

**ENTRE SUBJETIVIDAD Y SOCIALIDAD:
EL DILEMA DE LOS DERECHOS SOCIALES ILUSTRADO CON LA
JURISPRUDENCIA DEL TEDH**

Ricardo García Manrique
Universidad de Barcelona

RESUMEN

A pesar de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no establece expresamente derechos sociales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha reconocido su existencia implícita y en consecuencia los ha protegido, considerándolos o bien parte integrante de uno de los derechos del Convenio o bien derechos conexos con los mismos, y ello a partir de tres premisas: la negación de la relevancia axiológica de la distinción entre obligaciones positivas y negativas; la afirmación de la indivisibilidad de los derechos humanos; y el compromiso del Tribunal con la garantía del disfrute *efectivo* de los derechos del Convenio. Al mismo tiempo, el TEDH ha mostrado una cierta incomodidad por tener que ocuparse de unos derechos que en principio no le correspondía garantizar y que en buena medida permanecen abiertos a la discusión política. De aquí ha derivado una actitud de autorrestricción que a su vez ha tenido como resultado una protección indirecta, parcial y relativamente inconsistente de los derechos sociales, que permite ilustrar el dilema que los derechos sociales (y, en realidad, todos los derechos humanos) plantean a nuestra práctica jurídica y política.

ÍNDICE

- I. Cuatro sentencias relevantes
 - I.1. Marckx contra Bélgica: las obligaciones positivas
 - I.2. Airey contra Irlanda: la efectividad de los derechos
 - I.3. Calvelli & Ciglio contra Italia: el derecho a la salud establecido
 - I.4. Nencheva y otros contra Bulgaria: el derecho a la salud garantizado
- II. Rasgos de la protección de los derechos sociales por el TEDH
 - II.1. Una protección indirecta
 - II.2. Una protección parcial
 - II.3. Una protección inconsistente
 - II.4. ¿Qué podemos esperar?
- III. El dilema de los derechos sociales
 - III.1. Los derechos sociales como derechos subjetivos
 - III.2. Los derechos sociales como ideales
 - III.3. Un equilibrio inestable

I. CUATRO SENTENCIAS RELEVANTES

I.1. Marckx contra Bélgica (13 de julio de 1979): las obligaciones positivas

Hechos. La hija de Paula Markx, Alexandra, nació en 1973. Paula no estaba casada, con lo que Alexandra pasó a ostentar el estatuto que el Código Civil belga atribuía a los hijos no matrimoniales, claramente distinto del de los matrimoniales. En el caso de los hijos no matrimoniales, el nacimiento no establecía un vínculo jurídico entre la madre y el hijo (esto es, no regía el principio *mater semper certa est*), sino que había de seguirse un procedimiento de reconocimiento expreso de la maternidad y, en su caso, de adopción, si lo que se quería era establecer un vínculo maternofilial pleno y equivalente al de la madre casada con sus hijos. Así lo hizo Paula con su hija Alexandra. El reconocimiento como tal establecía un vínculo mucho más limitado, puesto que lo establecía sólo entre el hijo y la madre, pero no entre el hijo y el resto de la familia materna (los abuelos, por ejemplo). Además, tanto antes como después del reconocimiento, los hijos no matrimoniales tenían derechos sucesorios menores que los hijos matrimoniales. Por último, se daba la paradoja de que la madre que no hubiera reconocido a su hijo podía, si quería, legar todo su patrimonio al hijo no reconocido (como a cualquier otra persona); en cambio, una vez reconocido el hijo, esa libertad de testar a su favor quedaba limitada parcialmente.

Paula y Alexandra demandaron al Estado belga por considerar que el trato recibido por ambas en virtud de la aplicación de las normas reguladoras de la maternidad no matrimonial era contrario a varios artículos del CEDH, en especial, a los artículos 8, 14 y artículo 1 del Protocolo Número 1 (P1). En síntesis, lo que alegaban es que el trato diferenciado de los hijos no matrimoniales era discriminatorio (art. 14) y perjudicaba tanto la vida familiar de los afectados (art. 8) así como sus derechos de propiedad (art. 1 P1). Estos preceptos establecen lo siguiente:

Artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar):

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Artículo 14 (prohibición de discriminación):

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Artículo 1 P1 (protección de la propiedad):

Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.

Argumentos jurídicos. El Tribunal comenzó por acreditar que el vínculo natural entre Paula Marckx y su hija daba lugar al nacimiento de una “vida familiar” protegida por el art. 8. La existencia de vida familiar, consideró el Tribunal, era completamente independiente de que la filiación fuera o no matrimonial, y esto porque el texto del art. 8 no distingue entre distintos tipos de hijos, una distinción que además habría sido contraria a la cláusula de no discriminación del art. 14, que se refiere específicamente al “nacimiento” como circunstancia que no puede ser tenida en cuenta para establecer distinciones en el goce de los derechos.

En especial, el Tribunal afirmó (párr. 31) que “el objeto del art. 8 es esencialmente proteger al individuo contra la interferencia arbitraria de las autoridades públicas; no obstante, no se limita a obligar al estado a abstenerse de tal interferencia (...) además, puede haber obligaciones positivas inherentes a un efectivo respeto de la vida familiar”. En relación con el caso concreto de las demandantes, el Tribunal entendió que “el respeto de la vida familiar implica la existencia en el derecho nacional de las garantías

jurídicas que hagan posible la integración del niño en su familia desde el momento del nacimiento” (lo que no sucedía en el derecho belga).

Por tanto, el Tribunal consideró que el Derecho belga violaba el derecho a la vida familiar (art. 8) de las demandantes y también las discriminaba injustificadamente respecto de las madres casadas y de los hijos matrimoniales (art 14+8), y esto tanto por el método para el establecimiento de la filiación cuanto por el alcance limitado de las relaciones familiares de los hijos no matrimoniales y por la restricción de sus derechos sucesorios, que se entendieron incluidos en la idea de “vida familiar”.

Además, y en este caso respecto de la madre, el Tribunal consideró que las restricciones hereditarias impuestas por el Código Civil belga suponían una discriminación injustificada en materia de derechos de propiedad (art. 14+1 P1).

Relevancia del caso. El caso Marckx es significativo en la jurisprudencia del TEDH porque supuso el reconocimiento de la existencia de obligaciones positivas para los estados (en este caso, de una obligación normativa, la de establecer las normas necesarias para que Paula y su hija Alexandra no sufrieran el daño que estaban sufriendo en sus derechos a la vida familiar y a la propiedad). El Tribunal afirmó por primera vez y con claridad que el CEDH no establece solamente obligaciones de abstención para los estados firmantes, sino también de acción (Mowbray, 2004: 151-152).

Además, y en conexión con lo anterior, el Tribunal interpretó las cláusulas del art. 1 P1 y sobre todo la del art. 8 de manera extensiva, dando a los derechos involucrados un alcance mucho mayor del que se consideraba que tenían en un principio. Esta hermenéutica, que ha sido calificada como “constructiva” o “dinámica” (Sudre, 2003: 758), será la que más adelante le permita justificar que determinados derechos sociales forman parte del contenido de los derechos del CEDH, y por eso es importante destacarla aquí. No todos los magistrados estuvieron de acuerdo con esta orientación interpretativa, sobre todo con la ampliación del alcance del derecho a la vida familiar. En su voto particular, el juez Fitzmaurice afirmó que el art. 8 fue redactado para proteger cosas (la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones) que nada tienen que ver con el estado civil, que era el tipo de cuestión que suscitaba el caso

Marckx. Fitzmaurice no negaba que un derecho pudiera extenderse más allá de su alcance inicial; lo que negaba es que pudiera extenderse a campos totalmente ajenos a la intención inicial de la disposición interpretada, como, en este caso, el del estatuto jurídico de los niños. Los votos particulares de Farinha y Matscher fueron en una dirección muy similar; Farinha insistió específicamente en que los derechos hereditarios no tenían nada que ver con el objeto protegido por el art. 8 (la privacidad y la vida familiar) y que, por tanto, era un error haber interpretado el precepto de manera tan extensiva.

2. Airey contra Irlanda (9 de octubre de 1979): la efectividad de los derechos

Hechos. La Sra. Airey, irlandesa, quería separarse de su marido; para ello, debía iniciar un procedimiento judicial ante la High Court y obtener un decreto (sentencia) de separación. El procedimiento en cuestión no requería formalmente la asistencia letrada, aunque dicha asistencia letrada podía considerarse obligatoria *de facto*. Porque, como luego quedó demostrado, en los 255 procedimientos de separación iniciados ante la High Court entre 1972 y 1978 todos los demandantes sin excepción contaron con la asistencia de un abogado. Sin embargo, los costes de la asistencia letrada eran muy elevados para la Sra. Airey, que no podía permitírselos, de manera que por esa razón se veía imposibilitada de separarse de su marido.

En su examen preliminar del caso, la Comisión sostuvo que el Estado irlandés había incurrido en una violación del art. 6.1 al no garantizar la asistencia letrada para la Sra. Airey. Dicha disposición establece:

Art. 6 (derecho a un proceso equitativo):

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el

tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

Cabe notar que el art. 6.3 establece el derecho de todo acusado a la asistencia letrada (en procesos penales, hay que entender) y “si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio”. Sin embargo, el art. 6.3 no era aplicable aquí porque la Sra. Airey lo que quería era iniciar un procedimiento civil, y no penal.

Argumentos jurídicos. (a) Derechos efectivos. En uno de los pasajes más citados de su jurisprudencia, el TEDH sostuvo en la sentencia Airey (párr. 24) que “el Convenio no pretende garantizar derechos teóricos o ilusorios, sino derechos que son prácticos y efectivos”. Este argumento le sirvió al Tribunal para considerar que el hecho en sí de que la Sra. Airey pudiera iniciar el procedimiento de separación ante la High Court sin asistencia letrada no era relevante; lo relevante era si, en esas condiciones, el derecho a un proceso equitativo podía considerarse “efectivo”; teniendo en cuenta que todos los demandantes de separación habían disfrutado de asistencia letrada, el Tribunal entendió que sin dicha asistencia el derecho no podía considerarse efectivo.

(b) Obligaciones positivas. Además, el Tribunal insistió en que el Convenio impone obligaciones positivas a los estados firmantes, tal y como acababa de aseverar pocos meses antes en la sentencia Marckx. En este caso fue incluso más claro: “El cumplimiento de un deber impuesto por el Convenio requiere en ocasiones de alguna acción positiva por parte del estado; en tales circunstancias, el estado no se puede limitar a permanecer pasivo y no hay espacio para distinguir entre actos y omisiones” (párr. 25). Añadía el Tribunal que “la obligación de asegurar un derecho efectivo de acceso a los tribunales cae dentro de esta categoría de deberes [los que exigen alguna acción positiva]”.

(c) Derechos sociales. El Tribunal consideró necesario en este caso recordar que el CEDH ha sido diseñado “para proteger al individuo de una forma real y práctica”. Y, en un párrafo que merece transcribir, señaló que “aunque el CEDH establece derechos que son esencialmente civiles y políticos, muchos de ellos tienen implicaciones de naturaleza social o económica. El Tribunal considera, como la Comisión, que el mero

hecho de que una interpretación del CEDH pueda adentrarse en el ámbito de los derechos sociales y económicos no debe ser un factor decisivo contra una tal interpretación; no hay una división hermética que separe esa esfera de la del campo cubierto por el Convenio” (párr. 26).

Con base en estos argumentos, el Tribunal concluyó que había habido violación del art. 6.1, esto es, que la Sra. Airey careció de un derecho efectivo de acceso a la justicia, en este caso de acceso a la High Court con el propósito de solicitar un decreto de separación judicial. Además, el Tribunal concluyó que también se había violado el derecho de la Sra. Airey a la vida familiar (art. 8) porque la protección de dicha vida familiar puede requerir en determinadas ocasiones la dispensa de la obligación de vivir junto al cónyuge y esa dispensa no había estado efectivamente al alcance de la demandante.

Relevancia del caso. Por su carácter pionero, la sentencia Airey es una de las más citadas cuando se trata de poner de relieve la conexión de los derechos sociales con el CEDH (Mowbray, 2004: 99; Palmer, 2009: 398). En este caso, no sólo se reitera la existencia de obligaciones positivas para los estados sino que, además, se afirma que una interpretación adecuada de las cláusulas del Convenio puede llevar a la inclusión en el mismo de ciertos derechos sociales o económicos, siempre con la idea rectora de que los derechos que protege el Convenio han de ser “efectivos” y no “ilusorios”. Esta línea argumentativa lo que está presuponiendo es la existencia de una conexión necesaria entre los derechos civiles y políticos por una parte y los derechos sociales por otra, al menos en algunos casos. Y lo que se deriva de ella es la inclusión de los derechos sociales, o de algunos de ellos, en la lista de derechos protegidos por el CEDH, por mucho que no hayan sido reconocidos expresamente, y de acuerdo con la técnica de interpretación extensiva de la que ya dimos cuenta en relación con el caso Marckx.

Desde luego, es difícil exagerar las consecuencias potenciales que pueden seguirse de la doctrina del Tribunal. El juez Thór Vilhjálmsón lo vio claro y afirmó que el Convenio no había sido aprobado con las intenciones socioeconómicas que se derivaban de la sentencia con la que estaba discrepando en su voto particular, y advirtió de que “la guerra contra la pobreza no puede ganarse a través de una interpretación amplia del CEDH”. Lo que el voto particular estaba sugiriendo es que la vía emprendida por el

Tribunal era no sólo una vía indebida sino además una vía poco fructífera, porque no es a un Tribunal a quien le corresponde librar esa guerra contra la falta de recursos y contra la desigualdad social.

3. Calvelli & Ciglio contra Italia (17 de enero de 2002): el derecho a la salud establecido

Hechos. El hijo de Pietro Calvelli y Sonia Ciglio murió pocos días después de nacer, en febrero de 1987, debido supuestamente a una actuación indebida del ginecólogo durante el parto. A raíz del fallecimiento de su hijo, los padres presentaron una denuncia, y el fiscal de Cosenza, la ciudad en la que se encontraba la clínica donde tuvo lugar el parto, inició una investigación que dio lugar a la apertura de un procedimiento penal contra el ginecólogo. El proceso se alargó en el tiempo hasta que, llegado el momento establecido por la ley procesal penal italiana, caducó, precluyendo así la posibilidad de continuarlo hasta el final, con lo que el ginecólogo no pudo ser sancionado.

Al mismo tiempo, los ahora demandantes ante el TEDH habían iniciado un proceso civil de responsabilidad contra el ginecólogo. Sin embargo, este proceso se sobreseyó cuando ninguna de las partes concurrió al acto de la vista oral, al haber cerrado previamente un acuerdo los padres de la criatura fallecida con la compañía aseguradora, que los indemnizó con cien millones de liras (unos sesenta mil euros).

Los demandantes consideran que el Estado italiano ha violado los derechos a la vida (art. 2) y a un proceso equitativo (art. 6.1), al no haberse podido establecer la responsabilidad penal del ginecólogo por la muerte de su hijo, en virtud de la aplicación de la norma procesal que establece la caducidad del proceso tras el transcurso de un cierto período de tiempo (en este caso, siete años y medio).

Art. 2 (derecho a la vida):

1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

Argumentos jurídicos. El argumento jurídico más interesante que contiene la sentencia (siempre, claro está, desde el punto de vista de los derechos sociales) es el que sirve al Tribunal para estimar que el artículo 2 es aplicable al caso. El argumento, que con carácter general no es nuevo y que hemos encontrado ya en *Marckx* y en *Airey*, es que los derechos establecidos por el Convenio pueden generar obligaciones positivas para los estados. En este caso, el Tribunal recuerda que el art. 2 incluye obligaciones positivas: el art. 2 “impone a los estados no sólo abstenerse de causar la muerte intencionalmente, sino también llevar a cabo las acciones apropiadas para salvaguardar las vidas de aquellos que están bajo su jurisdicción” (párr. 48). Además, continúa, “estos principios rigen también en la esfera de la salud pública. Las obligaciones positivas ya mencionadas exigen de los estados el establecimiento de normas que obliguen a los hospitales, tanto públicos como privados, a tomar las medidas apropiadas para la protección de las vidas de sus pacientes” (párr. 49). Por otra parte, entre tales obligaciones positivas figura también la de establecer el sistema y los procedimientos jurisdiccionales adecuados para que la muerte de pacientes en centros sanitarios pueda ser investigada y establecidas las responsabilidades pertinentes.

Más allá de eso, y con un interés ya menor para nosotros, el TEDH desestimó la demanda, tanto en lo que concierne al art. 2 (derecho a la vida) como en lo que concierne al art. 6.1 (derecho a un proceso equitativo). El Tribunal argumentó así: en los casos de muerte por imprudencia o negligencia, el derecho a la vida garantizado por el art. 2 no exige que esté disponible un procedimiento penal, sino que un procedimiento de otro tipo (civil o administrativo) que permita la investigación y esclarecimiento de los hechos, así como la determinación de responsabilidades, puede ser suficiente. Los recurrentes disponían de un procedimiento civil, que de hecho iniciaron y del que luego libremente desistieron al haber llegado a un acuerdo extrajudicial. Luego, por tanto, las vicisitudes del procedimiento penal (en particular, el hecho de la caducidad del mismo) no pueden constituir infracción del art. 2.

En cuanto al derecho a un proceso equitativo, los recurrentes invocaban la dilación excesiva como causa de infracción del art. 6.1. El Tribunal consideró, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, que las dilaciones no habían sido excesivas y que, en consecuencia, no había habido infracción de art. 6.1.

Relevancia del caso. Como ya ha sido anticipado, la relevancia de la sentencia Calvelli y Ciglio contra Italia radica en que el Tribunal establece que el derecho a la vida recogido en el artículo 2 incluye el derecho a la salud, en la medida que hemos identificado en los párrafos anteriores. En esta ocasión, el Tribunal incluye claramente un derecho social como es el de la salud en el conjunto de los derechos protegidos por el Convenio, sin perjuicio de que no esté establecido expresamente en su articulado. Con ese fin, el Tribunal aplicó la doctrina sentada en la sentencia Airey, según la cual no hay una división tajante entre derechos civiles y políticos (la vida en este caso) y los derechos sociales (la salud en este caso), de manera que cabe interpretar las cláusulas que garantizan expresamente derechos del primer tipo como conteniendo implícitamente derechos del segundo tipo.

4. Nencheva y otros contra Bulgaria (19 de junio de 2013): el derecho a la salud garantizado

Hechos. Durante el invierno de 1996-97, en la Residencia de Dzhurkovo para niños con grave discapacidad mental y física, quince niños murieron a causa de las malas condiciones en que se encontraba la residencia, en particular a causa de la falta de alimentos, del frío causado por la ausencia de calefacción y de la falta de asistencia médica. En aquel momento, Bulgaria atravesaba una grave crisis económica, financiera y social. Los gestores de la residencia solicitaron con insistencia a las autoridades la provisión de los fondos necesarios para la compra de alimentos, medicamentos, gasoil, etc., de manera que el centro pudiera seguir funcionando en condiciones mínimamente adecuadas. Sin embargo, esos fondos no llegaron nunca y el resultado fue el rosario de muertes de los niños, hasta quince, acaecidas a lo largo de los meses del invierno. La sentencia narra con detalle las condiciones y carencias del centro y los padecimientos de los niños.

La sentencia cuenta también cómo dos años después de las muertes se abrió un procedimiento penal contra tres de los responsables de la residencia, que fueron absueltos, parece que con toda razón, porque fue la falta de medios de todo tipo, denunciada una y otra vez por dichos responsables, y no una actuación negligente por su parte, la que llevó a la muerte de los niños.

Algunos de los padres de los niños llevaron el caso ante el Tribunal de Estrasburgo alegando que se habían infringido varios artículos del CEDH. El Tribunal consideró que la demanda debía ser examinada en relación con los artículos 2, 3 y 13.

Art. 3 (prohibición de la tortura):

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Art. 13 (derecho a un recurso efectivo):

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Argumentos jurídicos. El Tribunal se centra en la violación del artículo 2, descartando el examen de las posibles infracciones de los artículos 3 y 13 por razones procesales que no interesan aquí. Respecto del artículo 2, y en línea con las decisiones previamente comentadas, el Tribunal comienza por reafirmar la obligación positiva de proteger la vida a que están sujetos los estados en virtud de dicha disposición (párr. 105); continúa poniendo varios ejemplos de acciones positivas que ha exigido a los estados en ocasiones anteriores, siempre con el fin de garantizar la protección de la vida, y en ámbitos bien diversos, como el de las actividades peligrosas, la salud pública, la prevención de calamidades naturales, la seguridad de los lugares públicos y los servicios de urgencia. Añade el Tribunal que esta lista no es exhaustiva y que, con carácter general, “la obligación de proteger la vida debe ser interpretada como aplicable en el contexto de toda actividad, pública o no, susceptible de poner en juego el derecho a la vida” (párr. 106).

Ahora bien, y para evitar lo que podría entenderse como una extensión excesiva del alcance de las obligaciones positivas del estado, el Tribunal establece una condición de exigibilidad de dichas obligaciones. No se trata de que toda amenaza contra la vida obligue a las autoridades a tomar medidas concretas para combatirla, porque hay que tener en cuenta “la imprevisibilidad del comportamiento humano y las elecciones operacionales que deben tomarse en materia de prioridades y recursos”. Para que podamos establecer que el estado estaba sujeto a una obligación positiva de proteger la vida y que no la ha respetado, “debe quedar establecido que las autoridades sabían o

habían debido saber en el momento que la vida de un individuo estaba amenazada de manera real e inmediata y que las autoridades no han tomado, en el marco de sus facultades, las medidas que razonablemente habrían sin duda paliado ese riesgo” (párr. 108).

Acercándose ya al asunto particular que ha de abordarse en esta decisión, el Tribunal recuerda especialmente la doctrina establecida en *Calvelli & Ciglio*, a saber, que el estado debe asegurar que los hospitales públicos y privados toman las medidas necesarias para garantizar la vida de sus pacientes (párr. 111). Y, en otro orden de cosas, recuerda que el art. 2 incluye también la obligación de llevar a cabo una investigación pública de los hechos que puedan acarrear una violación del derecho a la vida y la obligación de establecer un mecanismo jurisdiccional apropiado para evaluar tales hechos y fijar responsabilidades.

Aplicando esta doctrina al caso del *Foyer* de Dzhurkovo, el Tribunal entiende que las autoridades búlgaras han incumplido las obligaciones que les impone el art. 2 CEDH en relación con el derecho a la vida de los niños que murieron durante el invierno de 1996-97: en primer lugar, no protegieron la vida de esos niños al no asegurar unas condiciones mínimas de alimentación, calefacción, asistencia sanitaria, etc.; en segundo lugar, no investigaron adecuadamente los hechos acaecidos ni depuraron responsabilidades (párr. 141). El Tribunal imputa, pues, a las autoridades búlgaras una doble violación del art. 2.

Por último, el Tribunal concede una indemnización por daño moral de 10.000 euros, pero sólo a los padres de dos niños, los que han acreditado que se preocuparon de manera sostenida de sus hijos y de las condiciones en que vivían en el *Foyer*. No concede indemnización alguna al resto de los padres que suscribieron la demanda porque considera igualmente acreditado que no se preocuparon en absoluto de sus hijos desde el momento en que fueron ingresados en Dzhurkovo. Los pasajes de la sentencia que narran el total desinterés mostrado por la mayoría de los padres hacia sus hijos son tanto o más impactantes que los pasajes que narran las lamentables condiciones en que transcurría la vida de esos niños.

Relevancia del caso. El caso *Nencheva* contiene una aplicación práctica y concreta de la doctrina contenida en sentencias anteriores (entre ellas, las tres comentadas previamente en estas páginas: *Marckx*, *Airey* y *Calvelli & Ciglio*), al condenar a un estado por no haber protegido activamente la vida y la salud de unos niños, llegando incluso a indemnizar por dicha infracción a los familiares de las víctimas. La decisión deja claro una vez más que el derecho a la vida va mucho más allá de la prohibición del homicidio, esto es, que el derecho a la vida no es un derecho de los llamados “negativos”, que sólo requieren comportamientos omisivos de los demás (si es que tales derechos existen acaso), sino que exige la realización de acciones por parte de los demás, especialmente por parte de las autoridades públicas. La decisión está suponiendo una conexión conceptual entre los derechos civiles y los derechos sociales (vida y salud, como en el caso *Calvelli & Ciglio*) y sugiere, más allá de lo que expresamente afirma, cuestiones interesantes sobre la presencia de derechos sociales en el CEDH y sobre la posibilidad misma de distinguir entre unos y otros tipos de derechos. Porque, tal y como es concebido por el Tribunal, ¿tiene sentido afirmar que el derecho a la vida es un derecho civil? ¿No podría, con buenas razones, ser considerado un derecho social? En definitiva, ¿tiene sentido práctico la distinción entre derechos civiles y derechos sociales? Ahora bien, si no la tiene, ¿cómo afecta eso a la tarea de tribunales como el de Estrasburgo? ¿Cuáles son los límites de su actividad jurisdiccional y quién está en condiciones de fijarlos?

II. RASGOS DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES POR EL TEDH

El TEDH, por tanto, protege los derechos sociales, al menos en determinadas ocasiones. Veamos, en esta sección, con qué rasgos podemos calificar dicha protección. Recordemos que, en principio, no habría cabido esperarla, dado el sistema dual de protección de los derechos que estableció el Consejo de Europa, según el cual a los derechos sociales no les correspondía ser tutelados por el TEDH, que debía encargarse sólo de los derechos civiles y políticos, esto es, los contenidos en el Convenio de 1950. En cambio, los derechos sociales figuraban en la Carta Social Europea de 1961, revisada en profundidad en 1996, cuyo sistema de tutela es muy distinto porque, entre otras cosas y a los efectos que ahora interesan, no corre a cargo del TEDH sino del

Comité Europeo de Derechos Sociales, que no es un órgano propiamente jurisdiccional. Las razones de la dualidad del sistema hay que ir a buscarlas en la distinta consideración que recibían los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos sociales, por otro. En síntesis, los primeros eran considerados precisamente como derechos susceptibles de protección judicial, a diferencia de los segundos, que no lo eran, sino que eran concebidos como principios programáticos no justiciables. Esto, con la excepción de dos derechos que figuran en el Convenio y que pueden calificarse como sociales, a saber, la libertad sindical, en su artículo 11, y el derecho a la educación, en el artículo 2 del Primer Protocolo. No obstante, esta excepción resulta ser más apariencia que realidad, porque ambos derechos fueron considerados desde un principio como derechos civiles, esto es, como derechos negativos o derechos a exigir determinadas abstenciones del estado como son la de no impedir la sindicación o no discriminar en el acceso a los centros educativos (Pérez Alberdi, 2001: 96-97). Y en tanto que siguiesen considerándose así, ni la libertad sindical ni el derecho a la educación, por mucho que presentes en el Convenio, cuestionaban el modelo dual de protección de los derechos.

Que esta distinta consideración de unos y otros derechos fuese razonable o no lo fuese es asunto que no corresponde discutir aquí. En todo caso, no debe sorprender mucho porque es, o por lo menos ha venido siendo, rasgo habitual de la protección jurídica de los derechos humanos no sólo en el plano internacional sino también en el plano estatal. Lo que importa ahora es darse cuenta de que el Tribunal de Estrasburgo tenía el mandato de proteger ciertos derechos cuya obligación correlativa era la obligación estatal de abstenerse de llevar a cabo determinadas conductas, y había de velar por que este tipo de obligaciones fueran respetadas. Ahora bien, es cierto que este carácter negativo de las obligaciones correlativas a los derechos del Convenio no estaba escrito en ninguna parte, sino que era lo que podemos llamar una idea implícita. Por eso fue que la letra del Convenio, su literalidad, no pudo oponerse en el momento en que se abrió paso la lógica intrínseca de los derechos, de acuerdo con la cual es irrelevante que sean negativas o positivas las obligaciones cuyo cumplimiento permite que los derechos sean garantizados, porque lo que importa es esta garantía y no el tipo de obligación que requiera. Así lo consideró el TEDH desde finales de los años setenta del pasado siglo, tal y como hemos podido comprobar con la sentencia *Marckx*. Y una vez que el Tribunal asumió su capacidad para imponer obligaciones positivas a los estados, el

camino para reconocer derechos sociales estaba abierto y por él transitó el Tribunal a partir del caso Airey, armado con el sencillo pero potente argumento de que su misión es garantizar que los ciudadanos disfruten efectivamente de los derechos establecidos en el Convenio, incluso si para ello han de garantizarse derechos conexos, por mucho que sean de los calificados tradicionalmente como “sociales”. Así, en el caso Airey, el Tribunal entendió que el derecho a un proceso equitativo establecido en el art. 6 no podía ser disfrutado “efectivamente” si no se garantizaba la asistencia jurídica gratuita, un derecho claramente prestacional; y este es el argumento que le ha servido para garantizar más adelante otros derechos tradicionalmente considerados sociales, como el de la salud, la vivienda o la seguridad social. Unas veces el Tribunal ha recurrido a la técnica del “derecho conexo” y otras veces a la interpretación extensiva del sentido de las cláusulas que establecen derechos y, en particular, de los conceptos de “vida”, “trato degradante”, “vida privada y familiar” y “propiedad” (Palmer, 2009: 410ss.). A primera vista, que el derecho social en juego forme parte del derecho establecido por el Convenio (lo “íntegro”) parece dotar al derecho social de mayor fuerza que la que se deriva del establecimiento de una “conexión” entre tal derecho social y el derecho establecido por el Convenio. Sin embargo, la relevancia práctica de esta distinción es, por el momento, poca o ninguna, porque el resultado es el mismo: el reconocimiento de tal derecho (social) como parte de uno de los del Convenio.

II.1. Una protección indirecta

Ahora que sabemos la razón por la cual el TEDH se ha decidido a proteger los derechos sociales, podemos identificar los rasgos del modo en que lo ha hecho, a saber: se trata de una protección indirecta, parcial y, en última instancia, inconsistente. La protección de los derechos sociales por parte del TEDH es indirecta porque su objeto no es garantizar esos derechos como tales, dado que no figuran expresamente establecidos en el Convenio, sino garantizar otros derechos, los que sí están expresamente incluidos (Brems, 2007; Bonet, 2014: 30). Esta es una regla general que no admite excepciones: la protección de un derecho social vendrá siempre determinada por (1) la existencia de un derecho explícitamente establecido en el Convenio; y (2) la posibilidad de considerar al derecho social o bien como parte del contenido del derecho explícito o bien como derecho conexo con él, vale decir, como condición necesaria para su satisfacción. Eso sí, el TEDH ha encontrado hasta cuatro derechos que se prestan muy bien a esa

extensión o conexión, justamente los que corresponden a los cuatro conceptos mencionados en el párrafo anterior (vida, trato degradante, vida privada y familiar, y propiedad), reelaborados y ampliados en diversas direcciones con reiteración por el Tribunal, con el resultado del reconocimiento de diversos derechos sociales (salud, vivienda, seguridad social o protección contra el despido; Brems, 2007: 139ss).

II.2. Una protección parcial

En segundo lugar, se trata de una protección parcial, y lo es en dos sentidos: por un lado, el TEDH sólo protege algunos derechos sociales; por otro lado, sólo los protege para determinados titulares, en determinadas circunstancias y en cierta medida. La razón de esta doble parcialidad es la misma: los derechos sociales son de origen judicial, esto es, son reconocidos como tales derechos en decisiones que resuelven conflictos particulares y no a partir de normas generales. Ello supone que los derechos sociales reconocidos son sólo aquellos que han podido ser justificados como necesarios para garantizar aquellos concretos derechos civiles o políticos del CEDH que estaban amenazados o no habían sido respetados en una tesitura particular, que es la que da lugar al proceso seguido ante el Tribunal y a su correspondiente sentencia. Por otra parte, este origen judicial explica que los derechos sociales reconocidos lo sean cualificadamente, esto es, no se produce un reconocimiento genérico del derecho social de que se trate, ni en cuanto a sus titulares ni en cuanto a las condiciones de su ejercicio, sino que el derecho se reconoce para ciertos titulares y bajo determinadas condiciones. Por seguir con el ejemplo del caso Airey, el TEDH reconoció el derecho de la demandante a la asistencia letrada gratuita en un proceso civil de separación conyugal. Sin embargo, de aquí no se sigue, y desde luego no de manera evidente, un reconocimiento genérico del derecho a la asistencia letrada ni para todos ni para todo, sino sólo para los que estén en una situación equivalente a la de la señora Airey (Mowbray, 2004: 99).

Uno bien podría suponer que esta protección parcial de los derechos sociales será cada vez menos parcial según el TEDH haya de enfrentarse a nuevos supuestos en los cuales esté en condiciones de formular nuevos derechos sociales como parte del CEDH, sea como parte integrante de otros derechos sea como derechos conexos; y menos parcial también en el sentido de que la acumulación de jurisprudencia sobre la materia

permitirá formular derechos sociales genéricos y no ya sólo aplicables a contextos concretos. Algo de esto ha habido y, por poner otro ejemplo basado en las sentencias que han sido objeto de comentario detallado, el derecho a la salud, que ya fue reconocido como integrante del derecho a la vida en la sentencia *Calvelli & Ciglio*, resulta ampliado en la sentencia *Nencheva*. Algo de esto ha habido, sí, pero no tanto como para poner en tela de juicio el carácter parcial de la protección de los derechos sociales; porque, y esta es una razón adicional a la del origen jurisprudencial de estos derechos, el TEDH parece haberse querido contener a la hora de reconocerlos. Sin duda, ha tenido la ocasión de formular derechos sociales más generales, por ejemplo en relación con la salud y con la vivienda, porque ha tenido que lidiar reiteradamente con asuntos que los concernían, y ha podido ir depurando su doctrina para configurar esos derechos con trazos más abstractos o para extender su vigencia a ámbitos cada vez más amplios. Habiendo podido, sin embargo, no lo ha hecho. ¿Por qué? Cabe aventurar la causa: el TEDH se siente incómodo reconociendo y protegiendo derechos sociales, y esto a pesar de su propia retórica argumentativa sobre la ausencia de división tajante entre derechos civiles y sociales, sobre la indivisibilidad de los derechos y sobre la (relativa) irrelevancia de la distinción entre obligaciones positivas y negativas. No porque esta retórica sea vacua o débil, que no lo es, y de hecho ha conducido al reconocimiento de los derechos sociales en los términos que estamos examinando; sino porque a pesar de la solidez de los argumentos que han llevado a este reconocimiento de nuevos derechos, el TEDH es consciente de que no fue creado para defender este tipo de derechos y de que, si lo hace, ha de hacerlo en términos muy restringidos, para evitar deslizarse por la peligrosa pendiente que aboca en el control de la política social y presupuestaria de los estados miembros y que puede conducir a la deslegitimación del propio Tribunal.

II.3. Una protección inconsistente

La parcialidad ya señalada unida al origen judicial de los derechos sociales ha generado una protección inconsistente de los mismos, lo cual significa que se protegen en unos casos sí y en otros casos no, sin que en ocasiones sea posible apreciar razones que justifiquen la diferencia (Brems, 2007: 164). No cabe duda de que el TEDH se ha autolimitado en materia de reconocimiento y protección de derechos sociales: aunque ha avanzado por este camino, ha decidido no ir muy lejos. Y esto por tres razones (Palmer,

2009: 399): la primera es la reluctancia del Tribunal a reconocer la “superposición moral y existencial” de ambos tipos de derechos, es decir, la renuncia a profundizar en las consecuencias de la tesis de la indivisibilidad de los derechos, que ya sabemos que ha admitido. La segunda razón es que el Tribunal no se ha atrevido a cuestionar de manera contundente la distinción entre obligaciones positivas y negativas. Es cierto que el Tribunal ha considerado irrelevante el hecho de que una obligación sea negativa o positiva a los efectos de su exigibilidad. Sin embargo, y a pesar de haber admitido por este camino la existencia de obligaciones positivas de los estados, ha mantenido la propia distinción entre ambos tipos de obligaciones, lo cual, sostiene Ellie Palmer con buen criterio, perjudica a los derechos sociales porque se favorece o prioriza la obligación “negativa” (considerada absoluta) frente a la “positiva” (que es una obligación de realización gradual o relativa); en cambio, su protección judicial se vería favorecida si el Tribunal, renunciando a la dicotomía positivo/negativo en materia de obligaciones y a la dicotomía civil/social en materia de derechos, adoptase el más moderno lenguaje de las obligaciones de respetar, proteger y realizar (*protect, respect, fulfil*) que serían correlativas de todos los derechos humanos sin distinción (Palmer, 2009: 403 y 408). La tercera razón, en fin, sería la resistencia del TEDH a definir apropiadamente los parámetros de su labor jurisdiccional, una resistencia en la que, cabe suponer, juega un papel relevante la ya sugerida incomodidad que siente el Tribunal a la hora de proteger derechos sociales no expresamente establecidos en el Convenio.

Por todo ello bien podemos decir que, con acierto o sin él, el TEDH ha renunciado a elaborar un modelo integral y sistemático de derechos sociales que hubiera permitido una protección más coherente y plena de los mismos. La inconsistencia es el precio de esa renuncia y la señal de una incómoda tensión entre la asunción de la indivisibilidad de los derechos y la conciencia de que, habiendo sido creado con el mandato de proteger derechos civiles y políticos, el Tribunal debe trazarse un límite en materia de protección de derechos sociales (Brems, 2007: 165).

II.4. ¿Qué podemos esperar?

En materia de protección de los derechos sociales por parte del TEDH, ¿qué podemos esperar en el futuro? Es probable que más de lo mismo que ya conocemos, esto es, una protección indirecta, parcial e inconsistente unida a una actitud muy prudente del

Tribunal que algunos quizá tilden de timorata, pero que en todo caso es comprensible a la luz de lo que venimos diciendo y de lo que diremos en la sección final de este trabajo. Por supuesto, ello no significa que la protección de los derechos sociales no progrese o no se amplíe, pero es de esperar que lo sea en los mismos términos (indirectos, parciales, inconsistentes) que hasta ahora; eso en el mejor de los casos, porque esos mismos términos, al no determinar con precisión el contenido básico o innegociable de cada uno de los derechos, facilitan también la regresión o restricción del alcance de los mismos, como por ejemplo viene sucediendo en los últimos años en materia de seguridad social (Bonet, 2014).

En este campo de los derechos sociales, y también de cara al porvenir, hay quien ha depositado muchas esperanzas en la vía del Protocolo número 12 del CEDH, que establece una prohibición general de discriminación, es decir, una prohibición que afecta al goce de todos los derechos de los que son titulares los ciudadanos (sean atribuidos por una norma u otra, sea estatal o internacional) y no sólo al goce de los derechos establecidos por el CEDH, que es el alcance, más limitado, que tiene el artículo 14 del propio CEDH (sin perjuicio de que dicha limitación, que desde luego se establece expresamente, pueda atribuirse, al menos en alguna medida, al propio TEDH; y al margen de la aptitud del propio art. 14 para permitir desarrollos jurisprudenciales más progresivos en materia socioeconómica; véase Palmer, 2009: 421ss.). Pues bien: cabría argumentar que los ciudadanos de los estados del Consejo de Europa son titulares de los derechos sociales que reconoce en términos muy generosos la Carta Social Europea. Luego el TEDH, a través del Protocolo número 12, sería competente para proteger dichos derechos, al menos en el sentido de garantizar la no discriminación en su disfrute (Flauss, 2004: 62; Sudre, 2003: 768). El Protocolo ha entrado ya en vigor, aunque para el limitado número de estados que lo han ratificado. Sin embargo, la protección que cabe esperar por esta vía podría ser similar a la que garantiza el Protocolo número 1 al derecho a la educación. Es decir, un derecho a la no discriminación educativa, el cual, siendo todo lo importante que queramos, no refleja ni mucho menos la idea que tenemos de la educación como derecho social. El principio de no discriminación impide el tratamiento diferenciado no justificado en el disfrute de los derechos, y contra ella sí puede luchar el TEDH, ahora también en materia de derechos sociales con el Protocolo número 12 en la mano. Sin embargo, el principio de no

discriminación no garantiza que un estado ofrezca un nivel mínimo de satisfacción de uno u otro derecho social (o no social), por muy bajo que sea ese nivel.

III. EL DILEMA DE LOS DERECHOS SOCIALES

El examen de la jurisprudencia del TEDH en materia de derechos sociales permite una reflexión sobre la idea misma de los derechos sociales que puede enunciarse sintéticamente en términos dilemáticos: los derechos sociales o bien no son “sociales” o bien no son “derechos”. Es decir, cuando tratamos a los derechos sociales como genuinos derechos subjetivos accionables ante un juez o tribunal perdemos de vista lo que significa su carácter social; y cuando buscamos preservar esa socialidad que los caracteriza como grupo, entonces dejan de poder ser garantizados jurisdiccionalmente. Veamos el sentido de este dilema y cómo podemos observarlo en ciertos aspectos de la jurisprudencia del TEDH.

III.1. Los derechos sociales como derechos subjetivos

¿Podemos tratar a los derechos sociales como derechos subjetivos? O, en otros términos, ¿es posible proteger jurisdiccionalmente los derechos sociales? Sin duda. La jurisprudencia del TEDH así lo muestra, como lo muestran también otras jurisdicciones de distinto orden que se encargan de garantizar derechos de este tipo. En realidad, si los tratamos como derechos subjetivos, no parece haber nada que permita distinguir los derechos sociales de los demás derechos humanos: ni su fundamento, ni su contenido, ni sus formas de protección, y de ahí la dificultad, o más bien imposibilidad, para definirlos de manera significativa como grupo específico de derechos, esto es, para definirlos de acuerdo con alguna propiedad que pertenezca a todos los derechos sociales y no pertenezca a ninguno de los demás derechos. Porque todos los derechos, sociales o no, sirven al fin común de la libertad de los individuos (García Manrique, 2013); y porque la eficacia de todos los derechos, sociales o no, requiere de una común panoplia de mecanismos jurídicos de garantía. Esto es lo que muestra precisamente la jurisprudencia del TEDH sobre la materia, cuando establece la irrelevancia de que sean positivas o negativas las obligaciones que debe respetar el estado para garantizar los derechos establecidos en el CEDH; o cuando observa la continuidad entre derechos civiles y sociales; o cuando afirma que no existe una distinción tajante entre unos y

otros, o invoca la indivisibilidad del conjunto de todos los derechos. He aquí una primera lección que cabe extraer de la jurisprudencia del TEDH que hemos examinado: los llamados derechos sociales pueden ser articulados en los términos propios de los derechos subjetivos y, en consecuencia, pueden ser garantizados judicialmente.

Ahora bien: la protección judicial de los derechos sociales requiere, en efecto, el ajuste del derecho social correspondiente a la figura del derecho subjetivo, un ajuste que por necesidad habrá de consistir en una restricción de su alcance. Estamos suponiendo aquí que un derecho social se identifica primariamente como un ideal normativo de amplio espectro que genera expectativas múltiples proyectadas en muchas direcciones. Por cierto que, en esta forma primaria de identificación, los derechos sociales tampoco se diferencian de los demás derechos humanos. Estamos suponiendo también una determinada concepción de la función jurisdiccional, según la cual un juez o tribunal ha de poder tratar con pretensiones bien delimitadas que pueda satisfacer en su integridad y no tanto con pretensiones ilimitadas o imprecisas, de por sí incapaces de ser satisfechas en un acto de jurisdicción. Por eso, para que un órgano judicial pueda garantizarlo, el ideal normativo primario ha de ser limitado y precisado, vale decir restringido o “recortado” (Atria, 2004). También esto vale lo mismo para los derechos sociales que para los demás derechos, y quizá lo mejor sea recurrir a un par de ejemplos para que se comprenda lo que significa esa restricción de su alcance.

¿Puede un órgano judicial garantizar el derecho a la educación? Por supuesto; pero siempre que ese derecho a la educación esté definido con precisión, pongamos por caso como el derecho de todo niño de cierta edad a disponer de un puesto en una escuela pública. Sin embargo, lo que el órgano judicial no puede garantizar es todo el conjunto de expectativas que el derecho a la educación contiene en principio, y que incluyen, entre otras, la alta cualificación de los profesores, su profesionalidad y su dedicación, la calidad de las instalaciones y del material escolar, el disfrute de actividades extraescolares o la atención personalizada a todos los alumnos; es decir, todo aquello que contribuye de una u otra forma a satisfacer el ideal normativo que expresa de antemano el derecho a la educación.

Fijémonos ahora en la Carta Social Europea para encontrar en ella la definición del derecho a la salud (otro derecho social) en estos términos (Parte I-11): “toda persona

tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar”. Aquí el derecho a la salud se define sin duda como ideal normativo de amplio alcance, en unos términos que no son por cierto extraños al lenguaje habitual del Derecho Internacional de los derechos humanos y del Derecho Constitucional. Sin embargo, ¿sería posible que un juez, en el ejercicio propio de su oficio, esto es, a través de actos de jurisdicción, pudiera garantizar a los ciudadanos un derecho a la salud así definido? Es tan complejo ese “conjunto de medidas” que uno respondería que no, que no está en la mano de un juez garantizarlas de manera integral y simultánea, sino acaso en la mano del conjunto de las autoridades públicas, también de las judiciales, pero no sólo de ellas, y quizá ni siquiera principalmente. Por tanto, si un juez pretende satisfacer el “derecho a la salud”, ha de identificar antes una pretensión concreta como contenido del derecho, y esa identificación va a suponer una delimitación, restricción o recorte del ideal normativo.

Decía que esta necesaria restricción que experimentan los derechos sociales a la hora de ser configurados como derechos subjetivos en realidad la experimentan todos los derechos. Pongamos aquí el ejemplo de la libertad de expresión y valga por todos los demás. Resulta evidente que a la libertad de expresión sirve un conjunto de medidas por lo menos tan amplio como el que sirve a la salud: desde la prohibición de la censura hasta el fomento del espíritu crítico de los ciudadanos, pasando por la construcción y dotación de bibliotecas o la articulación de medios de comunicación de titularidad pública. Habrá quien objete que incluir el fomento del espíritu crítico de los ciudadanos en el derecho a la libertad de expresión supone ir demasiado lejos en su configuración jurídica; pero esta objeción está ahora fuera de lugar, porque estamos todavía en un momento inicial del proceso que conduce a esa configuración, y lo que ahora importa es aceptar que la vigencia social de la libertad de expresión requiere de ciudadanos dotados de espíritu crítico, sin el cual la libertad de expresión pierde su función. Sin embargo, es difícil creer que podamos atribuir a un juez la responsabilidad de promover el espíritu crítico de los ciudadanos. El juez podrá, acaso, asegurar la eficacia de la prohibición de la censura y también muchas otras cosas, pero no todo lo que de una u otra manera favorece a la libertad de expresión. En esto, todos los derechos humanos, sociales o no, se parecen, a salvo de que hayan sido ya restringidos a una pretensión concreta en cualquiera de los niveles de la práctica jurídica (constitución, legislación, jurisdicción

constitucional u ordinaria) posteriores a ese nivel inicial en el cual, hay que insistir, el derecho se nos presenta como un ideal normativo complejo.

En definitiva, la configuración de los derechos sociales como derechos subjetivos accionables judicialmente es tan posible como lo es esa misma configuración de los demás derechos; pero hemos de ser conscientes de que el derecho subjetivo nunca es capaz de cubrir todo el haz de expectativas incluidas en el derecho en tanto que ideal normativo, esto es, en tanto que ideal que refleja un aspecto esencial de nuestra concepción de lo justo.

Lo que acaso sea peculiar de al menos ciertos derechos sociales (los más característicos: la educación, la asistencia, el trabajo) es, primero, que constituyen ideales globales que se refieren al modo en que queremos organizar las actividades básicas de nuestra vida comunitaria, es decir, al modo en que queremos vivir. Porque, si bien se mira, son estas actividades (las educativas, asistenciales y laborales) las que definen la vida cotidiana de los ciudadanos. Por eso, pierden tanto más de ese carácter de ideales normativos comunitarios cuando los ajustamos a la horma del derecho subjetivo. Claro está que los demás derechos (las libertades públicas, las garantías procesales, los derechos políticos) apuntan también a aspectos esenciales de una vida buena o digna, pero me atrevo a pensar que esos aspectos no son tan definatorios del tipo de vida que llevamos; o quizá es que, por causa de su mayor juridificación, nos hemos acostumbrado a concebir todos estos derechos no ya en términos de amplios ideales normativos sino en los términos más concretos de los derechos subjetivos; y estos términos, más acotados, nos hacen perder de vista que todos esos derechos pretenden también definir una forma genérica de vida.

Una segunda peculiaridad de los derechos sociales es que constituyen ideales tanto más exigentes cuanto que su grado de realización es comparativamente menor al de los ideales que constituyen los derechos civiles y políticos; aunque, por supuesto, esta diferencia es coyuntural y dependiente del contexto (García Manrique, 2010: 77-79). Creo que la reticencia del TEDH a reconocer amplia, sistemática e integralmente los derechos sociales tiene que ver con esto, con la conciencia de que un tribunal no está en condiciones de llevar a cabo ese reconocimiento, que supondría la realización plena de un proyecto político omniabarcante; sino un reconocimiento mucho más modesto, el de

ciertos niveles mínimos de garantía de esos derechos sociales; que no por modesto deja de ser fundamental para la mejora e igualación de las condiciones de vida de los ciudadanos y que, por tanto, no deja de ser un objetivo prioritario de toda práctica jurisprudencial en materia de derechos. Una muestra del carácter coyuntural de esta diferencia la encontramos en el hecho de que, en algunos contextos, bien puede ser que un derecho social bien asentado (por ejemplo, el derecho a la asistencia sanitaria en aquellos países que disfrutaban de un sistema sanitario público desarrollado y eficaz) pueda ser defendido judicialmente mejor otro derecho no social que no esté tan asentado (por ejemplo, de nuevo, la libertad de expresión en aquellos países donde, supongamos, los medios de comunicación están concentrados en pocas manos, donde se tiene la costumbre de reprimir socialmente el pensamiento alternativo al dominante, y donde no reinan ni la cultura ni el espíritu crítico).

Por tanto, la *subjetivación* de los derechos sociales, que es posible, lo es al precio de la pérdida del que parece ser su rasgo específico, el de constituir ideales políticos amplios que definen el tipo de comunidad que queremos ser. Tanto más se insista en esa subjetivación, tanto más amenaza con perderse ese otro rasgo. Que esto sea bueno o malo, recomendable o desaconsejable, es cuestión distinta para cuyo esclarecimiento habrá que tener en cuenta, entre otras cosas, el peso que asignamos al elemento individual y al elemento comunitario en nuestra concepción de lo justo, o la relevancia que atribuyamos a la existencia de ideales políticos fuertes que orienten no sólo la acción del poder judicial sino también de los demás poderes públicos.

III.2. Los derechos sociales como ideales

En cambio, si optamos por mantener en su integridad el carácter “social” de los derechos sociales, es decir, si los concebimos como ideales que han de orientar la ordenación de toda la vida social y señaladamente de las actividades educativas, asistenciales y laborales, entonces resultará que no podremos articularlos como derechos subjetivos, esto es, que dejarán de ser “derechos” en el sentido estricto o jurídico de la palabra, o que no llegarán a serlo, sino que se mantendrán en el ámbito de la política, donde los poderes actuantes son el legislativo y el ejecutivo y no el judicial. Los derechos sociales serían, por tanto, guías de la política democrática, pero

precisamente en tanto que ideales políticos quedarían sujetos al juego de las mayorías y de las minorías y abiertos al debate público y por consiguiente sustraídos al control jurisdiccional ordinario, porque el poder judicial no es quien para determinar el contenido que ha de atribuirse a los ideales políticos y las consecuencias prácticas que de ellos han de seguirse.

Un argumento basado en consideraciones de este tipo es el que ha sido usado durante largo tiempo para tratar de concluir que los derechos sociales no pueden ser justiciables y, más allá de eso o implicado en eso, que los derechos sociales no son genuinos derechos humanos o fundamentales. Por supuesto, en este argumento, típicamente liberal, late la concepción de los derechos humanos como derechos subjetivos de exclusiva o preferente protección judicial y, al tiempo, como límites al poder político, algo que los derechos sociales no podrían ser, por ser precisamente lo contrario, esto es, guías y no límites de la acción política. El argumento, creo, falla porque ni es cierto que no sea posible configurar los derechos sociales como derechos subjetivos (aunque al precio de dejar de ser “sociales” en el sentido indicado) ni tampoco es cierto que los derechos humanos sean exclusivamente derechos subjetivos, porque son al mismo tiempo ideales normativos más amplios. Es más, incluso sin abandonar el ámbito jurídico, los derechos humanos han demostrado su capacidad para servir como normas reguladoras y orientadoras de la actividad pública que son susceptibles de garantía judicial aun cuando no atribuyan derechos subjetivos a los individuos. A esta capacidad de los derechos apunta su caracterización como “mandatos de optimización” (Alexy, 1993); o el que ha sido denominado su “contenido objetivo” (Bastida Freijedo, 2004: 183ss.; Escobar Roca, 2012: 505-514); o la noción de “transversalidad” o “*mainstreaming*” de los derechos humanos aplicada a las políticas públicas en su conjunto (Alija Fernández, 2013).

Es muy posible que la energía moral y política que puede acumularse en los derechos sociales pueda conservarse e incluso aumentarse cuando éstos funcionan como estándares jurídicos objetivos que permiten controlar la acción de las instituciones legislativas y ejecutivas. Sin embargo, también es muy posible que esa energía se pierda cuando convertimos a los derechos sociales en pretensiones de titularidad individual y contenido preciso ejecutables ante un juez. Por eso, mantener toda esa potencia moral y política puede requerir la renuncia a la subjetivación, porque ésta supone siempre el

cierre o cuando menos la limitación de la discusión pública acerca del sentido y alcance de tales derechos y, con ello, acaso también un debilitamiento de la capacidad transformadora y emancipatoria de los mismos.

La causa de los derechos sociales requiere, pues, darse cuenta no sólo de que pueden ser configurados como derechos subjetivos en las mismas condiciones que los demás derechos; sino, además, tomar conciencia de que los derechos humanos no son sólo derechos subjetivos sino antes que eso ideales normativos de más largo alcance que han de guiar, y no sólo limitar, la acción de los poderes democráticos. Tan nocivo es para la causa de los derechos sociales creer que no pueden ser tutelados judicialmente como creer que sólo lo que puede ser tutelado judicialmente es lo relevante. Y diría que el análisis de la jurisprudencia del TEDH muestra las dos cosas.

III.3. Un equilibrio inestable

Cuando se ha enfrentado a los derechos sociales, el TEDH ha intentado un equilibrio difícil e inestable, pero seguramente inevitable. Porque, por una parte, ha reconocido los derechos sociales como derechos tutelables en cierta medida, esto es, ha reconocido que pueden adoptar la forma de derechos subjetivos y ha actuado en consecuencia, al considerarlos integrantes de otros derechos, éstos sí expresamente establecidos por el CEDH, o conexos con ellos, como consecuencia de una visión conjunta y articulada de todos los derechos humanos. Al tiempo, por otra parte, el TEDH ha comprendido que una tutela judicial integral de los derechos sociales no es posible porque eso supondría algo así como sustituir la democracia por el gobierno de los jueces. La idea del “margen de apreciación” que debe concederse a los gobiernos y parlamentos a la hora de determinar el modo en que deben satisfacerse los derechos sociales (y los derechos en general, no lo olvidemos) refleja esa deferencia democrática. Por supuesto, uno puede cuestionar el modo en que se usa la noción del margen de apreciación en casos concretos (véase, por ejemplo, Bonet, 2014: 38ss., sobre su aplicación al derecho a las prestaciones de la seguridad social por parte del TEDH; y Bonet, 2013, con un análisis más general sobre el recurso al margen de apreciación o “espacio político autónomo” del que disponen los estados, y cómo debe delimitarse este espacio también en tiempos de crisis); pero eso no significa que la noción como tal sea equivocada o perjudicial para la causa de los derechos, como algunos parecen creer.

Los derechos sociales, en definitiva, han de mantener esa doble naturaleza de derechos subjetivos y de ideales supremos de la comunidad. En tanto que derechos subjetivos, expresan la parte mínima consensuada e innegociable del ideal y, en tanto que innegociable, límite a la acción política que los tribunales han de encargarse de asegurar. En tanto que ideales políticos, expresan los objetivos últimos de la comunidad que han de orientar la acción política pero cuya determinación permanece abierta a la discusión pública. Hay una línea que separa el ámbito de los derechos y el ámbito de la democracia, o el derecho de la política, pero se trata de una línea que no es fácil de trazar y que marca ese equilibrio inestable antes invocado. Es una línea que tiene mucho de coyuntural, porque el consenso sobre lo que es innegociable y por tanto queda excluido de la discusión y de la política está sujeto a variaciones en el tiempo y en el espacio. Lo que no hay que olvidar es que los derechos no están sólo de un lado de la línea, sino también del otro y que, por eso, los derechos no son sólo un límite a la democracia sino también su cauce.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Alija Fernández, R. A. (2013), “La transversalidad de los derechos humanos en las políticas públicas y su eficacia en tiempos de crisis”, en en Bonet Pérez, J. y Saura Estapà, J. (eds.), *El derecho internacional de los derechos humanos en períodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. Madrid, Marcial Pons (pp. 31-51).
- Atria, F. (2004), “¿Existen derechos sociales?”, en *Discusiones*, nº 4.
- Bastida Freijedo, F. J. y otros (2004), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid, Tecnos.
- Bonet Pérez, J. (2013), “Aproximación al tratamiento jurídico de las crisis de naturaleza económica en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos”, en Bonet Pérez, J. y Saura Estapà, J. (eds.), *El derecho internacional de los derechos humanos en períodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. Madrid, Marcial Pons (pp. 157-185).
- Bonet Pérez, J. (2014), “Reforma de los regímenes de seguridad social en Europa: el Comité Europeo de Derechos Sociales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a la potencial regresividad en el goce y disfrute del derecho a la seguridad social”. *Revista General de Derecho Europeo*, nº 34.
- Brems, E. (2007), “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, en Barak-Erez, D. y Gross, A. M. (eds.), *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*. Oxford, Hart (pp. 135-167).

- Escobar Roca, G. (2012), “Los derechos fundamentales sociales de prestación (teoría general)”, en Escobar Roca, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Cizur Menor, Aranzadi.
- Flauss, J.-F. (2004), “Las interacciones normativas entre los instrumentos de protección europeos relativos a la protección de los derechos sociales”, en Jimena Quesada, L. (coord.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*. Valencia, Tirant lo Blanch (pp. 35-62).
- García Manrique, R. (2010), “Los derechos sociales como derechos subjetivos”. *Derechos y Libertades*, nº 23, pp. 73-105.
- García Manrique, R. (2013), *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*. Barcelona, El Viejo Topo.
- Mowbray, A. (2004), *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford, Hart.
- Palmer, E. (2009), “Protecting Socio-Economic Rights through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights”. *Erasmus Law Review*, nº 2/4, pp. 397-425.
- Pérez Alberdi, R. (2011), “La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Lex Social*, nº 1, pp. 93-105.
- Sudre, F. (2003), “La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de l’Homme : un exercice de ‘jurisprudence fiction’ ?” *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, nº 55, pp. 755-779.