

# LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN UN CONTEXTO DE CRISIS Y POLÍTICAS DE AUSTERIDAD\*

## WARRANTY OF SOCIAL RIGHTS IN THE CONTEXT OF CRISIS AND POLICIES AUSTERITY

Luis I. Gordillo Pérez

Profesor de Derecho constitucional  
Universidad de Deusto (Bilbao, España)



## sumario // summary

### 1 ■ INTRODUCCIÓN / INTRODUCTION

### 2 ■ CONCEPTO Y REALIDAD JURÍDICA / LEGAL CONCEPT AND REALITY

2.1. De la 'libertad frente al Estado' a la 'libertad con la ayuda del Estado' / From 'freedom from state' to 'freedom with the help of the State'

2.2. De la positivación a la constitucionalización / From the "constitutionalization positivization"

### 3 ■ EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES / CONSTITUTIONAL TREATMENT OF SOCIAL RIGHTS

3.1. Las constituciones europeas / European constitutions

3.2. La regulación en la Constitución española / Regulation in the Spanish Constitution

3.3. El Convenio Europeo de Derechos Humanos / The European Convention on Human Rights

3.4. El ordenamiento comunitario: de la jurisprudencia del TJ a la Carta / Community law: the law of the Charter TJ

### 4 ■ LA GARANTÍA DEL 'ESTADO SOCIAL' ANTE LA CRISIS Y LA AUSTERIDAD / GUARANTEE 'SOCIAL STATE BEFORE THE CRISIS AND AUSTERITY

### 5 ■ RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES / SUMMARY AND CONCLUSIONS

\* Este trabajo desarrolla las ideas expuestas en Ponencia titulada «*Quelques considérations sûr les droits sociaux dans un contexte d'austérité budgétaire et de crise économique*», presentada al VI Forum Andalous des Droits Sociaux «*Politiques d'austerité et droits sociaux*», organizado por FANDES.org (Universidad Pablo de Olavide) y *European Social Charter / Charte Sociale Européenne*; dirigido por el Prof. Dr. Manuel Terol Becerra y celebrado en la *Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales* de Tanger del 1 al 4 de octubre de 2013. El estudio se enmarca en la línea de investigación 'La necesaria transformación de la regulación de los servicios públicos en el mundo transnacional' del Grupo de investigación 'Poder Público y Empresa en un contexto multinivel y transnacional', IT607-13, subvencionado por el Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco para el trienio 2013-15 y, en parte, expone los resultados de la estancia de investigación realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Estrasburgo durante el mes de septiembre de 2013.

## resumen//abstract

Por derechos sociales se entiende normalmente aquel conjunto de derechos que exigen la realización de auténticas prestaciones por parte del Estado. Así, por retomar la distinción formulada por JELLINEK, los derechos sociales (prestacionales) son «derechos de estatus positivo» en el sentido que obligan a una acción positiva del Estado, a diferencia de los «derechos de estatus negativo», que serían los derechos y libertades que implican la abstención del Estado y garantizan la protección de una esfera de autodeterminación (libertad) individual.

A social right is normally understood as a set of rights that demand the accomplishment of authentic presentations on the part of the State. In order to take up again the distinction formulated by JELLINEK, the social rights (related to subsidies) are "rights of positive status", consequently, they force to a positive action of the State, unlike the "rights of negative status". They would be the rights and freedoms which imply the abstention of the State and guarantee the protection of an individual self-determination sphere.

**Palabras Clave:**

- Derechos sociales prestacionales
- Libertad individual
- Autodeterminación

**Key Words:**

- European Social
- Social Rights
- European Convention on Human Rights Charter.

**1 ■ INTRODUCCIÓN**

Por derechos sociales se entiende normalmente aquel conjunto de derechos que exigen la realización de auténticas prestaciones por parte del Estado. Así, por retomar la distinción formulada por JELLINEK, los derechos sociales (prestacionales) son «derechos de estatus positivo» en el sentido que obligan a una acción positiva del Estado, a diferencia de los «derechos de estatus negativo», que serían los derechos y libertades que implican la abstención del Estado y garantizan la protección de una esfera de autodeterminación (libertad) individual<sup>1</sup>.

En cuanto a su positivización, y aunque sea posible encontrar algún que otro antecedente remoto de mediados del siglo XIX, los llamados derechos sociales surgieron en el siglo XX y más específicamente en la Constitución mexicana de 1917 y en la Constitución alemana de Weimar de 1919, sin olvidar tampoco la influencia de la Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de 1917. A partir de estos dos textos constitucionales, se han ido desarrollando progre-

<sup>1</sup>. Aunque parte de la doctrina normalmente sitúa el origen doctrinal de la distinción en la obra de L. FERRAJOLI, quizá un más correcto análisis de las fuentes nos llevaría a JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentliche Rechte*, 1ª ed., Mohr, Freiburg, 1892, pp. 63-76 y 109-129. Normalmente, la doctrina en castellano utiliza la traducción al italiano de la primera edición (*Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Società Editrice Libreria, Milano, 1912). Para sendos estudios sobre el concepto y alcance, vide CASCAJO CASTRO, J. L., «Derechos sociales», CASCAJO CASTRO, J. L.; TEROL BECERRA, M. J.; DOMÍNGUEZ VILA, A.; NAVARRO MARCHANTE, V. J., *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant, Valencia, 2012, pp. 19-44 y TEROL BECERRA, M. J., «Treinta años de desarrollo constitucional y legislativo de los derechos sociales: derechos ciudadanos y principios rectores» ID., pp. 45-85.

sivamente hasta que, a partir de los nuevos textos fundamentales posteriores a la segunda guerra mundial, se generalizó su inclusión en las normas básicas. Su significado y consagración constitucional se corresponden con la formulación del Estado social de Derecho, no representando, por tanto, una quiebra del sistema capitalista, sino que es más bien el resultado de las transformaciones experimentadas por éste<sup>2</sup>.

Los llamados derechos sociales tienen ya una cierta tradición, sin embargo, presentan aún muchos problemas cuando se les trata de asimilar a los demás derechos y libertades que reconoce, por ejemplo, la Constitución española de 1978. Igualmente, al ser su contenido distintos, se hace complicado equipararlos en lo que a sus garantías se refiere. Baste notar que los derechos individuales comienzan reservando un ámbito de autonomía del individuo (independencia), y que los derechos públicos y políticos suponen también acciones del individuo vinculadas a su desenvolvimiento personal y a la participación en la vida pública y política. Así, los derechos sociales, aunque presenten un contenido último que pueda describirse como bien personal, implican en un primera instancia deberes positivos del Estado o garantías constitucionales, y por ello la acción política estatal cobraría una mayor importancia sobre el contenido personal. Esto aclararía por qué en la Constitución española de 1978, aunque algunos de estos derechos sociales aparezcan recogidos en el elenco de «los derechos fundamentales y las libertades públicas» (derechos de sindicación y de huelga, artículo 28), y otros como derechos y deberes de los ciudadanos (derecho al trabajo, libre elección del oficio, artículo 35) poseen enunciados en los que se enfatiza el deber de los poderes públicos a los que se dirigen, como principios rectores de la política social y económica, e incluso destacando a veces la obligación del Estado

de promover, garantizar o asegurar determinados bienes o respetar instituciones que, en último término, van a redundar en los individuos<sup>3</sup>.

En este trabajo se abordarán someramente los problemas notables de los niveles de garantías de los derechos sociales y los principios rectores de la política social y económica, particularmente en un sistema de protección de derechos multinivel y en un contexto de crisis económica y políticas de austeridad. Consecuentemente, se contemplan, desde una perspectiva constitucional, el concepto de derecho social, los distintos niveles de protección que la Constitución española y el CEDH les reconocen; el significado de las políticas sociales y la idea de la justicia social; la protección de los derechos sociales en la Carta y la jurisprudencia comunitarias; así como las compatibilidades de las políticas de austeridad con los instrumentos que protegen estos derechos. Las conclusiones giran en torno a los aspectos que suponen la importancia de la tarea judicial al respecto, la intercomunicación entre los ordenamientos relativos al Derecho social y la flexibilización de la tradicional distinción absoluta entre derechos sociales y derechos civiles y políticos. Igualmente, se reflexiona sobre las lecciones de esta crisis y sus derivados para garantizar la pervivencia del modelo social europeo.

## 2 ■ CONCEPTO Y REALIDAD JURÍDICA

### 2.1. DE LA 'LIBERTAD FRENTE AL ESTADO' A LA 'LIBERTAD CON LA AYUDA DEL ESTADO'

Los derechos sociales son aquellos que más directamente hacen referencia al ciudadano, de suerte que

<sup>2</sup>ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho constitucional*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 6 ed., 2008, pp. 567-569.

<sup>3</sup>SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución española de 1978. Ensayo de un sistema*, 3ª ed., Cultura y sociedad, Madrid, 1984, pp. 188-189.

éste no puede ejercitarlos fuera de su relación con otros individuos en cuanto miembro de una comunidad o grupo definido y elementalmente organizado. Sólo pueden ser efectivamente realizados si la comunidad procura las prestaciones necesarias para garantizar –amén de otras opciones propias del decisionismo político– la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes<sup>4</sup>. A diferencia de la idea de “libertad frente al Estado”, propia de las clásicas libertades individuales (llamados por la mayoría “derechos de primera generación”), los derechos sociales coadyuvarían a la realización de la libertad “con la ayuda del Estado”<sup>5</sup>, en virtud de un binomio que combina el *apoyo* al desenvolvimiento del derecho y el *control* de sus eventuales extralimitaciones.

Los derechos sociales no sólo son, aunque convencional e históricamente se haya reducido su espacio, los derivados de las relaciones individuales y colectivas de trabajo que santifica el Estado social y democrático de Derecho. Comprenden también –como se desprende de una lectura del art. 9.2 CE– los acervos jurídicos que, además de esa referencia tradicional, corresponden respectivamente a cada uno de los *grupos sociales* o comunidades en que, según la mayor o menor complejidad de la sociedad cuyo pluralismo subraya el art. 20.3 CE, determinan la composición de la misma y en las que las personas individuales quedan integradas.

La noción clásicamente restrictiva de Política Social registra, como ha de verse, una ampliación didáctica, desde el momento en que la diversidad de las Políticas Sociales no solamente ensancha el *compromiso de los poderes públicos* para satisfacerlas, sino también el *incentivo de la solidaridad* para

4. WIPFELDER, H. J., «Die verfassungsrechtliche Kodifizierung sozialer Grundrechte», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Vol. 6, 1986, pp.140-149

5. Vide el documento de trabajo *Droits sociaux fondamentaux en Europe*, Séries Affaires Sociales, SOCI 104 FR, PE 1689.629, Parlamento Europeo, Bruselas, 2000, p. 9.

que se multipliquen las ocurrencias de los grupos sociales en pro de sus objetivos y finalidades.

## 2.2. DE LA POSITIVACIÓN A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN

En el contexto occidental, todos los Estados reconocen derechos sociales a través de su legislación ordinaria: Derecho del trabajo, relaciones individuales del trabajo, regulación de la protección del desempleo y otras prestaciones sociales, etc. Correspondería, así, al legislador ordinario, controlado por la opción política mayoritaria en cada momento, determinar el alcance o la extensión de la normativa social. Surgiría, por tanto, la cuestión de si es posible o conveniente establecer unos estándares sociales mínimos que el legislador ordinario debería proteger. O, dicho con otras palabras, se plantea el problema de saber en qué medida los derechos sociales deben aparecer mencionados (o regulados más ampliamente) en el texto constitucional. Los defensores de una referencia explícita argumentan que sólo a través del reconocimiento constitucional es posible garantizar la eficacia de los derechos sociales frente a los consabidos excesos del legislador ordinario o de una jurisprudencia regresiva en la materia<sup>6</sup>. Por el contrario, los detractores de esta opción estiman que la integración de los derechos sociales en la Constitución prescribiría unos estándares de vida que en algunos contextos de crisis podrían, sencillamente, no poder ser respetados ante la falta de recursos económicos<sup>7</sup>.

6. En este sentido vide el trabajo ROMAN, D. (dir.), *Diversity of Social Rights in Europe(S) Rights of the Poor, Poor Rights*, EUI WP, Law 2010/07, University Paris Ouest Nanterre - European University Institute Social Law Working Group, 2010.

7. Vide, inter alia, BOGNETTI, G., «Social Rights, a Necessary Component of the Constitution? The Lesson of the Italian Case», en BIEBER, R., WIDMER, P. (Eds.), *L'espace constitutionnel européen / Der europäische Verfassungsraum / The European Constitutional Area*, Schöffer Verlag, Zürich, 1995, pp. 85-95.

Las dificultades económicas no pueden representar un obstáculo ni menos un pretexto para sostener seriamente que no es aconsejable integrar los derechos sociales en los textos constitucionales. Una vicisitud económicamente adversa no es eterna, tolera formas de dulcificar su impacto negativo en los derechos sociales reconocidos y, cuando la prosperidad económica regresa, es posible fundarse en la permanencia de los principios y preceptos constitucionales para entrenar y estrenar formas de protección social nuevas y accesibles. La tesis de la inaccesibilidad constitucional de los derechos sociales se erige en un pretexto injustificado para denegarles la constitucionalización de que son susceptibles. A mayor abundamiento, esta postura es inconstitucional allí donde los constituyentes tratan de someter el mecanismo de sus instituciones y la acción de los poderes públicos al ritmo y las consignas de un *esfuerzo sistemático de transformación* que se frustraría si, dando por suficiente la residencia primordial de fijación de los derechos sociales en la iniciativa del legislador ordinario, se les despojase de un reconocimiento fundamental que el Derecho de Gentes ha urgido con una significativa preferencia de corte yusnaturalista.

### 3 ■ EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

#### 3.1. LAS CONSTITUCIONES EUROPEAS

En el ámbito europeo, y tras un somero análisis de las disposiciones sociales de los respectivos textos constitucionales, se podría concluir que existen tres modelos de integración de los derechos sociales en los ordenamientos constitucionales nacionales<sup>8</sup>. Así,

<sup>8</sup>Para una explicación sobre el reconocimiento y valor de los derechos sociales en las constituciones europeas, vide el documento *Droits sociaux fondamentaux en Europe*, op. cit., especialmente, pp. 15-38.

en primer lugar, el modelo más liberal (Reino Unido y Austria, principalmente) renunciaría a la inclusión explícita de los derechos sociales en sus textos constitucionales. Sin embargo, en estos países, esa actitud a priori negativa para con estos derechos se ve compensada por una legislación ordinaria muy protectora (especialmente en Austria)<sup>9</sup>. El modelo que cabría denominar sud-europeo (v.gr. Grecia, España y Portugal) optaría, por el contrario, por una integración global de los derechos sociales en sus constituciones. Sin embargo, a pesar de los enunciados constitucionales («Toda persona tiene derecho a...») que daría la impresión de que estamos ante verdaderos derechos subjetivos, en muchos casos éstos no pueden ser exigidos realmente más que en un número limitado de casos (excluyendo, además, el recurso de amparo, en el caso español). Serían, finalmente, obligaciones dirigidas al Estado para que adopte medidas que permitan una posterior reivindicación de dichos derechos con base en la legislación ordinaria<sup>10</sup>. Otros países (Países escandinavos y en menor medida Alemania) combinan ambas tendencias dando lugar a un modelo moderado, pero la clave en estos países consiste en el amplio consenso social y político de la necesidad de una protección social en el seno de una economía de mercado<sup>11</sup>.

En todo caso, la mayoría de las constituciones han configurado en sus textos los derechos sociales como mandatos de optimización caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en distinto grado<sup>12</sup>. No obstante, el principio consagrado en el texto constitucional no estará exento de valor sino

<sup>9</sup>*Ibidem*, p. 33

<sup>10</sup>*Ibidem*, pp. 33-34.

<sup>11</sup>*Ibidem*, p. 34, lo que, por cierto nos llevaría a hacer referencia a la esencia del Estado social y el neocapitalismo como su sistema económico. Sobre esta última cuestión, además del clásico de Elías Díaz (DÍAZ, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1966), vide TORRES DEL MORAL,

<sup>12</sup>ALEX, R., *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, p. 20.

que, todo lo contrario, también poseerá un valor jurídico, aunque pueda haber cierta problemática concretar ese valor jurídico<sup>13</sup>. De todas formas, a pesar de los distintos matices, el punto de partida de las discusiones suele estar en la calificación de los derechos sociales como derechos de prestación y de configuración legal. A pesar de que haya una cada vez mayor tendencia en la doctrina a eliminar las diferencias conceptuales entre derechos de primera generación (o civiles y políticos) y derechos de segunda generación (o sociales y económicos), el debate propiamente jurídico positivo se centra en la posibilidad de la aplicación directa de estas disposiciones sociales que a menudo vienen configurados como el “pariente pobre” de los derechos constitucionales<sup>14</sup>.

En el caso alemán, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (a diferencia de Weimar) no reconocía ningún derecho social propiamente dicho (en tanto que derecho prestacional), ni tampoco las Constituciones de los Estados Federados. Este silencio casi total (como excepción, el artículo 6.4 reconoce el derecho de toda madre a la protección y a la asistencia por parte de la Comunidad) se explica por la impresibilidad de la evolución económica en el tiempo de la aprobación de esta Norma y por el gran interés de los constituyentes en asegurar la efectividad de los derechos fundamentales a través de mecanismos jurisdiccionales poco compatibles con los derechos

sociales<sup>15</sup>. No obstante, según el artículo 20.1 de la constitución, la República Federal de Alemania es un ‘Estado social’ y el principio del Estado social (*Sozialstaatsprinzip*) constituye uno de los principios fundamentales de la Norma fundamental, del cual el Tribunal Constitucional ha extraído una serie de derechos concretos: la garantía de un mínimo existencial o la propia existencia de un sistema de seguridad social<sup>16</sup>. Así, este principio programático habilita a los poderes públicos para asumir las obligaciones de protección social sin que exista un derecho del individuo a exigir una intervención en concreto.

A pesar de lo anterior, ello no implica que el legislador ordinario tenga ‘carta blanca’ para desarrollar (o no, o hacerlo mínimamente) los derechos sociales. Es más, la Alta Instancia de Karlsruhe viene conectando ciertos derechos sociales con la propia dignidad humana (que en la Ley Fundamental está configurada como cláusula de intangibilidad, por cierto). Uno de los últimos casos, el llamado *Hartz IV*, resuelto en 2010, merece ser reseñado. Se trata del litigio atinente a la refundición de la prestación de desempleo de larga duración con las prestaciones sociales existentes hasta entonces en el Libro Segundo del Código de Seguridad Social. Esta nueva norma dividía el montante total en una prestación por desempleo estándar a la que se añadirían una serie de complementos (por hijos a cargo, alojamiento, calefacción...). Pues bien, para el Tribunal Constitucional alemán, las previsiones de la norma enjuiciada relativas a las prestaciones estándar no respetaban el artículo 1.1 (Estado social) en conexión con el artículo 20.1 (dignidad humana) a la hora de

<sup>13</sup>.CASCAJO CASTRO, J. L., «Los derechos sociales, hoy», *Revista catalana de dret públic*, núm. 38, 2009, pp. 21-42, especialmente, p. 23.

<sup>14</sup>.Sobre la equiparación entre derechos sociales y civiles, vide, STEINER, H. J., ALSTON, P., *International Human rights in context Law, Politics, Morals, Text and Materials*, Clarendon Press, Oxford, 1996, EIDE, A., KRAUSE, C., ROSAS, A. (eds.), *Economic, social and cultural rights, a textbook*, 2nd ed., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2001. Vide, igualmente, CASCAJO CASTRO, J. L., «Derechos sociales y económicos como derechos humanos», ASÍS ROIG, R., BONDIA GARCÍA, D., MAZA ZORRILLA, E., (coords.), *Los desafíos de los derechos humanos hoy: Valladolid, 18 a 20 de octubre de 2006*, Dykinson, Madrid, 2007, 379-397.

<sup>15</sup>.BON, P., «La protection constitutionnelle des droits fondamentaux: aspects de droit comparé européen », MAUS, D.; BON, P., *La nouvelle république brésilienne. Etudes sur la Constitution du 5 octobre 1988*, Economica, Paris, 1991, pp. 223-265.

<sup>16</sup>.Sobre el mínimo existencial, vide BVerfGE 1, 159 (161), Sentencia de 24 junio 1954. Sobre la existencia de un sistema de seguridad social, vide BVerfGE 28, 324 (348) 1 BvL 22/63 y 27/64, Sentencia de 27 mayo 1970. HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, UNAM, México, 2003, pp. 228-229.

garantizar el mínimo de subsistencia que la dignidad de la persona requiere. Así, el derecho fundamental a la garantía de un mínimo vital debe asegurar –decía el Tribunal– a toda persona necesitada las condiciones materiales indispensables para su existencia y para la participación en la vida social, cultural y política. Este derecho, lejos de ser disponible para el Parlamento, constituía una obligación para la Asamblea que, además, estaba obligada a actualizar las prestaciones regularmente<sup>17</sup>.

### 3.2. LA REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En el caso español, como es sabido y prescindiendo ahora del análisis de los “nuevos” derechos sociales reconocidos en la última oleada de reformas estatutarias, los derechos sociales podrían clasificarse en tres categorías atendiendo al grado de protección que la Constitución les otorga (o al grado de eficacia que despliegan)<sup>18</sup>. Así, cabría hablar, en primer término, de derechos sociales con una “protección excepcional” (artículo 27.4: “derecho a la educación”, artículo 28.1: “derecho a la libre sindicación” o

artículo 28.2: “derecho a la huelga”)<sup>19</sup>. Estos derechos, muy resumidamente, además de disfrutar de la rigidez derivada del proceso de reforma extraordinario (o agravado) al que se hayan sujetos (artículo 168 CE), necesitan de ley orgánica para su desarrollo (artículo 81.1), que en todo caso habrá de respetar su contenido esencial (artículo 53.1) y son susceptibles de tutela a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 53.2). Otros derechos sociales serían objeto de una “protección ordinaria”, como el derecho –y deber– de trabajar (artículo 35), el derecho a la negociación colectiva (artículo 37.1) o el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (artículo 37.2). Éstos disfrutarían de una protección más atenuada: rigidez propia de la reforma ordinaria (artículo 167), respeto al contenido esencial en la regulación a través de ley y vinculación de los poderes públicos (artículo 53.1). Finalmente, cabría hablar de una última categoría de derechos sociales “mínimamente protegidos” como serían el mantenimiento de un régimen público de seguridad social (artículo 41), el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1) o el derecho a una vivienda digna (artículo 47). Esta tercera categoría de derechos, como dice el consabido artículo 53.2, «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» aunque «[s]ólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen»<sup>20</sup>.

El constituyente parece haber desconocido que, en lo atinente a los derechos de los trabajadores, la negociación colectiva es indisociable de la libertad sindical y no puede escindirse de la misma como derecho fundamental o libertad pública que viene a ser. Pertenencia que no es dable en la negociación

17. BVerfGE 125, (175), 1 BvL 1/09; 1 BvL 3/09 y 1 BvL 4/09 (*Hartz IV*), Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 9 febrero 2010. Sobre este caso, vide BITTNER, C., «Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court's Judgment of 9 February 2010», *German Law Journal*, Vol. 12/11, 2012, pp. 1941-1960; EGIDY, E., «The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Federal Constitutional Court», *German Law Journal*, Vol. 12/11, 2012, pp. 1961-1982.

18. Vide, inter alia, TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho constitucional español*, 6ª ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2010, Vol. I., pp. 666-667. Este tipo de clasificación en función del nivel de protección es comúnmente aceptada por la doctrina y así suele explicarse el sistema de clasificación de nuestros derechos, también en el ámbito social, así vide BLAS LÓPEZ, M. E., «Social Rights in Spain», ROMAN, D. (dir.), *Diversity of Social Rights in Europe(S) Rights of the Poor, Poor Rights*, op. cit., pp. 7-14, especialmente, pp. 9-11.

19. También llamados derechos sociales fundamentales o derechos sociales «nominalmente fundamentales» en el sentido que proclama PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 10ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 269.

20. Para un balance sobre los derechos sociales en España, vide TEROL BECERRA, M. J., *Del bienestar en la Constitución Española y de su implementación (1978-2011)*, Tirant, Valencia, 2012.

colectiva respecto a los empleadores que ejercitan la libertad de empresa ayuna del carácter de derecho fundamental. La disfunción se ha corregido entendiendo que el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores se predicen las mismas cualidades que de la libertad sindical en que se haya embebida y con la que forma bloque. No siempre ha sabido el legislador ordinario respetar esta obligada corrección por lo que hace a la regulación estatutaria de las representaciones unitarias y a las disciplinas de la negociación colectiva, que no se han recibido mediante ley orgánica. Se pregunta si el derecho a la libertades de establecimiento y circulación de capitales en la Unión Europea no transmite acaso carácter fundamental a su homólogo constitucional, a causa de que la primacía del Derecho comunitario imprime verticalmente dicha cualidad o de que el propio artículo 10.2 de la Constitución exigiera una interpretación en este sentido<sup>21</sup>.

No está de más significar que el uso del modo verbal subjuntivo, en punto a la regulación de la huelga, da a entender que tan constitucional es la actitud consistente en abstenerse de dictar una ley de huelga – posición sostenida por el purismo sindical partidario de la autorregulación– como la que, considerada menos aconsejable, opta por su regulación. Conviene realzar la importancia del principio rector de autotutela en las relaciones colectivas de trabajo. Ciertamente que incluso los llamados conflictos colectivos económicos admiten una judicialización que no todos consideran la óptima salida. Lo común y frecuente es resolverlos mediante modos extrajudiciales de composición. Ello no obstante, la libertad sindical acusa la peculiaridad de un principio autotutelar que recuerda la superada tesis procesalista de que la

acción era el derecho en pie de guerra o el derecho subjetivo elevado a la segunda potencia. De ahí, que el llamamiento a la jurisdicción se sustituya por la cesación concertada del trabajo, en virtud de la huelga, o en la adopción de medidas compulsivas de intensidad menor, aunque no se formulen textualmente como expresión del principio a que obedecen su reconocimiento y su designio protector.

También conviene subrayar que los derechos sociales que se denominan aquí ‘mínimamente protegidos’ podrían autorizar un cierto desarrollo judicial, en casos cualificados de mora legislativa, desde el momento en que, pese a figurar bajo la rúbrica de los principios rectores, no es indiferente ni retórico el dato de que, según la consigna aristotélica, se les designe por su verdadero nombre.

Es claro que siguiendo los tres párrafos del artículo 53, el constituyente habría establecido una suerte de jerarquía (aparentemente absoluta): unos que despliegan el máximo de efectos (incluyendo el amparo ante el Tribunal Constitucional), otros que aunque han de ser desarrollados por ley condicionan el contenido de éstas y otros que han de informar la legislación. Lo cierto es que estos últimos, a pesar de sus aparentes tenues efectos, sí establecerían un umbral mínimo contra el que el legislador ordinario no podría operar. A pesar de la aparente rigidez con que estos derechos quedan compartimentalizados, lo cierto es que la práctica y la jurisprudencia constitucionales han establecido ciertos vasos comunicantes de forma que derechos *a priori* excluidos del recurso de amparo, de hecho, han acabado siendo amparados por este remedio a través de su inclusión en alguno de los derechos susceptibles de esta protección: así, v.gr. al derecho de negociación colectiva (artículo 37.1) le alcanzan las garantías de la libertad sindical (artículo 28.1)<sup>22</sup>.

<sup>21</sup>. Sobre la relación Derecho Constitucional, Derecho de la UE, CEDH, *vide in extenso* GORDILLO PÉREZ, L.I., *Constitución y ordenamientos supranacionales. Las constituciones de entonces ya no son las mismas*, CEPC, Madrid, 2012. Sobre el artículo 10.2 de la Constitución española como cláusula de apertura, *vide* SÁIZ ARNÁIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999.

<sup>22</sup>. *Vide, inter alia*, SSTC 187/1987, 108/1989, 105/1992 y 208/1993.



### 3.3. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, por su parte, ya estableció en el caso *Airey* la indivisibilidad (o la unidad) de los derechos civiles, políticos económicos y sociales )<sup>23</sup>. En este caso, el TEDH aplicó un método de interpretación evolutivo estableciendo que «no existe ningún compartimento estanco que aisle esa esfera [de derechos sociales] del ámbito amparado por el Convenio» y que «aunque el Convenio protege esencialmente derechos civiles y políticos, muchos de ellos tienen implicaciones sociales o de naturaleza económica» )<sup>24</sup>. No obstante, aunque la doctrina acepta la “permeabilidad” del CEDH respecto de los derechos sociales, el alcance y la extensión de dicha permeabilidad varía )<sup>25</sup>. Algunos autores consideran simplemente que los derechos sociales quedan reconocidos al amparo del CEDH )<sup>26</sup>. Otros rechazan la inclusión de los derechos sociales en el Convenio, pero aceptan la aplicación de derechos civiles en el ámbito del Derecho social, concretamente en el caso del reconocimiento del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 6 CEDH) en la jurisprudencia social y en el del derecho a no ser discriminado por motivos sociales<sup>27</sup>. Así, tal y como un

insigne jurista ha dicho, el TEDH ha empleado todos los medios a su alcance para dar validez a derechos de naturaleza social (que beneficiaban a los menos favorecidos): a través de conceptos autónomos, por adición, obligaciones positivas, efecto horizontal, incluso recurriendo al “soft law”, «buscando inspiración en instrumento no vinculantes pero que reflejan la evolución de la comunidad internacional y la sensibilidad colectiva»<sup>28</sup>.

### 3.4. EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO: DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJ A LA CARTA

El ordenamiento de la UE también ha ido adquiriendo una progresiva dimensión social. El Tribunal de Justicia ha aceptado que la legislación comunitaria ha de ser interpretada y aplicada en relación con los «objetivos sociales» de la Unión. Ya en el caso *Defrenne/Sabena* de 1976, el Tribunal interpretó las disposiciones de los tratados relativas a la igualdad de retribución del antiguo artículo 119 (hoy en día el 157 TFUE) en relación con «los objetivos sociales de la Comunidad, la cual no se limita a una unión económica, sino que, al mismo tiempo, mediante una acción común, debe garantizar el progreso social,

<sup>23</sup>.Caso *Airey vs. Ireland*, recurso núm. 6289/73, Sentencia del TEDH de 9 octubre 1979, *Séries A*, núm..

<sup>24</sup>.Caso *Airey vs. Ireland*, recurso núm. 6289/73, Sentencia del TEDH de 9 octubre 1979, *op. cit.*, §§24 y 26.

<sup>25</sup>SUDRE, F., «La 'perméabilité' de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux», Mourgeon, J. *et alii*, *Pouvoir et Liberté, Etudes offertes à Jean Mourgeon*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 467-478.

<sup>26</sup>.Esta es la opinión, con reservas, de SUDRE, F., «Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue universelle des droits de l'homme*, Vol.12/1-2, 2000, pp. 28-32, p. 28.

<sup>27</sup>.Para una panorámica de esta cuestión, vide vide MARZO, C., «Doctrinal Vision as to the Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights», ROMAN, D. (dir.), *Diversity of Social Rights in Europe(S) Rights of the Poor, Poor Rights*, *op. cit.*, pp. 123-134, especialmente, pp. 127-129. Vide, igualmente, los casos *Obermeier vs. Autriche*, recurso núm. 11761/85, Sentencia del TEDH 28 junio 1990,

*Séries A*, núm. 179; caso *Feldbrugge vs. Pays-Bas*, recurso núm. 8562/79, Sentencia del TEDH 29 mayo 1986, *Séries A*, núm. 99; caso *Neigel vs. France*, recurso núm. 18725/91, Sentencia del TEDH 17 marzo 1997, Recueil 1997-II; *Salesi vs. Italie*, recurso núm. 13023/87, Sentencia del TEDH 26 febrero 1993, *Séries A* núm. 257-E; caso *Lombardo vs. Italie*, recurso núm. 11519/85, Sentencia del TEDH 26 noviembre 1992, *Séries A*, núm. 249-B; *Gaygusuz vs. Autriche*, recurso núm. 17371/90, Sentencia del TEDH 16 septiembre 1996, Recueil 1996-IV; *Ichtigiaroglou vs. Grèce*, recurso núm. 12045/06, Sentencia del TEDH 19 junio 2008.

<sup>28</sup>.COSTA P., «Exposé sur la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits sociaux», Discours prononcé par Jean-Paul COSTA, Président de la Cour européenne des droits de l'homme à Bruxelles le 22 janvier 2009 lors du Colloque «Droit et solidarité» organisé à l'occasion de la rentrée solennelle du Barreau de Bruxelles, disponible en <[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/A6F10408-7A2A-45FA-9CD7-083E7314C55C/0/2009\\_Bruxelles\\_Institut\\_DH\\_du\\_barreau.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/A6F10408-7A2A-45FA-9CD7-083E7314C55C/0/2009_Bruxelles_Institut_DH_du_barreau.pdf)>, p. 4, última consulta : 8 enero 2011.

promover la mejora constante de las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos europeos»<sup>29</sup>.

Recientemente, la elevación de la Carta de Derechos fundamentales de la UE al rango de Tratado ha supuesto la codificación en el ámbito comunitario de una serie de derechos tradicionalmente incluidos en las constituciones europeas en tanto que principios rectores que han de ser desarrollados por la vía de la legislación ordinaria. La Carta contiene un título IV dedicado a la 'Solidaridad' que es, además, una de las partes más amplias del texto y que dedica 12 artículos al tema social, incluyendo: el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, el derecho de negociación y de acción colectiva, el derecho de acceso a los servicios de colocación, la protección en caso de despido injustificado, el derecho a disfrutar de condiciones de trabajo justas y equitativas, la prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo, la conciliación de la vida familiar y vida profesional, la seguridad social y ayuda social, la protección de la salud o el acceso a los servicios de interés económico general, entre otros. Para alcanzar el consenso necesario que llevó al reconocimiento de estos derechos, fue necesario incluir una disposición limitadora de sus efectos en el artículo 52.5, que diferencia entre derechos y principios. Estos últimos «sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos»<sup>30</sup>. Además, gran parte de los derechos incluidos en el título relativo a la 'Solidaridad' hacen referencia a las «legislaciones y prácticas nacionales» (por ejemplo, en los casos del artículo 30 sobre la protección por despido injustificado o del 34, sobre la seguridad y asistencia sociales).

<sup>29</sup>.Asunto C-43/75, Defrenne vs. Sabena, STJ 8 abril 1976, Rec. 1976, p. 455. Sobre este asunto, vide IMBRECHTS, L., «L'égalité de rémunération entre hommes et femmes», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 22/2, 1986, pp. 231-242.

<sup>30</sup>.Vide el comentario de esta disposición en LADENBURGER, C., «Fundamental rights and citizenship of the Union», AMATO, G.; BRIBOSIA, H.; DE WITTE, B. (eds.), *Genesis and Destiny of the European Constitution*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 311-365.

Ello se debe a que los Estados miembros difieren en lo que a la implementación y protección constitucional de los derechos sociales se refiere. Como se ha hecho notar antes, algunos otorgan a estos derechos naturaleza constitucional, otros establecen su regulación a través de la legislación ordinaria. Algunos otros (como el caso español) combinan derechos sociales, objetivos sociales y políticas sociales. No obstante, por distinta que pueda ser la naturaleza de estos derechos en los distintos ordenamientos nacionales, normalmente tienen un papel más destacado en el Derecho ordinario y son objeto de desarrollo también a través de decisiones de los tribunales, que muchas veces los conectan con derechos fundamentales. En todo caso, la manera en la que se ha procedido a la inclusión de los derechos sociales en la Carta de la UE muestra la diversidad existente en relación con el estatus de estos derechos en el ámbito nacional. Por ello su implementación no ofrece siempre el mismo nivel de protección que los clásicos derechos fundamentales de primera generación<sup>31</sup>.

#### 4 ■ LA GARANTÍA DEL 'ESTADO SOCIAL' ANTE LA CRISIS Y LA AUSTRERIDAD

Las medidas de austeridad que muchos Estados han introducido como consecuencia de la crisis financiera de 2008 (luego, crisis económica global) han provocado una respuesta coordinada de los gobiernos europeos que se ha centrado en recortes en los sistemas de seguridad social, 'flexibilización' de derechos laborales y grandes reducciones de las partidas de gasto social<sup>32</sup>. Estas medidas han tenido un alcance mucho más global y generalizado que

<sup>31</sup>.FRA – EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Annual Report 2012: Fundamental rights: challenges and achievements in 2012*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2013, pp. 12-14.

<sup>32</sup>.Véase el informe SOCIAL PROTECTION COMMITTEE, *Social policy reforms for growth and cohesion: Review of recent structural reforms*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2013.

otras medidas de ajuste que se hayan llevado a cabo con anterioridad: han afectado a una mayor cantidad de población, a un mayor número de servicios sociales y, en consecuencia, han tenido un mucho mayor impacto socioeconómico. Algunos Estados, han mostrado su capacidad para mantener unos servicios amplios (esencialmente Estados del Norte de Europa, incluyendo a Francia y Alemania), sin embargo en otros países, la situación bascula entre la reducción radical de servicios –en principio, temporal- debida a las medidas coyunturales de ajuste (España), al dramatismo de una situación social realmente complicada (Grecia), pasando por redimensionamientos de los servicios sociales junto con una desregulación sin precedentes del mercado laboral (Reino Unido e Irlanda)<sup>33</sup>.

La tensión entre las políticas de austeridad (que no queda claro si son ajustes temporales o permanentes) y el ideal de la 'Europa social' no es solamente una cuestión política que pueda ser manejada independientemente por cada Estado, sino que reviste importantes implicaciones jurídicas derivadas de la integración europea, en tanto que las normas y actos que violen derechos sociales pueden ser recurridas no solo ante los tribunales nacionales, sino ante el TJUE e incluso alguna otra instancia internacional. Así, desde los inicios de la crisis económica, se han planteado una serie de recursos contra medidas de austeridad en distintos Estados europeos. A pesar de las diferencias entre los ordenamientos, las competencias de los tribunales y demás, puede observarse el elemento común de contestar la compatibilidad de las medidas de austeridad con los principios propios del Estado social.

Entre los tribunales nacionales más activos en este ámbito cabe destacar al Tribunal constitucional de Portugal. Así, en 2012, la alta instancia portuguesa estableció que la suspensión de la paga extra de los

funcionarios y pensionistas (medida que era parte de unas fuertes medidas de austeridad) era inconstitucional porque violaba el derecho a la igualdad, dado que sólo algunas categorías de personas quedaban afectadas por esta medida y se podrían haber adoptado medidas más equitativas que podrían haber conseguido los mismos resultados financieros. En 2013, el mismo tribunal concluyó que una serie de medidas presupuestarias (incluyendo reducciones salariales en el sector público o la imposición de un impuesto general de solidaridad) eran incompatibles con los principios de igualdad y proporcionalidad y una serie de derechos sociales incluidos en la constitución<sup>34</sup>.

Por otro lado, y aunque se aparte del contexto de las medidas de austeridad, el Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia sobre el caso *Hartz IV* conectó la dignidad humana con el derecho a percibir unas prestaciones que garanticen la una mínima subsistencia (*vide supra*). Los tribunales españoles, a través de las cuestiones prejudiciales, han encontrado la manera de proteger al consumidor (de hipotecas) ante cláusulas abusivas<sup>35</sup>. Por su parte, el Tribunal de Estrasburgo ha mostrado su disposición a controlar si la normativa nacional en materia de desahucios respeta las garantías procesales de los individuos y familias, especialmente en los casos de viviendas de protección oficial<sup>36</sup>. En todo caso, al margen de estos supuestos, lo cierto es

<sup>34</sup>. Sentencias del Tribunal Constitucional portugués 353/2012 y 187/2013. Para un comentario a estas sentencias de la alta instancia portuguesa, *vide* AFONSO PEREIRA, R., «Igualdade e proporcionalidade: un comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, 2013, pp. 317-370.

<sup>35</sup>. Véase el reciente asunto C-415/11, *Aziz v. Catalunya*, Sentencia del TJUE 14 marzo 2013. Para un comentario de casos anteriores que abrieron esta vía, puede consultarse CANEDO ARRILLAGA, J. R.; GORDILLO PÉREZ, L. I., «Tutela judicial, autonomía procedimental y efectividad del Derecho de la Unión», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 15, 2012, pp. 1-21.

<sup>36</sup>. Asunto *McCann v United Kingdom*, recurso 19009/04, Sentencia del TEDH 13 mayo 2008.

<sup>33</sup>. *Vide* el excelente artículo O'CONNOR, C., «Austerity and the Faded Dream of a 'Social Europe'», NOLAN, A. (ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, CUP, Cambridge, 2014 (en prensa).

que los máximos tribunales nacionales (y el propio TEDH) no parecen demasiado dispuestos a ampliar su jurisprudencia en materia de aplicación directa de derechos sociales, en tanto que ello afecta, entre otras cosas, al margen de maniobra con que cuentan tradicionalmente los ejecutivos a la hora de dirigir un país.

En el ámbito comunitario se observa también esta disyuntiva e indecisión. Las libertades de circulación comunitarias ya entraron en colisión con los derechos sociales protegidos por las constituciones nacionales como sucedió en los casos *Viking* y *Laval* en los que se planteaba la compatibilidad de medidas de conflicto colectivo con la libre circulación de personas<sup>37</sup>.

En otro orden de cosas, la efectiva aplicación de las disposiciones de la Carta en esta materia, como antes de ha anunciado, sigue siendo una incógnita. Ya se ha anunciado que el artículo 52 limita las posibilidades de aplicación de la Carta a las medidas de implementación del Derecho de la UE. Hasta ahora, el Tribunal de Justicia ha mantenido que los recortes salariales y otras medidas de austeridad introducidas por los gobiernos para dar cumplimiento a sus compromisos de asegurar la estabilidad monetaria a que obligan los Tratados y el Pacto de Estabilidad «claramente» quedan fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la UE<sup>38</sup>. Es decir, que los derechos

sociales incluidos en la Carta no servirían como parámetro de control de las medidas de austeridad introducidas por los gobiernos nacionales que no sean obligatorias según el Derecho de la UE. Dado que el Tribunal ha confirmado que el Mecanismo Europeo de Estabilidad (ESM por sus siglas en inglés), el principal instrumento que existe para proporcionar asistencia financiera a los Estados de la eurozona bajo la condición de implementar medidas de austeridad, queda fuera del ordenamiento de la UE, parece difícil que las disposiciones de la Carta en materia social puedan tener impacto real en la eurozona<sup>39</sup>.

## 5 ■ RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

A modo de conclusión, convendría quizá recordar algunas ideas que acaparan la atención de la doctrina de los derechos sociales<sup>40</sup>. Así, por una parte, si es cierto que encontramos enunciados normativos sobre derechos sociales en la mayoría de las constituciones occidentales, la mayoría de los autores concluirán que no se trata tanto de auténticos derechos exigibles (ante los tribunales), sino más bien de objetivos o finalidades de la actuación y políticas del poder público. Dicho esto, sin embargo, es cierto que los tribunales han encontrado siempre vías para aplicar principios o

<sup>37</sup>.Asunto C-438/05, *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union vs. Viking Line ABP y OÜ Viking Line Eesti (Viking)*, Sentencia del TJUE 11 de diciembre de 2007, Rec. 2007, p. I-10779. Para un comentario, vide BERCUSSON, B., «The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day», *European Law Journal*, Vol. 13/3, 2007, pp. 279-308. Asunto C-341/05, *Laval un Partneri*, Sentencia del TJUE 18 diciembre 2007, Rec. 2007, I-11767. Sobre esta sentencia, vide VAN LEEUWEN, B., «An Illusion of Protection and an Assumption of Responsibility: The Possibility of Swedish State Liability after Laval», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 14, 2011-2012, pp. 453-473.

<sup>38</sup>.Asunto C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte y otros*, Auto del TJUE 7 de marzo de 2013. Sobre esta decisión, vide RIGAUX, A., «Recevabilité. Entre méconnaissance du champ d'application de la Charte des droits fonda-

mentaux et questions purement hypothétiques, nouveaux rejets de questions préjudicielles pour incompétence manifeste de la Cour», *Europe*, nº 5, Mai 2012, pp. 16-17.

<sup>39</sup>.Asunto C-370/12, *Thomas Pringle contra Gouvernement of Ireland, Ireland y The Attorney General*, Sentencia del TJUE 27 noviembre 2012. Vide CRAIG, P., «Pringle and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance», *European Constitutional Law Review*, Vol. 9, 2013, pp. 263-284 y O'CONNOR, C., «Austerity and the Faded Dream of a 'Social Europe'», *op. cit.*

<sup>40</sup>.En este sentido, vide ROMAN, D. (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux. Note de synthèse*, Projet Droit et Pauvreté (2008), Novembre 2010, disponible en <[http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/dossiers/Synthese\\_rapport\\_axe2.pdf](http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/dossiers/Synthese_rapport_axe2.pdf)>, última consulta : 8 agosto 2013.

contenidos sociales a través de institutos y mecanismos inicialmente previstos para los llamados derechos civiles y políticos. De ahí, por tanto, el interés de centrar las investigaciones no tanto en el contenido objetivo de los derechos sociales sino en su justiciabilidad y orientar los esfuerzos hacia las prácticas y políticas judiciales.

Por otra parte, desde el más somero análisis hasta el más concienzudo estudio sobre la justiciabilidad de los derechos sociales se encontrará con que los jueces y tribunales utilizan una gran variedad de procedimientos, mecanismos e instrumentos específicos para otorgar, en la medida de lo posible, amparo o protección al justiciable en materia social<sup>41</sup>. Dos conclusiones seguirían a esta observación: la de los jueces en el desarrollo de un Derecho social jurisprudencial y la habitual predisposición de los magistrados por encontrar vías que permitan la aplicación de estos derechos.

Además, en esta materia se está dando un fenómeno creciente de influencias y enriquecimientos mutuos («*permeabilité*» o «*cross-fertilization*») de las distintas fuentes que recogen los derechos y principios sociales (Constituciones, Derecho internacional, comunitario...) de suerte que el contenido de estos derechos se va incrementando progresivamente, merced también a la intervención jurisprudencial.

Existe, además, un movimiento creciente en la doctrina que considera inadecuada la lectura tradicional que distingue de manera absoluta derechos civiles y políticos (obligaciones 'de no hacer' por parte del Estado) y derechos sociales (obligaciones 'de hacer') y que plantea una relectura del propio concepto de 'derecho', unificando su naturaleza.

41. Para una excelente recopilación de jurisprudencia en materia social con numerosos ejemplos de esta variedad de mecanismos, vide COHRE, *Leading Cases on Economic, Social and Cultural Rights: Summaries*, Working Paper No. 7, ESC Rights Litigation Programme, April 2009, disponible en <[http://www.cohre.org/sites/default/files/leading\\_esc\\_rights\\_cases\\_24\\_april\\_2009.pdf](http://www.cohre.org/sites/default/files/leading_esc_rights_cases_24_april_2009.pdf)>, última consulta: 8 agosto 2013.

Semejante propensión unificadora se asienta en tres órdenes de consideraciones:

- 1) El principio que sanciona la presunción de juricidad en el funcionamiento de los poderes públicos exige que, aun en los aspectos más modestos, cada poder público dé por acertado y regular el acto de decisorio adoptado por otro de tales poderes, lo que genera una carga o deber de respeto enderezado a coordinar satisfactoriamente el diseño y el funcionamiento del aparato del Estado.
- 2) La idea anterior se completa con la exigencia de que, en el ejercicio de sus competencias, ningún poder público rehúse o escatime la actividad precisa para el buen fin de la acción de otros poderes públicos, que presumiblemente se conducen de conformidad con el ordenamiento jurídico y respetan las normas del mismo.
- 3) Supuestas estas actitudes, un poder público ha de llevar a efecto las acciones tendentes a que, siempre en el ejercicio de sus competencias, se satisfaga plenamente un derecho cuya atribución y disfrute dependen de la eficacia directamente causal de la intervención de ese poder. Así, todos los derechos impondrían al Estado una triple obligación: respetar, proteger y realizar<sup>42</sup>.

Cabe, igualmente, recordar la conexión que ha hecho el Tribunal constitucional alemán entre los derechos sociales y la dignidad humana, llegando a declarar inconstitucional una ley por no respetar este 'contenido esencial'. A buen seguro, estas consideraciones tendrán su eco en otras jurisdicciones constitucionales (habida cuenta del prestigio de esta institución en Europa), máxime en el contexto de crisis actual que tan duramente está golpeando a las más consolidadas de las sociedades europeas. No obstante, el aumento del recurso a los conceptos jurídicos indeterminados de los que echan mano los Tribunales de última

42. Vide, inter alia, ROMAN, D. (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux. Note de synthèse, op. cit.*, pp. 6-7.

instancia (y que les dota de un gran poder de apreciación) puede ser muestra de un activismo judicial que decide intervenir ante la inactividad del Legislador. Si el Parlamento quiere preservar intacta su capacidad de desarrollar los derechos sociales habrá de intentar adelantarse a los acontecimientos y proveer de soluciones a las emergencias sociales. La excesiva judicialización del poder legislativo puede afectar, a la larga, a la propia seguridad jurídica, lo cual no es deseable en un auténtico Estado social y democrático de Derecho.

Finalmente, las medidas de austeridad establecidas para combatir la crisis han puesto en entredicho la propia legitimidad de la UE. Nunca se dudó de la falta de democracia en las instituciones comunitarias, pero estos déficits eran, en parte, compensados por la filosofía del proyecto de integración europeo que entrañaba un bienestar y seguridad de la población. Si suprimimos la 'Europa social', la legitimidad de la UE puede verse en entredicho.

No tenemos aún un claro la manera en la que se pueden implementar los derechos sociales incluidos en la Carta de Derechos de la UE. El activismo de algunos tribunales nacionales en la materia (v.gr. el portugués) contrasta con la prudencia extrema que está observando el Tribunal de Luxemburgo que, quizá, no quiera ser un actor adicional en el complejo pseudo sistema de gobernanza económica europeo.

En todo caso, y en lo que a las políticas de austeridad se refiere, resulta forzoso reconocer una serie de principios. En primer lugar, la revisión crítica de la legitimidad del modelo social europeo exige llevar a cabo un análisis multidisciplinar en la materia y combinar las metodologías de la Economía, el Derecho, la sociología e, incluso, la psicología para entender (primero), analizar (a continuación) y proponer soluciones (finalmente). Parece, en segundo lugar, que las administraciones públicas habrán de someterse en todo caso a una mejor distribución de los recursos (racionalización de la estructura administrativa, eliminación de duplicidades, uso de los contratos programa). En tercer lugar, ha de producirse un aumento del escrutinio

ciudadano y de los medios sobre el uso de fondos públicos. Finalmente, es imprescindible educar y concienciar a la ciudadanía del coste, los beneficios y el uso que se da a los fondos y recursos públicos, de manera que se desarrolle una conciencia crítica y una cultura de la responsabilidad y rendición de cuentas.

