



# \_\_ RETOS PENDIENTES DEL ESTADO SOCIAL ESPAÑOL: EN ESPECIAL, LA RATIFICACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA DE 1996

## \_\_ SOCIAL STATE UNRESOLVED CHALLENGES: FOCUS ON THE RATIFICATION OF THE REVISED EUROPEAN SOCIAL CHARTER, 1996

Luis Jimena Quesada

Profesor titular de Derecho constitucional (Universitat de València)

Miembro de la "European Social Charter Academic Network (Consejo de Europa)



## sumario // summary

### 1 ■ CONSIDERACIÓN PRELIMINAR: ¿ES SUFICIENTEMENTE CONOCIDA EN ESPAÑA LA CARTA SOCIAL EUROPEA? / PRELIMINARY CONSIDERATIONS: IS THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER WELL-KNOWN IN SPAIN?

- 1.1. Las fallas del sistema educativo / The educative system faults
- 1.2. Los déficit de cultura jurídica y política / Legal and political cultural deficiencies

### 2 ■ LA APERTURA DEL ESTADO ESPAÑOL A LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS SOCIALES: / THE SPANISH STATE'S OPENING-UP TO THE INTERNATIONAL SOCIAL RIGHTS INSTRUMENTS:

- 2.1. La transición a la democracia social./ The transition to social democracy
- 2.2. La ratificación en 1980 de la Carta Social Europea / Ratification of the European Social Charter in 1980
- 2.3. Los rendimientos obtenidos en España merced a la Carta Social Europea / Profits obtained at the mercy of the European Social Charter

### 3 ■ LA CERRAZÓN DEL ESTADO ESPAÑOL A UNA MAYOR INTEGRACIÓN SOCIAL EUROPEA: / THE SPANISH STATE'S NARROW-MINDEDNESS TOWARDS A WIDER EUROPEAN AND SOCIAL INTEGRATION

- 3.1. La falta de voluntad política de los sucesivos Gobiernos españoles para comprometerse con las modificaciones y reformas operadas en la Carta de 1961 / The lack of political will on the part of the different Spanish governments to commit themselves with the changes and reforms performed in the Charter of 1961
- 3.2. La responsabilidad de las Comunidades Autónomas ante esa falta de voluntad política estatal / The responsibility of Autonomous Regions towards the lack of political and state will
- 3.3. El débil pretexto de la pertenencia a la Unión Europea / The weak pretext of the European Union membership

### 4 ■ LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA DE 1996 SIGUE EVOLUCIONANDO: SUSPENSO Y ASIGNATURA PENDIENTE PARA ESPAÑA: / THE REVISED EUROPEAN SOCIAL CHARTER OF 1996 CONTINUES TO EVOLVE: FAILURE AND UNRESOLVED MATTER FOR SPAIN:

- 4.1. El desarrollo de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales / The development of the body of law (jurisprudence) of the European Social Rights Committee
- 4.2. La necesaria recepción en España de esa jurisprudencia social / The opportunities to restore such an unresolved matter
- 4.3. Las ocasiones para la recuperación de esa asignatura pendiente / the opportunity for recover that failed subject

### 5 ■ REFLEXIÓN FINAL: ¿PUEDE CONTINUAR ESPAÑA AL MARGEN DE UN ESPACIO EUROPEO DE CIUDADANÍA SOCIAL? / FINAL CONSIDERATIONS: SHOULD SPAIN REMAIN OUT OF A EUROPEAN FRAME OF SOCIAL CITIZENSHIP?

- 5.1. La tentación de permanecer en el tren de la Europa "no socializante" de las velocidades/ The temptation to remain to get in on the 'non-socialising' Europe of different rates
- 5.2. La Carta Social Europea como reclamo social / The European Social Charter as a means of social lure
- 5.3. La necesidad de despertar un sentimiento constitucional social europeo / The need to give raise to a European social and constitutional feeling

## resumen//summary

Suele destacarse la posición del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 como tratado más emblemático del *Derecho Europeo de los Derechos Humanos* y, por supuesto, el instrumento normativo que abanderó la democracia política en el Consejo de Europa. Siendo ello así, afortunadamente se ha superado en gran medida la percepción de que la Carta Social Europea del Consejo de Europa es la "hermana pobre" del CEDH, poniéndose el acento en la evolución de la CSE como manifestación emblemática del *Derecho Europeo de los Derechos Sociales* o *Derecho Social de los Derechos Humanos* y como baluarte de la democracia social europea. A la superación de esa originaria percepción ha contribuido la fuerza progresivamente ganada por el principio de indivisibilidad de los derechos humanos.

Ello no obstante, la Carta Social Europea, pese a su importancia para forjar la democracia social en Europa y, por ello mismo, en España, sigue siendo una gran desconocida en nuestro país. Semejante coyuntura no nos la podemos permitir en un Estado que se autocalifica de "social y democrático de Derecho" y en donde se otorga un papel de primer orden al "pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto de los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales" como objeto de la educación.

The position of the European Convention on Human Rights of 1950 is usually highlighted as the most emblematic agreement on the *European Law of Human Rights* and, of course, as the regulations that lead the political democracy in the European Council. So that, fortunately, the perception that the European Social Charter is the "little sister" of the CEDH has been overcome to a great extent, emphasising the development of the CSE as an emblematic expression of the *European Law of Social Law of Human Rights*, and as the bastion of the European social democracy. One of the elements that have contributed a great deal to overcome that initial perception is the strength the indivisibility principle of human rights has been gaining throughout the years.

Nevertheless, the European Social Charter, despite its relevance to build up the social democracy in Europe and consequently, in Spain, is still the great unknown in our country. We cannot allow such a situation in a state that describes itself as "social and democratic State, subject to the rule of law", and in which a main role is bestowed to the "full development of the human beings' personality with the highest regard for the democratic principles of co-existence and for the people's basic rights and liberties", as a main goal of education.

### Palabras Clave:

- Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Derecho Europeo de los Derechos Humanos.
- Derecho Europeo de los Derechos Sociales.
- Derecho Social de los Derechos Humanos.
- Carta Social Europea.

### Key Words:

- European Agreement on the Human Rights.
- European Law of Human Rights.
- European Law Social Rights.
- Social Right of Human Rights.
- European Social Charter.

## 1 ■ CONSIDERACIÓN PRELIMINAR: ¿ES SUFICIENTEMENTE CONOCIDA EN ESPAÑA LA CARTA SOCIAL EUROPEA?

### 1.1. LAS FALLAS DEL SISTEMA EDUCATIVO

Es corriente destacar la posición del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (en lo sucesivo, CEDH)<sup>1</sup> como tratado más emblemático del *Derecho Europeo de los Derechos Humanos*<sup>2</sup> (o del sistema europeo de derechos humanos)<sup>3</sup> y, por supuesto, el instrumento normativo que abanderó la democracia política en el Consejo de Europa. Siendo ello así, afortunadamente se ha superado en gran medida (pero no totalmente, como se verá más adelante) la percepción de que la Carta Social Europea (CSE) del Consejo de Europa es la "hermana pobre" del CEDH, poniéndose el acento en la evolución de la CSE como manifestación emblemática del *Derecho Europeo de los Derechos Sociales* o *Derecho Social de los Derechos Humanos* y como baluarte de la democracia social europea. A la superación de esa originaria percepción ha contribuido la fuerza progresivamente ganada por el principio de indivisibilidad de los derechos humanos.

1 Con sus catorce Protocolos, el último de los cuales, sobre la reforma del mecanismo de control (el nº 14), quedó abierto a la firma el 13 de mayo de 2004: al respecto, JIMENA QUESADA, L.: "La optimización del mecanismo de garantía del Convenio Europeo de Derechos Humanos: el Protocolo nº 14", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 4, 2004.

2 Incluso, por pretencioso que pueda parecer, justo es reconocer que se ha revelado, sin ser la panacea, el tratado más efectivo del *Derecho internacional de los derechos humanos*. Por todos, véase la obra de BUERGENTHAL, T.: *International Human Rights*, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota), 1988.

3 Para un análisis exhaustivo al respecto, puede acudirse a JIMENA QUESADA, L.: *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Madrid, Colex, 2006.

Ello no obstante, la Carta Social Europea (tanto la de 1961 y sus Protocolos de 1988 y 1995 como la Carta Social revisada de 1996), pese a su importancia para forjar la democracia social en Europa y, por ello mismo, en España, sigue siendo una gran desconocida en nuestro país. Semejante coyuntura no nos la podemos permitir en un Estado que se autocalifica de “social y democrático de Derecho” y en donde se otorga un papel de primer orden al “pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto de los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” como objeto de la educación (artículo 27 de la Constitución española).

En estas coordenadas, si con razón se ha destacado el déficit democrático del sistema educativo no universitario en la difusión del ordenamiento constitucional en general y de los derechos humanos en particular<sup>4</sup>, el marco de la enseñanza universitaria no resulta más alentador en lo que atañe concretamente a la Carta Social Europea<sup>5</sup>. En efecto, sobre no ser los derechos humanos cuestión privativa o exclusiva de los juristas<sup>6</sup>, basta echar un vistazo a los programas de las asignaturas (y no digamos ya a las directrices ministeriales) de las Facultades de Derecho para

constatar que en la mayoría de casos la Carta Social Europea ni siquiera es citada; y, cuando es mencionada y, en el mejor de los casos explicada, queda eclipsada su mención y su explicación por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por la fe jurisprudencial de que se hace gala en los círculos académicos respecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ello es alarmantemente ostensible en los programas de Derecho Constitucional (incluida la parte dedicada a los derechos fundamentales), sin que se reduzca notablemente esta falla en los programas de Derecho del Trabajo o de Derecho Internacional Público, y ni siquiera de manera destacable en los programas específicos de oposiciones a cuerpos de técnicos en la materia<sup>7</sup>.

## 1.2. LOS DÉFICIT DE CULTURA JURÍDICA Y POLÍTICA

La consecuencia de lo acabado de exponer es, por lo pronto, que los juristas que salen de nuestras Facultades de Derecho desconocen el alcance (por no decir, en muchos casos, su misma existencia) de

4 Véase JIMENA QUESADA, L.: “El conocimiento del ordenamiento constitucional: condición necesaria de calidad del sistema educativo”, en el *Libro homenaje a Don Iñigo Cavero Lataillade* (coord. por J. Peña González), Valencia, Tirant lo Blanch/Universidad San Pablo CEU, 2005. Con un enfoque más amplio y general, SÁNCHEZ FERRIZ, R., y JIMENA QUESADA, L.: *La enseñanza de los derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1995.

5 Cfr. PÉREZ ROYO, J.: “El Derecho Constitucional en la formación del jurista”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 46, enero-abril 1996, en especial, pp. 39-40.

6 Con tal espíritu, el *Plan de acción mundial de educación en derechos humanos y en democracia adoptado el 11 de marzo de 1993* en el Congreso internacional organizado en Montreal por la UNESCO y el Centro de Naciones Unidas para los derechos humanos en colaboración con la Comisión canadiense para la UNESCO, destaca como destinatarios de esa educación no sólo a los juristas sino a los más diversos agentes sociales (familias, educadores, medios de comunicación, partidos políticos, etc.), poniendo el acento en la necesidad de superar como obstáculo la tendencia “a restringir la educación en derechos humanos únicamente a la profesión de jurista”. Y el *Programa de acción de Viena adoptado el 25 de junio de 1993* en la Conferencia mundial sobre derechos humanos, antes de subrayar como destinatarios de la enseñanza específica en derechos humanos no sólo “los responsables de aplicar las leyes” sino asimismo las fuerzas armadas, el personal de la policía o los especialistas de la sanidad, invita a los Estados e instituciones a “incluir los derechos humanos, el derecho humanitario, la democracia y la primacía del Derecho en los programas de todos los centros de enseñanza”.

7 Por ejemplo, véase la Orden TAS/186/2006, de 20 de enero, por la que se modifica el contenido del programa correspondiente al proceso selectivo para ingreso en el Cuerpo Superior de Intervención y Contabilidad de la Administración de la Seguridad Social, a partir de la Oferta de Empleo Público de 2006 (BOE nº 29, de 3 de febrero de 2006); de ese amplio programa, sólo una lección (el tema 7), incluida dentro del bloque de “Derecho del Trabajo y Seguridad Social” se ocupa de la cuestión, bajo el epígrafe “La Carta Social Europea y el Código Europeo de Seguridad Social”.

la Carta Social Europea como tratado internacional que debe ser aplicado en España como parte del ordenamiento interno en virtud del artículo 96 de la Constitución y que, en todo caso, constituye un canon interpretativo nada desdeñable a la luz del artículo 10.2 de la propia Carta Magna española. ¿Qué responsabilidad tenemos los profesores universitarios en el panorama reseñado? Y bien, las directrices ministeriales dejan el suficiente margen: primero, a los docentes para que en uso de su libertad de cátedra pongan el debido acento en los instrumentos internacionales más relevantes en materia de derechos fundamentales, sin descuidar la exposición de la Carta Social Europea; segundo, a los departamentos como unidades académicas con competencia para efectuar un mejor diseño de la programación de la enseñanza (más aún a la vista de la flexibilidad ofrecida por nuestra pertenencia al espacio europeo de educación superior desde la perspectiva de la propuesta de asignaturas de libre elección que complementa la oferta académica de base). Claro que, los docentes somos también investigadores y, lógicamente, lo practicado en esta segunda faceta, influye en el desarrollo de la primera; y, desde este punto de vista, los estudios sobre la Carta Social son más bien escasos.

Todo lo anterior, ciertamente, se plasma en el parco uso de la Carta Social Europea por parte de los operadores jurídicos españoles, tanto en los escritos de los abogados como en los pronunciamientos judiciales. En consecuencia, la jurisprudencia “social” española acusa ese déficit de internacionalización por referencia a la Carta Social Europea, resultando comprobable esta afirmación con tal sólo buscar en las bases de datos al uso. A ese déficit de cultura

jurídica no ha sido ajena la influencia de nuestro contexto político, empezando por el propio peso del diseño del texto constitucional español de 1978. Efectivamente, como con acierto se ha destacado, la restrictiva intención de la opción mayoritaria constituyente respecto a la configuración de los derechos sociales al etiquetarlos de “principios rectores de la política social y económica” se ha visto superada<sup>8</sup>, especialmente por el desarrollo jurisprudencial efectuado por el Tribunal Constitucional español. Aun con todo, la opción política consistente en dotar de mayores garantías a los derechos civiles y políticos en detrimento de los derechos económicos y sociales (sobre todo, el recurso de amparo constitucional) ha pesado como una losa a la hora de detenerse en el estudio de los segundos y, consiguientemente, de conocerlos mejor para hacerlos valer ante las instancias de garantía pertinentes.

Al hilo de esto último, del mismo modo que resulta ya un mal endémico el problema de la saturación del Tribunal Constitucional como consecuencia del número creciente de recursos de amparo, paralelamente se ha producido un desequilibrio exagerado en el ámbito científico al acometer preferente y cómodamente el análisis de los derechos defendibles mediante este remedio jurisdiccional y, por vía de reflejo, el examen de los derechos consagrados en el CEDH y desarrollados por el Tribunal Europeo de Estrasburgo. Todo lo cual se ha producido en perjuicio de otras vías de tutela que compensaran la falta de atención a los principios rectores de la política social y económica y, por vía de reflejo, el estudio de los derechos consagrados en la CSE y desarrollados por el Comité Europeo de Derechos Sociales. Por añadidura, ese déficit de cultura

<sup>8</sup> Así lo puso de manifiesto DE CASTRO CID, B.: “Derechos humanos y Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 18, noviembre-diciembre 1980, p. 141: “Desde luego, la intención de nuestros constituyentes en este punto se ha mostrado con una claridad meridiana: se pretendió evitar a todo trance desde el primer momento esa rúbrica de *derechos económicos, sociales y culturales* aceptada ya generalmente por la doctrina y utilizada por Documentos internacionales de la importancia de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también de 1966. Pero parece que la efectividad no ha acompañado a la transparencia de sus intenciones, ya que existen indicios suficientes para establecer la conclusión de que el Capítulo de los *principios rectores de la política social y económica* ha terminado por sustraerse a la intención y al control de sus autores, llegando a constituirse, por virtud de la fuerza conformadora del contexto constitucional, en un verdadero código de derechos económicos, sociales y culturales”.

académica y jurídica proyectada por la fuerza expansiva del recurso de amparo ha tenido igualmente su proyección en la política legislativa, de manera que, por poner sólo un ejemplo, el núcleo de los derechos susceptibles de amparo constitucional ha determinado la configuración de los actos nulos de pleno derecho en el ámbito administrativo<sup>9</sup>.

## 2 ■ LA APERTURA DEL ESTADO ESPAÑOL A LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS SOCIALES

### 2.1. LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA SOCIAL

Cuando el Preámbulo de la Constitución española de 1978 proclama la voluntad de la Nación española de “garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo”, de promover el progreso de “la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”, y de “establecer una sociedad democrática avanzada”, no sólo no está excluyendo la profundización en la democracia social, sino que lo está exigiendo con especial énfasis, viniendo ello corroborado por el propio calificativo “social” de la fórmula estatal del artículo 1.1 y por la cláusula de progreso del artículo 9.2 de la propia Norma Suprema. Así las cosas, no resulta extraño que la cláusula derogatoria de la Constitución expulse del nuevo ordenamiento democrático no únicamente las leyes más significativas del régimen dictatorial anterior en materia de

democracia política, sino asimismo aquellas otras que constituían un retroceso para una democracia social avanzada, como pudieron ser el Fuero del Trabajo y el Fuero de los Españoles<sup>10</sup>.

En este mismo orden de consideraciones, el pluralismo democrático que marcaba la transición de un régimen autocrático a uno democrático se manifestó, además de la referencia al estricto “pluralismo político” entre los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 de la Constitución), en un pluralismo social –y especialmente sindical– del que se carecía en el sistema político anterior<sup>11</sup>, constitucionalizándose así los partidos políticos (artículo 6) y, a renglón seguido, los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales (artículo 7). Sin embargo, consolidada la transición española a la democracia y constitucionalizado el protagonismo de los interlocutores sociales en esa consolidación, pareciere como si no pudiera seguir profundizándose en el Estado social y en la democracia social en España.

En esta línea, pareciere asimismo como si la preocupación de los interlocutores sociales por la cohesión social en el ámbito de la Unión Europea y la inevitable lucha por los fondos comunitarios, hubiera conducido a aquéllos a sufrir una suerte de letargo en el momento de afrontar otros retos sociales: bajo tal ángulo, procede ya avanzar que la evolución conocida por la Carta Social Europea, sobre todo merced al Protocolo de 1995 que prevé un sistema de reclamaciones colectivas y a la Carta revisada de 1996, no parece haber suscitado un debate político-social en España que propicie una toma de conciencia acerca del protagonismo que pueden seguir adquiriendo los interlocu-

9 Así lo establece el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

10 El apartado 1 de la Disposición derogatoria de la Constitución dispone que “queda derogada la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política; (...) el Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945; el del Trabajo de 9 de marzo de 1938 (...)”.

11 Como ha señalado TORRES DEL MORAL, A.: *Constitucionalismo histórico español*, Madrid, Universidad Complutense, 5ª ed., 2004, p. 221: al referirse al “monismo político” del régimen franquista, “el Movimiento, ciertamente, no pudo imponerse con claridad a la Iglesia ni al Ejército, como tampoco sucedió lo contrario. Franco buscó un equilibrio entre estos tres pilares. Pero lo cierto es que estaba excluida toda organización política y *sindical* que no fuera la de aquél”.

tores sociales y, sobre todo y más importante, de los beneficios susceptibles de extenderse a la ciudadanía en materia de derechos sociales.

## 2.2. LA RATIFICACIÓN EN 1980 DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

La Carta Social Europea de 1961 fue ratificada por España en 1980, esto es, una vez establecido nuestro nuevo ordenamiento constitucional democrático, incluyéndose dicha ratificación en el paquete de tratados internacionales más significativos de Naciones Unidas (los dos Pactos de 1966, ratificados en 1977) y del Consejo de Europa (el Convenio Europeo de 1950, ratificado en 1979), y simbolizándose de paso la apertura de España a las democracias occidentales. En concreto, nuestra aceptación de la CSE se verificó mediante el instrumento de ratificación de 29 de abril de 1980<sup>12</sup>, que incluía la siguiente declaración: “España interpretará y aplicará los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea en relación con el artículo 31 y el anexo a la Carta, de manera que sus disposiciones sean compatibles con las de los artículos 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución española”.

Con lo anterior, sin duda, se reforzaba el catálogo constitucional de derechos consagrado esencialmente en el Título I de nuestra Carta Magna de 1978.

Naturalmente, la existencia de este catálogo constituyó una apuesta más favorable que su omisión en el texto constitucional como opción constituyente, no sólo en términos de teoría constitucional y en la orientación propuesta por el famoso artículo 16 de la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, sino porque su mera cita por remisión está comprobado en la praxis jurídica interna que no brinda la misma virtualidad que la eficacia directa de la tabla constitucional de derechos.

Así, resulta curioso recordar que, aunque en el debate constituyente el partido mayoritario en el poder (la Unión de Centro Democrático) no propugnara un catálogo formal de derechos, sí mencionó explícitamente entre los documentos objeto de remisión la CSE, al lado del CEDH<sup>13</sup>. En otro momento del proceso constituyente se puso el énfasis en el CEDH hasta el punto de proponer constitucionalizarlo al modo como se ha hecho con la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 10.2 de nuestra Ley de leyes<sup>14</sup>, silenciando la CSE. En este contexto, es verdad que la incorporación del CEDH ha comportado para algunos países, señaladamente en el Reino Unido a través de la *Human Rights Act 1998*, una irrupción nada despreciable en su cultura jurídica<sup>15</sup>, sin olvidar el caso de países que directamente han mencionado el texto convencional europeo de 1950 en su Carta constitucional, como ha sido el caso del artículo 23 de la Constitución sueca vigente<sup>16</sup>:

12 BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980.

13 Así lo recuerda PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 53: “Los ponentes de UCE, que no presentaron texto para este Título [I], manifestaron que su grupo se remitía al Convenio Europeo, a sus Protocolos adicionales y a la *Carta Social Europea*”.

14 *Ibidem*, p. 55: “También regulábamos la cuestión de inconstitucionalidad y el recurso de amparo, que finalmente serán acogidos en otro trámite posterior, y se regulaban con detención, los procedimientos de garantía ante la jurisdicción ordinaria, que antes de aprobarse la Constitución se convirtieron en la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Finalmente se hacía referencia al *Convenio Europeo de Derechos Humanos al que se otorgaba en Derecho interno rango Constitucional y se constitucionalizaba su ratificación por España*”.

15 Esta Ley, mediante la que se incorpora el Convenio Europeo de Derechos Humanos, tuvo la sanción real (Royal assent) el 9 de noviembre de 1998, entrando en vigor el 2 de octubre de 2002. A este respecto, en la guía preparada al efecto por el

En todo caso, quedan fuera de la presente contribución otros aspectos conexos como la posición que podría tener la CSE en el sistema de fuentes de cada país, o si los tratados internacionales en general y la CSE en particular integran o no el bloque de constitucionalidad. Sentado lo anterior, y aun cuando el catálogo constitucional español de derechos sea extenso, como amplia es también la proyección de los mandatos interpretativo y aplicativo establecidos respectivamente en los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución, lo bien cierto es que España no ha profundizado en su internacionalización social. No se trata ahora de proponer reformas de la Ley Suprema española de 1978 para incluir preceptos específicos de internacionalización social como en su día hiciera la Constitución de 1931<sup>17</sup>; nos corresponde, empero, al menos aprovechar las bases habilitantes establecidas por la Constitución de 1978 para asumir las mejoras conocidas por la propia CSE. A este respecto, España, al margen del Protocolo de 1988 (y del Protocolo de reforma de 1991), no ha ratificado ninguna mejora posterior de la Carta Social de 1961, esto es, ni el Protocolo de 1995 ni la Carta revisada de 1996.

### 2.3. LOS RENDIMIENTOS OBTENIDOS EN ESPAÑA MERCED A LA CARTA SOCIAL EUROPEA

Pese al déficit arrastrado en España como consecuencia de la reseñada falta de ratificación de las modificaciones experimentadas por la CSE de 1961 y, de modo particular, como consecuencia de la no aceptación del sistema de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales (Protocolo de 1995 y Carta revisada de 1996), se han obtenido en nuestro país determinados rendimientos positivos derivados del mecanismo de control basado en los informes, tanto en el ámbito normativo como en el jurisprudencial. Me limitaré, por el momento, a introducir dos ejemplos interesantes de esa influencia positiva de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales en el plano español:

A) En el terreno legislativo, uno de los progresos normativos más significativos derivados de la operatividad del sistema de control de la Carta tuvo que ver con el fenómeno del trabajo infantil. Este extremo propició en su día que los órganos de la CSE pusieran en entredicho la compatibilidad de la situación legal

Ministerio del Interior británico (Home Office) para dar a conocer el Convenio Europeo a todos los funcionarios públicos a través de dicha Ley (guía bajo el título "A New Era of Rights and Responsibilities - Core Guidance for Public Authorities" a la que se puede acceder a través del sitio web [www.homeoffice.gov.uk/hract](http://www.homeoffice.gov.uk/hract)) pueden leerse las palabras del Ministro del Interior a la sazón (Mike O'Brien), para quien la Human Rights Act "establece nuevas responsabilidades para todos aquellos que trabajan en el sector público. Tenemos atribuida una función vital en la creación de una nueva cultura de los derechos humanos. Espero que esta *Core Guidance* sea un valioso instrumento para hacer realidad esa nueva cultura".

16 Ley de 24 de noviembre de 1994, por la que se reforma el Instrumento de Gobierno de 28 de febrero de 1974 (el título oficial es *Lag om ändring i regeringsformen*). El citado precepto (incluido en el Capítulo segundo, rubricado *De las libertades y derechos fundamentales*) establece que "no se podrán promulgar leyes ni otras normas legales incompatibles con las obligaciones asumidas por Suecia en virtud del *Convenio Europeo sobre protección de los derechos humanos y libertades fundamentales*".

17 En el artículo 15 de la Constitución de la segunda república, que establecía las competencias del Estado, en la materia 1ª (segundo inciso) podía leerse que "la ejecución de las leyes sociales será inspeccionada por el Gobierno de la República, para garantizar su estricto cumplimiento y el de los tratados internacionales en la materia".

española con las prescripciones mínimas europeas (artículo 7.1 CSE). Así, el Comité de expertos independientes (denominación en la CSE de 1961, o Comité Europeo de Derechos Sociales según la Carta revisada de 1996) expresó sus reticencias en relación con el desfase que existía en España entre la edad de instrucción obligatoria (catorce años) y la edad mínima para ser admitido en el empleo (dieciséis años), lo que provocaba la actividad profesional de muchos adolescentes durante ese período intermedio. Como se sabe, la legislación española posterior a la intervención del Comité (concretamente, la Ley Orgánica 1/1990 de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo) elevó a dieciséis años la escolaridad obligatoria, con lo cual, al menos desde el punto de vista normativo, se intentó un remedio a la referida situación<sup>18</sup>. Pese a ello, el Comité advirtió que para poner fin absolutamente a la posibilidad del trabajo de los menores de dieciséis años, las autoridades españolas debían adoptar medidas positivas al efecto:

<<El Comité ha extraído del informe español que existía en este país una prohibición absoluta de ejercer una actividad profesional antes de los dieciséis años, sin derogación posible. Sin embargo, el examen del informe español ha mostrado que ningún texto legislativo o reglamentario fijaba la duración máxima o la naturaleza de los trabajos que los niños emparentados con el empleador, todavía sometidos a la instrucción obligatoria (dieciséis años desde la Ley de 3 de octubre de 1990) podían

efectuar en el seno de la empresa familiar. El Comité ha considerado que esta situación no era conforme con esta disposición de la Carta, pues todos los jóvenes todavía sujetos a la obligación escolar deben ser protegidos contra los abusos resultantes del ejercicio de actividades extra-escolares penosas o de duración excesiva>>.

Merece la pena destacar que esa línea jurisprudencial, derivada del sistema de informes, se ha visto reforzada por la jurisprudencia emanada del sistema de reclamaciones colectivas, significativamente ya desde la sustanciación de la primera reclamación (nº 1/1998, Comisión internacional de juristas contra Portugal), que dio lugar a la decisión de fondo de 9 de septiembre de 1999:

<<deben continuar igualmente los esfuerzos para aumentar la eficacia del control ejercido respecto al trabajo infantil en el marco de la familia y en los domicilios privados, control a propósito del cual el Comité no desconoce su dificultad y que es competencia de la inspección de trabajo o de las instituciones escolares y de los servicios sociales, según los casos. (...) El Comité concluye que la situación en Portugal no es conforme con el artículo 7, apdo. 1>><sup>19</sup>.

B) En el ámbito jurisprudencial, la labor hermenéutica llevada a cabo por el Comité Europeo de Derechos Sociales puede favorecer una relectura o una interpretación más favorable de nuestro catálogo constitucional de derechos fundamentales, a la luz de la

18 La vigente *Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación* mantiene esa obligatoriedad en su artículo 3.

19 Apartados 43 y 45 de la decisión de fondo. El artículo 7, apdo. 1 de la Carta Social Europea aparece redactado en estos términos: "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección de los niños y adolescentes, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A fijar en quince años la edad mínima de admisión al trabajo, sin perjuicio de excepciones para los niños empleados en determinados trabajos ligeros que no pongan en peligro su salud, moralidad o educación;...". A mayor abundamiento, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha seguido haciendo hincapié en la protección de los niños, especialmente con motivo de las reclamaciones colectivas 17 a 21/2003 (*Organización mundial contra la tortura contra Grecia, Irlanda, Italia, Portugal y Bélgica*, respectivamente, decisiones de fondo de 7 de diciembre de 2004), todas ellas sobre castigos corporales a los niños, con especial atención al ámbito familiar.

orientación prescrita por el artículo 10.2 de nuestra Norma Suprema. Es más, derechos excluidos *a priori* del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por no estar ubicados dentro del catálogo “privilegiado” que goza formalmente de esa protección (artículos 14 a 30 de la Constitución), como podría ser el caso del derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 40), podrían acabar siendo protegidos por dicho mecanismo a través de la vía de la *conexión o extensión* de derechos. Con tal espíritu, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3ª) de fecha 3 de febrero de 2006 (recurso núm. 1284/2003, sobre infracción y sanción en el orden social, por accidente laboral de un menor de dieciocho años al trabajar con una máquina peligrosa) se razonaba (FJ 3º):

<<En estas coordenadas, la Sala entiende que la Administración demandada, a través de la Inspección de trabajo ha cumplimentado adecuadamente en el caso de autos las obligaciones positivas que le impone el ordenamiento interno, tanto las normas de producción nacional como supranacional, en la materia. Efectivamente, la aplicación del Decreto de 26 de julio de 1957 no sólo no se ha revelado controvertida en el momento de los hechos, sino que su contenido protector para los trabajadores menores de dieciocho años todavía se puede considerar reforzado por los cánones actuales de nuestro sistema de derechos fundamentales establecidos mediante la Constitución española de 1978. Bajo tal perspectiva, en anteriores pronunciamientos, esta misma Sala y Sección (por ejemplo, sentencia núm. 469/1998, de 12 de mayo de 1998, FJ 3º) ha tenido ocasión de advertir que la aplicación de la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo “viene reforzada desde al menos dos puntos de vista en la realidad contextual de nuestro país, en donde llama la atención el elevado número de accidentes de trabajo (siniestralidad que, desgraciadamente, a menudo se salda con muertes) por la precariedad de las medidas de seguridad: –de un lado, por la

acción positiva a la que se ven ligados los poderes públicos por mandato constitucional, unos poderes públicos que ‘velarán por la seguridad e higiene en el trabajo’ (artículo 40.1 de la Constitución); –de otro lado, por la interpretación favorable al respeto de los derechos fundamentales de conformidad con los instrumentos internacionales ex artículo 10.2 de la Constitución española: sobre este particular, justamente, el artículo 3 de la Carta Social Europea de 1961 (ratificada por el Estado español en 1980) consagra el derecho de los trabajadores a la seguridad e higiene en el trabajo, un precepto que según la jurisprudencia de control de la Carta ‘establece un principio ampliamente reconocido, que deriva directamente del derecho a la integridad de la persona humana, siendo éste mismo uno de los principios fundamentales de los derechos humanos’ (*Recueil de Jurisprudence relative à la Charte Sociale Européenne/Case Law on the European Social Charter*, Strasbourg, 1982, p. 22)”.>>

A mayor abundamiento, debe recordarse que el artículo 40.1 de la Constitución recoge un derecho fundamental social (catalogado como “principio rector de la política social y económica”) que, en todo caso, por imperativo del artículo 53.3 de la propia Carta Magna española, debe informar “la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, todo ello observando las ya referidas obligaciones positivas en la materia. Con semejante espíritu, el artículo 7 de la Carta Social Europea de 1961 (*derecho de los niños y adolescentes a protección*) establece que “para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección de los niños y adolescentes, las Partes Contratantes se comprometen: (...) 2. A fijar una edad mínima más elevada para la admisión al trabajo en ciertas ocupaciones consideradas peligrosas o insalubres”; la Carta Social Europea revisada de 1996 (que España no ha ratificado) modifica esta disposición disponiendo explícitamente que esa edad mínima debe fijarse en 18 años>>.

Por último, cabe recordar, en lo que atañe a las relaciones entre la Carta Social Europea y nuestra legislación nacional, que España formuló en 1991 una denuncia referida al artículo 8.4.b) de la CSE<sup>20</sup>, en cuyo texto podía leerse que “por notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, de conformidad con el artículo 37 de la CSE, España ha denunciado el artículo 8.4.b) de dicha Carta. Esta denuncia surtirá efecto para España a partir del 5 de junio”. No parece una casualidad que esta denuncia precediera a un importante pronunciamiento de nuestra jurisdicción constitucional, concretamente la STC 229/1992 de 14 de diciembre, mediante la que se resolvió un recurso de amparo por lesión del derecho a la no discriminación por razón de sexo reconocido en el artículo 14 de la Constitución: el Tribunal Constitucional dio la razón a la actora en el sentido de reconocerle su derecho a ocupar en igualdad con los trabajadores hombres una plaza de ayudante minero en la empresa Hunosa, tras haber superado las oportunas pruebas de admisión. En relación con el art. 8.4.b) de la Carta Social, el Tribunal expresa (FJ 2º):

<<no cabe duda de que la prohibición de trabajar en el interior de las minas a la mujer, aunque

responda históricamente a una finalidad protectora, no puede ser calificada como una medida de acción positiva o de apoyo o ventaja para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que no favorece a ésta, sino que más bien la restringe al impedir a la mujer acceder a determinados empleos>>.

En todo caso, esta STC 229/1992 resulta interesante por cuanto plantea también la posición de los Tratados internacionales (en este caso, la Carta Social Europea) en nuestro sistema de fuentes, sugiriendo las siguientes lecturas<sup>21</sup>: 1ª) Los Tratados se encontrarían por debajo de la Constitución; pero, por otra parte, con objeto de evitar problemas de responsabilidad internacional, sería mejor denunciar el Tratado que plantear la cuestión de inconstitucionalidad por Jueces y Magistrados (y mejor aún haber suscitado anteriormente el recurso de inconstitucionalidad previo frente a Tratados previsto en el artículo 95 de la Constitución)<sup>22</sup>. 2ª) También cabría entender, y esta solución es la que me parece más acertada, que el Tribunal Constitucional se ha decantado por la inaplicación de un Tratado cuando éste contenga normas menos favorables que las nacionales: la Carta Social sería en este punto un *minimum* superado por la normativa interna más favorable, lo que además es

20 BOE núm. 112 de 10 de mayo de 1991.

21 En esta línea ya me pronuncié en JIMENA QUESADA, L.: “La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España”, en el colectivo *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales* (coord. L. Jimena Quesada), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 174-176.

22 Cfr. Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, FJ. 1: “mediante la vía prevista en su artículo 95.2, la Norma Fundamental atribuye al Tribunal Constitucional la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar, al tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional. Como intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional es llamado a pronunciarse sobre la posible contradicción entre ella y un Tratado cuyo texto, ya definitivamente fijado, no haya recibido aún el consentimiento del Estado (artículo 78 LOTC). Si la duda de constitucionalidad se llega a confirmar, el Tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional (artículo 95.1 CE). De este modo, la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento previsto en su Título X, su primacía, adquiriendo también el Tratado, en la parte del mismo que fue objeto de examen una estabilidad jurídica plena, por el carácter vinculante de la Declaración del Tribunal Constitucional (artículo 78.2 LOTC), como corresponde al sentido de este examen preventivo”. A renglón seguido, en el propio FJ 1, nuestra Jurisdicción Constitucional recuerda que, pese a la perturbación que implicaría para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado español (y que es por ello deseable evitar, a lo que apunta precisamente el control preventivo de constitucionalidad contemplado en el artículo 95 CE), la Constitución es la Norma Suprema, y que tal supremacía queda “en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar (artículos 27.2, 31 y 32.1 LOTC) o cuestionar (artículo 35 LOTC) la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno (artículo 96.1 CE)”. Esta doctrina es acogida en la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004, sobre la compatibilidad de nuestra Norma Suprema con el Tratado constitucional de 2004.

coherente con las propias disposiciones de la Carta de Turín de 1961 y, en especial, con su artículo 32 (rubricado *Relaciones entre la Carta y el Derecho interno o los Acuerdos internacionales*), a tenor del cual “las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de Derecho interno ni a las de los Tratados, Convenios o Acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se concediere un trato más favorable a las personas protegidas”<sup>23</sup>.

Paradójicamente, la teórica eficacia directa de la Constitución, reseñada más arriba (apartado II.2 *supra*), no se perfila siempre como una base normativa suficiente, y así lo ha venido entendiendo el Comité Europeo de Derechos Sociales al examinar la conformidad a la Carta Social Europea de la legislación nacional de las Partes Contratantes. En particular, en la decisión de fondo de 7 de diciembre de 2004 sobre la reclamación nº 21/2003 (Organización mundial contra la tortura, contra Bélgica) puede leerse (apartado 43):

<<En cuanto a la Constitución [belga], el Comité subraya que la introducción del artículo 22bis) en el texto constitucional va en el sentido del artículo 17 de la Carta. Sin embargo, considera de manera general que “si la Constitución puede ciertamente ofrecer una cierta protección (...), no posee en cambio la especificidad necesaria para garantizar una protección suficiente (Conclusiones XVI-2, tomo 1, Bélgica, artículo 15.2, p. 106)”. Aplicando

*mutatis mutandis* esta fórmula general al presente asunto, el Comité se remite tanto al tipo de control del que es susceptible a título principal el artículo 22bis) de la Constitución como a la muy concisa redacción de esta disposición. Además, el Comité considera que, de entrada, el derecho a la integridad consagrado por el artículo 22bis) no engloba todos los aspectos previstos por el artículo 17 de la Carta, especialmente en tanto en cuanto este último abarca los castigos con fin educativo>>.

### 3 ■ LA CERRAZÓN DEL ESTADO ESPAÑOL A UNA MAYOR INTEGRACIÓN SOCIAL EUROPEA

#### 3.1. LA FALTA DE VOLUNTAD POLÍTICA DE LOS SUCESIVOS GOBIERNOS ESPAÑOLES PARA COMPROMETERSE CON LAS MODIFICACIONES Y REFORMAS OPERADAS EN LA CARTA DE 1961

Con carácter preliminar, debe apuntarse que ha habido una reforma de la CSE que ha padecido la falta de voluntad política de más de un Estado, concretamente el Protocolo de 1991<sup>24</sup>: cabalmente, aunque dicho Protocolo no haya entrado en vigor (al precisar la unanimidad de todos los Estados Partes en la Carta Social Europea)<sup>25</sup> su contenido es aplicado en la práctica tras una decisión del Comité de

23 El mismo tenor literal tiene el artículo H (dentro de la Parte III) de la Carta Social Europea revisada de 3 de mayo de 1996. Otros ejemplos de la cláusula favor libertatis o de estándar mínimo pueden encontrarse en instrumentos internacionales como: la Carta Europea de las lenguas regionales o minoritarias, hecha en Estrasburgo el 5 de noviembre de 1992 (artículo 4.2); el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (artículo 11); y el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (artículo 5).

24 Sobre la problemática de esta reforma, léase el trabajo de CASTILLO DAUDÍ, M.: “La Carta Social Europea treinta años después: El Protocolo de 21 de octubre de 1991”, *Tribuna Social*, nº 27, 1993.

25 De los cuarenta y seis Estados miembros del Consejo de Europa, estos cinco son los únicos que no lo han ratificado, impidiendo su entrada en vigor: Dinamarca, Alemania, Luxemburgo, Turquía y Reino Unido.

Ministros de 1991<sup>26</sup>, mediante la que se pedía a los órganos de control de la Carta que aplicaran ese Protocolo incluso antes de su entrada en vigor “en la medida en que el texto de la Carta lo permitiere”. Así, todas las disposiciones del Protocolo de 1991 son aplicables, excepto la elección de miembros del Comité europeo de derechos sociales por la Asamblea parlamentaria (siguen siendo elegidos por el Comité de Ministros)<sup>27</sup>.

Advertido lo cual, de manera más precisa llama la atención que los dos Estados de la Unión Europea que poseen la fórmula del Estado social más paradigmática (Alemania y España) figuran curiosamente entre los que no han aceptado el Protocolo de 1995 ni la Carta revisada de 1996: Alemania, que ratificó la Carta de 1961 el 17 de enero de 1965 ni siquiera ha firmado la Carta revisada de 1996; por su parte, España, aunque firmó la Carta revisada el 23 de octubre de 2000, sigue sin ratificarla<sup>28</sup>.

En este panorama, me parece interesante traer a colación diversos dictámenes del Consejo de Estado español relacionados con la incorporación en España de la Carta Social Europea. Así, en el dictamen de 25 de febrero de 1999 (expediente nº 348/1999), relativo al Protocolo adicional de 1988, a la sazón ratificado por España, se percibe una sensibilidad positiva:

<<La consulta versa sobre la eventual necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado español para obligarse por medio del

Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988.

La Carta Social Europea de 1961, ratificada por España mediante Instrumento de 6 de mayo de 1980, ha sido objeto de posterior modificación y complemento gracias a la labor desarrollada en el Consejo de Europa a través de la adopción de una serie de Protocolos Adicionales y de la llamada Carta Social Revisada.

Cerca de la celebración de su 50º aniversario, dicha Organización muestra especial interés en que los Estados miembros ratifiquen los Convenios producidos en su seno, pues quiere anunciar las firmas y ratificaciones que se hayan producido recientemente.

El Protocolo Adicional objeto de consulta no sólo no plantea problemas de aplicación en España sino que concuerda en buena medida con las previsiones y objetivos del Derecho interno, de modo que su ratificación no implicará la necesidad de modificar la legislación vigente.

En todo caso, teniendo en cuenta que se está ante un tratado internacional que incide sobre derechos y deberes establecidos en el Título I de la Constitución (artículos 14, 35, 37, 40 y 50) y que recae sobre materias reguladas por Ley en el ordenamiento español, ha de estimarse comprendido en los párrafos c) y e) del artículo 94.1 de la Constitución, con el consiguiente requerimiento de autorización de las Cortes Generales previa a su conclusión.

26 Decisión adoptada en diciembre de 1991 con motivo de la 467ª reunión de los Delegados de los Ministros.

27 En todo caso, se ha aligerado o flexibilizado el mecanismo de control, con la desaparición de la Asamblea Parlamentaria en el procedimiento, y con la delimitación meridiana de las competencias jurídicas del Comité europeo de derechos sociales respecto de las competencias políticas del Comité Gubernamental.

28 Los otros Estados de la Unión Europea que no han aceptado el sistema de reclamaciones colectivas son: Austria, República Checa, Dinamarca, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, República Eslovaca y Reino Unido. Por tanto, han aceptado someterse al procedimiento de reclamaciones colectivas estos otros socios comunitarios: Bélgica (el 23 de junio de 2003), Chipre (el 6 de agosto de 1996), Finlandia (el 17 de julio de 1998), Francia (el 7 de mayo de 1999), Grecia (el 18 de junio de 1998), Irlanda (el 4 de noviembre de 2000), Italia (el 3 de noviembre de 1997), Portugal (el 20 de marzo de 1998), Eslovenia (el 7 de mayo de 1999), y Suecia (el 29 de mayo de 1998).

Y, en mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que la prestación del consentimiento del Estado para obligarse mediante el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988, requiere la previa autorización de las Cortes Generales>>.

A continuación, en el dictamen de 18 de marzo de 1999 (expediente nº 346/1999), sobre el Protocolo de reforma de 1991 –igualmente ratificado por España–, el Consejo de Estado ya apunta ciertas cautelas políticas respecto al alcance de dicho Protocolo, expresando:

<<La consulta tiene por objeto el Protocolo de Enmienda a la Carta Social Europea, hecho en Turín el 21 de octubre de 1991, a los efectos previstos en el artículo 22.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado. El Protocolo de Enmienda de la Carta Social Europea introduce ciertas modificaciones en relación a las funciones, órganos y funcionamiento de los mecanismos institucionales previstos originariamente, dando carta de naturaleza positiva a algunas prácticas que ya se vienen observando. Aunque ello no signifique una alteración radical de la estructura ni de las funciones actuales ejercidas, teniendo en cuenta la importancia política que tiene la Carta de Turín de 1961 en el ámbito de los derechos económicos y sociales y los esfuerzos por proveer a su mayor protección en el ámbito del Consejo de Europa, puede considerarse que el Protocolo de Enmienda de dicha Carta se sitúa en ese plano de trascendencia política, quedando así comprendido en el párrafo a) del artículo 94.1 de la Constitución.

Y, en mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio del Protocolo de Enmienda a la Carta Social Europea, hecho en Turín el 21 de octubre

de 1991, requiere la previa autorización de las Cortes Generales>>.

En fin, en el dictamen de 11 de mayo de 2000 (expediente nº 1740/2000), sobre la Carta Social revisada de 1996, se vislumbran ciertas reticencias políticas que, a la postre, han conllevado que dicho instrumento internacional todavía no haya sido ratificado por España en el momento de redactar este trabajo. Así, en el parecer del Consejo de Estado se declara:

<<La consulta versa sobre la eventual necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado para obligarse mediante la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996.

El Consejo de Estado ha emitido recientemente dictamen respecto de otros Instrumentos conexos con la Carta Social Europea y que, con motivo del 50º aniversario del Consejo de Europa y gracias al impulso previo dado a la materia por las Conferencias Ministeriales sobre los derechos del hombre, la celebrada en Roma en 1990 y la celebrada en Turín en 1991, están actualmente abiertos a la ratificación de los Estados miembros. Tales nuevos Instrumentos elevan el nivel de protección de los derechos económicos y sociales establecido en la originaria Carta de Turín de 1961 o bien representan modificaciones orgánicas y funcionales que perfeccionan los mecanismos de cooperación y control. El Consejo de Estado ha observado, teniendo en cuenta la importancia política de la Carta matriz en el ámbito de los derechos mencionados, que ha de considerarse que los Protocolos y Convenios subsiguientes se sitúan en su mismo plano de trascendencia política, quedando así comprendidos en el párrafo a) del artículo 94.1 de la Constitución (vid. dictamen 346/99 al Protocolo de Enmienda a la Carta Social Europea, hecho en Turín el 21 de octubre de 1991).

De otro lado, al igual que se dijo respecto del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988 (dictamen 348/99), la ratificación de la Carta Social Europea revisada no sólo no plantea problemas de aplicación en España sino que concuerda en buena medida con las previsiones y objetivos del Derecho interno, de modo que su ratificación no implicará la necesidad de modificar la legislación vigente. *Ciertamente existen algunas previsiones (así las contenidas en los artículos 2.3 y 3.4) no asumidas por el Derecho interno aún, si bien, por otra parte, no son de necesaria aceptación a tenor de lo dispuesto en el artículo A.1 de la propia Carta Social Europea revisada.* En todo caso, teniendo en cuenta que se está ante un tratado internacional que incide sobre derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I de la Constitución (artículos 14, 35, 37, 40 y 50) y que recae sobre materias reguladas por Ley en el ordenamiento español, ha de estimarse comprendido en los párrafos c) y e) del artículo 94.1 de la Constitución, con el consiguiente requerimiento de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a su conclusión.

Y, en mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que la prestación del consentimiento del Estado para obligarse mediante la Carta Social Europea

(revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, requiere la previa autorización de las Cortes Generales >>.

### 3.2. LA RESPONSABILIDAD DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS ANTE ESA FALTA DE VOLUNTAD POLÍTICA ESTATAL

En el presente epígrafe me refiero a la voluntad política estatal por la circunstancia lógica de ser el Estado español quien ostenta la personalidad jurídica internacional y, por ende, el Gobierno de la Nación quien responde ante las instancias de control de la CSE sitas en Estrasburgo. Anteriormente (epígrafe II.2, *supra*) he traído a colación una innovación legislativa estatal en el ordenamiento jurídico español. Y se podrían destacar otros supuestos de recepción interna de la Carta Social Europea, tanto normas con fuerza de ley como normas de carácter “paralegislativo”<sup>29</sup>: en cuanto a lo primero, cabe mencionar, entre otras disposiciones legislativas, la Ley 4/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas<sup>30</sup>, o el Real Decreto-Ley 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social<sup>31</sup>; por lo que se refiere a lo segundo, una referencia interesante es la Resolución de 9 de octubre de 1984 del Instituto de mediación, arbitraje

29 La tendencia a hurtar poderes al Parlamento (y a sus órganos de asistencia –fenómeno conocido como *neocorporativismo* o *neocontractualismo*–) y de mermar su centralidad en el ejercicio de la función legislativa, se produjo en el ámbito estatal mediante el denominado Acuerdo Económico y Social suscrito en España en octubre de 1984 entre el Gobierno y los actores sociales más representativos, en el que pese a tratarse de compromisos propios de las Cámaras legislativas se obvió la participación del Parlamento, que se redujo a una mera comparecencia del Ministro de Trabajo ante la Comisión parlamentaria competente. En el plano supranacional, los Estados también prefieren a menudo acudir a vías de “facto” menos institucionalizadas, como ocurrió con motivo del Consejo Europeo de Barcelona de 15-16 de marzo de 2002 (en paralelo a éste se puso en marcha la novedosa práctica de Consejos sectoriales de Ministros –a la sazón, precisamente de trabajo y seguridad social– con participación de los interlocutores sociales afectados), que puede redundar en un desconocimiento de la relevancia del Comité Económico y Social de la Unión Europea o de los procedimientos de “diálogo social” en el seno del Parlamento Europeo.

30 En su Exposición de Motivos puede leerse: “La familia, como núcleo fundamental de la sociedad, desempeña múltiples funciones sociales, que la hacen merecedora de una protección específica tal como señalan numerosos instrumentos internacionales, entre los que destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos y la *Carta Social Europea*. Por su parte, la Constitución Española de 1978 establece en su artículo 39 que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

y conciliación, por la que se acuerda la publicación del Acuerdo interconfederal para la negociación colectiva 1985-86, integrante del Acuerdo Económico y Social (AES), suscrito por la UGT y las confederaciones empresariales CEOE y CEPYME<sup>32</sup>.

Expuesto lo precedente, no cabe desconocer que gran parte de los principios rectores de la política social y económica resultan coincidentes con los mandatos incluidos en la CSE. Por tal motivo, en la medida en que una parte sustancial de esos principios rectores son asimismo competencia de las Comunidades Autónomas, no debiera extrañar que sea precisamente la legislación autonómica la que ha citado explícitamente la CSE como fuente de inspiración de sus normas sociales. El caso es que se ha aprobado un gran número de leyes regionales del género, que normalmente incluyen esa referencia a la CSE en su respectivo Preámbulo<sup>33</sup>.

Ahora bien, la lectura de esas leyes regionales pone de manifiesto que la consideración jurídica de la CSE diverge de unas Comunidades Autónomas a otras, debiendo por tanto, de entrada, destacarse su carácter de tratado internacional y la necesidad de asegurar su “efecto útil” como “instrumento vivo”, como ha venido enfatizando el propio Comité Europeo de Derechos Sociales. Efectuemos un breve balance de la legislación autonómica:

- En primer lugar, no queda siempre claro el carácter de tratado internacional de la CSE, percibiéndose algunos supuestos en donde se la equipara al *soft-law*, lo que tal vez quepa poner en conexión con el referido déficit educativo, jurídico y político: así, resaltando el carácter netamente obligatorio de la CSE puede citarse la Ley balear 7/2000, de 15 de junio, de creación del Servicio de Empleo de las Illes Balears<sup>34</sup>; en sentido contrario, con un aparente enfoque de

31 En el Preámbulo del Decreto-Ley se dice: “La Constitución Española prevé, en su artículo 39, que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica a la familia, declaración que está *en línea, entre otros, con la Carta Social Europea*, que considera a la familia como elemento esencial de la sociedad, teniendo derecho a una protección, jurídica y económica adecuada, para lograr su desarrollo”.

32 En el Preámbulo de la Resolución (publicada en el BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1984) se dice: “En base a los criterios generales arriba citados y con objeto de hacerlos operativos, las Organizaciones firmantes están de acuerdo en que el desarrollo de los procedimientos voluntarios de mediación y arbitraje deberían responder a los siguientes principios: a) Adecuación a lo establecido en la Recomendación número 92 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios y *artículo 6 de la Carta Social Europea* (...)”.

33 Así, por orden cronológico, pueden citarse: Ley catalana 26/1985, de 27 de diciembre, de servicios sociales (BOE nº 57, de 7 de marzo de 1986); Ley balear 9/1987, de 11 de febrero, de acción social (BOE nº 114, de 13 de mayo de 1987); Ley gallega 3/1987, de 24 de mayo, de servicios sociales (BOE nº 173, de 21 de julio de 1987); Ley asturiana 6/1991, de 5 de abril, de ingreso mínimo de inserción (BOE nº 121, de 21 de mayo de 1991); Ley aragonesa 9/1992, de 7 de octubre, del voluntariado social (BOE nº 264, de 3 de noviembre de 1992); Ley madrileña 3/1994, de 19 de mayo, del voluntariado social en la Comunidad de Madrid (BOE nº 151, de 25 de junio de 1994); Ley castellano manchega 4/1995, de 16 de marzo, del voluntariado en Castilla-La Mancha (BOE nº 56, de 5 de marzo de 1996); Ley castellano-manchega 5/1995, de 23 de marzo, de solidaridad en Castilla-La Mancha (BOE nº 56, de 5 de marzo de 1996); Ley aragonesa 4/1996, de 22 de mayo, relativa al Instituto aragonés de servicios sociales (BOE nº 143, de 13 de junio de 1996); Ley foral navarra 2/1998, de 27 de marzo, del voluntariado (BOE nº 131 de 2 de junio de 1998); Ley canaria 4/1998, de 15 de mayo, de voluntariado de Canarias (BOE nº 134, de 5 de junio de 1998); Ley balear 7/2000, de 15 de junio, de creación del Servicio de Empleo de las Illes Balears (BOE nº 117, de 25 de julio de 2000); Ley valenciana 4/2001, de 19 de junio, del Voluntariado (BOE nº 167, de 13 de julio de 2001); Ley andaluza 7/2001, de 12 de julio, del Voluntariado (BOE nº 188, de 7 de agosto de 2001); Ley riojana 1/2002, de 1 de marzo, de Servicios Sociales (BOE nº 79, de 2 de abril de 2002); Ley andaluza 4/2002, de 16 de diciembre, de Creación del Servicio Andaluz de Empleo (BOE nº 10, de 11 de enero de 2003); Ley valenciana 11/2003, de 10 de abril, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad (BOE nº 122, de 22 de mayo de 2003); Ley canaria 12/2003, de 4 de abril, del Servicio Canario de Empleo (BOE nº 134, de 5 de junio de 2003); Ley valenciana 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana (BOE nº 281, de 22 de noviembre de 2004); Ley murciana 5/2004, de 22 de octubre, del voluntariado en la Región de Murcia (BOE nº 199, de 20 de agosto de 2005).

norma programática, cabe citar la Ley valenciana 11/2003, de 10 de abril, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad<sup>35</sup>. Esa “débil” visión de la CSE se ha reflejado asimismo en el plano estatal: buen exponente de ello es el Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía<sup>36</sup>.

- A continuación, en otras ocasiones se cita el *nomen iuris* de la CSE, prescindiéndose de la cita del

precepto correspondiente: así sucede en la Ley valenciana 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana<sup>37</sup>. En la misma línea, la normativa regional permite delimitar lo que es derecho subjetivo de lo que reviste otra naturaleza: verbigracia, la Ley asturiana 6/1991, de 5 de abril, de ingreso mínimo de inserción<sup>38</sup>. De todos modos, resultan apreciables las afirmaciones autonómicas que conectan con el principio de indivisibilidad, hablando sin complejos de “derechos fundamentales” por referencia a los derechos sociales: Así lo hacía la Ley

34 En la exposición de motivos de Ley balear 7/2000, de 15 de junio, puede leerse: “Los artículos 40 y 41 de la Constitución, encuadrados en el capítulo III del título I de la Constitución, relativo a los principios rectores de la política social y económica del estado social y democrático de derecho, disponen que los poderes públicos realizarán una política orientada hacia el pleno empleo y prevén la garantía de la formación, la readaptación profesional y la protección en caso de desempleo. Asimismo, el Convenio número 88 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España, obliga a los estados miembros a ofrecer un servicio de empleo que cumpla las condiciones, recogidas posteriormente en la Constitución. Igualmente conviene recoger las *obligaciones derivadas de la Carta Social Europea y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ambos ratificados por el Estado español en 1980 y 1977, respectivamente, sin prejuzgar su organización, que en todo caso vendrá determinada por la configuración territorial y la distribución de competencias de cada estado miembro. El marco anteriormente expuesto de *protección internacional -en la cual rige la aplicación del principio de subsidiariedad-* y de previsión constitucional, no exige sino que impulsa la activa participación de la comunidad autónoma que, de acuerdo con la competencia ejecutiva en materia de trabajo y la potestad de regular la organización, el régimen y el funcionamiento de sus instituciones de autogobierno, previstas en los artículos 12.15 y 10.1 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, debe participar mediante la fijación de unas directrices adecuadas a las condiciones sociales y laborales propias de las Illes Balears”. Con orientación parecida, la Ley canaria 4/1998, de 15 de mayo, de voluntariado de Canarias expresa en su Preámbulo que “también la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, ratificada por España el 29 de abril de 1980, *obliga* al Estado español a fomentar la participación de los individuos y organizaciones en los servicios sociales”.

35 Según el Preámbulo de la Ley valenciana 11/2003: “Numerosas son las *declaraciones* que desde el ámbito internacional se han formulado con el fin de garantizar que las personas con discapacidad disfruten de los mismos derechos que el resto de la ciudadanía. También en el ámbito de la unión europea. La carta social europea y distintas recomendaciones, resoluciones y programas, han tratado de concienciar a los gobiernos sobre los graves problemas sociales, económicos, educativos, sanitarios y de accesibilidad a la vivienda y al empleo que afectan a las personas con discapacidad”. Con análoga orientación, la Ley foral navarra 2/1998, de 27 de marzo, del voluntariado, participa de ese enfoque alicorto de la CSE, cuando dice en su Exposición de Motivos que “igualmente, la Carta Social Europea, que parte del reconocimiento a toda persona del derecho a beneficiarse de los servicios de bienestar social, *alienta* la participación de los individuos y de las organizaciones en la creación y mantenimiento de dichos servicios” (idéntico verbo –“alentar”– y redacción se utiliza en la Exposición de Motivos de la Ley castellano manchega 4/1995, de 16 de marzo, del voluntariado en Castilla-La Mancha).

36 En el Preámbulo (apartado VI) de dicho Decreto-Ley se expresa: “La importante pérdida del poder adquisitivo del SMI en el periodo comprendido entre 1996 y 2004, que se valora en un 6,6 por ciento, precisa ser corregida con urgencia, para restituir a los trabajadores perceptores del SMI la mencionada pérdida y situar su cuantía en un nivel más digno y más acorde con la evolución que ha tenido el IPC en los últimos años. La contribución a la efectividad del derecho constitucional del trabajador a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, la reparación de la pérdida de poder adquisitivo del SMI, su aproximación a una cuantía más cercana al 60 por ciento del salario medio de los trabajadores *tal y como recomienda la Carta Social Europea del Consejo de Europa* y, en fin, razones de justicia social constituyen el objetivo principal de las medidas incluidas en este real decreto ley, entendiéndose el Gobierno que todas ellas deben ser puestas en práctica con carácter inmediato y que responden a las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución para la utilización del real decreto ley”.

37 En el Preámbulo de la Ley valenciana 8/2004, de 2 de octubre, se recuerda que “la vivienda como bien necesario está recogida en el artículo 25 de la Declaración de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y en la Carta Social Europea de 1961”.

gallega 3/1987, de 24 de mayo, de servicios sociales<sup>39</sup>. En cualquier circunstancia, es habitual que las leyes regionales conecten la CSE con el artículo 9.2 o el equivalente en el ámbito autonómico: así sucede en la Ley madrileña 3/1994, de 19 de mayo, del voluntariado social en la Comunidad de Madrid, cuyo Preámbulo afirma que “la Constitución *impone* a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida social (artículo 9.2) y la Carta Social Europea la de estimular la participación de los individuos en la acción y mantenimiento de los servicios sociales (artículo 12)”<sup>40</sup>.

- En fin, no parece existir caso alguno de legislación autonómica (tampoco estatal) en donde se cite explícitamente la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, llamando la atención en

cambio que sí se mencionen pareceres de otros organismos europeos cuyo alcance (a diferencia de las decisiones del Comité de la CSE) es meramente consultivo o no vinculante: así, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, se afirma que “es innegable, también, y así lo recuerda el Comité Económico y Social de la Unión Europea en su Dictamen de 28 de enero de 1998, la importancia que tienen las asociaciones para la conservación de la democracia”.

Finalmente, cabe observar que la responsabilidad estatal y la responsabilidad autonómica en la materia, así como las expresiones más o menos desgraciadas con que se cita la CSE en las normas estatales y regionales –según lo estudiado–, tampoco se han

38 En el Preámbulo de la Ley asturiana 6/1991, de 5 de abril se aclara que “la Ley se sitúa en el ámbito competencial exclusivo de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, conforme los términos del artículo 148.1.20ª de la Constitución, en relación con el 10, apartado p), del Estatuto de Autonomía para Asturias. Esto es, en el campo de las prestaciones periódicas de asistencia y bienestar social, entendidas como técnicas de carácter público dirigidas a la protección de ‘toda persona que no disponga de recursos suficientes y que no esté en condiciones de conseguirlos por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social’, Carta Social Europea, Parte II, artículo 13.1. No trata, pues, esta Ley de regular prestación alguna de seguridad social como derecho subjetivo, materia que estaría vedada al Principado de Asturias por taxativa reserva consagrada en el artículo 149.1.17 de la Constitución, sino de otro tipo de prestación, netamente diferenciada de aquélla, en cuanto a su naturaleza jurídica”. Pese a esta afirmación, es interesante que se traiga a colación el artículo 13 de la Carta Social Europea, que precisamente reconoce como derecho subjetivo el derecho a la asistencia social o a recursos mínimos garantizados: sobre el alcance de este precepto, puede leerse, JIMENA QUESADA, L.: *La Europa social y democrática de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1997, en especial el capítulo X: “Marco común mínimo de igualdad: el derecho a la asistencia social o a recursos mínimos garantizados”, pp. 277-308.

39 En el Preámbulo de esta Ley gallega 3/1987, de 24 de mayo, se afirmaba: “El derecho al bienestar social, como medio para favorecer el pleno y libre desarrollo, participación e integración del ser humano en la sociedad, debe ser una de las metas de los poderes públicos en una comunidad moderna, orientada en aras de la justicia social en un Estado social y democrático de Derecho. A este fin general pretende contribuir esta Ley, con el fin de construir un sistema social más justo y más avanzado en el que la libertad de la persona sea el punto que justifique la acción de los poderes públicos. Ya la Carta Social Europea, que *reconoce los derechos fundamentales de los ciudadanos en materia social*, derecho a la asistencia sanitaria, a la seguridad social, educación y cultura, entre otros, estable también el de los ciudadanos a beneficiarse de los servicios sociales”.

40 Bajo tal ángulo, la Ley aragonesa 9/1992, de 7 de octubre, del voluntariado social, efectúa en su Preámbulo un interesante repaso del ordenamiento interno en la materia, incluyendo un balance de “Derecho autonómico comparado”: “Las normas básicas en las que se fundamenta el derecho de los ciudadanos, en este caso de los aragoneses, a participar en la vida social nos vienen dadas por la Constitución Española, la Carta Social Europea y el Estatuto de Autonomía de Aragón. Preceptos constitucionales como el artículo 1, (...). El artículo 9.2 (...), y el artículo 10.1, (...), reconocen la libertad de todos los ciudadanos a participar en la vida social. *Aunque subordinada a la Constitución, tiene también importancia especial en nuestro Derecho la Carta Social Europea del 18 de octubre de 1981, ratificada por España el 29 de abril de 1980, que obliga* al Estado español a fomentar la participación de los individuos y organizaciones en los servicios sociales (...). Respecto a los precedentes actuales de regulación autonómica, aunque ninguna de ellas posee una norma legal específica sobre el voluntariado, la mayoría sí tienen preceptos relativos al mismo, dentro del articulado de las leyes reguladoras de los Servicios Sociales de su exclusiva competencia. Excepcionalmente, carecen de marco legal general de servicios sociales Cantabria y La Rioja, y no tienen preceptos específicos dentro de aquella normativa País Vasco y la Comunidad Autónoma de Aragón. El contenido de los diversos preceptos recogidos en las normativas autonómicas se resume en los siguientes puntos (...)”.

visto favorecidas por la propia redacción del reiterado tratado del Consejo de Europa: efectivamente, y sin que sirva de pretexto al grado de responsabilidad respectivo en el ámbito nacional, es cierto que la redacción de la CSE (tanto la de 1961 como la revisada de 1996) no es afortunada en su estructura al incluir partes programáticas y partes obligatorias; en su lenguaje al utilizar en el bloque de disposiciones obligatorias la expresión “para garantizar... las Partes se comprometen” en lugar de establecer que “toda persona tiene derecho a...”; o en su diseño (y lenguaje) del sistema de garantía que, al no tener carácter jurisdiccional, no osa utilizar formalmente la expresión “jurisprudencia” pese al carácter vinculante de la interpretación efectuada por el Comité Europeo de Derechos Sociales.

### 3.3. EL DÉBIL PRETEXTO DE LA PERTENENCIA A LA UNIÓN EUROPEA

Antes de buscar el pretexto de la falta de ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996 en los recelos expresados en los instrumentos normativos de la Unión Europea, conviene confesar las reticencias unilateralmente manifestadas por España al respecto. Desde este punto de vista, en el ya mencionado dictamen del Consejo de Estado español de 11 de mayo de 2000 sobre la Carta Social revisada de 1996, se recuerda que “la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ha elaborado el 26 de noviembre de 1999 informe sobre la Carta Social Europea revisada”, en donde “se señala que existe cierta reticencia entre los Estados miembros, especialmente los pertenecientes

a la Unión Europea, a ratificar este texto, si bien la mayoría de ellos lo han firmado. Ello es debido a que se incluyen más obligaciones que en el texto vigente, y a la interpretación que de la mismas y de su alcance realiza el Comité de Expertos Independientes [Comité Europeo de Derechos Sociales]”.

Acerquémonos ahora a la Unión Europea, por referencia al último gran instrumento normativo elaborado en su seno, el Tratado constitucional por el que se establece una Constitución para Europa de 29 de octubre de 2004. Pues bien, precisamente la Carta Social Europea del Consejo de Europa figura citada de manera expresa en el Preámbulo de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión<sup>41</sup>, y constituye sin lugar a dudas un nivel de garantía, tanto si se tiene en cuenta el mecanismo de informes de la Carta Social de 1961 como si entra en consideración el sistema de reclamaciones colectivas de la Carta Social revisada de 1996. Hasta cierto punto, me parece un tanto cínico que la Carta Social del Consejo de Europa se haya excluido del texto articulado de la Carta de la Unión, al menos por dos razones inapelables: la primera, porque tanto la Carta Social de 1961 como la Carta Social de 1996 (y especialmente esta segunda) han sido utilizadas profusamente por los redactores de la Carta de la Unión en el texto articulado de ésta, como se reconoce sin ambages y con claridad en la Declaración núm. 12 aneja a la Constitución europea relativa a las explicaciones de la Carta de los derechos fundamentales<sup>42</sup>. La segunda, porque incluso el texto articulado de la Constitución europea cita explícitamente la Carta Social Europea de 1961: en concreto, el artículo III-209, en el ámbito de la política social<sup>43</sup>.

41 Esta es la declaración preambular de la Parte II de la Constitución europea a tener en cuenta: “La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea”.

Desde una visión política, el rol secundario reservado a la Carta Social Europea en el Tratado constitucional da pie para criticar que con tal proceder se agudiza la catalogación de la Carta Social como “hermana pobre” del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se desconoce el principio de indivisibilidad de todos los derechos humanos, y –en la misma línea– se otorga prevalencia a la democracia política en detrimento de la democracia social: bajo este último ángulo, pareciera como si la referencia aislada de la Carta Social en el Preámbulo de la Carta de la Unión (o en el artículo III-209) hubiera corrido la misma suerte que la aislada ocasión en la que el calificativo “social” acompaña a la economía de mercado en el artículo I-3.3 de la Constitución europea.

#### 4 ■ LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA DE 1996 SIGUE EVOLUCIONANDO: SUSPENSO Y ASIGNATURA PENDIENTE PARA ESPAÑA

##### 4.1. EL DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

En otra sede ya he tenido ocasión de acometer en sus grandes líneas el estudio de la jurisprudencia del

Comité Europeo de Derechos Sociales, tanto la emanada del sistema de informes como la aparecida como resultado de la sustanciación de las reclamaciones colectiva. Por ello, en esta sede me parece conveniente, de un lado, abordar las grandes líneas de la jurisprudencia del Comité por referencia a los informes más recientes sobre España (A); y, de otro lado, efectuar un breve balance de la jurisprudencia del Comité en el marco del sistema de reclamaciones colectivas (B).

A) El Comité Europeo de Derechos Sociales, en lo que concierne a España, ha recordado a nuestro país en fechas recientes que en la medida en que “el Estatuto de los trabajadores autoriza una semana de trabajo de 60 horas, incluso más; el Comité reitera que esta situación no es conforme al artículo 2.1 de la Carta [derecho a condiciones de trabajo equitativas]”<sup>44</sup>. Esta vulneración forma parte de las conclusiones del Comité durante el período 1997-2000, en donde el órgano de control de la Carta Social ha concluido otros siete supuestos de vulneración, referentes a los artículos 2.3 (vacaciones anuales pagadas), 3.1 (promulgación de reglamentos de seguridad e higiene), 3.2 (control de la aplicación de tales reglamentos), 4.1 (derecho a una remuneración suficiente), 4.2 (derecho a un incremento de remuneración para horas extraordinarias) y 15.2 (integración laboral de las personas con discapacidad).

42 Según esa Declaración núm. 12 aneja a la Constitución europea, hasta siete derechos fundamentales de la Carta de la Unión se inspiran en otros tantos de la Carta Social Europea revisada de 1996: el artículo II-83 sobre igualdad entre mujeres y hombres (se inspira en el artículo 20 de la Carta Social revisada), el artículo II-85 sobre derechos de las personas mayores (en el artículo 23 de la Carta Social revisada), el artículo II-87 sobre derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (en el artículo 21 de la Carta Social revisada), el artículo II-90 sobre protección en caso de despido injustificado (en el artículo 24 de la Carta Social revisada), el artículo II-91 sobre condiciones de trabajo justas y equitativas (en el artículo 26 de la Carta Social revisada), el artículo II-93 sobre vida familiar y vida profesional (en el artículo 27 de la Carta Social revisada), y el artículo II-94 sobre seguridad social y ayuda social (en los artículos 30 y 31 de la Carta social revisada). Sobre los derechos sociales en la Carta de la Unión, léase el trabajo de ALEGRE MARTÍNEZ, M.A.: “Los derechos sociales en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, en el colectivo *Escritos sobre Derecho europeo de los derechos sociales*, ya cit., particularmente pp. 63 y ss.

43 En mi opinión, esa cita debería haberse efectuado a la Carta Social Europea del Consejo de Europa, como se hace en el Preámbulo, sin precisar que se trata de la de 1961; realmente, esa cita es incluso técnicamente incorrecta, puesto que algunos Estados miembros de la Unión Europea (especialmente, los de la ampliación producida a partir del 1 de mayo de 2004) han ratificado directamente la Carta revisada de 1996, sin haber ratificado previamente la Carta de 1961. Según el artículo III-209 de la Constitución Europea: “La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los enunciados en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo para hacer posible su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero, y la lucha contra las exclusiones”.

44 Conclusiones XVI-2, tomo 2, p. 6.

Así, en lo atinente al artículo 2.3, “el Comité considera que en caso de enfermedad o accidente ocurrido durante todo o parte de las vacaciones, los trabajadores deben tener derecho a disfrutar de los días restantes en otro momento, de manera que dispongan al menos de dos semanas de vacaciones al año. Dado que la legislación española no ofrece esta garantía, el Comité constata que la Carta no es respetada”<sup>45</sup>. Por otra parte, el análisis de la legislación española sobre seguridad e higiene en el trabajo permite al Comité constatar que nuestras normas vigentes no ofrecen una cobertura suficiente a una categoría importante de trabajadores, como son los autónomos, tanto más cuanto que –hace notar el Comité– “España conoce una proporción elevada de trabajo autónomo (15,8% del total del empleo, es decir, uno de los tres porcentajes más altos de los países de la Unión Europea)”<sup>46</sup>. Lamentable es, igualmente, la situación de España en lo que afecta al salario mínimo interprofesional, tanto en comparación con otros países de la Unión Europea (sobre todo, Francia) como confrontándolo con el salario medio, concluyendo el Comité “que la situación de España no es conforme al artículo 4.1 de la Carta, en la medida en que el salario mínimo es muy inferior al umbral del 60% del salario medio”<sup>47</sup>, además de que “a la vista del Derecho español, los trabajadores no tienen ninguna garantía legal de obtener un incremento de remuneración o un descanso complementario compensatorio por las horas extraordinarias”<sup>48</sup>. Y constató, por lo demás, que en el momento de efectuarse el control no había ninguna ley particular que prohibiera “la discriminación basada en la discapacidad en el ámbito del empleo”<sup>49</sup>.

En el último período examinado por el Comité Europeo respecto de España (hasta el 31 de diciembre de 2002, según el informe sometido por el Gobierno español el 16 de abril de 2004), fueron puestas de manifiesto a nuestro país cinco conclusiones de vulneración de la CSE, relativas a los artículos 7.5, 8.2, 8.3, 17 y 18.3<sup>50</sup>. De tal manera que “el Comité concluye que la situación de España no es conforme al artículo 7.5 de la Carta, en la medida en que los salarios de los jóvenes trabajadores no son equitativos”<sup>51</sup>. Desde la perspectiva de género, el derecho de las trabajadoras a la protección es criticado por el Comité, concluyendo “que la situación en España no es conforme al artículo 8.2 de la Carta, por los motivos siguientes: las empleadas de hogar no tienen derecho a la misma protección contra el despido durante el embarazo o el permiso de maternidad que las demás asalariadas; y las mujeres embarazadas o en permiso de maternidad pueden ser despedidas en el marco de un despido colectivo, aun cuando la empresa no cese en sus actividades”, concluyendo asimismo que “la situación de España no es conforme al artículo 8.3 de la Carta, por cuanto las empleadas de hogar no tienen derecho a pausas para lactancia de su hijo”<sup>52</sup>. De igual modo, el Comité concluye la vulneración del artículo 17 de la Carta por no estar prohibidos en España legalmente los castigos corporales a los niños en el ámbito familiar<sup>53</sup>, así como del artículo 18.3 de la Carta “en la medida en que los trabajadores extranjeros que han perdido su empleo no tienen derecho a una prolongación del permiso de estancia que les deje un plazo suficiente para buscar un nuevo empleo”<sup>54</sup>.

45 *Ibidem*, p. 7.

46 *Ibidem*, p. 13.

47 *Ibidem*, p. 18.

48 *Ibidem*, p. 19.

49 *Ibidem*, p. 46.

50 Conclusiones XVII-2.

51 Conclusiones XVII-2, p. 12.

52 *Ibidem*, p. 21.

53 *Ibidem*, p. 42.

54 *Ibidem*, p. 51.

B) Haciendo un balance hasta finales de 2005, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha tenido ocasión de pronunciarse sobre treinta y dos reclamaciones colectivas. De ellas, sólo tres han sido declaradas inadmisibles<sup>55</sup>. Las otras veintinueve reclamaciones han sido admitidas por el Comité Europeo

de Derechos Sociales, habiendo dictado veinticuatro decisiones de fondo<sup>56</sup>: de éstas, en quince casos ha concluido que se han vulnerado disposiciones de la Carta Social Europea<sup>57</sup>, mientras en los otros nueve supuestos la conclusión fue de no violación<sup>58</sup>.

55 Se trata, concretamente, de la *Reclamación nº 3/1999 (Federación europea del personal de los servicios públicos contra Grecia*, sobre supuesta infracción de los derechos de sindicación y negociación colectiva), cuya *decisión de inadmisibilidad de 13 de octubre de 1999* se fundó en que "Grecia no ha aceptado quedar vinculada por los artículos 5 y 6 de la Carta"; de la *Reclamación nº 28/2004 (Sindicato nacional de dermatólogos venereólogos contra Francia*, sobre supuesta discriminación en el empleo –en sus facetas de libre elección y remuneración–), mediante la *decisión de inadmisibilidad de 13 de junio de 2005*; y de la *Reclamación nº 29/2005 (Sindicato de altos funcionarios contra Francia*, sobre supuesta vulneración de los derechos de asociación profesional y sindicación), mediante la *decisión de inadmisibilidad de 14 de junio de 2005*.

56 Las cinco Reclamaciones en las que estaba pendiente la decisión sobre el fondo del asunto a finales de 2005 eran las siguientes: *Reclamaciones nº 24/2004 (Sindicato SUD trabajo y asuntos sociales contra Francia –decisión de admisibilidad de 7 de diciembre de 2004–)*, *nº 27/2004 (Centro de Derechos para los Gitanos Europeos contra Italia –decisión de admisibilidad de 6 de diciembre de 2004–)*, *nº 30/2005 (Fundación Marangopoulos para los Derechos Humanos contra Grecia –decisión de admisibilidad de 10 de octubre de 2005–)*, *nº 31/2005 (Centro de Derechos para los Gitanos Europeos contra Bulgaria –decisión de admisibilidad de 10 de octubre de 2005–)* y *nº 32/2005 (Confederación de Sindicatos Independientes en Bulgaria, Confederación del Trabajo "Podkrepa" y Confederación Europea de Sindicatos contra Bulgaria –decisión de admisibilidad de 7 de noviembre de 2005–)*.

57 Los quince casos condenatorios para los países denunciados han sido los siguientes: *Reclamación nº 1/1998 (Comisión internacional de juristas contra Portugal*, sobre prohibición del trabajo de niños –*decisión de fondo de 9 de septiembre de 1999–*); *Reclamación nº 6/1999 (Sindicato nacional de profesiones del turismo contra Francia*, sobre prohibición de discriminación en el empleo –*decisión de fondo de 10 de octubre de 2000–*); *Reclamación nº 7/2000 (Federación internacional de ligas de derechos humanos contra Grecia*, sobre prohibición del trabajo forzado en el ámbito de la marina mercante –*decisión de fondo de 5 de diciembre de 2000–*); *Reclamación nº 8/2000 (Consejo cuáquero para asuntos europeos contra Grecia*, sobre prohibición del trabajo forzado con relación a los objetores de conciencia –*decisión de fondo de 25 de abril de 2001–*); *Reclamación nº 9/2000 (Confederación francesa de directivos-Confederación general de ejecutivos contra Francia*, sobre condiciones laborales y remuneración equitativa –*decisión de fondo de 16 de noviembre de 2001–*); *Reclamación nº 10/2000 (Tehy ry y STTK ry contra Finlandia*, sobre derecho a permisos pagados suplementarios o a una reducción de la duración del trabajo en caso de ocupación en trabajos peligrosos o insalubres –*decisión de fondo de 17 de octubre de 2001–*); *Reclamación nº 12/2002 (Confederación de empresas suecas contra Suecia*, sobre libertad sindical en su vertiente negativa –*decisión de fondo de 22 de mayo de 2003–*); *Reclamación nº 13/2002 (Asociación internacional Autismo-Europa contra Francia*, sobre derechos de personas con discapacidad –*decisión de fondo de 4 de noviembre de 2003–*); *Reclamación nº 14/2003 (Federación internacional de ligas de derechos humanos contra Francia*, sobre derecho a asistencia médica y sanitaria de extranjeros –*decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004–*); *Reclamación nº 15/2003 (Centro de Derechos para los Gitanos Europeos contra Grecia*, sobre derecho a la vivienda y a un alojamiento decente –*decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004–*); *Reclamación nº 16/2003 (Confederación francesa de directivos-Confederación general de ejecutivos contra Francia*, sobre condiciones laborales y remuneración equitativa –*decisión de fondo de 12 de octubre de 2004–*); *Reclamación nº 17/2003 (Organización mundial contra la tortura contra Grecia*, sobre castigos corporales a los niños –*decisión de fondo de 7 de diciembre de 2004–*); *Reclamación nº 18/2003 (Organización mundial contra la tortura contra Irlanda*, sobre castigos corporales a los niños –*decisión de fondo de 7 de diciembre de 2004–*); *Reclamación nº 21/2003 (Organización mundial contra la tortura contra Bélgica*, sobre castigos corporales a los niños –*decisión de fondo de 7 de diciembre de 2004–*); *Reclamación nº 22/2003 (Confederación General del Trabajo contra Francia*, sobre condiciones laborales en materia de períodos de descanso y efectivamente trabajados –*decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004–*).

58 Los nueve casos en los que se determinó que no hubo violación fueron estos otros: *Reclamaciones nº 2, 4 y 5/1999 (Federación europea del personal de los servicios públicos contra Francia, Italia y Portugal*, respectivamente; se alegaba la vulneración de los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva respecto de las fuerzas armadas –*decisiones de fondo de 4 de diciembre de 2000–*); *Reclamación nº 11/2001 (Consejo europeo de sindicatos de policía contra Portugal*, en donde se alegaba igualmente la violación de los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva, pero en este supuesto respecto de los miembros de la Policía nacional portuguesa –*decisión de fondo de 21 de mayo de 2002–*); *Reclamaciones nº 19 y 20/2003 (Organización mundial contra la tortura contra Italia y Portugal*, respectivamente sobre castigos corporales a los niños –*decisiones de fondo de 7 de diciembre de 2004–*); *Reclamación nº 23/2003 (Sindicato occitano de educación contra Francia*, sobre consulta a los sindicatos en el ámbito de la Administración –*decisión de fondo de 7 de*

Detalladas las anteriores cifras, en primer término debe destacarse que, ya con motivo de la Reclamación nº 1/1998 (Comisión internacional de juristas contra Portugal, decisión de fondo de 9 de septiembre de 1999), el Comité Europeo de Derechos Sociales incide en la teoría de las *obligaciones positivas* para comprobar si el Gobierno ha intentado solucionar las infracciones que se le imputan, y ello a través del análisis de la situación concreta del país denunciado y de los compromisos asumidos por éste. Con tal aproximación, el Comité no admite el argumento del Gobierno portugués relativo a su situación de agravio por el hecho de haber aceptado la Carta de 1961 en su integridad y el Protocolo de 1995 sobre reclamaciones colectivas, en comparación con otros Estados que han ratificado un número menor de disposiciones de la Carta y no se han sometido al mecanismo de reclamaciones colectivas: “el examen de la presente reclamación no implica ninguna comparación entre el caso de Portugal y el de los otros Estados que han ratificado la Carta” (apartado 24); en otros términos, que exista una Europa social de varias velocidades es una realidad de hecho y jurídica (por el peculiar sistema de “ratificación a la carta” que prevé la Carta social de 1961 y la revisada de 1996) que, sin embargo, no cabe utilizar como pretexto para desconocer las obligaciones internacionales contraídas pues, de lo contrario, la ratificación de tratados (y especialmente los que reconocen derechos sociales) devendría una operación simple y llanamente electoralista para el Gobierno de turno en cada país.

Con carácter adicional, la optimización del mecanismo de control de la Carta Social no cabe reconducirla a la

creación *ex novo* de jurisprudencia, dado que el Comité Europeo puede y debe razonablemente acudir al acervo jurisprudencial elaborado durante varios lustros en el marco del sistema de informes, del mismo modo que éste se verá recíprocamente enriquecido a medida que se desarrolle paulatinamente el sistema de reclamaciones colectivas. Por tanto, es importante que desde la primera reclamación quede clara esa acción de sinergia de ambos sistemas, nutriéndose recíprocamente ambas jurisprudencias: de lo que se trata, a fin de cuentas, es de fijar un estándar internacional mínimo susceptible de ser aprovechado en el plan interno<sup>59</sup>. Así, el Comité acude a las Conclusiones que ha elaborado al examinar la problemática del trabajo infantil (artículo 7 de la Carta) en el ámbito del mecanismo de informes estatales (en especial, apartado 31 de la Reclamación nº 1/1998), lo que a fin de cuentas viene justificado por el llamado “efecto útil” de la Carta o, si se prefiere, la eficacia de los derechos sociales: “el Comité recuerda que el objeto y la finalidad de la Carta, instrumento de protección de los derechos humanos, consiste en proteger derechos no teóricos, sino efectivos. A este respecto, considera que la aplicación satisfactoria del artículo 7 no puede ser alcanzada por el solo efecto de la legislación si la aplicación de ésta no es efectiva ni rigurosamente controlada (ver, por ejemplo, Conclusiones XIII-3, p. 292 y 295). Estima que la inspección de trabajo está llamada a jugar un papel determinante para la aplicación efectiva del artículo 7 de la Carta” (apartado 32).

Con estos parámetros, el Comité Europeo ha analizado asuntos que entroncan directamente con el núcleo axiológico o sustrato de los derechos sociales:

*septiembre de 2004–); Reclamación nº 25/2004 (Central general de los servicios públicos contra Bélgica, sobre el alcance de la consulta de los sindicatos en el procedimiento legislativo –decisión de fondo de 9 de mayo de 2005–; y Reclamación nº 26/2004 (Sindicato de profesores agregados de la enseñanza superior contra Francia, sobre participación de los sindicatos en las elecciones para determinar la composición de un organismo público –decisión de fondo de 15 de junio de 2005–).*

59 Cfr. KAHN-FREUND, O.: “Labour relations and international standards: some reflections on the European Social Charter”, en el colectivo *Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch*, Tome Premier, Bruxelles, Bruylant, 1972, en especial, p. 154.

60 Podría decirse que ese sustrato de igualdad comporta, ante todo, el ensayo de nuevos modelos europeos de bienestar en los que se cree un nivel de protección social mínimo común a todos los Estados, como ha señalado FERRERA, M.: “Nuovi modelli per il welfare europeo”, *Il Mulino*, nº 2, 1993, pp. 347-358.

61 Véase, *mutatis mutandis*, GARCÍA DE ENTERRIA, E.: “Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de

el principio de no discriminación<sup>60</sup>. En otros términos, se ha visto confrontado al examen del test de igualdad. El primer asunto en la materia fue la Reclamación nº 6/1999, en cuya decisión sobre el fondo de 10 de octubre de 2000 declaró que se había producido una violación el artículo 1.2 de la Carta revisada (prohibición de discriminación en el empleo) entre las categorías de profesionales franceses que desempeñan sus funciones como guías turísticos, en la medida en que “el Comité no percibe ninguna razón objetiva y razonable apta para mantener estas diferencias de trato” (apartado 47), tras constatar asimismo que el objetivo invocado por el Gobierno, pese a que pudiera ser tachado de legítimo, no es proporcionado ni adecuado –principio de proporcionalidad– (apartados 39 a 44). Del mismo modo, consideró el Comité en la decisión sobre el fondo de fecha 25 de abril de 2001 de resolución de la Reclamación nº 8/2000, que había una vulneración del artículo 1.2 de la Carta Social de 1961 (interdicción del trabajo forzado) entendida como una discriminación sufrida por los objetores de conciencia respecto de los soldados en Grecia; y ello tras aplicar el test de igualdad nuevamente en conexión con el principio de proporcionalidad, puesto que la duración suplementaria del servicio civil sustitutorio en relación con la duración del servicio militar, “es excesiva, constituye una restricción desproporcionada ‘al derecho del trabajador a ganar su vida por medio de un trabajo libremente elegido’ y es contraria al artículo 1.2 de la Carta” (apartado 25). En sentido contrario, el Comité no entendió que se verificara el test de igualdad en la Reclamación nº 26/2004, en cuya decisión de fondo de 15 de junio de 2005 se determinó que no mediaba discriminación entre sindicatos por el hecho de los diferentes regímenes de participación de éstos en las elecciones de representantes en organismos públicos, siempre que queden salvaguardadas las prerrogativas esenciales de la libertad sindical.

Por otro lado, el derecho de sindicación ha estado en la base de diversas reclamaciones (entre ellas, en la nº 11/2001 y en la nº 12/2002): así, en cuanto a la Reclamación nº 11/2001 (Consejo europeo de sindi-

catos de policía contra Portugal), en la decisión sobre el fondo de 21 de mayo de 2002 se confirmaron las peculiaridades y limitaciones a que pueden verse sometidas las fuerzas y cuerpos de seguridad en el ejercicio de la libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva (artículos 5 y 6 de la Carta), por lo que se estimó que era conforme a dichas disposiciones la situación en Portugal. En el mismo sentido, no se entendió que había habido violación de la libertad sindical en las Reclamaciones nº 23/2003 (Sindicato occitano de educación contra Francia, decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004), nº 25/2004 (Central general de los servicios públicos contra Bélgica, decisión de fondo de 9 de mayo de 2005) y nº 26/2004 (Sindicato de profesores agregados de la enseñanza superior contra Francia, decisión de fondo de 15 de junio de 2005). Al contrario, en la Reclamación nº 12/2002 (Confederación de empresas suecas contra Suecia), se dictaminó (decisión sobre el fondo de 22 de mayo de 2003) que la situación en el país denunciado era contraria al artículo 5 de la Carta Social revisada, en la medida en que se permitían las cláusulas de *closed-shop* o de monopolio/seguridad sindical, es decir, se incurría en violación de la libertad de sindicación en su vertiente negativa.

Además del enfoque objetivo acabado de reseñar, la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales ofrece apuntes de gran proyección para la optimización sustancial de los derechos consagrados en la Carta desde un enfoque subjetivo, es decir, atinente a personas vulnerables. Bajo tal ángulo, efectivamente, el Comité se ha mostrado sensible a la salvaguardia de las personas con discapacidad, a las personas extranjeras y a las personas integrantes de minorías, y buen botón de muestra lo ofrecen, respectivamente, la Reclamación nº 13/2002 (Asociación internacional Autismo-Europa contra Francia), la Reclamación nº 14/2003 (Federación internacional de ligas de derechos humanos contra Francia) y la Reclamación nº 15/2003 (Centro Europeo de Derechos de los Gitanos contra Grecia). Con respecto a la Reclamación nº 13/2002, en su decisión de fondo de 4 de noviembre de 2003 se subrayó “que el artículo 15 de la Carta revisada marca un hito en la

evolución del sistema de valores que se ha ido perfilando en todos los países europeos desde hace una decena de años, de suerte que el tratamiento de las personas con discapacidad como un grupo objetivado de manera particular ha dado paso a un enfoque más preocupado por respetarlas como ciudadanos de pleno derecho” (apartado 48). En lo que atañe a la Reclamación nº 14/2003, su decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004 recordó “que la dignidad humana representa el valor fundamental que se encuentra en el corazón del Derecho europeo positivo en materia de derechos humanos (...) y la atención sanitaria constituye una condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana” (apartado 31). En fin, por lo que se refiere a la Reclamación nº 15/2003, su decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004 declaró que “el objetivo preponderante de la Carta es conseguir la inclusión social” (apartado 43).

#### 4.2. LA NECESARIA RECEPCIÓN EN ESPAÑA DE ESA JURISPRUDENCIA SOCIAL

Es indiscutible que la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales debe ser utilizada por los operadores jurídicos nacionales, a cuyo efecto cobra gran envergadura –como se viene reiterando– el artículo 96.1, en conexión con el artículo 10.2 de la Norma Suprema española de 1978<sup>61</sup>. Esta lectura debe ser especialmente cuidadosa puesto que, sin perjuicio de la interpretación suprema llevada a cabo por el Tribunal Constitucional español sobre la Carta Social Europea<sup>62</sup>, son los órganos jurisdiccionales ordinarios quienes deben interpretar *prima facie* los mandatos constitucionales de apertura internacional, diferenciando claramente la Carta Social Europea como verdadero tratado internacional, de los documentos supranacionales meramente programáticos<sup>63</sup>.

*l'homme en droit espagnol*”, *Protecting Human Rights: The European Dimension/Protection des droits de l'homme: la dimension européenne, Studies in honor of Mélanges en honneur de Gérard J. Wiarda*, Strasbourg, Carl Heymanns Verlag KG, 1988. Para un estudio más exhaustivo, acúdase a SAIZ ARNAIZ, A.: *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

62 Sobre el lugar de la Carta Social Europea en la jurisprudencia constitucional española, puede leerse FREIXES SANJUÁN, T.: “La justiciabilidad de la Carta Social Europea”, en el colectivo *Escritos sobre Derecho europeo de los derechos sociales*, ya cit., especialmente pp. 121-136.

63 Cfr. al efecto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala Social) de 6 de abril de 2001 (recurso de suplicación nº 5533/2000), en cuyo FJ 3º puede leerse: “todos los instrumentos internacionales invocados no dejan de ser sino meras declaraciones programáticas cuyo hipotético incumplimiento no está dotado de consecuencia práctica e inmediata alguna sobre los sujetos individuales. En el concreto ámbito de la actual Unión Europea, las declaraciones, resoluciones y otras tomas de posición sobre diversos temas, alcanzadas al margen de los Tratados y de las fuentes típicas del derecho derivado (el reglamento, la directiva, la decisión y las recomendaciones o dictámenes), como ha destacado la doctrina, no suponen ningún compromiso jurídico y se reducen a expresar una voluntad política de los Estados, que cumple una simple función orientadora o de declaración de intenciones y que, como tal, no es exigible ante la jurisdicción. La llamada “Carta Social de Derechos Fundamentales” de 1989, al no haber logrado siquiera la unanimidad de los Estados miembros en su aprobación, requerida para cualquier asunto relacionado con los derechos sociales al menos hasta la aprobación del Tratado de la Unión Europea suscrito en Maastrich el 7 de febrero de 1992 y modificado por el Tratado de Ámsterdam el 2 de octubre de 1997, sólo constituye -por ahora también- un simple documento programático de imposible ejecución en un tema tan específico como el que se dilucida”.

64 De nuevo, Conclusiones XVII-2, p. 42.

Ahora bien, no sólo debe tenerse en cuenta el parámetro de la jurisprudencia sentada con respecto a España, sino asimismo *mutatis mutandis* con relación a otros países. Por más que España no haya aceptado el mecanismo de las reclamaciones colectivas, ello lo único que significa es que nuestro país no podrá ser objeto de una condena directa por tal vía. Sin embargo, tal circunstancia no quiere decir que España vaya a permanecer ajena respecto a las decisiones adoptadas como resultado del examen de las reclamaciones colectivas, al menos en atención a los siguientes argumentos:

A) Como ya se subrayó más arriba, el sistema de informes y el de reclamaciones colectivas se retroalimentan, citándose mutuamente. A título de ejemplo, en el marco de las reclamaciones nº 17 a 21/2003 (Organización mundial contra la tortura, contra Grecia, Irlanda, Italia, Portugal y Bélgica), las decisiones de fondo respectivas, todas ellas de 7 de diciembre de 2004, afirman explícitamente que “el Comité recuerda la interpretación que ha dado del artículo 17 de la Carta en la Introducción a las Conclusiones XV-2 (tomo 1, 2001)”, declarando particularmente en la última (reclamación nº 21/2003): “el Comité recuerda que ya ha tenido ocasión de considerar que, aun cuando el Código penal castigue las vías de hecho y prevea sanciones agravadas si éstas son cometidas frente a los niños, ello no constituye una prohibición jurídica suficiente a la luz del artículo 17.1 de la Carta revisada (Conclusiones 2003, tomo 1, Francia, pp. 184 a 189). El Comité considera *mutatis mutandis* que las disposiciones mencionadas del Código penal belga no constituyen una base jurídica adecuada a los efectos del artículo 17 tal como éste ha sido interpretado (ver *supra*, §§

37 a 39)”. Una misma consideración, *mutatis mutandis*, cabría efectuar con relación a nuestro país cuando “el Comité concluye que la situación de España no es conforme al artículo 17 de la Carta, en la medida que los castigos corporales infligidos en el marco familiar no están prohibidos”<sup>64</sup>.

B) Objetivamente, la interpretación dada a un precepto de la CSE o de la Carta revisada, puede perfectamente tener un carácter general. Conviene traer a colación nuevamente en este sentido el alcance del derecho a la asistencia médica y sanitaria de los extranjeros, según la decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004 sobre la Reclamación nº 14/2003 (Federación internacional de ligas de derechos humanos contra Francia), que pone el acento en el principio *favor libertatis* (apartados 29 y 30)<sup>65</sup>: “Así, la Carta debe ser interpretada de manera que dé vida y sentido a los derechos sociales fundamentales. De ello se desprende, en particular, que las restricciones que afecten a los derechos deben ser interpretadas estrictamente, es decir, entendidas de tal modo que quede intacta la esencia del derecho en cuestión y se permita alcanzar el objetivo general de la Carta. Con ocasión de la presente reclamación, el Comité se ve llamado a decidir cómo la restricción que figura en el Anexo debe ser entendida en función del objetivo primordial de la Carta tal como ha sido definido. Esta restricción concierne a un amplio abanico de derechos sociales garantizados por los artículos 1 a 17, y les afecta de forma diversa. En el presente asunto, dicha restricción afecta a un derecho que reviste una importancia fundamental para el individuo, puesto que dicho derecho se encuentra ligado al mismo derecho a la vida y afecta directamente a la dignidad del ser humano”.

65 Véase asimismo el caso *D. contra Reino Unido de 21 de abril de 1997*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un acercamiento a esa jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la monografía de REINA CASTILLO, O.: *La protección judicial de los derechos sociales*, Bogotá, Leyer, 2004, en particular, pp. 69-73.

66 Véase CARRILLO SALCEDO, J.A.: “Protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de

C) En tercer lugar, es indudable asimismo la retroalimentación existente entre la CSE y el CEDH, entre el Comité Europeo de Derechos Sociales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>66</sup>. Pero, más allá de esa tarea interpretativa complementaria, lo cierto es que deben distinguirse, como línea de principio, la supervisión genérica efectuada por el Comité Europeo en el contexto de las reclamaciones colectivas, del control concreto operado por el Tribunal Europeo con motivo de las demandas individuales: así, en la decisión sobre la admisibilidad de fecha 14 de junio de 2005 (reclamación nº 29/2005, SAIGI-Sindicato de altos funcionarios contra Francia) se razona (apartado 7): "Ciertamente, la noción de *continuum* de los derechos humanos está llamada a aplicarse de manera singular en materia de libertad sindical, terreno en el que el artículo 11 del Convenio y el artículo 5 de la Carta revisada comportan ámbitos de aplicación que se solapan. Los atentados contra la libertad sindical de los dirigentes de un sindicato pueden, por lo demás, infringir el artículo 5 como tales atentados concretos o porque comporten asimismo un atentado a la libertad del propio sindicato. Sin embargo, los argumentos formulados en el caso de autos lo son por referencia a los litigios individuales presentados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el marco del Convenio".

Y, en todo caso, la pregunta esencial que cabe plantear, en mi opinión, es la siguiente: ¿puede un órgano jurisdiccional español utilizar la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, sea en el ámbito del sistema de informes, sea en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas, para resolver un caso particular en el ámbito interno... por ejemplo, en situaciones en las que el Comité haya declarado que algunas materias forman parte de los derechos subjetivos consagrados en la Carta aunque no estén desarrollados por la legislación española –pongamos por caso, el derecho a un incremento de las horas extraordinarias o un descanso

compensatorio, *supra*–? A mi entender, la respuesta sólo puede ser afirmativa a tenor de los artículos 96.1 y 10.2 de la Constitución española.

#### 4.3. LAS OCASIONES PARA LA RECUPERACIÓN DE ESA ASIGNATURA PENDIENTE

Como premisa, la voluntad política estatal para vincularse por un tratado internacional siempre puede ser ejercida, al estar en manos del propio Estado, tanto más cuanto que en el caso de la Carta Social Europea revisada de 1996 no merecerá ninguna crítica por parte de la ciudadanía ni por los interlocutores sociales, sino todo lo contrario. Lo que sucede es que la realidad política interna y la exterior brindan ocasiones más propicias para el debate nacional o supranacional en torno a la pertinencia y necesidad de incorporar instrumentos internacionales tan simbólicos como la Carta Social Europea revisada, configurada verdaderamente como un claro exponente de la democracia social en el continente europeo y como manifestación del Estado social a escala supranacional o, si se prefiere, como valor axiológico de orden internacional.

En el ámbito nacional, sobre ser importante la reflexión y los hechos, tal vez estemos centrándonos excesivamente en abordar el máximo número de aspectos con motivo de la reforma de los Estatutos de Autonomía y, entre ellos, la pretensión de incluir en las normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas un catálogo de derechos sociales. Pues bien, sin tratarse de extremos que se solapen o se excluyan entre ellos, seguramente esas legítimas aspiraciones territoriales de carácter socializante habrían perdido fuerza centrífuga si el Estado español hubiera ratificado ya la Carta Social revisada de 1996, pues en ella habrían encontrado las Comunidades Autónomas un soporte normativo nada insignificante para profundizar en el desarrollo

la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, nº 2, 1991.

de los derechos sociales por la vía del desarrollo legislativo regional, a tenor de las competencias de carácter social atribuidas a las Comunidades Autónomas por nuestra Constitución de 1978. En otro caso, en lo que atañe nuevamente a la voluntad estatal, es cierto que el Gobierno de la Nación únicamente parece encontrar ocasión propicia al final de cada Legislatura para hacer prosperar iniciativas legislativas referentes a derechos sociales y, con semejante práctica<sup>67</sup>, parece que la voluntad gubernamental y la ratificación parlamentaria de la Carta revisada de 1996 se ven abocadas a dicha suerte, en caso de que –como es de esperar– se llegue a ratificar durante la presente Legislatura con José Luis Rodríguez Zapatero en el Gobierno.

En el terreno supranacional, cada aniversario de la Carta Social Europea de 1961 (18 de octubre) o de la Carta revisada (3 de mayo) se presenta como una ocasión que invita a vincularse por la segunda, y más aún cuando ese aniversario se cuenta por decenas: así, una vez pasado el cuarenta aniversario de la Carta de 1961 (en 2001) durante la anterior Legislatura, el décimo aniversario de la Carta revisada el 3 de mayo de 2006 constituye la cita necesaria que, no obstante, se ha perfilado nuevamente como otra “occasion manquée” por parte de España. Lo mismo ha sucedido en 2005, declarado por el Consejo de Europa como “Año europeo de la ciudadanía a través de la educación”, recomendando a los Gobiernos de los Estados miembros, entre otras, medidas de difusión<sup>68</sup>: en este ambiente, llama la atención que en la página web del Ministerio español de Educación y Ciencia (que en el ámbito español asumió el dar cumplimiento a esa recomendación) sólo aparezca como parte de los actos de promoción y difusión de dicho año el texto de la Carta de 1961, como si la de 1996 no existiera: aun no siendo ésta obligatoria, habría sido una buena oportunidad para difundirla.

Por último, la situación económica favorable de España en estos últimos años da pie para, por una parte, hacer ganar fuerza al contenido del artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando afirma que “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”, y, por otra parte, relativizar la modulación y desarrollar al alza el contenido del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando dispone que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive, en particular, la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

## 5 ■ REFLEXIÓN FINAL: ¿PUEDE CONTINUAR ESPAÑA AL MARGEN DE UN ESPACIO EUROPEO DE CIUDADANÍA SOCIAL?

### 5.1. LA TENTACIÓN DE PERMANECER EN EL TREN DE LA EUROPA “NO SOCIALIZANTE” DE LAS VELOCIDADES

En abril de 1996, prácticamente un mes antes de la firma de la Carta Social Europea revisada (3 de mayo de 1996), tuve la ocasión de defender mi tesis doctoral bajo el título “la fórmula del Estado social y democrático de Derecho a la luz de la normativa

67 Cfr. JIMENA QUESADA, L.: “El Estado social en Europa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Asuntos Sociales*, nº 30, 2001.

68 Recomendación [Rec (2002)12] del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la educación para la ciudadanía democrática adoptada por el Comité de Ministros el 16 de octubre de 2002, en la 812.ª reunión de los Delegados de los Ministros.

europea”<sup>69</sup> en donde, con un tono marcadamente crítico, sostenía como hipótesis transversal –ilustrada con ejemplos concretos– que dicha fórmula estatal española no era objeto de implementación o de realización a tenor de los cánones exigidos y establecidos tanto en el ámbito del Consejo de Europa como de la Unión Europea. Diez años más tarde, en lo que afecta al calificativo “social” del Estado, una reflexión análoga me viene a la mente: ¿Cómo puede España seguir siendo un auténtico “Estado social” sin haber ratificado la Carta Social revisada de 1996? Y, en este caso, en mi opinión no sirve como pretexto la prevalente integración económica a que nos conmina la Unión Europea al realzar la política de competencia<sup>70</sup>, puesto que todos nuestros países vecinos la han ratificado (así, Portugal, Francia o Italia). ¿De que ha servido el año europeo de la ciudadanía en este sentido? Más bien de poco, o de nada –*supra*–, y la Carta revisada de 1996 bien se merece una oportunidad en España.

En conexión con lo anterior, debe dejarse sentado lo siguiente: de un lado, la Carta revisada de 1996, pese a haber sido utilizada profusamente aunque de manera inconfesada o, cuando menos, en la “sombra” por los redactores de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (según la ya mencionada Declaración núm. 12 aneja a la Constitución europea relativa a las explicaciones de la Carta de los derechos fundamentales, *supra*), supera con mucho el alcance de ésta (incluso en la hipótesis en que la Carta de la Unión llegue a alcanzar vigencia, como parte del Tratado constitucional en su caso, o integrada en los Tratados comunitarios actualmente vigentes a través de otra vía), sobre todo en lo más importante en materia de derechos, que no

es otra cosa que el sistema de garantías (el Comité Europeo de Derechos Sociales en el caso de la Carta revisada del Consejo de Europa; ninguna garantía propia en la Carta de la Unión Europea que, por cierto, ni siquiera menciona la jurisprudencia de dicho Comité en el Preámbulo –*supra*–). De otro lado, y a *fortiori*, no sólo no existe “competencia” entre la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989 y la Carta social del Consejo de Europa (sea la de 1961, sea la revisada de 1996)<sup>71</sup>, sino que aquélla constituye un mero documento político o programático que adolece adicionalmente de una visión “laboralizada” de los derechos sociales, mientras los instrumentos del Consejo de Europa son vinculantes en su condición de tratados internacionales e incluyen un amplio elenco de derechos sociales de todas las personas.

## 5.2. LA CARTA SOCIAL EUROPEA COMO RECLAMO SOCIAL

En una aproximación general y en congruencia con los elementos deficitarios evocados *supra* en el apartado I (déficit educativo, jurídico, etc.), podría pensarse razonablemente que no existe un reclamo social en España en lo que concierne a la Carta Social Europea de 1996. Tal percepción se ve felizmente matizada por elementos concretos que se hacen eco del tratado de derechos sociales del Consejo de Europa por excelencia. De forma que, por más que la inflación normativa en la Unión Europea y el mayor peso de la integración comunitaria llegue a desdibujar ampliamente el papel del Consejo de Europa, los interlocutores sociales pueden servirse de los medios

69 Publicada bajo el título *La Europa social y democrática de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1997, 370 pp.

70 Cfr. JIMENA QUESADA, L.: *European Constitution and competition policy*, Roma, Philos, 2005, 128 pp.

71 Así, debe seguir poniéndose el acento en esa interacción de instrumentos, en la “cross-fertilization of the two systems”: véase CLAPHAM, A.: “Is there any competition between the two Social Charters?”, *Affari sociali internazionali*, n. 1, 1992, p. 197.

de comunicación modernos para difundir asimismo las funciones desempeñadas por el foro continental con sede en Estrasburgo<sup>72</sup>.

Con carácter añadido, debe subrayarse que la vigencia de la Carta Social Europea revisada de 1996 daría pie para profundizar en nuestro Estado social y en el disfrute de los derechos sociales por todas las personas que se encuentren en España, con un protagonismo destacado y sincero de los interlocutores sociales. ¿A qué me refiero con lo acabado de afirmar? En esencia, por una parte, a que son los interlocutores sociales dotados de cierta representatividad –requisito interpretado benévolamente por el Comité Europeo de Derechos Sociales– los que ostentan la legitimación activa para formular reclamaciones colectivas por supuesta vulneración de la Carta Social Europea, habiéndose interpretado asimismo de manera no restrictiva el requisito del agotamiento de los recursos internos<sup>73</sup>. Y, por otra parte, a que si bien la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales ha evolucionado

desde una posición inicial contraria a conceder indemnizaciones como consecuencia de la declaración de violación de la Carta Social Europea, a una postura más favorable a reconocer una compensación, ésta sólo se refiere a los gastos y costas procesales<sup>74</sup>, y no al reconocimiento de una situación jurídica individualizada que pudiese empujar a los interlocutores sociales a formular reclamaciones colectivas con el simple propósito de obtener una rentabilidad económica por acudir a Estrasburgo<sup>75</sup>.

### 5.3. LA NECESIDAD DE DESPERTAR UN SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL SOCIAL EUROPEO

En unos momentos en los que planea la incertidumbre en torno al futuro del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 29 de octubre de 2004 a causa, sobremanera, de las consultas populares en Francia y en Holanda<sup>76</sup>, deben subrayarse dos aspectos: el primero, que la

72 A título de ejemplo, en la página web del CSI-CSIF ([www.csi-csif.es](http://www.csi-csif.es)) puede leerse su *Informe sobre el incremento del salario mínimo interprofesional*; concretamente, en el epígrafe "Posición respecto de Europa: La Carta Social Europea", se dice: "También si acudimos a datos comparativos con la Unión Europea [extraídos del Eurostat] nos encontramos con que el SMI español es el más bajo del marco europeo, únicamente por encima del portugués; con revalorizaciones muy inferiores a las registradas en el resto de estos países [el SMI español equivale a menos de la mitad del existente en Luxemburgo [1.369 €], Holanda [1.257 €], Bélgica [1.175 €], Francia [1.164 €], Reino Unido [1.058 €] o Irlanda [1.073 €]. Otro dato para la reflexión: El artículo 4, apartado 1, de la Carta Social Europea [un Tratado adoptado en 1961 y ratificado íntegramente por España en 1980, con carácter de Convenio Internacional, que pretende garantizar los derechos humanos de carácter social y económico en los países que la han suscrito] considera que el salario mínimo no debe ser inferior al 60 % del salario medio. En España el SMI alcanza, tan sólo, el 36,4 % del salario medio [estos datos se corresponden con los referidos por el Comité Europeo de Derechos Sociales –CEDS– encargado de evaluar el cumplimiento de la Carta por los distintos países; en el último Ciclo de Control del pasado año]; esto es, nos encontramos 23,6 puntos por debajo del nivel considerado como digno por la Carta Social".

73 De manera explícita, en la *decisión de admisibilidad de 10 de octubre de 2005 sobre la Reclamación nº 31/2005 (Centro de Derechos para los Gitanos Europeos contra Bulgaria)*, el Comité recordó que ni el Protocolo de 1995 ni el Reglamento del Comité establecen el requisito del agotamiento de los recursos internos.

74 El Comité Europeo de Derechos Sociales, con motivo de la *Reclamación nº 15/2003 (decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004)* recomienda expresamente que se conceda a la organización reclamante un resarcimiento en concepto de costas procesales.

75 Como bien se ha apuntado, lógicamente las personas jurídicas (en especial, los sindicatos) ostentan una posición más cualificada en el terreno: así HARRIS, D., and DARCY, J.: *The European Social Charter*, New York, Transnational Publishers, 2ª ed., 2002, p. 356.

76 Efectivamente, los resultados negativos de las consultas populares en Francia (referéndum de 29 de mayo de 2005, con el 54,85% de votos negativos) y en Holanda (referéndum de 1 de junio de 2005, con el 61,6% de sufragios de signo "no"), sobre ser dos países fundadores de las Comunidades Europeas, han complicado extraordinariamente la entrada en vigor del Tratado constitucional.

consecución de un sentimiento constitucional europeo no debe precisamente hacerse depender de la suerte que corra la llamada “Constitución europea”, debiendo insistirse más bien en una noción material más amplia de Derecho constitucional europeo<sup>77</sup>; el segundo, que para forjar esa conciencia europea resulta sesgado el concepto de ciudadanía netamente política introducida en el ámbito de la Unión Europea haciéndose caso omiso de las demás facetas de la ciudadanía, entre ellas la social<sup>78</sup>.

En particular, en lo que atañe al segundo punto, ya fue objeto de crítica que el Tratado de Maastricht de 1992 incluyera un minicatálogo de derechos exclusivamente civiles y políticos en el novedoso bloque dedicado a la ciudadanía de la Unión, rechazándose la propuesta de la Comisión de incluir aspectos como la lucha contra la exclusión social en el capítulo de la ciudadanía. Pasados una docena de años desde entonces, con motivo del Tratado constitucional de 2004 tampoco se profundizó todo lo deseable en materia de “conciencia social europea”: así, al lado de la crítica que ya he formulado más arriba en torno al degradado lugar en que se coloca a la Carta Social Europea del Consejo de Europa en la parte II del Tratado Constitucional (la Carta de los derechos fundamentales de la Unión), quiero cerrar esta contribución insistiendo una vez más en la necesidad de que la Unión Europea no sólo se adhiera al Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino asimismo a la Carta Social Europea, para evitar soluciones potencialmente (y, a la peor, en la práctica) divergentes en la Unión Europea y en el Consejo de Europa<sup>79</sup> ■

77 Véase HÄBERLE, P.: “Derecho constitucional común europeo”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 79, enero-marzo 1993.

78 Con tal enfoque, véase JIMENA QUESADA, L.: “Ciudadanía social y valor igualdad en Europa”, *La cittadinanza europea*, fasc. 1-2, ottobre 2005, pp. 5-35.

79 Véase el epígrafe IV.2 del capítulo séptimo (“La necesaria adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea”) del libro de JIMENA QUESADA, L.: *Sistema europeo de derechos fundamentales*, ya cit., así como el trabajo de DE SCHUTTER, O.: “L’adhésion de l’Union européenne à la Charte sociale européenne”, *Working paper EUI LAW n°2004/11*, European University Institute, Florence (página de acceso: <http://cridho.cpdur.ucl.ac.be/index.php?pageid=9>).

