

Los instrumentos europeos sociales como partes del bloque de constitucionalidad: su incorporación indirecta a través del Estatuto andaluz

Luis Jimena Quesada

Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa. Catedrático de Derecho constitucional en la Universidad de Valencia

Artículo recibido el 09 de junio de 2014

Artículo aceptado el 2 de julio de 2014

I. PREMISA. RAZÓN DE SER DE LA TEMÁTICA PROPUESTA: ¿DE QUÉ INSTRUMENTOS EUROPEOS DE DERECHOS SOCIALES HABLAMOS?

-Básicamente, de la Carta Social Europea revisada de 1996 (CSEr) y del mecanismo de reclamaciones colectivas (a través de la aceptación del Protocolo de 1995 o de la declaración prevista al efecto en la propia Carta de 1996).

II. ESTATUTO ANDALUZ Y SU CATÁLOGO DE DERECHOS COMO VÍA INDIRECTA DE INCORPORACIÓN DE ESOS INSTRUMENTOS EUROPEOS SOCIALES

-El catálogo andaluz de derechos sociales (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía) contempla derechos fundamentales que se encuentran en la CSEr y no en la Carta de 1961 (p.e., conciliación de la vida familiar y laboral -art. 37.1.11º en comparación con art. 27 CSEr-, lucha contra la pobreza y la exclusión social -art. 37.1.7º en comparación con art. 30 CSEr- o derecho a la vivienda -art. 25 en comparación con art. 31 CSEr). Por tanto, aunque la CSEr no haya sido *formalmente* ratificada por España, en la praxis los Estatutos de Autonomía de la “última ola reformista”, y señaladamente el Andaluz, incorporan *sustancialmente* tal instrumento europeo.

-Además, el Estatuto andaluz reenvía explícitamente a la “Carta Social Europea” (art. 9.1, en buena técnica legislativa, pues permite referirse tanto a la Carta de 1961 como a la CSEr de 1996): “1. Todas las personas en Andalucía gozan como mínimo de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás instrumentos europeos e internacionales de protección de los mismos ratificados por España,

en particular en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea”.

-A diferencia de otros Estatutos de Autonomía, el Estatuto andaluz no se remite expresamente a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), que a su vez ha sido elaborada (según se indica explícitamente en sus Explicaciones anejas) tomando como base la Carta Social de 1996¹; en realidad, es preferible la opción del Estatuto andaluz (que, en cualquier caso, aludiría indirectamente a dicha CDFUE en el art. 9.1 al referirse a “instrumentos europeos” de derechos) que la de aquellos otros que sólo se remiten a la CDFUE como parámetro europeo básico de derechos, pues en todo caso la CDFUE ya forma parte del ordenamiento interno.

III. ALGUNAS OTRAS INCONGRUENCIAS EN LA NO INCORPORACIÓN “ESTATAL” FORMAL DE ESOS INSTRUMENTOS EUROPEOS SOCIALES

-Como se decía, la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la UE forma parte del ordenamiento nacional tras la vigencia del Tratado de Lisboa a partir del 1 de diciembre de 2009 (véase Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio)².

-Cuando entre en juego la UE, debe alertarse sobre el riesgo de olvidar ese art. 9.2 del Estatuto andaluz (que es reflejo de la idea de “Estado social” acogiendo los parámetros europeos sociales y los valores superiores consagrados en el art. 1.1 de la Constitución) relegando dicha disposición a un segundo plano frente a otro espurio y novedoso “valor superior” (la estabilidad presupuestaria) introducido mediante la reforma del art. 135 de la Constitución en 2011. Es menester advertir sobre dicho riesgo a la luz de lo que dispone el art. 175.2.h) del Estatuto andaluz, cuando establecer entre los principios generales de la Hacienda de la Comunidad Autónoma: “2. *La Comunidad Autónoma de Andalucía dispondrá de los recursos necesarios para atender de forma estable y permanente el desarrollo y ejecución de sus competencias para que quede garantizado el principio de igualdad en el acceso y prestación de servicios y bienes públicos en todo el territorio español. Todo ello de acuerdo con los principios de: (...) h) Libre definición del destino y volumen del gasto público para la prestación de los servicios a su cargo, sin perjuicio*

¹ Según las Explicaciones anejas a la CDFUE, al menos siete derechos fundamentales de ella se inspiran en otros tantos de la Carta Social Europea revisada de 1996 (CSEr): el art. 23 sobre igualdad entre mujeres y hombres (se inspira en el art. 20 CSEr), el art. 25 sobre derechos de las personas mayores (en el art. 23 CSEr), el art. 27 sobre derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (en el art. 21 CSEr), el art. 30 sobre protección en caso de despido injustificado (en el art. 24 CSEr), el art. 31 sobre condiciones de trabajo justas y equitativas (en el art. 26 CSEr), el art. 33 sobre vida familiar y vida profesional (en el art. 27 CSEr), y el art. 34 sobre seguridad social y ayuda social (en los arts. 30 y 31 CSEr).

² Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (BOE nº 184, de 31 de julio de 2008). El artículo 2 (cuya intitulado es *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*) de dicha Ley dispone: “A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro se reproduce a continuación: (...)”.

de las exigencias en materia de estabilidad presupuestaria y de los demás criterios derivados de la normativa de la Unión Europea y de la legislación del Estado”.

IV. EJEMPLOS PRÁCTICOS DE INCORPORACION NACIONAL (DIRECTA E INDIRECTA) DE ESOS INSTRUMENTOS EUROPEOS SOCIALES

* Ejemplos de incorporación y efectividad directa en países que han aceptado la CSEr y el mecanismo de reclamaciones colectivas:

- Un ejemplo de cómo a la modificación normativa puede anticiparse una ejecución vía judicial, a través del ejercicio del control de convencionalidad por las jurisdicciones internas, puede verse en la Reclamación nº 14/2003 (*caso Federación internacional de ligas de derechos humanos contra Francia*, decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004), que no sólo fue ejecutada por las autoridades francesas³, sino llevada a la práctica por el máximo escalón de la jurisdicción administrativa francesa (el Consejo de Estado, mediante su Decisión de 7 de junio de 2006, *Association Aides et autres*) al descartar la aplicación de la legislación francesa controvertida asumiendo la solución alcanzada en la Reclamación nº 14/2003⁴.

- Una modalidad de ejecución por vía ejecutiva la ofrece la retirada de libros de texto del sistema educativo que incluían manifestaciones homófobas contrarias a la educación sexual y reproductiva no discriminatoria impuesta por el artículo 11 de la Carta: Reclamación nº 45/2007 (*Interights contra Croacia*, decisión de fondo de 30 de marzo de 2009).

- Y una ilustración sobre cumplimiento por vía legislativa, y dentro de un razonable plazo, puede comprobarse con motivo de la Reclamación nº 48/2008 (*ERRC contra Bulgaria*, Decisión de fondo de 18 de febrero de 2009), tras la cual el Gobierno búlgaro informó al Comité de Ministros del Consejo de Europa que el Parlamento nacional había procedido a modificar la Ley de Asistencia Social en fecha 10 de febrero de 2010 (Gaceta Oficial nº 15 de 23 de febrero de 2010) para suprimir la limitación temporal en el disfrute de las prestaciones de subsidio de desempleo y conformarse así al derecho a la asistencia social, entendida como recursos mínimos garantizados, reconocido en el artículo 13 CSE.

* Ejemplos de incorporación y efectividad indirecta en España:

- Por vía judicial: Sentencia nº 412 de 19 de noviembre de 2013 (procedimiento nº 426/2013 en materia de despido) del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona, en la que se resuelve estimar la demanda de un trabajador que había suscrito un contrato indefinido de apoyo a los emprendedores formalizado al amparo del Real Decreto-ley 3/2012 y que fue rescindido por la empresa dentro del período de prueba de un año previsto por dicha norma⁵.

³ Vid. la Resolución ResChS (2005) 6 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de mayo de 2005 con motivo de la 925ª reunión de los Delegados de los Ministros, en la que se “toma nota de la Circular [del Gobierno francés] DHOS/DSS/DGAS nº 141 de 16 de marzo de 2005 relativa a la asunción de la atención urgente ofrecida a los extranjeros residiendo en Francia de manera irregular y no beneficiarios de la ayuda médica de Estado”.

⁴ Véanse también las decisiones de fondo de 20 de octubre de 2009 (reclamación nº 47/2008, *DCI c. Países Bajos*) (reclamación nº 47) y de 23 de octubre de 2012 (reclamación nº 69/2011, *DCI c. Bélgica*).

⁵ Lo interesante de la sentencia radica en que su *ratio decidendi* se fundamenta directa y exclusivamente en una Decisión de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales adoptada en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas frente a otro país sobre un supuesto sustancialmente

- Por el control del propio Comité Europeo de Derechos Sociales (instancia máxima de garantía de la Carta Social Europea) al dictar las decisiones (conclusiones) que afectan a España en el marco del sistema de informes: *Conclusión 2013 sobre el art. 11 de la Carta Social*, con relación a la exclusión del acceso a la atención sanitaria básica de personas extranjeras en situación irregular (el Comité Europeo utiliza jurisprudencia elaborada frente a otros países en el marco del sistema de reclamaciones colectivas, pese a no haber sido aceptado éste por España). Por supuesto, esta decisión puede y debe ser puesta en práctica y/o invocada por las administraciones y poderes públicos nacionales (estatales, autonómicos y locales)⁶.

V. REFLEXIÓN FINAL: ¿QUÉ SE PUEDE HACER DESDE ANDALUCÍA/ESPAÑA/EUROPA PARA POTENCIAR ESA INCORPORACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES?

idéntico (de fecha 23 de mayo de 2012, de resolución de la Reclamación nº 65/2011, *GENOP-DEI y ADEDY c. Grecia*).

⁶ Dice así el Comité Europeo de Derechos Sociales en esa Conclusión: “el Comité constata que el citado Real Decreto-ley 16/2012 (que, según el informe, es desarrollado por el Real Decreto 1192/2012) ha procedido en su artículo primero a una modificación de la Ley 6/2003 [de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud] que implica una exclusión del acceso a la atención sanitaria en detrimento de los extranjeros en situación irregular, salvo en ‘situaciones especiales’ (urgencia por enfermedad grave o accidente; asistencia a la mujer embarazada, antes y después del parto; extranjeros menores de dieciocho años).

Desde este punto de vista, el Comité considera que dicha exclusión del acceso a la atención sanitaria de los extranjeros adultos (de más de dieciocho años) en situación irregular es contraria al artículo 11 de la Carta. En efecto, el Comité ya ha tenido ocasión de establecer que «los Estados Partes en la Carta (tanto en su versión de 1961 como en su versión revisada de 1996) han garantizado a extranjeros no cubiertos por la Carta derechos idénticos a los que enuncia la Carta o que son indisociables de ella ya sea por la ratificación de tratados en materia de derechos humanos –en particular, el Convenio Europeo de Derechos Humanos– ya sea por la adopción de normas de Derecho interno, constitucionales legislativas u otras que no establecen distinción entre las personas expresamente mencionadas en el anexo y los demás extranjeros. De este modo, han asumido dichas obligaciones» (Conclusiones 2004, Observación interpretativa del artículo 11, p. 10).

En este sentido, el Comité ha afirmado que los Estados Partes en la Carta tienen obligaciones positivas en materia de acceso a la asistencia sanitaria con respecto a los migrantes, «se encuentren o no en situación irregular» (*Médecins du Monde – International c. Francia*, Reclamación nº 67/2011, decisión de fondo de 11 de septiembre de 2012, §144). En lo que concierne específicamente al artículo 11, el Comité ha recordado que dicha disposición en su apartado 1, «impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas apropiadas para eliminar las causas de una salud deficiente, y que según la interpretación del Comité ello significa, entre otros elementos, que los Estados deben garantizar a toda persona el derecho de acceso a la asistencia sanitaria y que el sistema de salud debe ser accesible a toda la población», en la medida en que “la atención sanitaria constituye condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana y que la dignidad humana representa un valor fundamental que se sitúa en el núcleo del Derecho europeo positivo en materia de derechos humanos –ya se trate de la Carta Social Europea o del Convenio Europeo de Derechos Humanos» (*Fédération Internationale des Ligues des Droits de l’Homme c. Francia*, Reclamación nº 14/2003, decisión de fondo de 8 de septiembre de 2004, § 31; *Defence for Children International c. Bélgica*, Reclamación nº 69/2011, decisión de fondo de 23 de octubre de 2012, §§ 100-101). Esta idea de accesibilidad universal ha sido igualmente subrayada como uno de los elementos esenciales del derecho a la protección de la salud por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas: «§12. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte» [Observación general nº 14 (2000), *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)]”.

-En el plano del Ejecutivo regional, ser coherente en la elaboración de instrumentos normativos y adopción de medidas de aplicación (planes de acción, estrategias, etc.) con los derechos sociales reconocidos en la Carta revisada de 1996 que, a su vez, estén asimismo consignados en el Estatuto andaluz, que integra el bloque de la constitucionalidad. Y, en caso de conflictividad con el Estado, hacer valer ante el TC la solución más favorable acogida eventualmente en el bloque de la constitucionalidad (Estatuto andaluz, art. 13)⁷, para que la propia jurisdicción constitucional actúe de modo coherente con ese bloque.

-En el plano del Legislativo autonómico, la misma coherencia. E insistir en medidas (proposiciones no de ley, etc.) que ejerzan una positiva influencia o presión ante las instancias estatales responsables de aceptar la Carta social revisada de 1996 y el mecanismo de reclamaciones colectivas.

-En el plano del Poder Judicial a escala autonómica, lógicamente fomentar la idea de sinergia entre los estándares autonómico, estatal y europeo en materia de derechos sociales acogiendo la solución más favorable, tal como dispone la Constitución (art. 10.2) y el propio Estatuto Andaluz (art. 13).

-Desde este punto de vista, que el juez nacional sea juez europeo no debe ser un mero eufemismo ni referirse única y sesgadamente a la Unión Europea (como intérprete y aplicador sólo del “Derecho comunitario), sino a Europa en sentido amplio, y especialmente a la del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos sociales.

-Por último, desde el Centro de Estudios Andaluces debe promoverse esa coherencia con el estándar europeo social más favorable, además de ante los poderes clásicos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), ante los demás actores concernidos (Defensoría del Pueblo -en la supervisión del respeto de los derechos sociales por las administraciones en la Comunidad Andaluza-, Consejo Jurídico Consultivo y Comité Económico y Social -desde la perspectiva del *drafting* o técnica legislativa, es decir, en el momento de elaboración de las normas autonómicas, para que tengan en cuenta el parámetro europeo social-, y, por supuesto, los interlocutores sociales y las organizaciones de la sociedad civil en sus negociaciones y reivindicaciones).

⁷ Art. 13. *Alcance e interpretación de los derechos y principios.* “Los derechos y principios del presente Título no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes. Ninguno de los derechos o principios contemplados en este Título puede ser interpretado, desarrollado o aplicado de modo que se limiten o reduzcan derechos o principios reconocidos por la Constitución o por los tratados y convenios internacionales ratificados por España”.