

Constitucionalismo promisorio y efectividad de los derechos sociales

Raúl Canosa Usera

Señor Vicerrector de la Universidad del Salvador, señora Vicerrectora, Señora directora de la carrera de abogacía, autoridades académicas, señora Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Señor Cónsul del Reino de España, autoridades académicas, señoras y señores, amigos y amigas.

La vida académica de un profesor universitario está jalonada de momentos inolvidables que la dotan de sentido e intensidad y acaso los más relevantes sean aquellos que implican reconocimientos, entre ellos el más significativo es sin duda el máximo galardón que puede otorgar una universidad: el doctorado honoris causa.

Por eso, el que la muy prestigiosa Universidad del Salvador, institución modélica, haya considerado otorgarme generosamente esta distinción me enorgullece porque constituye para mí un honor inesperado y tal vez inmerecido. Así que, primero de todo, debo expresar mi emocionado agradecimiento a la Universidad y, singularmente, a los promotores de mi nombramiento, los doctores Roberto Dromi, Fernando Lucero Schmidt y Carlos Salvadores de Arzuaga; a este último deseo una rápida recuperación.

Y la ocasión es aún más feliz porque a mi vera va a recibir el mismo reconocimiento mi querido amigo, el profesor doctor Ricardo Alonso García, ahora mi Decano que me sucedió en este puesto.

A mayor abundamiento estoy acompañado por excelentes amigos que me demuestran su afecto al estar presentes en este acto tan significativo para mí. Singularmente debo mencionar a la familia Dromi-San Martino a cuyo pater familias ya he recordado. A través de la fundación CEPA conectaron a la Universidad del Salvador con la Universidad Complutense; a esta última la

familia Dromi estuvo siempre ligada, en ella ejercicio frecuentemente ente su magisterio el Dr. Dromi y su esposa, Laura San Martino se doctoró brillantemente con el maestro Palacio Attard. A su hija, Laura, tuve el honor de dirigirle su magnífica tesis doctoral. Por su parte, su hijo Nicolás trabajo muchos años como periodista en el diario El Pais. Así que durante más de veinte años los lazos entre la familia Dromi y su fundación, la Universidad del Salvador y la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense no han hecho sino reforzarse, primero con el decano Iturmendi, luego siendo yo el decano y ahora con el actual decano, el Dr. Alonso García. Es la historia de una fraternal y exitosa relación académica y personal.

Precisamente, mi primer encuentro con la familia Dromi, coincidió con el acto de investidura como doctor honoris causa de mi maestro el profesor Lucas Verdú por la Universidad Nacional de Tucumán, todavía lo recuerdo como también el doctor Díaz Ricci, aquí presente lo recordará. Mi maestro se refirió entonces a su argentinidad de adopción que yo también quiero invocar y tengo buenas razones para ello. Este país ha sido para mí siempre un espejo en el que mirarme y en el que aprender y siempre lo he sentido como propio. Este día sella esa comunión con la Nación Argentina en la que se ha basado parte de mi educación sentimental y, por supuesto, académica. Muchas gracias, pues, a la Universidad del Salvador por rubricar con su reconocimiento mi compromiso con esta gran Nación.

Quiere la tradición que, en este tipo de actos, el investido pronuncie una lección. Lo hago muy gustoso para llamar su atención sobre un asunto que, me parece, preocupa a ambos lados del Atlántico: la fortaleza o la debilidad del constitucionalismo social y de los derechos sociales para asegurar el bienestar de las personas.

Porque una de las ventajas de dedicarse al Derecho constitucional es que, en su desenvolvimiento, ocurren cosas interesantes y eso mantiene entretenidos a quienes nos dedicamos a cultivarlo, así que mi discurso se va referir a una de sus peripecias más llamativas: la del constitucionalismo social que precisamente, en algo que publiqué en la Argentina, denominé constitucionalismo promisorio. En efecto, el Estado social anticipa una realidad

mejor promovida por los poderes públicos y en la que todos habrían de disfrutar de unas condiciones vitales dignas, porque sólo entonces cobrarían sentido la justicia y la libertad.

La idea no es totalmente nueva pues Aristóteles en su Política había señalado que la *politeia*, su ideal forma política, sólo funcionaría correctamente con la generalización de un cierto bienestar entre los ciudadanos.

Y en los albores del constitucionalismo tanto en el inglés, recordemos a los *levellers* y a los *diggers*, como en el francés se entrevió el contraste entre la igualdad formal y la igualdad material. Si la primera era el trasunto jurídico político de la igualdad natural del que partía el iusnaturalismo, la segunda había de ser su corolario pues la primera sin la segunda resultaba inútil para quien no disponía de los medios necesarios para vivir dignamente.

En verdad, la proclamación universal de derechos, en la que consiste esencialmente la igualdad formal, ante la ley, se reducía para los desheredados de la fortuna en aquello que plásticamente Anatole France describió como libertad de dormir bajo los puentes.

No es de extrañar, por tanto, que en el canónico proceso revolucionario francés sus manifestaciones jacobinas acabaran recreando, en la constitución de 1793, derechos sociales y en concreto prestacionales como al trabajo (artículo 21), a la Instrucción (artículo 22) o que la misma Constitución española de 1812 (artículo 366) ordenase la creación de escuelas de primeras letras en todos los pueblos de la monarquía, y así conformase, por reflejo, un cierto derecho a la instrucción primaria.

Vemos, pues, que el primer liberalismo amagó ya una vertiente social que, como una cuña se introducía en el cuerpo liberal de la nueva organización política. Porque, como explicaba Jellinek, la libertad concebida por el liberalismo se concretaba en derechos frente al Estado para preservar la libertad, la autonomía individual, contra los potenciales abusos del poder público. Todos los derechos reclamaban del Estado la omisión, pues no en balde se sale del estado de naturaleza y se crea la sociedad y el Estado

mediante el contrato social, únicamente para asegurar lo más posible el respeto de los derechos naturales.

En el trasfondo ideológico del Estado liberal gravitaba la noción de que el Estado no debe intervenir en la esfera de la libertad, de suerte tal que las relaciones entre particulares, también las económicas, se habrían de conformarse al principio de autonomía de la voluntad, según el cual las obligaciones recíprocas entre particulares se sellan en los contratos libremente suscritos y de los que en último término es garante del Estado a través de los tribunales.

Era lógico que, desde este punto de vista, la inclusión de derechos prestacionales se considerara una injerencia del Estado en la esfera de la autonomía personal. Con todo, el advenimiento del proletariado como clase políticamente activa introdujo contradicciones en el funcionamiento del Estado liberal que hubo de admitir correcciones contrarias a su propia doctrina. Ejemplo evidente es la aprobación a finales del siglo XIX de legislaciones laborales para proteger a la parte más débil de la relación laboral que quedaba así sustraída de la lógica contractual y preludiaba ya el Estado social.

Desde entonces hemos vivido la eclosión paulatina del Estado social y, de su mano, de los derechos sociales. Hubo que inventar fórmulas híbridas que no han dejado de generar contradicciones, pero que han resultado útiles sin dejar de ser polémicas.

Las primeras formulaciones constitucionales del Estado social en el período de entreguerras fueron todavía inseguras, en la medida en la que no se tenía ni un bagaje doctrinal ni la experiencia suficientes. Por lo demás, era la primera vez que se intentaba maridar el grueso de los principios del Estado de derecho de estirpe liberal con principios de corte socializante.

A mayor abundamiento, las primeras manifestaciones constitucionales del Estado social, expresión feliz acuñada por Herman Heller, fueron fruto de movimientos revolucionarios. Así sucedió en el caso mexicano con la Constitución de Querétaro de 1917, alemán con la de Weimar, de 1919, o el

caso español con la Constitución de la segunda República de 1931. Ninguna de ellas fue fruto de un pacto social y ello explica que sólo la mexicana, con todos sus avatares, haya sobrevivido.

Sólo cuando, tras la Segunda Guerra Mundial, verdaderos pactos sociales entre fuerzas políticas de un amplio espectro, con frecuencia antaño rivales, concuerdan en un texto constitucional, éste se consolida y llega hasta nuestros días.

Aunque de manera insegura ya en las primeras manifestaciones del Estado social apuntadas se hallan sus elementos definidores; esquemáticamente: el Estado recibe encomiendas de hacer para realizar la justicia, así que el Estado ya no puede desentenderse de las condiciones materiales en las que la gente desarrolla su vida, y debe, por consiguiente, intervenir en el proceso económico tan enérgicamente como sea preciso para la realización paulatina de la igualdad sustancial o si se prefiere para revitalizar la desigualdad material.

Las nuevas tareas estatales implican la apuntada contradicción: el Estado debe, por un lado, abstenerse para preservar el ámbito individual de libertad y, por otro, actuar para paliar la desigualdad material. La tendencia en el período de entreguerras en los Estados mencionados fue la segunda y ese radicalismo implicó, en Alemania y en España, lo que de sobra conocemos.

La misión social del Estado se formaliza en el texto constitucional con la formulación de nuevas tareas que se encomiendan a los poderes públicos para que las cumpla conforme a los principios sociales que se proclaman. Se le dota de medios para realizarlos y se acompañan eventualmente con la proclamación de unos derechos diferentes de los reconocidos en los textos genuinamente liberales: los nuevos derechos sociales que reclaman del sujeto pasivo, el Estado, no la abstención, sino la acción de dar algo al sujeto activo, educación, trabajo, seguridad social, en una lista creciente.

Si ya sólo los principios de acción, la vertiente objetiva del Estado social, hubieran sido suficientes para transformar radicalmente la orientación estatal,

la proclamación de derechos sociales suscitaba una polémica aún en pie a propósito de su exigibilidad.

Porque si la activación de los principios y la satisfacción de los derechos van de la mano en la consecución de una economía social de mercado que coloque la acción de los operadores económicos al servicio del interés general (por eso se habla ya de la función social de la propiedad), el desarrollo de los principios sociales mediante la ley queda en manos de los criterios de oportunidad del legislador. En cambio, la proclamación de derechos sociales, si son tomados verdaderamente en serio, estrecha el margen del legislador, obligado a satisfacerlos desde la entrada en vigor de la Constitución. No es de extrañar, por tanto, que los jueces alemanes de la primera posguerra mundial devaluaran las cláusulas reconocedoras de derechos sociales en la Constitución de Weimar, al entender que en rigor sólo podían ser verdaderos derechos subjetivos las clásicas libertades negativas.

En contraste con la enérgica, por revolucionaria, plasmación constitucional del Estado social, las políticas de bienestar en los Estados Unidos o en el Reino Unido, no se formalizaron constitucionalmente sino a escala infraconstitucional.

El fracaso en Europa de las experiencias alemanas de 1919 y española de 1931, sirvió para que los constituyentes de la Europa occidental de la segunda posguerra mundial fueran más cautos en un doble sentido: para empezar, era necesario incorporar a un amplio abanico de fuerzas políticas al consenso constitucional mediante un gran pacto social y asimismo era menester ser prudentes en la formulación de derechos sociales.

Lo primero se logró plenamente, por ejemplo, en Italia con la Constitución de 1947, y 30 años después en España con la Constitución de 1978. Así que las Constituciones europeas de posguerra no son revolucionarias, salvo la portuguesa de 1976 que luego hubo de corregir su rumbo. El consenso es la base de su longevidad y el consenso inevitablemente implicaba lo que Zagrebelsky denomina *mittezza*, ductilidad, es decir, una pluralidad de elementos heterogéneos recogidos todos en la Constitución que

con frecuencia son contradictorios entre sí y acerca de cuyo alcance no hay opinión pacífica.

Como explica el autor italiano, la ductilidad tiene la ventaja de que distintas opciones políticas puedan desarrollar su ideología cuando alcanzan la mayoría parlamentaria, pero sin que ello pueda cerrar las posibilidades a otras fuerzas políticas que en el futuro conformen esa mayoría. Con esa premisa, acaba siendo el legislador quien concreta la orientación política en cada momento, en el marco de esa apertura que a la postre garantiza el máximo intérprete de la Constitución, y que se corresponde con la sociedad abierta a la que sirve.

Por otra parte, como el constitucionalismo europeo de posguerra es parco en la proclamación de derechos sociales y prefiere más bien la técnica de recoger principios, los derechos sociales concretos que en efecto se generalizan generosamente en la ley, son producto de la voluntad del legislador democrático de cada momento y no tanto del constituyente.

El modelo europeo de Estado social se consolida además gracias a la situación de la economía europea desde los años de la segunda posguerra hasta los 80. Gran parte de los medios de producción e incluso del capital estaban en manos del Estado, de modo tal que podría hablarse de economía mixta con un protector derecho laboral. Y con los instrumentos de dirección política de la economía los poderes públicos pudieron desplegar en Europa políticas redistributivas eficaces.

Sin embargo, nunca quedaron definitivamente claros los límites constitucionales en los que el pluralismo político a través de las alternativas mayorías, podía desenvolverse. Así resulta estimulante, acaso por su ingenuidad, contemplada desde la perspectiva actual, la polémica que en los años 80 del pasado siglo mantuvieron los constitucionalistas italianos, Lavagna y Rescigno, acerca de si la Constitución italiana de 1947 permitiría la socialización de los medios de producción. Lavagna opinaba que sí, Rescigno, por el contrario, consideraba que las garantías constitucionales del derecho de propiedad y de la libertad de empresa lo impedían.

El modelo iberoamericano

Entre el modelo europeo y el modelo iberoamericano de Estado social hay un eslabón que merece destacarse: el caso de la revolucionaria Constitución portuguesa en la que, a pesar de las reformas que sufrió para eliminar la socialización obligatoria de la economía, lo que fue imprescindible para la incorporación del país a las Comunidades Europeas, aún conserva una detallada tabla de principios y de derechos sociales. El gran constitucionalista portugués Gomes Canotilho pudo hablar entonces de constitucionalismo dirigente, por oposición a ese dúctil constitucionalismo social europeo en el que la efectividad de los derechos sociales dependía de su creación y dotación legal. En el dirigente el Estado se haya obligado a satisfacer desde el primer momento y al menos en sus mínimos los derechos sociales proclamados en la Ley fundamental.

Con una simple observación de las Constituciones iberoamericanas comprobamos que se parecen más a la portuguesa que a la española por ejemplo, mucho más parca que su vecina ibérica. Las iberoamericanas son, como la lusa, más concretas en los principios y, sobre todo, mucho más generosas en el reconocimiento de los derechos sociales, amén de otros experimentos constitucionales que hacen de esta área geográfica el laboratorio constitucional del presente.

Cabe preguntarse por qué el constitucionalismo iberoamericano es tan explícito, también cuando no es fruto de un proceso revolucionario. No es fácil dar una explicación, pero lo más verosímil, a mi parecer, es que la Constitución recoge más bien las carencias de las sociedades y la ley fundamental es el instrumento para resolverlas: si la educación pública es mala, debe reforzarse su proclamación constitucional o si la sanidad es precaria, acentúese su relevancia en el texto, o si el medio ambiente está desatendido, llevemos a la Constitución los derechos ambientales; y así sucesivamente.

Aunque todo constitucionalismo social sea por su propia esencia promisorio, el iberoamericano lo es en grado superlativo, tal vez debido a la enorme distancia entre la situación real y el modelo constitucional. La ley fundamental es así la radiografía de las carencias y los principios y derechos sociales la lista de las promesas.

El problema técnico jurídico principal atañe entonces a los derechos cuya indiscutible exigibilidad implica obligaciones de hacer para las que no siempre se tienen los medios suficientes y, en consecuencia, las prestaciones ofrecidas son de tan mala calidad que los sujetos prefieren huir a comprar el servicio en el mercado. El prestado por el Estado sólo es aprovechado entonces por los pobres que carecen de alternativa.

Cuando se tiene en cuenta este dato de la realidad, el contraste entre el modelo europeo de Estado social y el iberoamericano es patente. El europeo presenta un débil reconocimiento constitucional de los derechos sociales, pero les ofrece una alta efectividad de los mismos gracias a su creación legal y a la disposición de recursos para atenderlos. Sin embargo, el iberoamericano, a pesar del generoso reconocimiento constitucional, ni los desarrolla suficientemente en la ley ni allega medios financieros bastantes para su satisfacción.

La moraleja es que la puesta en práctica del Estado social en general y de los derechos sociales en particular reclama políticas públicas eficaces (Dromi) que transformen, mejoren más bien, la realidad. Sin ellas, esas proclamas solemnes en la ley fundamental corren el riesgo de enriquecer una suerte de constitucionalismo mágico que sólo "literariamente" se ocupa de mejorar las condiciones vitales de las personas, y en el que las constituciones son más bien, en términos de Loewenstein, nominales o semánticas.

La internacionalización del Estado social

Me referí al principio de mi intervención a la peripecia del constitucionalismo promisorio, pues bien, una de sus más conspicuas

manifestaciones consiste en su regulación en el Derecho internacional de los derechos humanos. Como sucedió con las libertades clásicas, también las sociales han recibido atención del legislador internacional. Y era asimismo inevitable que el fenómeno de integración supranacional en la Unión Europea se ocupase de lo social. Así se ha enriquecido ese pluralismo constitucional que complica el despliegue de políticas públicas y, por añadidura, nuestra reflexión teórica.

a) Derecho internacional

Por lo que respecta al Derecho internacional, la Declaración de Naciones Unidas, de 1948, se ocupa fundamentalmente de los derechos clásicos, civiles en la terminología del Derecho internacional, pero con un guiño a lo social que se manifiesta en el genérico artículo 25 que proclama el derecho a un nivel de vida adecuado que se apoyaría en derechos específicos, también proclamados, a la seguridad social (artículo 22), al trabajo (artículo 23), a la asociación sindical y al descanso (artículo 24), a la educación (artículo 26), o en el derecho de acceso a la cultura (artículo 27).

Esta declaración que, recordemos, carece naturaleza normativa, es la única entre las internacionales que aúna los derechos clásicos con lo sociales, porque, en la esfera de Naciones Unidas se separa su proclamación en los dos Pactos de 1966, uno de derechos civiles y políticos y el otro de derechos económicos sociales y culturales; como ya había sucedido, por lo demás, en el ámbito del Consejo de Europa con el Convenio de Roma, de 1950, de derechos humanos, y la Carta Social Europea, de Turín, de 1961. Y más tardíamente en la Organización de Estados Americanos, con el Pacto de San José de 1962 y el Pacto de San Salvador de derechos sociales, de 1988.

En todos los documentos citados los derechos sociales que se recogen giran en torno al trabajo y a las condiciones en las que se desarrolla. Se suman otros derechos sociales como los educativos o sanitarios sin olvidar el clásico de asociación sindical o de libertad sindical. Con todo, un panorama incomparable con el ofrecido por las Constituciones iberoamericanas, muchos más prolijas.

La explicación a esa bifurcación del derecho internacional es a mi entender obvia: los Estados parte tenían más interés en proteger los derechos clásicos y estaban dispuestos a admitir, incluso, la creación de un tribunal internacional al que se pudiera acudir tras agotar la vía judicial interna. En cambio, eran remisos al control internacional de sus políticas sociales.

Así que resulta curioso contemplar como el Derecho internacional resalta la indivisibilidad de los derechos humanos aupando a los sociales a la categoría de los civiles, pero sin equiparar sus mecanismos de tutela. En efecto, mientras que los derechos clásicos reciben con frecuencia tutela jurisdiccional, a los sociales sólo les amparan organismos de funcionamiento incierto como el comité correspondiente Naciones Unidas o el Comité Europeo de Derechos Sociales en el Consejo de Europa.

Respecto a los derechos civiles parecería haberse realizado el deseo que señaló Kelsen de convertirlos en verdaderos derechos subjetivos porque habría tribunales internacionales que los defendiesen, mientras que los derechos sociales parecen tener problemas para su efectividad internacional.

Además de la ausencia de protección genuinamente jurisdiccional, la pretendida indivisibilidad no existe en el constitucionalismo europeo donde, por lo general, los derechos sociales carecen de rango constitucional. Así pues, los ordenamientos constitucionales europeos desmienten esa indivisibilidad, en contraste con lo que acontece en Iberoamérica, aunque precisamente aquí la efectividad de estos derechos es menor, tanto a escala estatal como internacional.

En verdad, aún a escala estatal, no siempre es fácil concretar la justiciabilidad de los derechos sociales, sobre todo por la complicada tarea que implicaría para los jueces la valoración interpretativa de su contenido y la eventual sanción al legislador por no respetar los mínimos que deberían inferirse de las disposiciones que los reconozcan.

Con todo, en Naciones Unidas el Protocolo facultativo de 2008, al Pacto de 1966 de derechos económicos y sociales, contempla un procedimiento que

permite el acceso individual a las personas que consideren lesionados sus derechos proclamados en el Pacto; les permite acceder al Comité de derechos económicos y sociales, luego de agotar la vía judicial interna. Este procedimiento, aunque no se sustancia en un órgano jurisdiccional, se aproxima mucho a lo jurisdiccional y conforma una experiencia interesante que debe seguirse.

También es interesante contemplar cómo opera el Comité Europeo de Derechos Sociales, del que tengo el honor de formar parte. A pesar de no ser un tribunal y de que no resuelve casos concretos, en los últimos tiempos ha operado como casi el único baluarte de defensa de los derechos sociales frente a políticas de austeridad que hubieron de adoptarse durante la última crisis económica y que fueron auspiciadas por la Unión Europea. Actúa través de dos procedimientos: el clásico de análisis de los informes anuales presentados por los gobiernos (*Monitory System*) y a través de otro muy interesante, que se abre mediante reclamaciones colectivas.

Este último procedimiento es muy original porque permite un cierto grado de concreción de las situaciones enjuiciadas y amplía la legitimación, aunque no se contemple la legitimación individual ya que son los sindicatos y patronales representativos, así como ciertas ONG's relacionadas con la defensa de intereses sociales quienes pueden presentar este tipo de reclamaciones.

En las reclamaciones colectivas no hay, por consiguiente, un caso propiamente dicho, sino que se formulan contra una situación de hecho o de derecho que, con un alcance más o menos amplio, afecta a una generalidad de personas. Y como no hay caso, no es preciso que el Estado tenga ocasión de remediar la situación que los reclamantes consideran contraria a la Carta Social. El procedimiento de reclamaciones colectivas, introducido por el Protocolo de 1995, no ha sido hasta ahora ratificado sino por 15 Estados. Su obvia ventaja es que ciertas instancias de la sociedad civil pueden denunciar ante el Comité Europeo de Derechos Sociales las violaciones de la Carta social que a su parecer han cometido los Estados.

Para concluir con la protección brindada a los derechos sociales en el ámbito del Consejo de Europa, es menester añadir que, si bien el Comité Europeo de Derechos Sociales es el órgano especializado, el Tribunal Europeo ha interpretado muchas veces los preceptos del Convenio en clave social, infiriendo contenidos inesperados y con frecuencia prestacionales, en especial en favor de los grupos más vulnerables. Ejemplo palmario, entre otros muchos, es la sostenida interpretación del artículo 8 del Convenio que proclama el derecho a la vida privada, para colegir de él contenidos ambientales que ni siquiera se plasman en la Carta Social.

Desafortunadamente, el grado de cumplimiento de lo dispuesto por el Comité Europeo de Derechos Sociales no es óptimo, como tampoco lo es siempre el seguimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A la vista de este panorama, el Consejo de Europa es el ámbito donde mejor se defienden los derechos sociales, primero, porque parte de su indivisibilidad con los civiles y, segundo, porque sus órganos más relevantes el Tribunal y el Comité han defendido lo social. Bien es cierto que este último no es un verdadero tribunal y que no pueden los titulares de los derechos reconocidos en la Carta social acceder a él. Sin embargo, ha realizado la complicada labor de interpretar enunciados normativos que proclaman derechos sociales, aunque no ha podido realizar esta labor hermenéutica en casos concretos, sino más bien en procesos de control abstracto de convencionalidad o de control de situaciones de hecho generales. Con todo, al interpretar la Carta Social que ya de por sí es minuciosa, el Comité ha elaborado un cuerpo doctrinal, una auténtica jurisprudencia que ha resultado de su interpretación.

b) Derecho de la Unión Europea

Veamos ahora que ocurre con la Unión Europea que dispone de una competencia concreta en política social, recogida en el título X del Tratado de

Funcionamiento de la Unión, y cuyo artículo de cabecera, el 151, se refiere a los "derechos sociales fundamentales" que, entre otros, se recogen en la expresamente mencionada Carta Social Europea.

Hay que subrayar, además, que la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea recoge la mayor parte de los derechos proclamados en la Carta de Turín, acompañando a los derechos civiles que en su mayoría proceden, por su parte, del Convenio europeo de 1950. En otras palabras, la Carta de la Unión, con valor jurídico desde tratado de Lisboa, parece formalizar esa indivisibilidad de la que hablan los documentos del Consejo de Europa.

Sin embargo, a pesar de esa aparente unificación que la Carta efectúa entre ambos tipos de derechos, tampoco en el orden jurídico de la Unión los derechos sociales han recibido la misma protección. Por lo demás, también en las relaciones entre el orden comunitario y el Convenio europeo, por un lado, y la Carta social, por otro, hay diferencias ostensibles. En efecto, mientras que el artículo 6.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión ordena la adhesión de ésta al Convenio europeo, nada se dice de la posible adhesión a la Carta Social. Es cierto que la adhesión no se ha producido todavía, aunque el Convenio europeo se modificara para facilitarla y de que se acordó entre la Comisión europea y el Consejo de Europa, y ni el Parlamento Europeo ni otras instituciones comunitarias ni los Estados pusieron objeciones, salvo el Tribunal de Justicia que, en su controvertido dictamen de diciembre de 2014, consideró inviable la efectiva incorporación de la Unión Europea, en los términos en los que se había pactado, aduciendo razones que más bien, como ha destacado el doctor Ricardo Alonso García, tenían que ver con la defensa por el Tribunal de Justicia de su propio fuero; evitaba así ser enjuiciado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y si la en principio obligada adhesión de la Unión al Convenio europeo no se ha producido, menos aún tiene visos de producirse la incorporación a la Carta Social.

Nada ha podido, empero, evitar que tanto Tribunal Europeo como el Comité Europeo de Derechos Sociales hayan enjuiciado indirectamente el derecho de la Unión Europea, también a la luz de lo social, cuando se han ocupado del derecho estatal que lo desarrollaba. Y si el Tribunal europeo ha

sido indulgente al hacerlo, menos complaciente ha sido el Comité de derechos sociales, como demuestran los casos griegos, el último resolviendo una reclamación colectiva contra Grecia este mismo año, y en cuyo proceso fue invitada la Comisión europea a hacer alegaciones que formalizó e incluso participó en la audiencia pública que tuvo lugar.

Por añadidura, respecto a la Carta social no hay en la Carta de derechos fundamentales de la Unión referencia alguna similar a la que hallamos relativa al Convenio Europeo de Derechos Humanos, es decir, mientras que, en relación con los derechos de este tratado, sus gemelos comunitarios tendrán el mismo alcance, los gemelos de los derechos de la Carta social no se benefician del mismo régimen.

El artículo 53.2 de la Carta de la Unión funciona de manera muy similar al artículo 10.2 de la Constitución española en el sentido de que el alcance de los derechos recogidos en una declaración será el mismo que el recibido por los derechos de otra tabla. En potencia, la interpretación de los derechos de la primera, en este caso la realizada por el Tribunal Europeo de derechos Humanos, de los recogidos en el Convenio de 1950, habría de servir para interpretar los derechos que en la Carta comunitaria reproduzcan los del Convenio de Roma. Hay que admitir, empero, que el Tribunal de justicia ha hecho de esta vinculación lo que mejor le ha aparecido porque, a diferencia de los máximos intérpretes nacionales de los derechos, no debe temer por el momento que sus decisiones sean recurridas ante el Tribunal europeo.

Con más libertad todavía ha podido desenvolverse el Tribunal de justicia a la hora de fijar el sentido de los derechos de la Carta comunitaria que reproducen derechos de la Carta social europea. Ni pesa la obligación de adherirse a ella ni hay cláusula de interpretación conforme respecto a la Carta social. Es cierto que en ocasiones el Tribunal de Justicia ha citado la doctrina del Comité europeo de derechos sociales, pero únicamente cuando le ha convenido, porque, además, el artículo 151 del Tratado de Funcionamiento se refiere a los derechos de la Carta Social Europea, pero no limita la libertad interpretativa del Tribunal de Justicia. A la postre, éste mantiene con el Tribunal Europeo, también en lo que atañe a contenido social de los derechos civiles, y

con el Comité Europeo de Derechos Sociales ese tipo de diálogo del que se habla frecuentemente y que no necesariamente produce siempre un entendimiento común de los derechos.

¿Supervivencia del Estado social o retroceso social?

De la crisis del Estado social se ha hablado desde su implantación, porque las potenciales contradicciones que su desarrollo podía producir y que se produjeron lo justificaban. A pesar de ello, el Estado social brindó a los países europeos que lo adoptaron décadas de prosperidad durante las cuales el bienestar se generalizó y los derechos de los trabajadores, así como los derechos sociales básicos a la educación, asistencia sanitaria o en el ámbito de la seguridad social, entre otros, se universalizaron. Aún sin plasmación constitucional, los derechos sociales fueron efectivos.

La mundialización trastocó ese orden establecido y comenzaron a imperar puras reglas de eficiencia económica que no tenían en cuenta esa variable social. El riesgo, entrevisto por algunos con tanta lucidez como demostró Pedro de Vega al analizar el fenómeno, implica devaluar el Estado social, convirtiéndolo en una rémora del desarrollo económico de los países que lo necesitan y, en aquellos que eran ricos, en obstáculo para competir con los países emergentes. Parecía estar auspiciándose un retroceso social que habría de implicar el desmantelamiento del Estado social. La crisis económica comenzada en 2008 y las reacciones que en la Unión europea alumbraron políticas de austeridad, así parecían demostrarlo.

Por su parte, en algunos países de Iberoamérica, apareció y comenzó a consolidarse un sedicente “nuevo constitucionalismo” que reeditaba una suerte de constitucionalismo dirigente, pero de menos vuelo teórico y encerrado en un monolitismo ideológico negador del pluralismo político y muy limitador del desenvolvimiento del mercado. Su fracaso por económicamente ineficaz y por su falta de respeto por el pluralismo político y por la separación de poderes lo inhabilitan, a mi juicio, para convertirse en modelo alternativo.

Las sabias palabras de Aristóteles con las que comenzaba este discurso siguen resonando y en Europa las políticas de austeridad, acaso necesarias en tiempos turbulentos, han puesto en jaque la tranquilidad política europea y provocado el advenimiento de proyectos políticos antieuropeos y revolucionarios cuyo triunfo entrañaría previsiblemente la derrota definitiva del Estado social y de idea misma de Europa.

Lo lamentaríamos porque allí nos acostumbramos a la reconfortante sensación de vivir en una utopía en cierto modo realizada, primero, en un Estado social nacional y, luego y simultáneamente, en una Unión Europea que a todos beneficiaba. El constitucionalismo promisorio había encontrado en Europa la manera de mejorar efectivamente la realidad. No es de extrañar, pues, que los europeos, sientan que viven peor que antes y hayan reaccionado confiando algunos en propuestas populistas o revolucionarias.

Y precisamente recuperar el norte para que el Estado social y los derechos sociales que le son propios recobren su lugar parece ser la intención del llamado pilar europeo de derechos sociales, un documento que resume, en veinte puntos, principios y derechos ya presentes en el orden jurídico de la Unión. Ha sido recientemente presentado por la Comisión y debería ser aprobado por el Parlamento y el Consejo europeo antes de final de año. Veremos si sirve para devolver la confianza de los europeos en la protección de los poderes públicos para asegurar la igualdad sustancial, las mínimas condiciones de bienestar para todos.

Por lo que hace a Iberoamérica y en particular en relación con este querido país, cuánto me gustaría que sus autoridades acertaran a la hora de insertarlo en la economía global con políticas públicas inteligentes y eficaces que hicieran realidad lo que su Constitución proclama, porque lo mágico queda mejor en la literatura de ficción que en la recogida en las Constituciones.

Muchas gracias