

LA COSA SIN LA PALABRA: LOS DERECHOS SOCIALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

«TOUJOURS ET PARTOUT, ON BERÇA LES HOMMES DE BELLES PAROLES: JAMAIS ET NULLE PART ILS N'ONT OBTENU LA CHOSE AVEC LE MOT» (MANIFESTE DES ÉGAUX, 1796)

RICARDO GARCÍA MANRIQUE

Universidad de Barcelona

Revista Española de Derecho Europeo 66

Abril – Junio 2018

Págs. 55 – 83

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA DOCTRINA AIREY (TEDH 1979, 3). 1. *Las afirmaciones del TEDH*. 2. *La modestia de las afirmaciones del TEDH*. 3. *La interpretación académica de la doctrina Airey (TEDH 1979, 3): un tribunal más audaz de lo que podría parecer*. III. LA JURISPRUDENCIA SOCIAL DEL TEDH. 1. *Extensión del derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH) al ámbito de los contenciosos vinculados con derechos sociales*. 2. *Aplicación de la prohibición de discriminación (art. 14 y Protocolo 12 CEDH) a los derechos sociales*. 3. *Dimensión social de la propiedad (art. 1 Protocolo 1 CEDH)*. 4. *Libertad sindical (art. 11 CEDH)*. 5. *Educación (art. 2 Protocolo 1 CEDH)*. 6. *Vivienda (arts. 3 y 8 CEDH)*. 7. *Mínimo vital (art. 3 CEDH)*. 8. *Salud (art. 2 CEDH)*. IV. DOS CONCEPCIONES DE LOS DERECHOS SOCIALES. 1. *La concepción fuerte y la concepción débil de los derechos sociales*. 2. *Reevaluación de la jurisprudencia social del TEDH*. V. ¿QUÉ SE PUEDE ESPERAR DEL TEDH EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES? 1. *La indivisibilidad: una tesis de fertilidad jurídica limitada*. 2. *La articulación de un mínimo social europeo*. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En las últimas décadas, el TEDH ha desarrollado una línea jurisprudencial que implicaría el reconocimiento de algunos derechos sociales. Este supuesto reconocimiento requiere un examen más detenido, teniendo en cuenta que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no incluye derechos sociales (salvo la libertad sindical) y que el propio TEDH ha negado expresamente su legitimación para proteger ese tipo de derechos. Para disolver la aparente contradicción ante la que nos encontramos, se recurre a dos concepciones

ABSTRACT: In the last decades, the ECHR has delivered a series of rulings which might amount to the acknowledgement of certain social rights. This alleged recognition of social rights demands a careful scrutiny, taking into account the fact that the European Convention on Human Rights does not contain social rights (apart from the right to form and join trade unions) and the fact that the ECHR has overtly denied itself power to enforce this kind of rights. In order to solve this apparent contradiction, it is suggested to resort to two different

distintas de los derechos sociales, que pueden ayudar a explicar en qué sentido y hasta qué punto el TEDH puede y debe tutelar los derechos sociales.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Europeo de Derechos Humanos – Derechos sociales – Igualdad – Indivisibilidad de los derechos humanos

conceptions of social rights that may help to explain in which sense and to what extent the ECHR could and should enforce social rights.

KEYWORDS: European Court of Human Rights – Social rights – Equality – Human rights indivisibility

Fecha de recepción: 24-3-2018

Fecha de aceptación: 24-4-2018

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la literatura académica ha identificado una línea de decisiones en la jurisprudencia del TEDH que supondría el reconocimiento de algunos derechos sociales. La mayor parte de esta literatura ha valorado esta línea jurisprudencial muy positivamente (incluso con entusiasmo) y ha animado al TEDH a seguir avanzando por el camino abierto, integrándose así en una tendencia más general a la justiciabilidad de tales derechos, que puede observarse también en otros foros judiciales nacionales e internacionales (Costa 2000; Commaille et Dumoulin 2009; Roman 2012a; Langford 2012). Sin embargo, en el caso particular del TEDH, hay al menos dos argumentos para fundar la duda de que realmente se haya embarcado en esa empresa. El primero es que el propio TEDH, en ciertos pasajes de su jurisprudencia, se ha declarado incompetente para proteger los derechos sociales. El segundo es que tales derechos no se encuentran explícitamente reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que es la norma que el TEDH debe aplicar. Por eso, estos dos argumentos han de ser refutados para poder aceptar que el TEDH, contra su mandato expreso y contra sus declaraciones, está haciendo eso que dicen que hace, y que, además, lo está haciendo de manera justificada. Es decir, antes de estar en condiciones de congratularnos de que el TEDH haya decidido proteger los derechos sociales, tendremos que probar, primero, que efectivamente lo está haciendo (a pesar de sus propias palabras) y, segundo, que efectivamente lo puede, y acaso lo debe, hacer (a pesar de las palabras del propio CEDH).

La cuestión es, sin duda, relevante, porque se trata de saber si, y hasta qué punto, podemos aspirar a que el TEDH contribuya al aumento de la igualdad social en Europa. A fines del siglo XVIII, el *Manifeste des Égaux*, expresión de un jacobinismo radical que prefiguraba el socialismo por venir, se lamentaba de que, ante su demanda de igualdad, los hombres obtenían siempre la palabra, pero nunca la cosa: «desde tiempo inmemorial se nos repite con hipocresía que los hombres son iguales, y desde tiempo inmemorial la más envilecedora desigualdad pesa insolentemente sobre el género humano». Pues bien: dado que los derechos sociales son el vehículo moderno de la igualdad (de hecho, empezaron a serlo con la Revolución Francesa), podríamos afirmar, paradójicamente, que a principios del siglo XXI, y por vías insospechadas (las judiciales), los europeos estamos en condiciones de obtener la cosa sin la palabra; y la cosa, sin duda, es lo que importa.

La pregunta pertinente parece ser, pues, esta: ¿es posible que podamos identificar una disposición legítima a la protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del

TEDH cuando resulta que el texto normativo que debe aplicar no reconoce tales derechos y cuando el propio TEDH declara no ser competente para su protección? Con la intención de encontrar la respuesta, comenzaremos por exponer la *doctrina Airey* (TEDH 1979, 3), en la que supuestamente se articula la legitimidad del TEDH para garantizar algunos derechos sociales (sección 2). A continuación examinaremos las instancias consideradas más características de la jurisprudencia *social* del TEDH (sección 3). En tercer lugar, propondremos dos concepciones diferentes de los derechos sociales, para reevaluar la jurisprudencia antes examinada, ahora a la luz de dichas concepciones (sección 4). En cuarto lugar, sobre la base de esta reevaluación, trataremos de determinar qué cabe esperar de la labor del TEDH en este ámbito (sección 5). Por último, enunciaremos algunas conclusiones (sección 6).

II. LA DOCTRINA AIREY (TEDH 1979, 3)

Las bases de la jurisprudencia *social* del TEDH pueden encontrarse ya en la sentencia *Airey c. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979 (TEDH 1979, 3) (cuyo carácter pionero en esta materia ha sido reiteradamente puesto de manifiesto, por ejemplo en *Mowbray* 2004: 99; *Palmer* 2009: 398; *Roman* 2012b: 322; *Raimondi* 2016: 80). Son cuatro las bases que suelen invocarse: la idea de la necesaria efectividad de los derechos; la atribución de obligaciones positivas a los estados miembros; el acortamiento de la distancia entre los derechos civiles y los derechos sociales; y la opción por una interpretación «actualizada» del contenido del Convenio.

Antes de examinar cada una de estas bases, conviene repasar brevemente los hechos del caso: la Sra. Airey, irlandesa, quería separarse de su marido; para ello, debía iniciar un procedimiento judicial ante la *High Court* de Dublín y obtener un *decree* (sentencia) de separación. Este procedimiento no requería formalmente la asistencia de abogado; pero (tal como se demostró) todos los demandantes de separación ante la *High Court* entre 1972 y 1978 (un total de 255) contaron con dicha asistencia, que, por tanto, podía considerarse fácticamente obligatoria. Sin embargo, la Sra. Airey no podía permitirse sufragar los costes de la asistencia letrada (relativamente elevados), con lo que, adujo ella, se veía imposibilitada de separarse de su marido. El TEDH decidió que estos hechos constituían una violación de los derechos a un proceso equitativo (art. 6.1 CEDH) y a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y, por esta razón, condenó al Estado irlandés.

1. LAS AFIRMACIONES DEL TEDH

En relación con el tema que nos ocupa, las afirmaciones más relevantes que contiene la sentencia son las siguientes:

(1) En cuanto a la efectividad de los derechos:

«El Convenio tiene por objeto proteger derechos que no sean teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos» (*Airey* (TEDH 1979, 3), párrafo 24)¹.

1. Traduzco de la versión francesa de la sentencia *Airey c. Irlanda* (TEDH 1979, 3), en este caso y en los demás en que se citen pasajes de la jurisprudencia del TEDH.

(2) En cuanto a las obligaciones positivas:

«La ejecución de un compromiso asumido en virtud del Convenio requiere en ocasiones de medidas positivas del Estado; en este caso, éste no se debería limitar a mantenerse pasivo y “no cabe (...) distinguir entre acciones y omisiones”» (*Airey (TEDH 1979, 3)*, párr. 25).

Por cierto que esta doctrina de las obligaciones positivas era reciente; en 1968, el TEDH, en el caso *Lingüístico Belga* (TEDH 1968, 3), había reconocido ya que los derechos del CEDH podían generar obligaciones positivas (Carmona Cuenca 2017: 1217); pero fue en la sentencia *Marckx c. Bélgica* (TEDH 1979, 2), también de 1979, cuando el TEDH afirmó por primera vez con claridad que el CEDH no establece solamente obligaciones de abstención para los Estados miembros, sino también de acción (Mowbray 2004: 151-152). En efecto, en *Marckx* (TEDH 1979, 2) puede leerse:

«[El artículo 8] no se limita por tanto a obligar al Estado a abstenerse de tales injerencias; a este compromiso más bien negativo se pueden añadir obligaciones positivas inherentes a un “respeto” efectivo de la vida familiar» (*Marckx c. Bélgica (TEDH 1979, 2)*, párr. 31).

(3) En cuanto a la distancia entre los derechos civiles y los derechos sociales, el Tribunal afirmó:

«Aun si [el Convenio] enuncia en lo esencial derechos civiles y políticos, muchos de ellos tienen prolongaciones de orden económico y social. Con la Comisión, el Tribunal no estima, pues, haber de descartar una u otra interpretación por el simple motivo de que, al adoptarla, se arriesgase a invadir la esfera de los derechos económicos y sociales; ninguna división estanca [*cloison étanche*] separa a éstos del ámbito del Convenio» (*Airey (TEDH 1979, 3)*, párr. 26).

(4) En cuanto a la interpretación actualizada de los derechos del Convenio, el Tribunal sostuvo que:

«El Convenio debe leerse a la luz de las condiciones de vida de hoy» (*Airey (TEDH 1979, 3)*, párr. 26).

2. LA MODESTIA DE LAS AFIRMACIONES DEL TEDH

Antes de examinar el sentido y relevancia que se ha dado a estas afirmaciones, me permito observar su aparente modestia.

(1) La primera de ellas difícilmente podría ser contestada por nadie. Para eso, habría que sostener que «El Convenio tiene por objeto proteger derechos teóricos o ilusorios», o bien «derecho no concretos ni efectivos»; no creo que nadie se atreviera a sostener eso, ni antes ni después de la sentencia *Airey* (TEDH 1979, 3). Por tanto, y en la medida en que esa afirmación contraria no puede ser sostenida, la afirmación del TEDH en *Airey* (TEDH 1979, 3) puede ser calificada de tautológica y, en consecuencia, carente de relevancia; al menos, insisto, a primera vista.

(2) En cuanto a la segunda afirmación, resulta acaso menos tautológica, pero también muy modesta. Para comprobarlo, basta fijarse en las obligaciones positivas concretas que el TEDH entendió infringidas en los casos *Marckx* (TEDH 1979, 2) y *Airey* (TEDH 1979, 3). En *Marckx* (TEDH 1979, 2), se trataba de la inexistencia de una legislación que estableciera la no discriminación de los hijos no matrimoniales respecto de los matrimoniales, para, a su vez, garantizar el derecho a la vida familiar de los primeros:

«El respeto de la vida familiar implica en particular, a los ojos del Tribunal, la existencia en derecho nacional de una protección jurídica que haga posible desde el nacimiento la integración del niño en su familia. Para ello, el Estado puede elegir entre distintos medios, pero una legislación que no responda a este imperativo contraviene el párrafo 1 del art. 8» (*Marckx* (TEDH 1979, 2), párr. 31).

Sin embargo, conviene recordar que la discriminación de los hijos no matrimoniales (por ejemplo, a efectos sucesorios) venía establecida por el Código Civil belga. Podríamos, pues, afirmar que era la aprobación (o, en su caso, mantenimiento de la vigencia) del precepto correspondiente del Código Civil el acto que había violado el artículo 8 del CEDH. Así entendidas las cosas, la obligación que no había respetado el Estado belga era claramente una obligación negativa (la obligación de no establecer, o de no mantener, una legislación discriminatoria de los hijos no matrimoniales). Por supuesto, en 1979, el Estado belga debía hacer algo (anular dicha legislación), pero lo que debía hacer es deshacer lo hecho previamente. Podemos llamar a esto «obligación positiva», pero creo que, al menos a la luz del caso concreto, usar este nombre no añade mucho al sentido de las obligaciones que deben respetar los Estados firmantes del Convenio.

En *Airey* (TEDH 1979, 3), la obligación que el TEDH impuso al Estado irlandés era la de «asegurar un derecho efectivo de acceso a la justicia», una obligación que «pertenece a esta categoría de compromisos» (la categoría de las obligaciones positivas); lo cual se traducía en que el Estado irlandés debía asegurar a la Sra. Airey un abogado en el procedimiento de divorcio que pretendía seguir ante la *High Court* irlandesa. Aquí son pertinentes dos observaciones:

- a) Lo que hizo el TEDH es extender a los procesos civiles una obligación positiva expresamente establecida por el CEDH en su art. 6.3.c) para los procesos penales («Todo acusado tiene como mínimo los siguientes derechos: (...) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan»). Por tanto, la novedad de *Airey* (TEDH 1979, 3) no radicó tanto en el hecho de imponer una obligación positiva (pues el CEDH ya la establece en su art. 6.3), sino en extender esta obligación a supuestos que no la contemplaban expresamente.
- b) Es más, si el Estado irlandés (como todos, ciertamente) permite el ejercicio privado y lucrativo de la abogacía, no parece que ese permiso deba redundar en perjuicio de un derecho tan básico como el de acceso a la justicia (o a un «proceso equitativo», tal como lo enuncia el art. 6 CEDH). Es decir: el Estado

irlandés acaso puede permitir que profesionales privados (que cobran por sus servicios) participen en los procesos judiciales, pero entonces deberá asegurar que la escasa capacidad económica de algunos ciudadanos no perjudique la igualdad de armas procesales. Afirmar que esto es una «obligación positiva» es cuestionable, o irrelevante; porque lo que el Estado irlandés no debía haber hecho (y este es el contenido de una obligación negativa, puesto que se trataba de «no hacer») era discriminar a los ciudadanos en su acceso a la justicia a través de su regulación del ejercicio de la abogacía. Si, como consecuencia de dicha regulación, ahora resulta obligado a proveer de abogado a la Sra. Airey, llamar «positiva» a esta obligación es, reitero, discutible o irrelevante. Sería como decir que quien está obligado a indemnizar los daños causados a otro está sujeto a una obligación positiva. Por supuesto que lo está, pero como consecuencia de haber incumplido una obligación negativa (la de no causar daños a otro).

En definitiva, el TEDH sostiene que los Estados firmantes del CEDH están sometidos en ocasiones a obligaciones positivas, pero: (i) lo están en relación con el respeto de los derechos incluidos en el Convenio, que son derechos civiles y políticos (en los casos *Marckx* (TEDH 1979, 2) y *Airey* (TEDH 1979, 3), los derechos a la vida familiar, a la propiedad y a un proceso equitativo), esto es, no lo están en relación con el respeto de *cualquier* derecho; (ii) se trata de obligaciones que, en los casos de referencia, también podían haber sido definidas como obligaciones negativas; y (iii) el propio Convenio establece expresamente alguna obligación positiva.

(3) En tercer lugar, el TEDH hizo dos afirmaciones concernientes a la relación entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales. La primera es que algunos derechos civiles y políticos tienen prolongaciones de orden económico y social; la segunda es que ninguna división estanca separa los derechos sociales de los derechos civiles y políticos. Ambas afirmaciones son muy sensatas, sin duda. Sin embargo, resultan muy modestas, por no decir triviales. Para comprobarlo, basta invocar las afirmaciones contrarias, y constatar su insensatez: ¿quién podría sostener que los derechos civiles y políticos no tienen «prolongaciones» de orden económico o social? ¿Acaso los propios derechos no son ellos mismos instituciones normativas que perfilan aspectos básicos de la vida social y económica? Y, por otra parte, ¿quién podría sostener que entre los derechos civiles y políticos y los sociales no sólo hay «diferencias», sino que además existe una «división estanca» entre uno y otro tipo de derechos? Sostener algo así equivaldría a decir que no existe ningún tipo de comunicación entre ellos, lo cual es decir demasiado.

Es cierto que las aseveraciones del TEDH suponen, como he dicho antes, un «acortamiento» de la distancia entre los derechos civiles y políticos y los sociales; pero sólo si partimos de una distancia tan excesiva como la que expresarían esas afirmaciones contrarias tan poco plausibles. Por eso, entiendo que las del Tribunal son «modestas», puesto que se limitan a recordar algo difícilmente cuestionable.

(4) En cuarto lugar, sostiene el TEDH que «el Convenio debe leerse a la luz de las condiciones de vida de hoy». Aquí de lo que se trata es de optar por la que suele llamarse «interpretación sociológica» de las normas, esto es, una interpretación que tenga

en cuenta el contexto social en el que van a ser aplicadas, que bien puede ser distinto de aquel en el que fueron aprobadas años atrás, sobre todo en el caso de normas con pretensión de longevidad, como parece ser el caso de las del Convenio. De nuevo, nos encontramos ante una afirmación de difícil contestación: no creo que nadie sea partidario de interpretar las normas «a la luz de las condiciones de vida del pasado», ni siquiera los originalistas norteamericanos.

En síntesis, y al menos a primera vista, las afirmaciones del TEDH en la sentencia *Airey* (TEDH 1979, 3) merecen la consideración de modestas, en el sentido de que son de difícil contestación y de que suscitarán adhesión general. De hecho, los votos particulares en *Airey* (TEDH 1979, 3) (y también en *Marckx* (TEDH 1979, 2)) no cuestionaron tales afirmaciones, sino las derivaciones concretas que la mayoría del TEDH extrajo de ellas a la hora de decidir ambos casos. Ahora lo que tenemos que preguntarnos es hasta qué punto estas afirmaciones permiten fundar una hipotética jurisprudencia social o, incluso, la tutela de derechos sociales.

3. LA INTERPRETACIÓN ACADÉMICA DE LA DOCTRINA AIREY (TEDH 1979, 3): UN TRIBUNAL MÁS AUDAZ DE LO QUE PODRÍA PARECER

Como señalé al principio, han sido muchos quienes han valorado muy positivamente cada una de las afirmaciones reseñadas, las cuales se han ido consolidando a través de su reiteración en decisiones posteriores, aunque esta consolidación no ha sido inmediata, sino bastante tardía (Nivard 2012: 83-84). En síntesis, el conjunto de tales afirmaciones supondría la base teórica a partir de la cual el TEDH podría tutelar los derechos sociales, o al menos algunos de ellos, incluso aunque no estuvieran expresamente incluidos en el Convenio.

La mejor prueba de ello, se aduce, es que el propio TEDH ha desarrollado una línea de protección de tales derechos, desde luego indirecta, o «*par ricochet*» (de rebote) (Sudre 2003: 760), pero relevante y sobre todo indicativa de futuros avances en este campo. Examinaremos después hasta qué punto cabe afirmar que el TEDH ha reconocido derechos sociales y en qué términos lo ha hecho, pero antes conviene dar cuenta de las razones por las que se ha considerado que las afirmaciones de *Airey* (TEDH 1979, 3) pueden llegar a ser tan fecundas, cuando, a primera vista, resultan tan inocentes.

La doctrina *Airey* (TEDH 1979, 3) (vamos a llamarla así) ponía en cuestión dos creencias en materia de derechos sociales que eran dominantes en su época: (1) que los derechos sociales no son justiciables ante un tribunal; y (2) que el CEDH no reconoce derechos sociales. Si estas creencias eran demolidas, la vía para que el TEDH desarrollara una jurisprudencia protectora de los derechos sociales quedaba abierta. Por supuesto, ambas tenían que ser demolidas a la vez, puesto que, si subsistía una de ellas, el TEDH seguiría sin estar capacitado para intervenir en materia de derechos sociales. Si subsistía (1), el TEDH no estaría en condiciones de proteger los derechos sociales, por ser un tribunal, y a pesar de que los derechos sociales estuvieran reconocidos en el Convenio (se trataría de un reconocimiento inoperante, meramente retórico). Si subsistía (2), el TEDH

tampoco estaría en condiciones de proteger los derechos sociales porque, por mucho que estos sean genéricamente justiciables, lo serán sólo si están reconocidos por la norma jurídica que el tribunal de referencia debe aplicar, en este caso el Convenio.

Pues bien, la doctrina Airey (TEDH 1979, 3) podía ser articulada o interpretada de manera que ambas creencias fueran rebatidas. Empezando por (1), la creencia de la no justiciabilidad de los derechos sociales se basaba en la idea de que los genuinos derechos humanos tienen por contenido omisiones estatales (esto es, imponen obligaciones negativas); en cambio, los derechos sociales expresarían ideales políticos que, por muy respetables que fueran, no podrían ser derechos humanos auténticos, porque exigen acciones estatales (obligaciones positivas).

La consecuencia era un reparto del trabajo institucional según el cual los derechos sociales debían ser promovidos por las instituciones legislativas y ejecutivas, y los derechos civiles y políticos (los derechos «de verdad») debían ser protegidos por los órganos judiciales. No es este el momento para explicar con detalle cuáles eran los fundamentos de esta concepción «negativa» de los derechos humanos, que dejaba fuera a los derechos sociales. Basta con retener que la pieza técnica fundamental de esta concepción era que los derechos humanos impondrían obligaciones negativas y los derechos sociales impondrían obligaciones positivas (Abramovich y Curtis 2012: 310).

Cuando el TEDH pone en cuestión la relevancia de la distinción entre ambos tipos de obligaciones (al afirmar que la tutela de los derechos civiles y políticos puede requerir la imposición al Estado no sólo de obligaciones negativas, sino también de obligaciones positivas), lo que hace es dar un paso clave para la negación de (1). Puesto que ahora: o bien se niega que el TEDH pueda proteger los derechos civiles (porque requieren acciones del Estado y no sólo omisiones), o bien hay que aceptar que también puede proteger los derechos sociales (si resulta que su supuesta no justiciabilidad descansaba en el hecho de que exigían acciones del Estado). Naturalmente, el TEDH no podía elegir la primera opción, que hubiera supuesto renunciar a la función que le es propia: la protección de los derechos civiles y políticos reconocidos por el Convenio. Por tanto, tenía que elegir la segunda: al aceptar que puede imponer acciones u obligaciones positivas a los Estados, estaba aceptando que podía proteger también los derechos sociales.

En realidad, el TEDH no se arrogó expresamente esta competencia, sino que se limitó a reivindicar su capacidad para imponer obligaciones positivas a los Estados, con el fin de garantizar los derechos civiles y políticos reconocidos por el Convenio. Sin embargo, como la no justiciabilidad de los derechos sociales se basaba en que estos requerían (o consistían en) obligaciones positivas, el TEDH habría removido este obstáculo al afirmar que la protección de los derechos (del tipo que fueran) podía requerir de obligaciones positivas y que, por tanto, un tribunal (en este caso, él mismo) podía y debía imponer obligaciones positivas cuando fuera necesario. A esta conclusión, relativa a los derechos sociales, no tenía que llegar el TEDH, puesto que estaba lidiando con derechos civiles (recordemos: proceso equitativo, vida privada y familiar, y propiedad); pero sus comentaristas sí podían deducirla sin esfuerzo.

La afirmación de que los derechos sociales son justiciables ante un tribunal podía ser muy importante desde un punto de vista teórico o general, pero resultaría insuficiente para mejorar la suerte de los derechos sociales en Estrasburgo, si resultaba que el Convenio no los reconocía. Sin embargo, el resto de afirmaciones de la doctrina *Airey* (TEDH 1979, 3) podía servir precisamente para sostener que el Convenio sí reconoce derechos sociales. Veamos cómo.

La pieza fundamental del argumento la encontramos en la tesis de la indivisibilidad de los derechos humanos, una tesis muy popular en el ámbito académico de la filosofía del derecho y del derecho internacional público, e incluso asumida oficialmente por las Naciones Unidas desde 1977 (Resolución 32/130 de la Asamblea General). El TEDH no la mencionaba expresamente en la sentencia *Airey* (TEDH 1979, 3), pero algunos intérpretes de su jurisprudencia e incluso los propios jueces de la Cour (Tulkens 2003: 119-120; Raimondi 2016: 80) la han considerado implícita, sobre la base de dos afirmaciones que el TEDH sí hizo y que ya conocemos: una, que los derechos civiles y políticos pueden tener implicaciones sociales y económicas y que, por tanto, no hay que descartar una determinada interpretación del Convenio por el hecho de que nos lleve al terreno de los derechos sociales; y dos, que el objeto del Convenio no es proteger derechos «teóricos o ilusorios», sino «concretos y efectivos». Esta segunda afirmación, como tal, bien puede considerarse tautológica; sin embargo, en el contexto en el que se ubicaba (la justificación de la imposición de una obligación positiva a un Estado), podía interpretarse como que el TEDH estaba sugiriendo que los derechos civiles y políticos podían resultar «teóricos o ilusorios» si no iban acompañados por el reconocimiento de los derechos sociales, por lo menos en determinadas circunstancias (como las del caso *Airey* (TEDH 1979, 3), y siempre y cuando consideremos que la provisión de asistencia letrada gratuita es un derecho social, algo que, como veremos, es discutible). Esta lectura era tanto más plausible si el lector de la jurisprudencia de Estrasburgo estaba convencido de la verdad de la tesis de la indivisibilidad.

Más allá de eso, la interpretación jurídica que está en la base de la línea jurisprudencial abierta por la sentencia *Airey* (TEDH 1979, 3) ha sido calificada con frecuencia como dinámica, como constructiva o como creativa (Sudre 2003: 758; Nivard 2012a: 283ss.; Nivard 2012b: 214-215; Mestre 2016: 122-123), un tipo de interpretación que el propio TEDH habría asumido a través de expresiones de apariencia tan ingenua como la de que «el Convenio debe leerse a la luz de las condiciones de vida de hoy», y que estaría justificada adicionalmente por el hecho de que las normas de la Convención son «abiertas» o incluso constituyen «objetos no identificados» (Morte y Salinas 2009).

Pues bien, si tenemos en cuenta que hay una conexión necesaria entre los derechos civiles y políticos y los sociales, tal como la tesis de la indivisibilidad postula (de manera que los primeros pueden devenir ineficaces sin los segundos), y si tenemos en cuenta también que el contenido normativo del Convenio está abierto o incluso no está identificado de antemano (y, por tanto, se presta a una interpretación dinámica, constructiva o creativa, en todo caso sensible a la realidad del tiempo presente, la cual cabe suponer que incluye esa conciencia de la indivisibilidad de los derechos), entonces la afirmación de

que el Convenio reconoce (o puede llegar a reconocer por vía jurisprudencial) derechos sociales no resulta tan sorprendente.

Ahora ya estamos en condiciones de comprender por qué las afirmaciones de la sentencia *Airey* (TEDH 1979, 3) no eran tan modestas como parecían, al menos si son interpretadas de la manera que acabamos de resumir. Porque la doctrina *Airey* (TEDH 1979, 3) supondría nada menos que el principio del fin del sistema de protección dual de los derechos en el Consejo de Europa (los derechos civiles y políticos, a través del CEDH y del TEDH; los derechos sociales, a través de la Carta Social Europea y del Comité Europeo de Derechos Sociales), una vez que el TEDH había quedado habilitado (por sí mismo) para proteger judicialmente los derechos sociales. Por eso, los partidarios de la justiciabilidad de los derechos sociales han recibido con entusiasmo la supuesta consolidación de la doctrina *Airey* (TEDH 1979, 3) a lo largo de las últimas décadas, y todavía esperan mucho más. No es de extrañar que, recordando una famosa intervención parlamentaria de Danton como lo hace Frédéric Sudre, reclamen al Tribunal «de l'audace, encore de l'audace, toujours de l'audace» (Sudre 2003: 779).

III. LA JURISPRUDENCIA SOCIAL DEL TEDH

Hasta aquí, el modo en que la literatura académica ha interpretado las afirmaciones del TEDH en la sentencia *Airey* (TEDH 1979, 3) y en otras posteriores, a saber, como la vía para reconocer la existencia de derechos sociales implícitos en el Convenio y para atribuirse la competencia de garantizarlos. Como decía antes, la mejor prueba de la apertura de esta vía sería la propia labor del TEDH, que, a partir de *Airey* (TEDH 1979, 3), habría desarrollado una línea jurisprudencial de reconocimiento y defensa de este tipo de derechos. Para valorar esta prueba tendremos que examinar sus instancias concretas, porque el término «derechos sociales» no designa un objeto único, sino más bien una pluralidad muy diversa de posiciones normativas.

Sin embargo, conviene empezar recordando (con Roman 2012b: 323) que, ya en el siglo XXI, el TEDH reafirmaba su doctrina de las obligaciones positivas establecida en *Marckx* (TEDH 1979, 2) y *Airey* (TEDH 1979, 3), pero la matizaba en estos términos:

«El Tribunal ha deducido la existencia de este tipo de obligaciones a cargo de un Estado cuando ha constatado la presencia de un vínculo directo e inmediato entre, por una parte, las medidas solicitadas por un demandante y, por otra parte, su vida privada y/o familiar (...) El Tribunal recuerda que en la sentencia *Botta c. Italie* (TEDH 1998, 60) [1998], ha llegado a la conclusión de que el artículo 8 es inaplicable a situaciones que engloban relaciones interpersonales de un contenido tan amplio e indeterminado que ningún vínculo directo entre las medidas solicitadas al Estado y la vida privada del interesado es identificable» (*Zehnalova y Zehnal c. República Checa*, 2002, decisión de inadmisión).

Todavía más interesante ahora es recordar que, esa misma decisión, se afirmaba que:

«La cuestión es saber dónde están los límites de la aplicabilidad del artículo 8 del Convenio y dónde está la frontera que separa los derechos garantizados por

el Convenio, de una parte, y los derechos sociales garantizados por la Carta Social Europea, de otra parte».

Con estas últimas palabras, el TEDH aceptaba de manera expresa la distinción entre los derechos del Convenio y los derechos sociales de la Carta Social (sin duda, los derechos sociales más característicos). El TEDH admite que esta distinción acaso no sea fácil de establecer y acaso no sea una «división estanca», pero existe y puede ser calificada como «frontera». La consecuencia que se sigue de inmediato es que el TEDH está negando su legitimidad para tutelar los derechos sociales más característicos. Y, por si no había quedado claro, en 2008 insistió en que:

«Aunque muchos de los derechos que reconoce el Convenio tienen prolongaciones de orden económico y social, éste aspira esencialmente a proteger los derechos civiles y políticos» (N. c. *Reino Unido* (TEDH 2008, 34), 2008, párr. 44).

Aun así, podemos seguir preguntándonos si el TEDH se ha mantenido fiel a su declarada limitación a los derechos civiles y políticos o si, por el contrario, su propia jurisprudencia desmiente tal limitación. Como se ha dicho antes, y a los efectos de este examen, lo que haya de entenderse por «derechos sociales» o, de manera más prudente, por «dimensión social» de los derechos, es una realidad jurídica plural y muy diversa que cuesta ordenar. Con la ayuda de quienes lo han intentado previamente, podemos establecer las siguientes categorías, sin ánimo de alcanzar una sistematización rigurosa ni exhaustiva, que no es necesaria a los efectos de este estudio.

1. EXTENSIÓN DEL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO (ART. 6 CEDH) AL ÁMBITO DE LOS CONTENCIOSOS VINCULADOS CON DERECHOS SOCIALES

(Daugareilh 2001: 126; Nivard 2012a: 634ss.; Bonet 2014). O, también, «garantía jurisdiccional universal respecto de las pretensiones relativas a derechos sociales» (López Guerra 2015; 401). En este caso, ha bastado con entender que en el concepto de «derechos y obligaciones de carácter civil» (art. 6.1) han de incluirse también los que derivan de contratos laborales o del régimen bajo el que se disfruta de una pensión u otra prestación semejante. Esta inclusión parece muy justificada, si recordamos que el derecho del trabajo es derecho privado y surgió en su momento como rama desgajada del derecho civil.

2. APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN (ART. 14 Y PROTOCOLO 12 CEDH) A LOS DERECHOS SOCIALES

(Daugareilh 2001: 128; Sudre 2003: 768 ss.; Flauss 2004: 62; Palmer 2009: 421 ss.; Nivard 2012a: 551 ss.; Mestre 2016: 125 ss.). El CEDH contiene dos cláusulas de no discriminación: una en su artículo 14, aplicable a los derechos del propio Convenio, y otra en su Protocolo 12 (aprobado en 2000 y ya en vigor, aunque para un limitado número de Estados), aplicable a cualesquiera derechos de que disfruten los ciudadanos de un Estado sujeto a la jurisdicción del TEDH. Teniendo en cuenta el Protocolo 12, un

ciudadano podrá, por tanto, recurrir al TEDH para proteger sus derechos sociales frente a una posible discriminación, siempre y cuando sea titular de tales derechos de acuerdo con el sistema jurídico de su Estado. El propio art. 14 puede ser también aplicable en relación con hipotéticos derechos sociales que hayan sido deducidos del texto del Convenio.

3. DIMENSIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD (ART. 1 PROTOCOLO 1 CEDH)

(Daugareilh 2001: 129; López Guerra 2015: 402; Raimondi 2017: 357). A partir de 1996 (*Gaygusuz c. Austria*), el TEDH ha venido considerando que las prestaciones sociales monetarias de distintos tipos (entre ellas, las pensiones y los subsidios de desempleo o de subsistencia) pueden incluirse en el concepto de «bienes» a los efectos de la aplicación del Protocolo 1, art. 1 («Toda persona física o jurídica tiene el derecho al respeto de sus bienes»). De este modo, la protección establecida inicialmente para la propiedad privada se extiende también a otras modalidades patrimoniales, algunas de las cuales constituyen derechos sociales clásicos.

La ampliación del concepto de «bien» no debe sorprender: asume la tesis central contenida en el viejo y buen artículo de Charles Reich, «The New Property» (Reich 1964), según la cual en el Estado contemporáneo el bienestar material ya no depende sólo, ni principalmente, de la propiedad, sino de ciertas formas de relación entre los ciudadanos y el Estado (en especial, las prestaciones sociales) a las que llama «nueva propiedad». Por eso, la ampliación del concepto de «bien» llevada a cabo por el TEDH parece muy sensata. Eso sí, del mismo modo que el Protocolo 1, art. 1 protege sólo a quienes ya son propietarios, protegerá sólo a quienes ya son beneficiarios de una prestación social de acuerdo con el derecho vigente en su país.

4. LIBERTAD SINDICAL (ART. 11 CEDH)

(Margenaud y Mouly 2008). Como es sabido, el Convenio reconoce expresamente la libertad sindical en su art. 11. Desde el punto de vista de su ámbito de aplicación (el de las relaciones laborales) y de su vinculación histórica con el movimiento obrero, la libertad sindical ha sido considerada tradicionalmente como un derecho social. Sin embargo, desde el punto de vista de su contenido y consiguiente estructura normativa, la libertad sindical no exige obligaciones positivas por parte del Estado (o no más que cualquier otra libertad pública) y no participa, pues, de la naturaleza y de los problemas de los derechos sociales de prestación. El TEDH ha incluido el derecho a la negociación colectiva dentro de la libertad sindical (véase, por ejemplo, *Demir et Baykara c. Turquía* (JUR 2008, 350504), 2008); en el caso del derecho de huelga y su posible consideración como parte de la libertad sindical, su jurisprudencia ha sido dubitativa. En todo caso, tanto la negociación colectiva como la huelga son, al igual que la libertad sindical, derechos de naturaleza no esencialmente prestacional.

5. EDUCACIÓN (ART. 2 PROTOCOLO 1 CEDH)

Junto con la libertad sindical, la educación podría considerarse como el otro derecho social expresamente reconocido por el CEDH, en este caso en su Protocolo 1, art. 2. Sin embargo, el derecho contenido en esa norma es más bien una modalidad del derecho a la no discriminación, en este caso, el derecho a no ser discriminado en el ámbito del sistema educativo (Pérez Alberdi 2001: 96-97; Morte y Salinas 2009). Desde luego, la letra de la norma («A nadie se le puede negar el derecho a la educación») permitiría ser interpretada como concediendo un genuino derecho a la prestación de servicios educativos (Carmona Cuenca 2017: 1214-1215). Sin embargo, el TEDH, en línea con la intención con la que fue redactado el Protocolo 1, no lo ha hecho así:

«El Tribunal recuerda que, según su bien establecida jurisprudencia, el derecho a la instrucción, tal como está previsto por la primera frase [la transcrita] del artículo 2 del Protocolo 1 del Convenio, garantiza a cualquiera que esté sujeto a la jurisdicción de los Estados contratantes “un derecho de acceso a los establecimientos escolares existentes en un momento dado”» (*Memlika c. Grecia* (TEDH 2015, 108), 2015, párr. 50; el subrayado es mío).

Es decir, la norma no establece la obligación positiva del Estado de prestar servicios educativos, sino la obligación de no discriminar en la prestación de los servicios educativos que ya estén siendo efectivamente prestados por el Estado.

6. VIVIENDA (ARTS. 3 Y 8 CEDH)

En algunas sentencias recientes (*Yordanova c. Bulgaria* (JUR 2012, 142849), 2012; *Winterstein c. Francia* (JUR 2013, 321282), 2013), el TEDH ha considerado que la privación de la vivienda habitual puede suponer una violación del derecho a la vida familiar reconocido por el art. 8 (López Guerra 2015: 406). Hay que destacar que en ambos casos había tenido lugar un desahucio, esto es, la privación de una vivienda de la que se disfrutaba con anterioridad, que es el supuesto más habitual con el que se enfrenta la jurisprudencia del TEDH en materia de vivienda. En cambio, el TEDH ha rechazado que la no provisión pública de una vivienda a quien no disfruta de ella suponga un atentado al derecho a la vida familiar (*Marzari c. Italia*, 1999) o un trato degradante de los prohibidos por el art. 3 (*O'Rourke c. Reino Unido*, 2001). Lo que, con carácter general, sí exige el TEDH es que exista un procedimiento judicial adecuado para controlar cualquier desahucio (Bernard 2009).

7. MÍNIMO VITAL (ART. 3 CEDH)

(Nivard 2012a: 518-525; López Guerra 2015: 404-405; Raimondi 2016: 82). No garantizar un nivel mínimo de subsistencia a los ciudadanos podría constituir un trato inhumano o degradante prohibido por el art. 3 de la Convención. Así lo sugiere el TEDH en la decisión de inadmisión *Larioshina c. Rusia* (2002) (una sugerencia confirmada en

Moldovan c. Rumanía, 2005 y *Budina c. Rusia*, 2009) en relación con el importe de la pensión recibida por la recurrente:

«The Court considers that a complaint about a wholly insufficient amount of pension and the other social benefits may, in principle, raise an issue under Article 3 of the Convention which prohibits inhuman or degrading treatment» (*Larioshina c. Rusia*, decisión de inadmisión, 2002).

A falta todavía de alguna sentencia condenatoria que confirme esta doctrina, podemos suponer que el TEDH considera que los Estados están obligados a garantizar la subsistencia de todos los ciudadanos, cuando ellos no sean capaces de hacerlo por sí mismos, pues lo contrario sería infligirles un trato inhumano o degradante incompatible con su dignidad y prohibido por el art. 3.

8. SALUD (ART. 2 CEDH)

(Neufville 2011; Nivard 2012a: 528-531; Carmona Cuenca 2017: 1230-1233). La sentencia *Calvelli y Ciglio c. Italia* (TEDH 2002, 1) (2002) contiene dos afirmaciones relevantes en relación con el derecho a la atención sanitaria. La primera es que el art. 2 de la Convención, que protege el derecho a la vida, impone a los Estados la obligación (positiva) de garantizar la vida de aquellos que están bajo su jurisdicción. La segunda es que este principio rige en el ámbito de la salud pública, de manera que el Estado ha de asegurar que los hospitales (tanto públicos como privados) dispongan de los medios necesarios para proteger la vida de sus pacientes:

«La primera frase del artículo 2, que se sitúa entre los artículos primordiales del Convenio en cuanto que consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa (...) impone al Estado la obligación no solamente de abstenerse de dar muerte “intencionalmente”, sino también de tomar las medidas necesarias para la protección de la vida de las personas dependientes de su jurisdicción» (*Calvelli y Ciglio c. Italia* (TEDH 2002, 1), 2002, párr. 48). «Estos principios se aplican también en el ámbito de la sanidad pública. Las obligaciones positivas enunciadas más arriba implican la puesta en práctica de un marco reglamentario que imponga a los hospitales, sean públicos o privados, la adopción de medidas que aseguren la protección de la vida de sus pacientes» (*Calvelli y Ciglio c. Italia* (TEDH 2002, 1), 2002, párr. 49).

Más adelante, en *Nencheva y otros c. Bulgaria* (JUR 2013, 198774) (2013), el TEDH ha consolidado su doctrina de que la protección de la vida impone obligaciones positivas a los Estados, recordando varias de sus decisiones anteriores en las que ha impuesto este tipo de obligaciones en campos bien diversos (sanidad pública, actividades peligrosas, riesgo de calamidades, servicios de emergencia, seguridad en el espacio público); y advirtiendo que esta lista no es exhaustiva, sino que:

«La obligación de proteger la vida debe ser interpretada como vigente en el contexto de cualquier actividad, pública o no, susceptible de poner en peligro el derecho a la vida» (*Nencheva y otros c. Bulgaria* (JUR 2013, 198774), 2013, párr. 106).

Hasta aquí, nuestro somero examen de algunos de los ámbitos en los que cabe predicar (o, por lo menos, así ha sido entendido) la protección de derechos sociales por parte del TEDH. Es posible que haya otros, pero los indicados son suficientes para orientar la reflexión que sigue.

IV. DOS CONCEPCIONES DE LOS DERECHOS SOCIALES

A la vista de su propia jurisprudencia, ¿podemos afirmar que el TEDH reconoce y protege derechos sociales? Y, siendo así, ¿cómo puede ser compatible este reconocimiento y protección con la ausencia de estos derechos en el CEDH y con las declaraciones del TEDH en ese mismo sentido? La respuesta a estas preguntas depende, al menos en su parte más significativa, de la concepción de los derechos sociales que adoptemos. En efecto, es posible identificar dos concepciones bien distintas de esta clase de derechos (Marshall 1992; Herrera 2004; Atria 2004), lo cual es una muestra de que no se trata de una noción pacífica sino, bien al contrario, controvertida y generadora de múltiples perplejidades (Champeil Desplats 2012a; Millard 2012). Con el fin de reevaluar la jurisprudencia social del TEDH, propongo la distinción entre una concepción «fuerte» y una concepción «débil» de los derechos sociales, que trazaré todo lo esquemáticamente que me sea posible (una exposición más detallada se encuentra en García Manrique 2013: 16-21). Se trata, desde luego, de una distinción establecida en términos analíticos, pero que permite comprender los avatares de la historia de estos derechos desde mediados del siglo XIX hasta nuestros días.

1. LA CONCEPCIÓN FUERTE Y LA CONCEPCIÓN DÉBIL DE LOS DERECHOS SOCIALES

La concepción «fuerte» se caracteriza por: (1) Los derechos sociales son derechos que tratan de garantizar un reparto igualitario entre todos los ciudadanos de los bienes o recursos implicados por cada uno de esos derechos. (2) El objetivo de los derechos sociales es la igualación de la condición social de los ciudadanos (Atria 2004) o su «emancipación» (Herrera 2004: 33). (3) Los derechos sociales requieren la plena desmercantilización de los bienes o recursos implicados, que se asignan exclusivamente por la vía de la ciudadanía (Marshall 1992).

Por el contrario, la concepción «débil» se caracteriza por: (1) Los derechos sociales garantizan una porción mínima de los bienes y recursos implicados a todos los ciudadanos, pero no pretenden su reparto igualitario. (2) El objetivo de los derechos sociales es la erradicación de la pobreza (Atria) o la «integración» social estratificada (Herrera), pero no la igualdad. (3) Los derechos sociales requieren sólo una desmercantilización parcial de los bienes y recursos implicados, puesto que se asignan mediante un mecanismo mixto entre ciudadanía y mercado (Marshall).

Por tanto, según la concepción fuerte, los derechos sociales son derechos a un reparto igualitario; en cambio, según la concepción débil, los derechos sociales son derechos a una porción mínima, que es compatible con un reparto desigualitario. Esta diferencia puede verse con claridad en el caso de derechos sociales típicos como son la salud y la

educación. De acuerdo con una concepción fuerte, de lo que se trata es de garantizar que los recursos sanitarios o educativos están a disposición de todos en igualdad de condiciones, sin que la capacidad económica de cada uno permita alterar (para mejor o para peor) esta igualdad. En cambio, de acuerdo con una concepción débil, todos los ciudadanos tienen asegurado un cierto nivel de recursos sanitarios o educativos (por ejemplo, los que proporcionan los sistemas públicos), pero pueden mejorar individualmente este nivel en función de su capacidad económica, puesto que una parte de los recursos se distribuye por la vía del mercado (si existen empresas privadas que ofrecen servicios educativos o sanitarios a cambio de un precio).

Importa darse cuenta de que nos hallamos ante concepciones «ideales», en el sentido de que no pretenden describir ningún modelo realmente existente, sino suministrar un criterio que permita evaluar el modo concreto en que los derechos sociales son reconocidos y puestos en práctica. Podríamos pensar ambas concepciones como sendos polos de un eje en el cual se pueden ubicar los modelos realmente existentes, la mayoría de los cuales se ubicarían en algún punto intermedio, más o menos cercano a uno de los polos. Una imagen como esta puede ayudar a comprender el sentido de lo que hace y de lo que dice el TEDH en relación con los derechos sociales y a disolver aparentes contradicciones.

Mi intención aquí no es, pues, optar por una u otra concepción, sino sólo hacer ver que son muy distintas, y que la respuesta al problema que nos ocupa (si el TEDH protege los derechos sociales, y si debe hacerlo) no puede responderse en abstracto, sino por referencia a una de las dos concepciones. De todas formas, no debo ocultar mi opinión, siquiera sea brevemente. Me limitaré a observar que la concepción fuerte es preferible porque es la más consistente tanto con la idea rectora que inspira los derechos humanos en general (a saber, la de que todos los bienes básicos para la vida humana deben estar a igual disposición de todos los miembros de la comunidad) como, en particular, con los derechos civiles y políticos, que claramente responden a la que he llamado concepción «fuerte», aunque el tipo de bienes o recursos sobre los que se ejercen tengan una naturaleza distinta: incluso si no son pretacionales, tiene sentido la idea de que todo derecho supone el control sobre un determinado recurso, aunque sea de naturaleza inmaterial. Así, por ejemplo, el derecho a la participación política se expresa en el dicho «un hombre, un voto», esto es, la participación política se reparte entre todos por igual, lo que supone una desmercantilización total del recurso afectado (de manera que no existe un mercado de votos en el que los ciudadanos puedan aumentar su nivel de participación política respecto de otros); del mismo modo, el derecho a la integridad física supone una prohibición absoluta (y no relativa) de los tratos inhumanos o degradantes; es decir, no se nos garantiza un cierto nivel mínimo de integridad física que podamos luego aumentar en función de nuestra capacidad económica comprando mayores cuotas de integridad. Si esto suena tan absurdo, es precisamente porque tenemos plenamente asumido que los derechos civiles y políticos responden a la que llamo concepción fuerte de los derechos. Son, pues, razones de consistencia interna las que me llevan a considerar que la concepción fuerte de los derechos sociales es preferible a la débil, y que ésta sólo se justifica si supone una vía de transición hacia el asentamiento de una concepción fuerte.

No obstante, hay que insistir en que nos hallamos ante una cuestión de grado, y razones diversas de oportunidad podrían aconsejar, en un contexto determinado o en relación con un derecho concreto, la opción por una concepción sólo relativamente fuerte frente a otra que lo fuera en un grado superior. En todo caso, y esto es lo que ahora importa, vamos a ver cómo la opción por una o por otra supone una visión distinta de la labor que lleva a cabo el TEDH en materia de derechos sociales.

2. REEVALUACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOCIAL DEL TEDH

Para empezar, de las ocho dimensiones examinadas de la jurisprudencia «social» del TEDH, hay cuatro que no pueden ser consideradas como expresivas del reconocimiento de derechos sociales, con independencia de la concepción que se sostenga de ellos: se trata del derecho a un proceso equitativo en los procesos vinculados con derechos sociales; el derecho a la no discriminación aplicado a los derechos sociales; la dimensión social de la propiedad; y la protección del derecho a la educación. Es cierto que, en cada uno de estos ámbitos, las decisiones del TEDH están vinculadas con instancias del ejercicio de algún derecho social; sin embargo, en ninguno de estos casos se produce una atribución de derechos sociales por parte del TEDH. Se trata, en cambio, de situaciones donde cabe identificar derechos sociales preexistentes y atribuidos a sus titulares por el sistema jurídico estatal, y no por el CEDH o por las decisiones del TEDH. La actividad del TEDH en estos campos permite hablar, si se quiere, de una «dimensión social» de su jurisprudencia, o de su «socialización» (Roman 2012b: 322; Nivard 2012b: 209). También resulta evidente que el TEDH ha decidido proteger los derechos del Convenio cuando resultan violados en el ámbito laboral (Marguénaud y Mouly 2008), de lo cual es buena muestra la sentencia *Fuentes Bobo c. España*, de 2000. Todo ello cabe valorarlo muy positivamente, puesto que no hay razón por la cual dejar de lado la protección de los derechos civiles y políticos en determinados ámbitos, sobre todo cuando en ellos tiene lugar buena parte de nuestra actividad cotidiana, como es el caso del laboral. Sin embargo, en cualquiera de estos casos, no cabe afirmar que el TEDH protege derechos sociales, sino que protege, respectivamente, derechos procedimentales (art. 6 CEDH), la igualdad ante la ley o el derecho a la no discriminación (art. 14 CEDH), el derecho de propiedad (art. 1 Protocolo 1 CEDH) o, en el caso del derecho a la educación (tal como está previsto en la Convención o, al menos, tal como ha sido interpretado por el TEDH), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9 en relación con art. 2 Protocolo 1 CEDH) y, también, la no discriminación. Ninguno de estos derechos puede ser calificado como derecho «social» en el sentido en que habitualmente se usa esta expresión, y sólo cabe sostener que la protección de estos derechos tiene lugar en ámbitos o circunstancias en las que están en juego derechos sociales, cuya garantía se ve, desde luego, indirectamente reforzada, pero sólo porque nos hallamos ante supuestos en los que han sido conculcados esos otros derechos civiles reconocidos por el CEDH.

Por supuesto, ello no quita importancia a la amplia jurisprudencia del TEDH en estas materias; se trata, simplemente, de que deben quedar al margen de la cuestión que nos ocupa, porque no suponen instancias de reconocimiento y garantía de derechos

sociales, sino de derechos civiles expresamente establecidos en el CEDH. Desde luego, estos derechos tienen una dimensión «social» multiforme que el TEDH hace bien en reconocer, pero que no equivale a la protección de ciertos derechos distintos a los que calificamos también con ese adjetivo de «sociales», en un ejercicio típico de la mucha vaguedad que caracteriza el lenguaje de la teoría de los derechos.

El caso de la libertad sindical (y, en su caso, de los derechos conexos con ella: negociación colectiva y huelga) es especial y podemos dejarlo aparte, porque se trata del único derecho social previsto expresamente por el CEDH y porque no responde al modelo de los derechos de prestación. Es decir, por una razón y por la otra, la protección de la libertad sindical y de derechos conexos no es una instancia de esa tendencia jurisprudencial identificada al principio de este artículo y que consistiría en proteger derechos no expresamente previstos por el CEDH mediante la imposición de obligaciones positivas a los estados. Sin embargo, merece la pena observar que la libertad sindical está configurada de acuerdo con la concepción fuerte de los derechos sociales y responde así a la misma lógica de los derechos civiles y políticos; pero, atención, la razón no es que sea una «libertad», en el sentido de que exija sólo «omisiones» por parte del Estado, pues si algo deja claro la doctrina Airey (TEDH 1979, 3) del TEDH es que la plena efectividad de una libertad puede requerir la imposición de obligaciones positivas. La razón es, más bien, que la capacidad económica de los ciudadanos deviene irrelevante a la hora de determinar el grado de libertad sindical de que disponen (que, por tanto, es la misma para todos). Que esta técnica no es específica de las «libertades» se comprueba con cláusulas como la que contiene el art. 3.2 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe que las partes del cuerpo humano se conviertan en objeto de lucro, una cláusula que formaría parte indispensable de un hipotético derecho fundamental al trasplante de órganos. Es decir, es la técnica de la desmercantilización (se aplique a una «libertad» o a un derecho de otro tipo) lo que caracteriza la concepción fuerte de los derechos (sean sociales, sean civiles o políticos).

Restan, pues, tres instancias de la jurisprudencia social del TEDH, que son las más significativas del problema que nos ocupa, y las que pueden ser interpretadas de manera diversa en función de la concepción de los derechos sociales por la que hayamos optado: se trata del derecho a la salud, del derecho a la vivienda y del derecho al mínimo vital. En los tres casos, lo que el TEDH está dispuesto a garantizar es, sin duda, un «mínimo» (y por eso el primero y el segundo podrían reducirse al tercero), siempre con fundamento en ciertos derechos civiles establecidos en el CEDH (el derecho a la vida, el derecho a la vida privada y familiar y la prohibición de los tratos degradantes). Pues bien, para los partidarios de una concepción fuerte de los derechos sociales resultará evidente que las decisiones del TEDH no suponen el reconocimiento de este tipo de derechos, puesto que no responden a la lógica igualitaria que les es propia ni, por supuesto, tienen implicaciones importantes para la mercantilización de los bienes o recursos implicados, que puede mantenerse sin mayores problemas. En cambio, los partidarios de una concepción débil de los derechos sociales sí podrían identificar su reconocimiento en estas decisiones, dado que no puede negarse que el TEDH asigna a «todos» ciertos mínimos de asistencia sanitaria (la necesaria para garantizar la vida), de alojamiento (si bien de manera

inconsistente, como veremos después) y de aquellos recursos que configuran el mínimo vital (sean estos los que sean).

Este doble significado del término «derechos sociales» puede explicar la aparente contradicción entre, por una parte, los pasajes de la jurisprudencia del TEDH en los que se declara incompetente para la protección de los derechos sociales y, por otra parte, las afirmaciones de quienes comentan esa misma jurisprudencia y encuentran en ella el reconocimiento de esos mismos derechos. La contradicción puede resolverse si observamos que, en realidad, no se trata de los mismos derechos. En efecto, el TEDH puede aducir que, en este tipo de asuntos, el alcance de sus decisiones se ciñe a la protección de los derechos (civiles y políticos) del CEDH y que, por tanto, no protege derechos sociales, salvo en el caso de que figuren explícitamente en el texto del CEDH (el caso particular de la libertad sindical y de los derechos vinculados con ella); pero, por otra parte, no puede negar (doctrina *Airey* (TEDH 1979, 3) mediante) que, para garantizar la efectividad de los derechos civiles y políticos cuya custodia le ha sido asignada, está obligada a garantizar también otros derechos que bien podemos calificar como «derechos sociales mínimos». Lo que sucede es que esta garantía no lo es de derechos autónomos, sino de derechos que se consideran, según los casos, o bien «conexos» con alguno de los del CEDH o bien «extensiones» del contenido de estos mismos derechos (Palmer 2009: 410 ss.). En uno y otro caso es resultado no varía: los derechos protegidos siguen siendo los del CEDH y de esos derechos sociales mínimos sólo se puede decir que reciben una protección «indirecta» (Bonet 2014: 30; Brems 2007: 139 ss.).

Por su parte, quienes afirman que el TEDH «protege los derechos sociales» admiten desde luego que se trata de una protección indirecta, pero han de admitir además que este tipo de protección no implica (ni puede implicar) un reconocimiento pleno del derecho social de que se trate, primero porque el derecho que se protege no es el derecho social como tal y, segundo, porque el TEDH insiste siempre en ceñirse al mínimo necesario para salvaguardar el derecho civil o político con el que el derecho social resulta vinculado. En definitiva, parece que cuando el TEDH niega su competencia para proteger derechos sociales se está refiriendo a ellos de acuerdo con la que hemos llamado su concepción «fuerte». En cambio, quienes afirman que el TEDH protege derechos sociales están usando el término de acuerdo con su concepción «débil». De este modo la contradicción aparente queda resuelta, al menos en alguna medida: el TEDH, en general, no protege derechos sociales (fuertes), pero, en particular (es decir, en particulares circunstancias en las que un derecho del CEDH resulta afectado), sí protege derechos sociales (débiles). La doctrina *Airey* (TEDH 1979, 3), pues, tiene un alcance limitado que permite al TEDH proteger ciertas dimensiones sociales de los derechos civiles y políticos sin necesidad de apartarse de su mandato y, por tanto, sin poner en cuestión el sistema dual de protección de los derechos establecido por el Consejo de Europa.

De todas formas, la protección otorgada por el TEDH en materia de salud, vivienda o procura existencial es realmente mínima, esto es, implica unas prestaciones muy bajas en cada uno de esos ámbitos, hasta el punto de que uno podría llegar a cuestionarse si realmente tiene sentido hablar aquí de «derechos sociales». Hay un pasaje de Marshall que merece la pena recordar aquí. Refiriéndose a la progresiva extensión del servicio

sanitario público británico (el *National Health Service*), observaba que sólo una exigua minoría («situada en la cima») seguía recurriendo a la sanidad privada, y añadía:

«El mínimo garantizado ha ascendido tanto que decir “mínimo” ya no resulta adecuado. Al menos en la intención, se quiere aproximar tanto a un máximo razonable que los elementos extraordinarios que los ricos pueden costearse son poco más que ornamentos y lujos. La norma del bienestar no es la compra del servicio, sino la provisión [pública] del mismo» (Marshall 1992: 60-61).

Es decir, cuando el mínimo de los servicios garantizados a todos (sean sanitarios, educativos o de otro tipo) es muy elevado, abandonamos el ámbito de la concepción débil de los derechos sociales, y entramos en el de la concepción fuerte, pues la norma es la provisión pública y no el recurso al mercado. Pues bien, a la inversa, cuando el mínimo es realmente bajo, acaso la mejor descripción de la posición jurídica de los ciudadanos no sea afirmar que son titulares de «derechos sociales mínimos», sino, más bien, que «no son titulares de derechos sociales», sino beneficiarios, cuando lo necesiten, de una caridad pública que, como el propio Marshall explicaba respecto de las etapas anteriores al Estado social, buscaba «aliviar la molestia de la pobreza sin alterar el modelo de desigualdad» (Marshall 1992: 51). Y, cuando con las prestaciones públicas no se pretende reducir la desigualdad sino simplemente aliviar la pobreza extrema, difícilmente podemos hablar de derechos sociales, ni siquiera de acuerdo con su concepción débil. Pues bien, en estas condiciones, ¿qué más cabe esperar del TEDH en materia de derechos sociales? ¿Hay razones para el optimismo en este campo, tal como muchos creen?

V. ¿QUÉ SE PUEDE ESPERAR DEL TEDH EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES?

1. LA INDIVISIBILIDAD: UNA TESIS DE FERTILIDAD JURÍDICA LIMITADA

Como decía al principio, muchos se han alegrado de este giro social de la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, viendo en él la asunción de la tesis de la indivisibilidad de todos los derechos humanos y la consiguiente apertura hacia su justiciabilidad indiferenciada; es decir, como si entre la indivisibilidad y la justiciabilidad hubiera una relación de causa y efecto. Sin embargo, las cosas no son tan sencillas. La tesis de la indivisibilidad suele ser invocada sin dar mayores explicaciones, dando por supuesto que su significado es evidente e indiscutido, cuando resulta que este significado está lejos de ser claro, al menos por tres razones: en primer lugar, porque el catálogo de los derechos humanos no está cerrado (esto es: «el sujeto» de la tesis no puede ser identificado con precisión); en segundo lugar, porque la indivisibilidad implica ciertamente una relación entre los derechos, pero no sabemos cuál (esto es: el «predicado» de la tesis tampoco puede ser identificado con precisión); en tercer lugar, porque desconocemos el terreno en el cual rige la indivisibilidad de los derechos (esto es: el «contexto de aplicación» de la tesis no resulta definido por la propia tesis).

En efecto, el catálogo de los derechos no está cerrado, y no tanto porque desconozcamos los «nombres» de los derechos, sino porque discrepamos acerca de lo que designan algunos de esos nombres. El caso más claro es precisamente el de los derechos

sociales, que, como hemos visto, admiten dos configuraciones muy distintas, con consecuencias jurídicas y sociales igualmente distintas. En particular, dentro del campo de los derechos sociales, hay un derecho que tiene un nombre (el derecho al trabajo) pero que no tiene un contenido determinado, de modo que, en realidad, no sabemos lo que significa afirmar el derecho al trabajo (García Manrique 2013: 312 ss.), incluso aunque compartamos la creencia de que es un derecho fundamental. Algunos de sus más esclarecidos partidarios consideran que el derecho al trabajo no puede reducirse a ciertos derechos de los trabajadores, como, pongamos por caso, la protección contra el despido o el desempleo o el establecimiento de una jornada máxima o un salario mínimo; sino que creen que el derecho al trabajo ha de significar mucho más que eso, a saber, la posibilidad de desarrollar un trabajo en condiciones de no dominación; y creen también que este trabajo «libre» o «emancipado» es incompatible con las relaciones laborales propias de la economía de mercado y con la propiedad privada de los medios de producción; de donde se sigue que la realización del derecho al trabajo (y del resto de los derechos sociales) tendría profundas implicaciones para otros derechos también considerados fundamentales, como es el caso de las libertades económicas (Champeil Desplats 2011: 32). La consecuencia de todo esto, para la tesis que ahora nos ocupa, es que la indivisibilidad de los derechos exigiría el fin de la economía capitalista tal y como la conocemos. ¿Están dispuestos a aceptar tamaña consecuencia todos los partidarios de la tesis de la indivisibilidad? Seguramente no.

El problema de la indefinición del derecho al trabajo, por cierto, no se resuelve ciñéndose a las muchas normas internacionales que lo reconocen, ni ciñéndose a una sola de ellas (sea la Carta Social Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o cualquier otra). Ninguna de estas normas aclara cuáles son las concretas condiciones sociales y económicas requeridas para la efectividad del derecho al trabajo, y esto aunque el contenido del derecho se especifique con aparente detalle (tal como hace, por ejemplo, la Carta Social Europea). Por eso, es muy posible que muchos de quienes afirman la indivisibilidad de los derechos no estén de acuerdo entre sí sobre aquello que están afirmando o, todavía peor, no sepan realmente qué es lo que están afirmando. Dicho de otro modo: no podemos predicar indivisibilidad de un conjunto del cual desconocemos algunos de sus componentes.

Es más, incluso si pudiéramos definir con precisión el catálogo de los derechos y el contenido de cada uno de ellos, seguiría sin estar claro el sentido de la «indivisibilidad». Si atendemos al texto internacional más característico (la Resolución 32/130 de la ONU), podemos leer (en su párrafo 1.b, que cita la Proclamación de Teherán de 1968) que «el pleno disfrute de los derechos civiles y políticos es imposible sin el de los derechos económicos, sociales y culturales». La frase ha cosechado un éxito evidente, pero ¿cuál es su sentido y alcance?: ¿Qué significa «pleno disfrute»? ¿Se establece aquí una relación entre grupos de derechos, como parece, o se trata de una relación de derecho a derecho, entre todos y cada uno de los derechos, como también podría interpretarse? ¿Qué relación de interdependencia existe, por ejemplo, entre la libertad religiosa y el derecho al trabajo, o entre la libertad de expresión y el derecho a la salud? Y, si hablamos

de grupos de derechos, ¿cabe afirmar que un país que no reconoce plenamente los derechos sociales (insisto: aun aceptando que supiéramos en qué consiste cada uno de los derechos sociales, lo cual es mucho aceptar) no está, por tanto, en condiciones de proteger los derechos civiles y políticos? ¿Acaso no tiene sentido la creencia de que, en un determinado país, ciertos derechos están mejor protegidos que otros? ¿Está condenada al fracaso, y por tanto carece de sentido, toda política de priorización de unos derechos sobre otros? No se trata aquí, por supuesto, de responder estas preguntas, sino simplemente de hacer ver que el sentido de la indivisibilidad de los derechos está muy lejos de ser claro. En todo caso, frente a una versión fuerte de la tesis de la indivisibilidad, según la cual ningún derecho (o grupo de derechos) está garantizado si no lo están todos los demás, parece más plausible una versión débil que la entiende como relativa y gradual «interdependencia» de los derechos, (Nickel 2008; Carmona Cuenca 2017: 1213) y como expresión de la igual importancia de todos los derechos (Añón Roig 2010: 27-32; Escobar Roca 2012: 542).

En tercer lugar, en fin, la tesis de la indivisibilidad no tiene un contexto de aplicación definido, es decir, no está claro si se trata de una tesis de contenido político o jurídico ni, por tanto, qué consecuencias jurídicas (si alguna) se siguen de ella; y esta duda no queda resuelta por su incorporación en textos de derecho internacional. Por citar de nuevo la Resolución 32/130 de la ONU, su párrafo 1.a) establece: «una atención igual y una consideración urgente deberán prestarse a la realización, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales». Ahora bien, nada en esta recomendación induce a pensar que la realización, promoción y protección de todos los derechos haya de ser llevada a cabo por los mismos medios y que éstos hayan de ser jurisdiccionales por necesidad. Bien podría tratarse de una tesis política, en el sentido de que estableciera que todos los derechos han de ser considerados como fines políticos, con independencia de que los medios necesarios para su puesta en práctica sean unos u otros, jurisdiccionales o de otro tipo.

En definitiva, la tesis de la indivisibilidad no parece un apoyo muy sólido (por lo menos, no parece un apoyo suficiente) para argumentar a favor de la justiciabilidad de los derechos sociales, puesto que esta tesis no identifica ni los derechos a los que se refiere (salvo una genérica referencia a «todos» que ya hemos comprobado que es poco útil), ni el sentido en el cual son indivisibles, ni qué consecuencias jurídicas se siguen de ella. Por eso, incluso si el TEDH hubiera asumido la tesis de la indivisibilidad, esta asunción no constituiría, de por sí, una razón para habilitar la justiciabilidad de los derechos sociales. Es más, tal como ha sido ya apuntado, los términos en los que se ha expresado el TEDH (en la sentencia *Airey* (TEDH 1979, 3) y otras posteriores) son muy moderados y se limitan a establecer que ciertos derechos civiles tienen ciertas «dimensiones» o «prolongaciones» de orden económico y social, o que no existe una división estricta entre unos y otros derechos. Lo cual, parece, implicaría asumir una versión muy débil de la tesis de la indivisibilidad, que no justificaría el optimismo (mucho menos el entusiasmo) de los partidarios de la justiciabilidad de los derechos sociales, sobre todo si éstos optan por una concepción fuerte de los mismos y aspiran a que reciban la misma consideración jurídica que los demás derechos humanos. En efecto, el TEDH

sigue manteniendo la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, y permanece fiel al mandato de proteger sólo los primeros. Sobre esta base, ¿qué podemos esperar?

2. LA ARTICULACIÓN DE UN MÍNIMO SOCIAL EUROPEO

La conclusión de la sección anterior puede resultar desmoralizadora, pero sólo para quienes hubieran depositado sobre el TEDH unas expectativas demasiado elevadas, e injustificadas. En cambio, si el TEDH decide avanzar por el camino ya abierto por su jurisprudencia, podemos esperar progresos en absoluto desdeñables, que podrían mejorar la condición social de las personas sometidas a su jurisdicción, sobre todo de las más desfavorecidas, contribuyendo así a constituir el que podemos llamar mínimo social europeo.

(1) Por una parte, el TEDH puede reforzar la protección de los derechos a la salud y a la vivienda (y, del mismo modo, quizá también algunos otros, entre ellos algunos derechos laborales básicos), sobre la base de su vinculación con los derechos a la vida (art. 2) y a la vida privada y familiar (art. 8). Lo puede hacer por dos vías paralelas: una es la de la elevación del mínimo garantizado, que no es difícil porque no supone un cambio en su argumentación jurídica sino sólo una mayor exigencia respecto de qué condiciones básicas de salud y vivienda son compatibles con la garantía del derecho a la vida y a la vida privada y familiar, sobre todo teniendo en cuenta que hasta ahora esta exigencia ha sido muy moderada. Así, por ejemplo, como ya hemos visto, la Corte ha establecido que los Estados están obligados a poner los medios para garantizar que la vida humana sea protegida tanto en hospitales públicos como privados, como «en el contexto de toda actividad, pública o privada, susceptible de poner en peligro la el derecho a la vida» (*Calvelli et Ciglio c. Italia* (TEDH 2002, 1)). Argumentar que la protección de la vida requiere la garantía de ciertos niveles de salud no parece muy difícil (de hecho, lo difícil sería argumentar lo contrario).

La segunda vía es la de una aplicación más consistente y fecunda de la doctrina de las obligaciones positivas, para evitar una protección de los derechos que, hasta ahora, bien puede calificarse de parcial e incluso de incoherente (Brems 2007: 164; Palmer 2009: 399). Una vez que el TEDH ha establecido que los estados están sujetos a este tipo de obligaciones cuando sea necesario para garantizar la efectividad de los derechos, de lo que se trata es de aplicar esta doctrina en todos los casos pertinentes y no sólo en algunos. Bastará un ejemplo: en materia de vivienda, el TEDH ha considerado que la privación de la vivienda habitual puede constituir una violación del art. 8 CEDH, por menoscabar el derecho a la vida privada y familiar. Sin embargo, la negativa de un Estado a facilitar una vivienda a quien no dispone de ella no la ha considerado una violación equivalente. Pues bien, si resulta que el menoscabo de la vida privada y familiar lo constituye la falta de una vivienda, y si esta falta se produce en ambos casos, quizá lo coherente sería cambiar la orientación de decisiones como la de *Marzari c. Italie*, y establecer la obligación del Estado (no sólo negativa, sino también positiva) de garantizar un alojamiento mínimamente digno a todas las personas sometidas a su jurisdicción.

(2) Por otra parte, el TEDH tiene la ocasión social, el ambiente jurídico y la base normativa necesarios para unirse a una corriente jurisprudencial, ya muy extendida en todo el mundo, de acuerdo con la cual las autoridades públicas han de asegurar un mínimo vital digno a todos los miembros de la comunidad, sobre todo a aquellos que se encuentran en situación de pobreza o carencia extrema. Así, en 1992, la Corte Constitucional colombiana (sentencia T-426/92; MP *Cifuentes Muñoz*) consideró el derecho al mínimo vital como un derecho subjetivo de aplicación inmediata cuando la persona se encuentra en situación de debilidad manifiesta y se prueba la incapacidad material del entorno familiar para asistirle. La Corte colombiana consideró que un derecho tal es un «núcleo esencial mínimo, no negociable en el debate democrático» (Champeil Desplats 2012b: 229). En 1995, el Tribunal Federal suizo reconoció un derecho equivalente como derecho subjetivo de todos los ciudadanos, considerado como la «condición de ejercicio de todos los demás derechos fundamentales» (y pocos años después, en 1999, la Constitución suiza incorporó este derecho en su artículo 12). En años subsiguientes, otros tribunales superiores han reconocido derechos muy similares. Es el caso de los Tribunales Supremos de la India (a partir de 1996), de Israel (reiteradamente a partir de 1998) y de Sudáfrica (2004), y del Tribunal Constitucional Federal alemán (2010) (sobre todas estas decisiones, véase Fercot 2012). Incluso el Comité de Ministros del propio Consejo de Europa consideró que el derecho a la satisfacción de las necesidades elementales de las personas en situación de extrema precariedad debería ser justiciable:

«[El Comité] recomienda a los gobiernos de los Estados miembros poner en práctica los principios del Anexo a esta Recomendación con el fin de reconocer, a nivel nacional, un derecho individual, universal y justiciable a la satisfacción de las necesidades materiales básicas (como mínimo: alimentación, vestido, alojamiento y atención sanitaria básica) para las personas en situación de pobreza extrema» (Recomendación No. R (2000) 3).

El TEDH se encuentra, en efecto, en condiciones de establecer la obligación de los Estados de garantizar el mínimo vital, aunque todavía no se haya decidido a hacerlo (Nivard 2012: 518 ss.). La ocasión social está constituida por las situaciones de grave carencia en que se encuentran muchos ciudadanos europeos. El ambiente jurídico lo conforman las propias decisiones judiciales que acabamos de repasar. Podríamos incluso hablar de legitimación política, teniendo en cuenta el texto de la Recomendación del Comité de Ministros del CE, si no fuera porque ésta se presta a una doble interpretación (dado que se refiere expresamente al ámbito nacional, de manera que cabría pensar que no consideró que se tratara de una cuestión propia del sistema europeo de protección de derechos humanos). En todo caso, lo que sí hay es base jurídica, que naturalmente ha de encontrarse en el CEDH, porque casi todos los fundamentos invocados por los tribunales superiores que han establecido un derecho al mínimo vital (esto es: dignidad, autonomía, vida, integridad y prohibición de tratos inhumanos y degradantes) pueden considerarse presentes en ella, de manera explícita o implícita; y porque, en particular, el propio TEDH, como ya sabemos, ha establecido que la extrema pobreza puede constituir un trato inhumano o degradante prohibido por el art. 3 (*Larioshina c. Rusia, Budina c. Rusia*).

VI. CONCLUSIONES

1. El TEDH no ha protegido derechos sociales genuinos, es decir, derechos sociales concebidos en sentido fuerte, como auténticos derechos humanos (con la excepción de la libertad sindical y los derechos conexos con ella). La razón es (i) que, salvo esa excepción, el CEDH no recoge derechos sociales y el TEDH ha permanecido fiel al carácter dual (Convenio y Carta Social Europea) del sistema europeo de protección de los derechos humanos; y (ii) que el TEDH no ha asumido una versión fuerte de la tesis de la indivisibilidad de los derechos sino sólo una versión muy débil: esto es, admite conexiones entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, pero considera que, como regla general, los unos pueden ser garantizados al margen de los otros. Por otra parte, la tesis de la indivisibilidad, en cualquiera de sus versiones, presenta problemas que hacen dudar de su fertilidad jurídica.

2. El TEDH no debe proteger derechos sociales genuinos, porque carece de legitimidad jurídica y política para hacerlo. Desde un punto de vista jurídico, porque los derechos sociales no fueron incluidos en el Convenio sino en la Carta Social Europea, que incluye mecanismos de garantía diferenciados. Desde un punto de vista político, porque, contra lo que muchos parecen creer, cuáles sean los derechos sociales y, sobre todo, qué contenido deben tener y qué implicaciones socioeconómicas han de derivarse de él, son cuestiones abiertas y controvertidas que, por tanto, han de decidirse políticamente y no tanto en el seno de un tribunal (Escobar Roca 2012: 572). ¿Estamos dispuestos, por ejemplo, a aceptar que sea un tribunal quien decida si la propiedad privada de los medios de producción y el trabajo asalariado han de ser abolidos en el nombre de la garantía plena del derecho al trabajo? Si la respuesta es negativa, entonces no seremos partidarios de una justiciabilidad plena de los derechos sociales que no esté mediada legislativamente. Esta misma naturaleza abierta y controvertida de los derechos sociales explica por qué cualquier versión fuerte de la tesis de la indivisibilidad no es aceptable (al menos, no es aceptable todavía), puesto que no hemos llegado a un acuerdo político (que siempre ha de preceder a la tutela jurídica) acerca de lo que hablamos cuando hablamos de derechos sociales. Por el contrario, no está de más recordar aquí que no son razones de técnica jurídica las que impiden la justiciabilidad de los derechos sociales (Abramovich y Courtis 2012), aunque no deba olvidarse que una protección integral de los derechos sociales que pretenda ir más allá del aseguramiento de ciertos mínimos ha de ser necesariamente progresiva y recurrir a mecanismos judiciales distintos de los que son propios de los derechos civiles (Herrera 2012); y que los derechos sociales expresan ideales comunitarios complejos, exigentes e inagotables que difícilmente podrán someterse en su totalidad a la horma del derecho subjetivo y la tutela judicial (Marshall 1950: 58 ss.; Atria 2004; García Manrique 2010).

3. El TEDH sí ha protegido algo que puede recibir el nombre de «derechos sociales» sólo de acuerdo con una concepción débil de los mismos; y lo ha hecho en una medida tan corta que, en realidad, el nombre de los derechos sociales le viene muy grande, de manera que usarlo da lugar a una descripción poco adecuada de esa protección. La vivienda y la salud son acaso los ejemplos más característicos de su labor en este campo.

La base de su jurisprudencia es, repitámoslo, la aceptación de una versión muy moderada de la tesis de la indivisibilidad, según la cual la efectividad de ciertos derechos civiles requiere de ciertas prestaciones públicas mínimas (así, el derecho a la vida requiere un mínimo de asistencia sanitaria; y el derecho a la vida privada y familiar requiere ciertas condiciones mínimas de alojamiento). El TEDH tiene la legitimidad jurídica para hacer lo que ha hecho, y para hacer bastante más si decide avanzar por ese camino, porque de lo que se trata es de asegurar derechos expresamente establecidos en el CEDH. La doctrina Airey (TEDH 1979, 3) contiene los elementos necesarios para justificar esta línea jurisprudencial y para llevarla mucho más allá, extendiéndola a otros derechos y, en particular, asegurando un mínimo vital justiciable a todos los ciudadanos europeos. Mucho más no podemos esperar, ni debemos, porque el derecho moderno es un derecho democrático, y los jueces son los ejecutores de una ley que expresa la voluntad general: una voluntad que (en el nivel europeo) todavía hoy no ha optado con decisión por garantizar la igual libertad de todos a través de la puesta en práctica de los derechos sociales. Aquí se puede, sin duda, invocar con pesimismo el déficit democrático del Consejo de Europa (tanto o más que el de la Unión Europea), pero la solución a este déficit no debe pasar por el gobierno de los jueces (Supiot 2016: 10). Por eso, en materia de derechos sociales (o de igualdad), más allá de un nivel mínimo, el TEDH no puede darnos la palabra (porque lo impide el derecho), pero tampoco la cosa (porque lo impide la democracia).

4. Distinguir entre una concepción fuerte y una concepción débil de los derechos sociales no significa ignorar la utilidad que tiene el aseguramiento de ciertos mínimos para aumentar la justicia de nuestras sociedades, a través de la reducción de las carencias más radicales. Por esta razón, vincular la labor social del TEDH con una concepción (extremadamente) débil de los derechos sociales no significa privarla de valor, sino ponderarla en su justa medida. En cambio, lo que resulta inoportuno es limitar el sentido de los derechos sociales a esta función paliativa de la injusticia extrema, una función casi equivalente a la que cumplían las leyes de pobres del Antiguo Régimen. No debe ser así, porque el ideal que inspira los derechos sociales es el mismo que inspira el resto de los derechos humanos: un ideal igualitario exigente. La promesa histórica de la lucha por los derechos es la igual libertad de todos los miembros de la comunidad: olvidar este ideal y conformarse con uno mucho más modesto supondría dar la espalda a la mejor tradición jurídica y política europea.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor, et Courtis, Christian (2012): «Le cadre conceptuel de l'exigibilité judiciaire des droits sociaux», en Roman (2012c): 309-328.
- Añón Roig, María José (2010): «Derechos sociales: cuestiones de legalidad y legitimidad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44: 15-41.
- Atria, Fernando (2004): «¿Existen derechos sociales?», *Discusiones* 4: 15-59.
- Bernard, Nicolas (2009): «Pas d'expulsion de logement sans contrôle juridictionnel: le droit au logement et la Cour Européenne des droits de l'homme», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 78: 527-572.

- Bonet, Jordi (2014): «Reforma de los regímenes de seguridad social en Europa: el Comité Europeo de Derechos Sociales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a la potencial regresividad en el goce y disfrute del derecho a la seguridad social», *Revista General de Derecho Europeo*, 34.
- Brems, Eva (2007): «Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights», en D. Barak-Erez y A. M. Gross (ed.), *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*. Oxford, Hart.
- Carmona Cuenca, Encarnación (2017): «Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político* 100: 1209-1238.
- Champeil Desplats, Véronique (2011): «Droits de l'homme et libertés économiques: éléments de problématique», en V. Champeil-Desplats et D. Lochak (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme: 21-34*. París, Presses Universitaires de Paris Ouest.
- Champeil Desplats, Véronique (2012a): «Les droits sociaux: éléments de définition», en Roman (2012c): 15-28.
- Champeil Desplats, Véronique (2012b): «La justiciabilité des droits sociaux en Amérique Latine», en Roman (2012c): 223-235.
- Commaille, Jacques et Dumoulin, Laurence (2009): «Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la "judiciarisation"», *L'Année sociologique* 59/1: 63-107.
- Costa, Jean-Paul (2000): «Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe?», en *Les droits de l'homme au seuil du troisième Millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert: 141-154*. Bruselas, Bruylant.
- Daugareilh, Isabelle (2001): «La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la protection sociale», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 37: 123-137.
- Escobar Roca, Guillermo (2012): «Los derechos fundamentales sociales de prestación (doctrina general)», en G. Escobar Roca (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria: 459-647*. Cizur Menor, Civitas.
- Fercot, Céline (2012): «Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtés du droit à des conditions minimales d'existence en droit comparé», en Roman (2012c): 49-65.
- Flauss, Jean-François (2004): «Las interacciones normativas entre los instrumentos de protección europeos relativos a la protección de los derechos sociales», en L. Jimena Quesada (coord.): *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales: 35-62*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- García Manrique, R. (2010), «Los derechos sociales como derechos subjetivos». *Derechos y Libertades*, 23: 73-105.
- García Manrique, R. (2013): *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*. Barcelona, El Viejo Topo.

- Herrera, Carlos Miguel (2004): «Sur le statut des droits sociaux-La constitutionnalisation du social», *Revue universelle des droits de l'homme*, 16: 32-39.
- Herrera, Carlos Miguel (2012): «La justiciabilité des droits sociaux: concept juridique et évolution jurisprudentielle», en Roman (2012c): 103-117.
- Langford, Malcom (2012): «La justiciabilité des droits sociaux: une analyse socio-économique», en Roman 2012c: 329-359.
- López Guerra, Luis (2015): «Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia», *Teoría y realidad constitucional*, 36: 399-414.
- Marguénaud, J.-P. y Mouly, J. (2008): *Convention Européenne des Droits de l'Homme et droit du travail*. París, Association française de Droit du travail et de la Sécurité sociale.
- Marshall, T. H. (1992): *Ciudadanía y clase social*. Madrid, Alianza.
- Mestre, Ruth (2016): «La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 33: 113-132.
- Millard, Eric (2012): «La justiciabilité des droits sociaux: une question théorique et politique», *Revue des droits de l'homme* 1: 452-459.
- Morte, Carmen, et Salinas, Sergio (2009): «Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en A. Embid Irujo (dir.), *Derechos económicos y sociales*: 359-412. Madrid, Iustel.
- Mowbray, Alastair (2004): *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford, Hart.
- Neufville, Jessica (2011): *Santé et Cour européenne des droits de l'homme*. Burdeos, LEH.
- Nickel, James W. (2008): «Rethinking Indivisibility: Towards a Theory of Supporting Relations between Human Rights», *Human Rights Quarterly*, 30: 984-1001.
- Nivard, Carole (2012a): *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*. Bruselas, Bruylant.
- Nivard, Carole (2012b): «La justiciabilité des droits sociaux au sein du Conseil de l'Europe», en Roman (2012c): 207-221.
- Palmer, Elie (2009): «Protecting Socio-Economic Rights through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights», *Erasmus Law Review* 2/4: 397-425.
- Pérez Alberdi, Reyes (2011): «La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Lex Social* 1: 93-105.
- Raimondi, Guido (2016): «Quelques remarques sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits sociaux», *La Semaine Sociale Lamy* 1746: 79-83.
- Raimondi, Guido (2017): «Quelques aspects de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits économiques et sociaux», *Droit social*, 4: 355-360.

- Reich, Charles A. (1964): «The New Property», *Yale Law Journal*, 73: 733-787.
- Roman, Diane (2012a): «La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social», *Revue des droits de l'homme* 1: 1-40.
- Roman, Diane (2012b): «Les droits civils au renfort des droits sociaux. L'interchangeabilité des droits fondamentaux dans le discours judiciaire», *Revue des droits de l'homme* 1: 320-338.
- Roman, Diane (dir.) (2012c), *La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances*. Paris, Pedone.
- Sudre, Frédéric (2003): «La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de l'Homme: un exercice de "jurisprudence fiction" ?», *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 55: 755-779.
- Supiot, Alain (2016): «Qui garde les gardiens? La guerre du dernier mot en droit social européen», *La Semaine Sociale Lamy*, 1746: 5-10.
- Tulkens, Françoise (2003): «Les droits sociaux dans la jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme», en C. Grewe y E. Benoît-Rohmer (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*. Estrasburgo, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003: 107-143.