valencia, 29 de octubre de 2004.

*Determinantes de la brecha salarial de género en España. Un análisis de la retribución en función de las características personales, empresariales y de la competitividad de la empresa,* Consejo Superior de Cámaras y la Subdirección General para la Igualdad en la Empresa y la Negociación Colectiva de la Dirección General para la Igualdad de Oportunidades del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2012.

Conclusiones del V Foro Andaluz de Derechos Sociales, en colaboración con la Red Académica de la Carta Social Europea, con ocasión del 50 aniversario de la Carta Social Europea, Sevilla, 28 de abril de 2011.

## 5. DOCUMENTOS DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES Y DEL CONSEJO DE EUROPA

### 5.1 COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

Conclusiones del CEDS respecto de España

Número	Artículos de la Carta Social Europea analizados	Año
XX-1 (2012)	1-9-10-15-18 de la Carta de 1961 y artículo 1 del Protocolo adicional de 1988	2012
XIX-4 (2011)	7-8-16-17-19	2011
XIX-3 (2010)	2-4-5-6 y artículo 3 del Protocolo adicional de 1988	2010
XIX-2 (2009)	3-11-12-13-14 y artículo 4 del Protocolo adicional de 1988	2009
XIX-1 (2008)	1-9-10-15-18 y artículo 1 del Protocolo adicional de 1988	2008
XVIII-2 (2007)	1.4-2-3-4-9-10-15 y artículos 2 y 3 del Protocolo adicional de 1988	2007

XVIII-1	1-5-6-12-13-16-19	2006
XVII-2	7-8-11-14-17-18	2005
XVII-1	1-5-6-12-13-16-19	2004
XVI-2	1.4-2-3-9-10-15 de la Carta y artículos 1 a 4 del Protocolo adicional de 1988	2003

## 5.2 SECRETARIA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

*Equality between women and men in the European Social Charter*, septiembre de 2005.

## 5.3 COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA

Resolución CM/ResChS (2013)7, adoptada por el Comité de Ministros el 10 de abril de 2013 en su 1.168ª reunión.

Resolución CM/ResChS (2010)2 de 31 de marzo de 2010 .

Resolución CM/ResChS (2009)7, de 21 de octubre de 2009 (1.068ª reunión de los Delegados de Ministros).

Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros (2000)3, de 19 de enero de 2000, sobre el derecho a la satisfacción de las necesidades materiales básicas de las personas en situación de extrema necesidad.



#### **5.4 COMISARIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

Informe de la visita a España, 3 a 7 de junio de 2013. CommDH (2013) 18, Estrasburgo 9 de octubre de 2013.

#### **5.5 ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA**

Recomendación 839 (1978) de la Asamblea parlamentaria relativa a la revisión de la Carta Social europea, texto adoptado en la 10ª sesión de 28 de septiembre de 1978.

Resolución 1884 (2012) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada en la 22ª sesión plenaria, el 26 de junio de 2012 “*Medidas de austeridad. Un riesgo para la democracia y los derechos sociales*”.