

6

COLECCIÓN  
GREGORIO PECES-BARBA

**POLÍTICAS ECONÓMICAS  
Y DERECHOS SOCIALES**

**Montserrat Abad Castelos**

**M<sup>a</sup> Cruz Llamazares Calzadilla**

**M<sup>a</sup> Eugenia Rodríguez Palop**

**(Coordinadoras)**



Departamento de Derecho Internacional,  
Eclesiástico y Filosofía del Derecho  
Universidad Carlos III de Madrid

*Dykinson, S.L.*



Colección Gregorio Peces-Barba, n.º 6

# POLÍTICAS ECONÓMICAS Y DERECHOS SOCIALES



Colección Gregorio Peces-Barba, n.º 6

# POLÍTICAS ECONÓMICAS Y DERECHOS SOCIALES

Coordinadoras

Montserrat Abad Castelos

M<sup>a</sup> Cruz Llamazares Calzadilla

M<sup>a</sup> Eugenia Rodríguez Palop



DPTO. DE DERECHO INTERNACIONAL,  
ECLESIAÍSTICO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO  
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

*Dykinson, S.L.*

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o tramitarse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

© Copyright by

Los autores

Madrid, 2016

Editorial DYKINSON, S.L. Menéndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

*Consejo editorial: véase [www.dykinson.com/quienessomos](http://www.dykinson.com/quienessomos)*

ISBN: 978-84-9085-994-0

Depósito Legal: M-39360-2016

*Maquetación:*

Adalberto García. [adalbertoservicioseditoriales.wordpress.com](http://adalbertoservicioseditoriales.wordpress.com)

*Impresión:*

Safekat, S.L.

[www.safekat.com](http://www.safekat.com)

# ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN</b> , Óscar Celador Angón, Director del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho .....	9
---	---

## **PRIMERA PARTE: PONENCIAS DE EXPERTOS**

RICARDO GARCÍA MANRIQUE, Derechos sociales, escasez y reparto igualitario de recursos .....	15
ADORACIÓN CASTRO JOVER, Asistencia social, participación y reconocimiento de la diversidad .....	29
ÁNGEL J. RODRIGO, Los derechos sociales en tiempos de crisis económica y el desarrollo sostenible .....	73
JORDI BONET PÉREZ, Reflexiones sobre las dinámicas de crecimiento, el orden jurídico internacional, la desigualdad y los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) .....	103
MANUEL CALVO GARCÍA, Derechos sociales: algunas propuestas para seguir avanzando en tiempos de incertidumbre .....	145

## **SEGUNDA PARTE: COMUNICACIONES**

SUSANA BORRÀS, Las limitaciones discursivas del modelo de desarrollo: Transiciones del desarrollo sostenible a la justicia ambiental .....	175
MARÍA GEMA QUINTERO LIMA, Los derechos laborales y de seguridad social en momentos de crisis económica: el naufragio constitucional hacia su patrimonialización .....	201
TANIA GARCÍA SEDANO, Crisis e instrumentos internacionales sobre trabajo forzoso .....	213



## PRESENTACIÓN

La monografía que el lector tiene entre sus manos recoge las ponencias y comunicaciones presentadas en la VI edición del Seminario Internacional Permanente que, durante el curso académico 2015-2016, organizó el Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. En correspondencia, el presente ejemplar constituye el sexto número de la «Colección Gregorio Peces-Barba».

Las políticas económicas y los derechos sociales fueron los temas elegidos para ser debatidos en el Seminario. Ambas temáticas ocupan un lugar destacado en la agenda de los estudiosos del Derecho, tanto por la interrelación que existe entre ambos bienes como por el protagonismo y la relevancia que han adquirido en momentos de cambio como los que vivimos.

La profunda crisis económica que ha experimentado la economía mundial, y muy especialmente algunas economías europeas, como la española, está teniendo consecuencias en la formulación de los derechos sociales, que en numerosas ocasiones han sido redefinidos por los poderes públicos para limitar su alcance y contenido. En el caso concreto de nuestro país, el modelo social que garantiza el acceso de todos los sectores de la sociedad a los servicios públicos esenciales ha sido muy duramente atacado y limitado en ámbitos centrales, como la educación, la sanidad y la justicia.

La LOMCE supone un intento serio de privatizar nuestro modelo educativo, pese a que un porcentaje importante de este ya está gestionado por empresas de titularidad privada mediante el sistema de conciertos educativos. En concreto, el nuevo modelo de programación de la red de centros que ordena la LOMCE, por una parte, incorpora el principio de demanda social, que puede ser utilizado por las administraciones educativas para, por ejemplo, cerrar o no abrir nuevas escuelas públicas y concertar nuevos centros privados; y, por otra, elimina la garantía contenida en la LOE de que existan plazas en las escuelas públicas suficientes (y muy especialmente en las zonas de nueva población), de forma que, atendiendo a las peticiones de los padres de los alumnos, la educación pública pueda convertirse en subsidiaria respecto de la enseñanza privada. Y en el terreno universitario, la política privatizadora descrita se ha traducido en un importante incremento del precio de las matrículas universitarias, que al no haber sido acompañado con un incremento cuantitativo y cualitativo de las becas ha supuesto la expulsión del sistema universitario de los miembros de las clases sociales más desfavorecidas.

Los intentos por privatizar el sistema de salud se han traducido en que algunas Comunidades aprobasen una legislación en este contexto que ha generado un fuerte debate social, en la medida en la que los poderes públicos han intentado que la iniciativa privada se responsabilice de la gestión del servicio público sanitario. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado a este respecto en su sentencia 84/2015, de 30 de abril de 2015, señalando que, si bien la gestión privada de los servicios públicos encaja en nuestro modelo constitucional, no se trata de un imperativo legal, toda vez que la legislación estatal permite otras formas de gestión del sistema nacional de salud. La presión de la denominada marea blanca ha conseguido frenar los procesos privatizadores en algunas Comunidades Autónomas, pero lo realmente importante es que nuestro ordenamiento jurídico habilita tal posibilidad, y que nuestros actores políticos la ven con buenos ojos.

Por último, el acceso a la justicia, y consecuentemente la tutela judicial efectiva, se puso en serio peligro debido a la imposición de las tasas judiciales mediante la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Esta norma finalmente fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 140/2016, de 21 de julio de 2016, al entender que el establecimiento de tasas no vulnera en sí mismo el derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, pero dicho derecho se vulnera cuando la cuantía de la tasa es desproporcionada y puede producir un efecto disuasorio en los ciudadanos e incluso impossibilitar que estos puedan ejercer su derecho fundamental garantizado en el artículo 24 CE.

Los casos referidos son solo ejemplos ilustrativos de unas políticas que han tenido como denominador común la pretendida necesidad de incrementar los recursos económicos para poder financiar la gestión de los servicios públicos o conseguir una potencial mejora de la calidad del servicio público, combinando esta posibilidad con una rebaja en el coste de su prestación. Ahora bien, en el caso educativo y sanitario las políticas mencionadas se reconducen a trasladar la gestión del servicio público a una empresa de titularidad privada, así como los recursos públicos necesarios para financiar la prestación del servicio público. Todo ello entraña el peligro de ceder a empresas privadas la gestión de elementos centrales de nuestro modelo de Estado social, así como su monopolio en el largo plazo; y todo ello sin que se garantice, al menos teóricamente, una mejor prestación o un mejor acceso al servicio público. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que la crisis económica ha sido utilizada como una excusa para privatizar una parte nuclear de los derechos sociales y, de esta manera, dedicar recursos públicos a financiar intereses privados.

Durante el Seminario tuvimos la oportunidad de reflexionar y debatir en profundidad sobre estas cuestiones, gracias a la participación de especialistas en las temáticas objeto de análisis, procedentes de otras universidades (Ricardo García Manrique —Universidad de Barcelona—, Adoración Castro Jover —Universidad del País Vasco—, Ángel J. Rodrigo —Universidad Pompeu Fabra—, Jordi Bonet Pérez —Universidad de Barcelona— y Manuel Calvo García —Universidad de Zaragoza—). También me gustaría destacar la asistencia y participación activa que tuvieron los jóvenes investigadores de la Universidad Carlos III de Madrid y de otras universidades, así como las interesantes comunicaciones que se presentaron al Seminario (a cargo de Susana Borrás —Universidad Rovira i Virgili—, María Gema Quintero —Universidad Carlos III de Madrid— y Tania García Sedano —Universidad Carlos III de Madrid—), y que también han sido objeto de publicación en esta monografía.

Para finalizar, me gustaría señalar que la organización de este Seminario ha sido factible gracias al apoyo económico del Vicerrectorado de Política Científica de la Universidad Carlos III de Madrid, del Decanato de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de igual Universidad y del Proyecto I+D DER2013-42261-P, «Solidaridad, Participación y Convivencia en la Diversidad», concedido por MINECO (Ministerio de Economía y Competitividad) en la convocatoria de excelencia. También, gracias al elevado grado de compromiso de los profesores del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, y en especial a la labor de las profesoras que han coordinado tanto su organización como su publicación (las profesoras Montserrat Abad, M.<sup>a</sup> Cruz Llamazares y M.<sup>a</sup> Eugenia Rodríguez Palop), así como a la labor que desde la secretaría administrativa viene realizando con gran acierto M.<sup>a</sup> Victoria Cortés.

ÓSCAR CELADOR ANGÓN  
*Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado*  
*Director del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y*  
*Filosofía del Derecho*  
*Septiembre de 2016*



# **PRIMERA PARTE: PONENCIAS DE EXPERTOS**



# DERECHOS SOCIALES, ESCASEZ Y REPARTO IGUALITARIO DE RECURSOS

RICARDO GARCÍA MANRIQUE  
*Profesor titular de Filosofía del Derecho*  
*Universidad de Barcelona*

SUMARIO: 1. Escasez y derechos sociales.—2. Los derechos sociales como porciones de recursos.—3. Los derechos sociales como criterio igualitario de reparto de recursos.—4. Los derechos fundamentales en general: porciones o criterios igualitarios de reparto.—5. Los derechos sociales en serio.—6. Derechos sociales y ponderación.—7. La escasez justifica la necesidad de los derechos sociales.—8. Los derechos sociales un poco en serio.—9. Breve apunte bibliográfico.

## 1. ESCASEZ Y DERECHOS SOCIALES

La escasez de recursos suele usarse como argumento para justificar el recorte del alcance de los derechos sociales o también, según los casos, para no extender dicho alcance o incluso para no reconocerlos como tales derechos. El argumento se usa con mayor frecuencia en tiempos de crisis o recesión como los actuales, teniendo en cuenta que la menor actividad económica que conlleva o que causa la crisis supone una reducción de los ingresos públicos que a su vez supone una menor disponibilidad presupuestaria y, con ello, una escasez de recursos públicos que justificaría el recorte de las prestaciones sociales que constituyen uno de los contenidos principales, si no el principal, de este tipo de derechos.

Ahora bien, ¿es la escasez de recursos un buen argumento para justificar el recorte de los derechos sociales? O, en otros términos: ¿cuál es la relación entre la escasez de recursos y los derechos sociales? En los párrafos que siguen trataré de responder a estas preguntas siguiendo este itinerario: distinguiré primero dos concepciones de los derechos sociales, según las cuales los derechos sociales son o bien «porciones

de recursos» o bien un «criterio igualitario de reparto de recursos». A continuación, y para determinar cuál de las dos concepciones es la más adecuada, las compararé con una más genérica concepción de los derechos fundamentales, la que considero correcta e irrenunciable, y por supuesto aplicable también a los derechos sociales, siempre que admitamos que éstos son derechos fundamentales. Así dispondremos de una pauta para juzgar cuál de las dos concepciones de los derechos sociales es más coherente con nuestra idea general de los derechos fundamentales y, por tanto, cuál de ellas debe ser preferida. Sostendré que la concepción más coherente es la de los derechos como «criterio igualitario de reparto» y para ello me detendré en la distinción entre el mercado y la ciudadanía en tanto que mecanismos de distribución de los recursos sociales.

Si estoy en lo cierto, concluiré que tomarse en serio los derechos sociales, esto es, tratarlos como derechos fundamentales, implica reforzarlos en tiempos de crisis y de escasez y no, en cambio, recortarlos y debilitarlos, tal como suele suceder. En otros términos: la relación entre derechos sociales y escasez es justamente la contraria de la que se cree: la escasez no es un motivo justificado para recortar los derechos sociales, sino que la escasez es un motivo justificado para mantener los derechos sociales o para establecerlos como tales derechos si es que no lo están.

## **2. LOS DERECHOS SOCIALES COMO PORCIONES DE RECURSOS**

Empecemos, pues, por identificar dos concepciones muy distintas de los derechos sociales. Según la primera, la de las «porciones de recursos», ser titular de un derecho social consiste en tener derecho a la asignación de una determinada porción de recursos vinculada con el bien o valor que trata de satisfacer el derecho en cuestión (la educación, la salud, el trabajo, la vivienda, etc.). Por supuesto, esta porción puede ser mayor o menor, puede ser considerada suficiente o no, puede ser asignada a través de diversos mecanismos (por ejemplo, a través de prestaciones monetarias o en especie), pero el caso es que la titularidad del derecho genera la expectativa de disfrutar de la misma porción de recursos que todos los demás titulares.

Importa observar que esta concepción de las «porciones» no implica que el reparto de los recursos sea igualitario. Es cierto que todos los titulares del derecho social disfrutan de la misma porción de re-

curso y en este sentido la titularidad del derecho social iguala a sus titulares respecto de dicha porción. Sin embargo, de aquí no se sigue que todos los recursos vinculados con el valor o bien que pretende proteger o promover el derecho queden repartidos igualitariamente, por esta razón: bien puede ser que el total de los recursos disponibles sea mayor que la suma de las porciones asignadas por la vía del derecho social, y que el remanente que queda una vez restadas esas porciones sea distribuido de modo desigual. No es éste un caso poco común sino, al contrario, uno muy habitual. Un ejemplo: en aquellos países en los que la sanidad pública convive con la privada, el derecho social a la sanidad iguala a sus titulares (sean los ciudadanos, sean todas las personas; esto ahora no es lo relevante) en el disfrute de una determinada porción de recursos sanitarios. Sin embargo, más allá de la suma de estas porciones, resta una cierta cantidad de esos recursos que es distribuida de manera desigual entre aquéllos que pueden acceder a la sanidad privada. El resultado final es que los recursos sanitarios de esos países se distribuyen de manera relativamente desigual: unos disfrutan de más recursos y otros de menos, por mucho que todos (los ciudadanos o las personas) sean titulares de un mismo derecho a la sanidad y que, en consecuencia, se asigne a todos una misma porción de recursos sanitarios.

Esta concepción de los derechos sociales es seguramente dominante, si atendemos al hecho de que la titularidad de un derecho social suele suponer poder exigir una cierta porción de los recursos vinculados con el bien o valor protegido o promovido por el derecho, pero no poder exigir que *todos* esos recursos se distribuyan igualitariamente. Es el caso de la sanidad, pero también lo es de la educación, del trabajo o de la vivienda y, en general, de cualquiera de los derechos que son calificados como «sociales». La razón que explica el dominio del modelo de las porciones es que se quiere hacer compatible la atribución de un derecho social con el mantenimiento del mecanismo del mercado, esto es, se quiere que una parte de los recursos (sanitarios, educativos, etc.) sea distribuida mercantilmente. Volveremos sobre este punto más adelante.

Siendo así, es decir, de acuerdo con la concepción de las porciones, la escasez de recursos justifica el recorte de los derechos sociales: si se reduce el volumen total de recursos disponibles, parece lógico que se reduzcan también las porciones de recursos que otorga la titularidad del derecho social. La cosa queda más clara si se tiene en cuenta que por «volumen total de recursos disponibles» se suele entender el volumen total de recursos «públicos» disponibles, esto es, precisamente

aquéllos que se ha decidido que se distribuyan a través del derecho fundamental y no del mercado. Una reducción de este volumen de recursos públicos, debida por ejemplo a la disminución de los ingresos públicos en tiempos de recesión económica, podría compensarse con una transferencia de recursos del sector privado al sector público, con el efecto de poder mantener el tamaño de las porciones de recursos vinculadas con la titularidad del derecho. Sin embargo, si esta transferencia no se produce, o si simplemente analizamos la cuestión en términos de recursos públicos (sin tener en cuenta esas posibles transferencias), resulta obvio que la disminución del volumen total de estos recursos ha de suponer una reducción del tamaño de las porciones puestas a disposición de los titulares del derecho.

Por tanto, y de acuerdo con esta primera concepción de los derechos sociales, cabe afirmar que la abundancia de recursos (o una cierta abundancia) es condición necesaria del disfrute de los derechos sociales o, si se quiere, que la relación entre escasez y derechos sociales es de proporcionalidad inversa. Así suelen pensarse los derechos sociales: como derechos que solo pueden ser garantizados en sociedades (relativamente) opulentas.

### **3. LOS DERECHOS SOCIALES COMO CRITERIO IGUALITARIO DE REPARTO DE RECURSOS**

Los derechos sociales pueden concebirse de otra forma: como criterios igualitarios de reparto de los recursos disponibles y no (o no solo) como porciones de esos recursos. En este caso, el reconocimiento de un derecho social supone optar por una determinada manera de repartir los recursos disponibles, de acuerdo con la cual todos (los ciudadanos, las personas) dispondrán de la misma cantidad de dichos recursos, y ello con independencia de cuál sea esa cantidad.

Desde luego, la concepción de los derechos sociales como «criterios igualitarios de reparto» dará lugar al disfrute de determinadas porciones de recursos por parte de los titulares de esos derechos. Por eso, lo que diferencia a esta segunda concepción de la primera no es que tales porciones existan o dejen de existir, ni tampoco la dimensión de tales porciones. La diferencia radica, más bien, en que, de acuerdo con la primera concepción, unos ciudadanos o personas pueden disponer de más recursos y otros de menos, aunque todos de algunos (de la porción igual que el derecho social garantiza para todos); en cambio, de acuerdo con la segunda, todos los ciudadanos o personas

dispondrán de los mismos recursos, y esto con independencia de en qué medida.

Los derechos sociales, entendidos de este segundo modo, suponen que ciertos tipos de recursos (los sanitarios, los educativos, etc.) han de tener carácter público, puesto que solo así es posible pensar en su reparto igualitario. Claro está que este carácter público de los recursos es compatible con diversas formas (incluso privadas) de poseerlos, gestionarlos y asignarlos: lo importante es que el resultado final del reparto sea efectivamente igualitario. En general, lo que puede decirse es que cada clase de recurso puede prestarse mejor a un determinado régimen posesorio y distributivo, pero insisto en que ahora esto importa poco. Es posible, por ejemplo, que un régimen de tenencia privada no acumulable y no enajenable sea mejor, o que un régimen de gestión privada sin ánimo de lucro sea mejor, siempre y cuando el recurso de referencia quede igualmente repartido. En cambio, si permitimos que una parte de ese recurso se distribuya por la vía mercantil y que su tenencia (su propiedad) sea acumulable y enajenable, será muy difícil que el recurso se reparta por igual.

Es fácil advertir que, de acuerdo con la concepción del «criterio igualitario de reparto», la relación entre los derechos sociales y la escasez es distinta que de acuerdo con la concepción de las «porciones». Ahora la escasez, o la abundancia, no están vinculadas conceptualmente con los derechos sociales, porque los derechos sociales constituyen un «criterio de reparto» que se mantendrá invariable con independencia del volumen de recursos que hayan de ser repartidos. Es cierto que la escasez de recursos supondrá, o podrá suponer, una reducción de las porciones alícuotas de que dispondrá cada uno de los titulares del derecho correspondiente. En este sentido, la escasez por supuesto afecta al grado de satisfacción de las necesidades que el derecho pretende cubrir. Sin embargo, la vigencia del derecho social como tal no se verá alterada, porque dicha vigencia no depende del nivel de recursos disponibles, dado que el derecho se identifica con un criterio de reparto, válido para cualquier nivel de recursos.

Conviene quizá insistir en este punto, ahora desde otra perspectiva: definidos como criterios igualitarios de reparto, los derechos sociales pueden establecerse de antemano como contenido normativo al más alto nivel jerárquico, con plena independencia del grado de abundancia de recursos de que dispone la comunidad política que se dota de un régimen constitucional. En cambio, definidos como porciones, la vigencia de los derechos sociales sí depende de ese grado de abun-

dancia: si no hay recursos públicos suficientes, los derechos sociales no estarán vigentes. En este caso, los derechos sociales no pueden establecerse de antemano, o con independencia del grado de desarrollo económico. Sin desarrollo económico, sin abundancia, sin recursos, no hay derechos sociales que valgan y su estipulación constitucional puede llegar a carecer de toda eficacia jurídica.

#### **4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN GENERAL: PORCIONES O CRITERIOS IGUALITARIOS DE REPARTO**

Para determinar cuál de las dos que hemos examinado es la concepción adecuada de los derechos sociales, habrá que atender al concepto general de los derechos fundamentales, a lo que *son* los derechos fundamentales. Esto siempre y cuando se admita que los derechos sociales son o deben ser fundamentales y no un tipo de derechos de menor rango o valía. No discutiré aquí este punto, sino que supondré que, en efecto, los derechos sociales son o deben ser fundamentales. Si no lo son, si no lo deben ser, si son o deben ser otra cosa, las consideraciones que siguen carecerán de valor o, en todo caso, habrán de ser matizadas o revisadas.

¿Qué es un derecho fundamental? Muchas cosas, según el punto de vista desde el que lo miremos. Aquí bastará con preguntarnos si, con carácter general, los derechos fundamentales son considerados solo como «porciones» o también como «criterios igualitarios de reparto». Pues bien: con carácter general, aunque también con alguna excepción, tanto los derechos individuales como las libertades públicas y los derechos políticos son considerados no solo como porciones de recursos sino también como criterios igualitarios de reparto, esto es, conteniendo la exigencia de que el recurso de que se trate quede repartido igualitariamente entre todas las personas o ciudadanos. Veámoslo con algún ejemplo y tratemos después de explicar la razón de esta consideración. Hay que advertir que los términos «recursos» y «porciones» se usarán en relación con estos ejemplos en un sentido muy amplio, pero creo que no inadecuado.

Pensemos, para empezar, en el derecho a no ser torturado, o en el más amplio a no ser objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes, ambos instancias del derecho a la integridad física y moral, y todos ellos reconocidos por la Constitución Española en su artículo 15. Imaginemos que el derecho a no ser torturado se limitase a garan-

tizar la prohibición de las torturas más graves, definida esta mayor gravedad de uno u otro modo que ahora no importa; y que las torturas menos graves solo pudieran ser evitadas mediante el pago de una cantidad de dinero. Así, un detenido en dependencias policiales tendría garantizada a través del derecho solo una porción de su integridad física, la garantizada por la prohibición de las torturas más graves, pero no toda su integridad física, o no la misma que otros detenidos. Porque mayores porciones de integridad física requerirían un pago del detenido a las autoridades, un pago que quizá no todo detenido estaría en condiciones de realizar. Desde luego, el ejemplo suena extraño, pero no porque no pueda ser imaginado sino porque se aleja mucho de la concepción que tenemos del derecho a la integridad física y de los otros derechos conexos con él, una concepción que responde más bien a la idea de los derechos como criterios igualitarios de reparto, según la cual la integridad física ha de estar protegida igual para todos.

Sigamos con el ejemplo de las libertades de reunión y manifestación del artículo 21 de nuestra Constitución. Concebidos como porciones, tales derechos garantizarían un cierto nivel o grado de libertad de reunión o manifestación. Por ejemplo, las personas podrían reunirse o manifestarse en días laborables, pero, para hacerlo en días festivos, habrían de pagar una tasa o canon. Si esta tasa o canon fuera lo suficientemente elevado, es muy probable que muchas personas o grupos de personas no estuvieran en condiciones de satisfacerlo. En este caso, bien podríamos decir que unas personas disfrutaran de una libertad de reunión y manifestación mayor que otras, una diferencia concretada en la posibilidad de reunirse o manifestarse en días festivos y no solo en días laborables. ¿Suena extraño? Sí, pero, como en el ejemplo anterior, porque resulta muy distante de nuestra concepción del derecho, no porque no pudiera ser posible. Lo que creemos es que la libertad de reunión y manifestación ha de ser igual para todos y no, en cambio, que esa libertad garantice solo un mínimo que después podamos ampliar en función de nuestra capacidad económica.

Acabemos con un tercer ejemplo, el del derecho al sufragio del artículo 23 de la Constitución Española. Tener ese derecho no garantiza cuánto se puede votar en términos absolutos, sino en términos relativos. Es decir: el derecho al sufragio, que es una instancia, la más relevante, del derecho a participar en los asuntos públicos, garantiza que todos votemos *igual* (una persona, un voto), pero no garantiza que, pongamos por caso, podamos elegir mediante sufragio a los jueces o al Jefe del Estado además de a los parlamentarios. Podrá discutirse qué alcance del derecho de sufragio es el más justo, si los jueces han

de ser elegidos o no, o si debe recurrirse al referéndum con mayor o menor frecuencia; pero no se discute el hecho de que cada ciudadano tenga un voto y solo uno. Sin embargo, concebido como un derecho a una porción, podríamos imaginar una situación bien distinta, aquélla en la que a cada ciudadano se le asignase un voto como contenido de su derecho al sufragio, pero, además, se reservase una cierta cantidad de votos para ponerla en el mercado, donde quien tuviera los suficientes interés y capacidad económica podría adquirirlos al precio estipulado por los oferentes y así aumentar su capacidad de voto. El sorprendente resultado, muy similar al del régimen corriente de algunos derechos sociales, sería que algunos ciudadanos tendrían dos, tres, cuatro o más votos, y otros ciudadanos solo uno.

El resultado, como digo, es sorprendente en el caso del derecho al sufragio y sin embargo no suele serlo en el caso de los derechos sociales, donde el titular puede tener derecho a una cierta cantidad de educación o de asistencia sanitaria, pero no *a la misma* educación o asistencia sanitaria que los demás, que pueden obtener más porciones de ese mismo recurso en el mercado. Que en un caso el resultado sea sorprendente, y en el otro no, ha de deberse, creo, a que unos y otros derechos no merecen la misma consideración, quizá porque los unos se consideran más valiosos que los otros o, al menos, distintos en algún sentido importante. Es posible que esa distinción, y consiguiente mayor valoración, esté basada en la creencia de que unos derechos son derechos de libertad y otros derechos (los sociales) no lo son. He tratado de desmontar esta creencia en otro lugar y no repetiré aquí el argumento, sino solo la conclusión a la que llegué: los derechos sociales sirven a la libertad del mismo modo que lo hacen todos los demás derechos fundamentales. En todo caso, ya advertí de que no voy a tratar de justificar aquí el carácter fundamental de los derechos sociales (ya lo he hecho en otras ocasiones) sino simplemente a darlo por supuesto.

En definitiva, con estos ejemplos lo que quiero mostrar es que, en general, los derechos fundamentales son concebidos como criterios igualitarios de reparto, de manera que los recursos o bienes vinculados con ellos queden a disposición de todas las personas o ciudadanos por igual. La razón, porque hay una razón, es la siguiente: los derechos fundamentales son aquellos derechos que asociamos con la dignidad humana, esto es, con una cualidad que todos los seres humanos poseen por igual. Creemos que respetar esa dignidad supone garantizar a todas las personas o ciudadanos un determinado tratamiento, naturalmente el mismo para todos, y ese tratamiento es el que se articula a través del establecimiento de una cierta gama de derechos, los derechos

fundamentales. Por eso, la decisión de distribuir igualitariamente un bien o recurso a través de la técnica del derecho fundamental supone lógicamente la exclusión completa de ese bien o recurso del ámbito de lo mercantil. De otro modo, esto es, si tal exclusión no es completa, el bien o recurso se distribuirá de manera desigual, que es lo mismo que decir que la dignidad humana se protegerá de manera desigual.

## **5. LOS DERECHOS SOCIALES EN SERIO**

Tomarse en serio los derechos sociales significa tratarlos como derechos fundamentales, si es que se asume que lo son, y no como otra cosa distinta. Si estoy en lo cierto al creer que concebimos a los derechos fundamentales como criterios igualitarios de reparto y no solo como porciones de recursos, entonces también los derechos sociales tendrían que ser considerados así. Como ya ha debido quedar claro, esta consideración significa que el titular de un derecho social no solo tiene derecho a una porción de un determinado recurso que sea compatible con un reparto final desigual; no solo tiene derecho a un mínimo de recursos que sea compatible con la posibilidad de que algunos ciudadanos adquieran más recursos en el mercado y se sitúen por encima de ese mínimo; sino que tiene derecho a que el reparto del recurso de referencia sea igualitario, de manera que no se menoscabe la igual libertad de todos, o no se proteja desigualmente la dignidad de cada uno.

El modo de asegurar esta igualdad es, y no se me ocurre otra manera, sacar del mercado aquellos recursos o bienes que están vinculados con los derechos sociales, tal y como sucede con aquellos otros vinculados con los demás derechos fundamentales. La contrapartida de esta exclusión mercantil es la asignación por la sola vía ciudadana, o pública, que es la propia de los derechos. Sin embargo, y si éste es el modo de tomarse en serio a los derechos sociales, a los derechos sociales no se los suele tomar en serio, porque la desmercantilización que requerirían no tiene lugar, y esto incluso cuando se acepta que efectivamente los derechos sociales son fundamentales. ¿A qué puede deberse este tratamiento diferenciado de unos y otros derechos? En la sección siguiente esbozo una explicación posible.

## **6. DERECHOS SOCIALES Y PONDERACIÓN**

Una explicación de por qué los derechos sociales no son tratados igual que los demás derechos es que se cree que los derechos sociales

han de ser ponderados con otros derechos, y el resultado de esta ponderación es la relativa mercantilización de los bienes o recursos concernidos. El argumento discurre así: (1) los derechos fundamentales han de ser ponderados en algunas ocasiones, porque colisionan entre sí; (2) el resultado de dicha ponderación ha de ser siempre un recorte del alcance de los derechos implicados; (3) la propiedad privada y la libertad de empresa son derechos fundamentales; (4) la propiedad privada y la libertad de empresa colisionan con los derechos sociales, o con algunos de ellos, como la educación, la asistencia sanitaria, la vivienda o el trabajo; (5) el resultado de la inevitable ponderación, por lo que toca a los derechos sociales, es su necesaria restricción en alguna medida; (6) esta restricción supone que una parte de los recursos vinculados con los derechos sociales ha de poder ser objeto de apropiación privada y de tráfico mercantil.

Cuando digo que los derechos sociales no son tratados igual que los demás derechos no me refiero a que los demás derechos no sean ponderados, que lo son en ocasiones, sino a que no son ponderados con la propiedad y la libertad de empresa, o por lo menos no en términos equivalentes ni con los mismos resultados. Por supuesto, la propiedad privada puede ser límite, pongamos por caso, del derecho de reunión, y los ciudadanos no pueden reunirse en un terreno objeto de la propiedad privada de otro; pero el alcance de esta ponderación es muy distinto y podemos decir que no afecta a la esencia del derecho como sí lo hace en el caso de los derechos sociales. Porque, en el caso de estos, el resultado de la ponderación es que el reparto de los recursos acaba por ser desigual (unos disponen de mayores recursos educativos o sanitarios que otros), un resultado que no tiene lugar en el caso de las libertades públicas o los derechos políticos, por mucho que también hayan de ponderarse en determinadas ocasiones.

Un argumento de este tipo puede encontrarse en la *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy, para justificar el limitado alcance de los derechos sociales fundamentales. Sin embargo, cabe identificar dos errores que permiten cuestionar su validez. En primer lugar, el argumento parte de la premisa de que el derecho de propiedad es un derecho fundamental. En segundo lugar, el argumento asume que los derechos sociales han de ponderarse con la libertad de empresa. Veamos brevemente por qué ambas asunciones son incorrectas.

En primer lugar, la propiedad privada no es un derecho fundamental, ni puede serlo, porque es incapaz de reunir los elementos ca-

racterísticos de los derechos fundamentales, tal como, por ejemplo, los identifica Luigi Ferrajoli en su ya clásica definición; o, tal como apuntó ya tiempo atrás Gregorio Peces-Barba, por causa de su «imposible contenido igualitario». La tradicional presencia de la propiedad privada en el catálogo de los derechos fundamentales (ya desde los clásicos del pensamiento iusnaturalista y desde las declaraciones francesas y americanas de finales del siglo XVIII, y así hasta nuestros días) puede explicarse en términos históricos que ahora no vienen al caso; pero esa presencia, desde un punto de vista teórico o conceptual, ha de ser considerada como una anomalía. Porque, en efecto, la propiedad privada, tal y como la conocemos, no permite un reparto igualitario, que es lo característico de los derechos fundamentales; es un derecho acumulable y es un derecho alienable, al contrario que estos. La propiedad privada es el cimiento de la desigualdad y no un ladrillo que sirva para construir una sociedad igualitaria. Pertenece al ámbito de los derechos patrimoniales, que, como el mismo Ferrajoli ha demostrado, difieren mucho de los fundamentales, tanto estructural como funcionalmente.

En segundo lugar, aun admitiendo el carácter iusfundamental de la libertad de empresa, suponer una ponderación entre ella y cualquier otro derecho fundamental (sea social o no) es inapropiado. Lo es porque la enunciación de un derecho como fundamental supone de por sí un recorte del alcance de lo mercantil y una ampliación del ámbito de lo ciudadano. Con otras palabras: todo derecho fundamental supone una restricción de la libertad de empresa, si por esta entendemos la libertad de participar en el mercado comprando y vendiendo un determinado bien, precisamente porque dicho bien, si está vinculado con un derecho fundamental, ha de quedar fuera del mercado. Quizá es T. H. Marshall quien mejor ha explicado esto, la dicotomía ciudadanía/mercado y su relación con los derechos fundamentales, en su ensayo *Ciudadanía y clase social*. Por eso, no procede ponderar los derechos sociales, ni el resto de los derechos fundamentales, con la libertad de empresa; porque la estipulación de un derecho fundamental es ya, de antemano, una restricción del alcance que atribuimos a la libertad de empresa.

En consecuencia: los derechos sociales pueden ser ponderados ocasionalmente con otros derechos fundamentales, qué duda cabe. Lo que no pueden es ser objeto de una ponderación específica con la propiedad y la libertad de empresa que tenga como su resultado su sistemática restricción.

## **7. LA ESCASEZ JUSTIFICA LA NECESIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES**

Llegados a este punto, estamos ya en condiciones de dar una respuesta a la pregunta planteada al inicio de estas páginas, la de si la escasez de recursos justifica el recorte de los derechos sociales. La respuesta es negativa: la escasez no justifica el recorte de los derechos sociales. Y la razón en que se basa la respuesta es esta: un derecho social requiere que el bien o recurso correspondiente se reparta igualitariamente entre todas las personas o ciudadanos, con independencia de cuál sea el nivel disponible de ese recurso. No hay, pues, relación de proporcionalidad inversa entre escasez y derechos sociales, ni por tanto debe creerse que la abundancia es condición para que estos sean posibles. La escasez, por el contrario, justifica la necesidad de los derechos sociales: dado que los recursos importantes para llevar una vida buena son escasos, es necesario asegurar su reparto justo (en este caso, igualitario). Cuando se reduce la cantidad disponible de un recurso, acaso haya que reducir las porciones de los ciudadanos, pero siempre de manera igualitaria, esto es, sin renunciar al criterio igualitario de reparto que todo derecho fundamental (y social) constituye.

Quizá, y porque parece olvidarse a menudo, convenga insistir en que la decisión de garantizar un bien o recurso a través de la figura del derecho fundamental es el resultado de un juicio de valor previo acerca de la especial relevancia de dicho bien o recurso. Esa relevancia es especial en el sentido de que el bien o recurso es necesario para llevar adelante una vida acorde con lo que se llama la «dignidad» humana, que deriva de nuestra capacidad para la autonomía moral, o libertad. Por eso, porque nuestra dignidad es «humana» y, por tanto, todos poseemos la misma, los derechos fundamentales aseguran posiciones iguales para todos, puesto que somos iguales precisamente en esa capacidad para la libertad. Por eso, reitero, los derechos fundamentales, y también los sociales en tanto que fundamentales, han de ser concebidos como criterios igualitarios de reparto de esos bienes o recursos tan relevantes y tan necesarios por igual para todos, y no meramente como derechos a una cierta porción de esos bienes o recursos que sea compatible con que otros puedan adquirir más de eso mismo en el mercado y así romper con la libertad igual, que es el presupuesto de toda comunidad política justa o, al menos, de toda comunidad política que diga querer promover los derechos fundamentales.

## 8. LOS DERECHOS SOCIALES UN POCO EN SERIO

Tomarse los derechos sociales en serio, decía antes, es tratarlos como derechos fundamentales, esto es, como constituyendo criterios igualitarios de reparto, lo que a su vez supone sacar del mercado los bienes o recursos vinculados con los derechos sociales. Por uno u otro motivo, ahí no entraré ahora, a los derechos sociales no acabamos de tomárnoslos del todo en serio, de manera que una parte importante de los bienes o recursos correspondientes a esos derechos se distribuye por vía mercantil, como lo demuestra la educación privada, la sanidad privada, la asistencia privada o la consideración del trabajo como un objeto de compraventa. Así sea. Ahora bien, si nos queremos tomar los derechos sociales al menos un poco en serio, ante la escasez de recursos que se produce en tiempos de crisis no habríamos de reaccionar recortando las porciones ciudadanas de dichos recursos (lo que el derecho social mínimo garantiza); sino, al revés, transfiriendo recursos desde el ámbito mercantil al ámbito ciudadano para garantizar que esas porciones igualitarias se mantengan aunque sea al precio (muy justificado) de reducir las porciones más grandes que están a disposición de los que ostentan una capacidad económica mayor. Es decir, tomarse los derechos sociales un poco en serio requiere hacer justamente lo contrario de lo que se hace. Porque, valga concluir así, cuanto más aguda es la escasez, tanto más necesarios son los derechos sociales y tanto más debemos ocuparnos por mantenerlos y ampliarlos.

## 9. BREVE APUNTE BIBLIOGRÁFICO

La bibliografía en materia de derechos sociales es muy amplia y no tiene sentido reiterarla aquí. La que está detrás del argumento que se propone en el texto puede encontrarse en R. GARCÍA MANRIQUE, *La libertad de todos* (Barcelona, El Viejo Topo, 2013), donde además se desarrollan diversas partes del argumento con mucha mayor amplitud. La distinción entre ciudadanía y mercado como las dos vías principales, y alternativas, de reparto de los recursos sociales, y la vinculación de los derechos fundamentales con la vía de la ciudadanía, se encuentran en T. H. MARSHALL, *Ciudadanía y clase social* (Madrid, Alianza, 1998). La distinción entre los derechos fundamentales y derechos patrimoniales que permite comprender por qué la propiedad privada no puede ser un derecho fundamental se encuentra en L. FERRAJOLI, *Derechos garantías: la ley del más débil* (Madrid, Trotta,

1999), pp. 45-50. La idea del «imposible contenido igualitario» de la propiedad privada como causa del rechazo de su carácter iusfundamental se encuentra en G. PECES-BARBA, «El socialismo y el derecho al trabajo» (en id., *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993) y también en su *Curso de Derechos Fundamentales* (Madrid, Universidad Carlos III y BOE, 1995), p. 148. La tesis de los «derechos sociales mínimos» fruto de la ponderación con otros derechos se encuentra enunciada y justificada en R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993), cap. IX.

# ASISTENCIA SOCIAL, PARTICIPACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD\*

ADORACIÓN CASTRO JOVER  
*Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado*  
*Universidad del País Vasco*

SUMARIO: 1. Introducción.—2. La Asistencia Social. Alcance y distribución competencial. 2.1. La construcción del Tercer Sector estatal. Un accidentado recorrido. 2.2. Asistencia social y servicios sociales. Una aproximación a las Leyes de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas.—3. La participación de las confesiones religiosas en el Sistema de Asistencia Social. 3.1. La articulación de la participación de la Iglesia Católica en la asistencia social. 3.2. La articulación de la participación de las minorías religiosas en la asistencia social. 3.2.1. Confesiones minoritarias que han firmado acuerdos con el Estado. 3.2.2. Confesiones a quienes se ha reconocido «notorio arraigo».—4. El reconocimiento de la diversidad. La perspectiva intercultural en los servicios sociales. Algunos ejemplos. 4.1. Centros de Menores Extranjeros No Acompañados. 4.2. Comedores sociales.

## 1. INTRODUCCIÓN

Las democracias occidentales tienen el reto de gestionar sociedades cada vez más complejas en las que, en muchas ocasiones, se pone

---

\* La primera versión de este trabajo se ha publicado con el título «Asistencia social, participación y reconocimiento de la diversidad: El modelo español», en CASTRO JOVER, A. (ed.), *Asistencia social, participación y reconocimiento de la diversidad: Un estudio comparado entre Alemania, España, Francia e Italia*, ed. Libelulla, Tricase (LE) 2015. Asimismo, se ha realizado en el marco del Proyecto I+D DER2013-42261-P, «Solidaridad, Participación y Convivencia en la Diversidad», concedido por MINECO (Ministerio de Economía y Competitividad) en la convocatoria de excelencia.

a prueba el modelo de organización jurídico-político que ha servido para construir los grandes Estados europeos. En concreto, la homogeneidad, característica del modelo de Estado-Nación, y la regla de la mayoría, característica del modelo de democracia representativa, muestran las dificultades para el reconocimiento de la diferencia y la superación de las reglas de la mayoría para abordar la solución de conflictos que plantean las minorías.

La interculturalidad como modelo que proponen el Consejo de Europa y la Unión Europea pone el foco en estos dos aspectos que se han señalado. En primer lugar, al integrar como elemento esencial del modelo el reconocimiento de la diversidad, indica un camino que obliga desde el punto de vista jurídico a replantearse la formulación de aquellas normas cuya aplicación produce un impacto discriminatorio en las minorías; de la misma forma, el criterio mayoritario no puede utilizarse para legitimar decisiones que lesionan derechos de las minorías.

Uno de los campos prioritarios de acción señalados por el Consejo de Europa se encuentra en el aprendizaje informal, que cumple un papel muy importante en la educación de la ciudadanía en la interculturalidad. Este aprendizaje se desarrolla fundamentalmente a través de las organizaciones de la sociedad civil (OSC) y de las ONG «indispensables en las democracias pluralistas en cuanto que favorecen la participación activa en los asuntos públicos y la ciudadanía democrática responsable basada en los derechos humanos y en la igualdad de género». El mencionado órgano propone «brindar a las organizaciones de migrantes la oportunidad y los fondos necesarios para ofrecer los servicios voluntarios en beneficio de los miembros de las comunidades minoritarias...»<sup>1</sup>.

La proyección del modelo de interculturalidad<sup>2</sup> en el ámbito de la exclusión y desprotección, en el que hay una amplia participación del Tercer Sector, tiene la virtualidad de que, además de educar de manera informal en el reconocimiento de la diferencia, promueve valores co-

---

1 *Libro Blanco del Diálogo intercultural*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2008, p. 38.

2 Sobre el modelo de interculturalidad en el Consejo de Europa y la Unión Europea *vid.* CASTRO JOVER, A., «Interculturalidad y Derecho en el ámbito regional y supranacional europeo», en CASTRO JOVER, A. (Directora), *Interculturalidad y Derecho*, Pamplona, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 23-57.

munes como la solidaridad, cuya promoción considera prioritaria el Consejo de Europa<sup>3</sup>, en cuanto que es un valor compartido por convicciones de muy distinta naturaleza y, por tanto, elemento de cohesión.

Esta es la perspectiva desde la que se abordará este estudio, la de la interculturalidad, para verificar si en el ámbito de la asistencia social y, en concreto, en los sectores de exclusión social y desprotección, el principio de solidaridad y su realización a través del principio de participación son instrumentos eficaces de cohesión social, y en qué medida el reconocimiento de la diferencia y los instrumentos técnicos que la hacen posible están presentes en estos ámbitos.

Con la finalidad de conseguir el objetivo propuesto se comenzará estableciendo el marco normativo a través del que se construye el sistema de asistencia social, en el que se determinará su delimitación conceptual, distribución competencial y descripción del modelo por el que se opta. En segundo lugar, se examinará cómo se concreta la participación de los entes privados, en especial en las entidades sin ánimo de lucro, como expresiones, en gran parte, del principio de solidaridad, con una particular atención a las entidades religiosas, con el objetivo de conocer cuál es la forma jurídica que adoptan, qué instrumentos de financiación se utilizan para establecer la colaboración con estos entes, cuál es el grado de participación de las minorías religiosas, qué riesgos de confusión existen entre la finalidad religiosa y la acción social y en qué medida una intervención en ciertos ámbitos puede plantear un conflicto entre su identidad y la de los usuarios. Asimismo, interesa mostrar aquellos movimientos asociativos que representen a las minorías culturales-religiosas y cómo interactúan con las demás. Finalmente, una vez descrito el marco jurídico y los actores, se seleccionarán aquellos sectores de intervención que requieren el reconocimiento de la diversidad religioso-cultural: los Centros de menores en situación de desprotección y los comedores sociales.

## **2. LA ASISTENCIA SOCIAL. ALCANCE Y DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL**

El texto constitucional diseña un modelo integral de protección social que comprende básicamente la Seguridad Social y la Asistencia

---

3 *Libro Blanco, cit.*, p. 27.

Social, cuya lectura debe realizarse desde la caracterización del Estado español como un Estado social en el artículo 1 de la Constitución. El primer pilar de la protección social, la seguridad social, extiende su ámbito de protección a aquellos ciudadanos que se encuentran incorporados al mercado laboral. El segundo, la asistencia social, ha sido caracterizada por el Tribunal Constitucional (en adelante TC) como una «técnica de protección situada extramuros del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios...», que alcanza a aquel sector de la población al que no se extiende la Seguridad social y que se caracteriza como una técnica de protección «al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios...»<sup>4</sup>.

Estos dos sistemas de protección se someten a una distribución competencial diferente. Al Estado le corresponde la legislación básica y régimen económico de la Seguridad social, y a las comunidades autónomas la ejecución de sus servicios (artículo 149.1.17.<sup>a</sup>). La Asistencia Social es competencia exclusiva de las comunidades autónomas (artículo 148.1.20.<sup>a</sup>)<sup>5</sup>.

Poco aporta el texto constitucional a la hora de determinar el alcance y el contenido de la asistencia social. Tampoco los estatutos de autonomía ayudan, ya que se limitan a asumir la competencia utilizando, en ocasiones, términos distintos, unos asistencia social, otros asistencia y servicios sociales, etc. Serán las leyes de desarrollo en las sucesivas comunidades autónomas, sobre todo a partir de la segunda generación, las que unifiquen el uso del término servicios sociales (aludiendo a la forma de organización de la asistencia social), y determinen las técnicas de protección y los contenidos, que son, en general,

---

4 STC 36/2012, de 15 de marzo (FJ 4), que recoge la doctrina establecida por la STC 76/1986 (FJ 6).

5 La STC 13/1992, de 6 de febrero, fija el criterio para determinar el modo en que el Estado debe asignar parte de sus fondos presupuestarios cuando se trate de materias que son competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma y el Estado no invoque título competencial alguno, genérico o específico. En este caso, se dice, «esos fondos han de integrarse como un recurso que nutre la Hacienda autonómica, consignándose en los Presupuestos Generales del Estado como transferencias corrientes o de capital a las Comunidades Autónomas, de manera que la asignación de los fondos quede territorializada, a ser posible, en los mismos Presupuestos Generales del Estado...» (FJ 8).

bastante homogéneos. A esta homogeneización ha contribuido el Catálogo de referencia de Servicios Sociales elaborado por el Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad, y aprobado por el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia el 16 de enero de 2013, a través del que se pretende incluir «criterios comunes de calidad y de buen uso —solidario y responsable— de los servicios», que sirvan de referencia para todo el territorio nacional. Entre los servicios que se incluyen se encuentra el de Atención Diurna, que comprende el servicio de comedor y los Centros de acogimiento residencial de menores, sectores que se desarrollarán en el último de los epígrafes de este trabajo.

No obstante la delimitación que se ha realizado de la asistencia social circunscribiéndola al ámbito competencial autonómico, lo cierto es que, como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional<sup>6</sup>, exis-

---

6 STC 146/86, «... el Estado, en la medida que existan problemas sociales peculiares que requieran y exijan un planteamiento global, puede intervenir al respecto, también mediante medidas de fomento, pero respetando las competencias propias de la Comunidad Autónoma... aun siendo exclusiva la competencia de la Comunidad Autónoma al respecto, pueden existir supuestos especiales o particulares que requieran un planteamiento global del ámbito estatal, a través de intervenciones de Asistencia Social de alcance supraautonómico» (FJ 5). En materia de ordenación y gestión de subvenciones hay que tener en cuenta la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 178/2011, que supone un punto de inflexión en el sentido de que, a partir de ese momento, se declaran parcialmente inconstitucionales las Órdenes Ministeriales por las que se establecen las bases reguladoras y se convoca la concesión de subvenciones en los distintos sectores de la asistencia social. «Admitida la existencia de *vindicatio potestatis*, abordaremos a continuación el examen del articulado de la orden impugnada a partir de los criterios contenidos en el fundamento jurídico 8.a) de la STC 13/1992. Por tanto, consideraremos incluida en la esfera de la competencia estatal la regulación de los aspectos centrales del régimen subvencional —objeto y finalidad de las ayudas, modalidad técnica de las mismas, beneficiarios y requisitos esenciales de acceso—, mientras que situaremos dentro de la competencia autonómica lo atinente a su gestión, esto es, la tramitación, resolución y pago de las subvenciones, así como la regulación del procedimiento correspondiente a todos estos aspectos, ya que es doctrina reiterada de este Tribunal que “las normas procedimentales *ratione materiae* deben ser dictadas por las Comunidades Autónomas competentes en el correspondiente sector material, respetando las reglas del procedimiento administrativo común (por todas, STC 98/2001, de 5 de abril, FJ 8, con cita de la STC 227/1998, de 26 de noviembre, FJ 32)” (STC 188/2001, de 20 de septiembre)» (FJ 7). Se opta, así, por

te un espacio para la intervención centralizada en aquellos casos en que la naturaleza de la intervención exija un planteamiento global que obligue a tomar medidas de carácter supraautonómico.

Este espacio para la intervención centralizada basado en la necesidad de planteamientos globales que superen los límites territoriales de las comunidades autónomas ha sido ocupado, entre otras, por las cantidades asignadas por los contribuyentes a «otros fines sociales», cuyo porcentaje, el 0,7 del IRPF, entra de lleno en lo que se conoce como asistencia social. Las receptoras de esas cantidades, a través de programas y subvenciones, han sido las asociaciones sin ánimo de lucro. Se puede decir que aquí se encuentra el germen sobre el que se intentará desarrollar, no sin dificultades, la creación de un Tercer sector de ámbito estatal que solo se explica desde el alejamiento de los principios que caracterizan el Estado social, recogido en la Constitución, por los modelos de asistencia social que se han ido conformando por las comunidades autónomas, especialmente por las de segunda y tercera generación. En cualquier caso, no hay que olvidar que el Estado no puede sustraerse de la responsabilidad pública en la satisfacción de las obligaciones que le corresponden en materia de asistencia social.

## **2.1. La construcción del Tercer Sector estatal. Un accidentado recorrido**

La creación de un ámbito estatal del Tercer Sector tiene su base, en parte, en la regulación del destino de las cantidades asignadas por los contribuyentes a «otros fines sociales» cuyo porcentaje es el 0,7 del IRPF<sup>7</sup>, cantidad que, como ya se ha mencionado, entra de lleno en lo que se conoce como asistencia social. Las sucesivas reformas reguladoras del destino de las cantidades mencionadas han estado sujetas a continuos conflictos de competencia con las comunidades autónomas

---

una solución intermedia en la que al Estado le corresponden los aspectos centrales del régimen subvencional y a las CC.AA. los aspectos que tienen que ver con la gestión. Se sienta de esta forma un nuevo criterio para resolver los conflictos de competencia que surgirán en el futuro (STC 226/2012; 36/2012, FJ 8; 72/2012, FJ 4; 73/2012, FJ 4; 77/2012, FJ 4; 173/2012, FJ 7; y 177/2012, FJ 7).

7 Acerca del 0,7 % del IRPF como factor de crecimiento del tercer sector, *vid.* RODRÍGUEZ CABRERO, G. (Director), en *Servicios sociales y cohesión social*, Madrid, ed. CES, 2011, pp. 103 y ss.

(CC.AA. en adelante) que han dificultado la estabilidad y consolidación de este ámbito estatal de intervención.

Los primeros Reales Decretos (RR.DD.)<sup>8</sup> que regularon los fines de interés social y de asignación tributaria del IRPF (Impuesto de la Renta de las Personas Físicas) limitaban la posibilidad de acceder a este tipo de ayudas a las entidades que actúen en el ámbito estatal y, en general, a aquellas que cubran necesidades sociales de interés general. Su aplicación dio lugar a conflictos de competencia con las CC.AA. al considerar que se producía una invasión de competencias. El Tribunal Constitucional sentó doctrina en la STC 13/1992, de 6 de febrero, manifestando que «... el Estado puede intervenir en este campo cuando le habiliten para ello otros títulos competenciales específicos...». En el caso concreto que analizaba afirmó que «del tenor mismo de la disposición reglamentaria a la que se remite la partida presupuestaria impugnada, se desprende que se trata de programas o planes de ayudas que, por su naturaleza y objetivos y por el carácter de las instituciones o entidades receptoras de las ayudas, tienen una dimensión de ámbito nacional no vinculados a una política de la acción gubernamental, lo que justifica su consignación centralizada en los Presupuestos Generales del Estado; y ello tanto por las dificultades de regionalizar o territorializar subvenciones o ayudas rígidas a fines de interés social como las que se especifican en el citado Real Decreto, conexos lógicamente, como debe ser, al desarrollo de programas o planes nacionales que por sus dimensiones o por sus efectos solo pueden realizarse en el ámbito estatal, como por la necesidad de asegurar su plena efectividad y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de los potenciales destinatarios en todo el territorio nacional. Por ello, debe ser desestimada la impugnación y declarada la constitucionalidad de la partida» [FJ 13 K a)].

El Real Decreto 825/1988 fue modificado por Real Decreto 223/1991, de 22 de febrero, en el que desaparece el requisito de ámbito estatal exigible a las Entidades sociales sustituyéndose por el de que las necesidades sociales que se atiendan sean de interés general. Este cambio dio lugar de nuevo a que se recurrieran por algunas CC.AA. los Órdenes Ministeriales que convocaban subvenciones con cargo al porcentaje destinado a fines sociales del IRPF. La doctrina establecida por

---

8 RD 825/1988, de 15 de julio (versión consolidada) y RD 195/1989, de 17 de febrero (versión consolidada).

el Tribunal Constitucional<sup>9</sup> en esta materia fue la siguiente: «consideraremos incluida en la esfera de la competencia estatal la regulación de los aspectos centrales del régimen subvencional —objeto y finalidad de las ayudas, modalidad técnica de las mismas, beneficiarios y requisitos esenciales de acceso— mientras que situaremos dentro de la competencia autonómica lo atinente a su gestión, esto es, la tramitación, resolución y pago de las subvenciones, así como la regulación del procedimiento correspondiente a todos estos aspectos».

Mediante el Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación<sup>10</sup>, se regularon los fines de interés general a que irá destinado el porcentaje de rendimiento del IRPF destinado a fines sociales<sup>11</sup> y el régimen de las Entidades del Tercer Sector colaboradoras con las Administraciones Públicas. Se creó la figura de las Entidades del Tercer Sector<sup>12</sup>, categoría de carácter básico, esto es, de competencia estatal exclusiva, que al amparo del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE permite el reconocimiento como colaboradoras en la ejecución de las políticas públicas a un amplio número de asociaciones y organizaciones de carácter privado, legalmente constituidas, sin ánimo de lucro y cuyo reconocimiento por la Administración como Entidades del Tercer Sector está sujeto al desarrollo de actividades de interés general, entendiéndose por tales, según establece el artículo 4 de la Ley 6/1996, de 15 de enero, entre otras las asistenciales

---

9 *Vid.* por todas STC 21/2013, FJ 6, que sigue la doctrina de la STC 178/2011.

10 Este Real Decreto-ley ha sido impugnado por el sindicato CC.OO. por estar excluidas de forma expresa por la citada norma las organizaciones sindicales como entidades beneficiarias; la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014 ha desestimado el citado recurso y ha considerado la norma ajustada a derecho.

11 Esta norma viene, así, a modificar la formulación que a partir de ese momento se realizará en las leyes de presupuestos generales del Estado de 2013 y 2014 en la Disposición Adicional cuadragésima novena, relativa a la asignación tributaria con cargo al IRPF de fines de interés social, en los que la distribución de las cantidades se asigna a los ministerios competentes en los ejes de financiación previstos.

12 Entre las entidades que pueden acceder a este tipo de subvención se cita de forma expresa a Cruz Roja Española, las ONGs cuyo ámbito de intervención se produzca en los cinco ejes mencionados y las recogidas en el artículo 4 de la Ley 6/1996, de 15 de enero, entre otros los asistenciales y de servicios sociales, y de promoción del voluntariado.

y de servicios sociales y de promoción del voluntariado. Las funciones de estas Entidades, cuyos derechos y obligaciones se determinarán reglamentariamente, son de carácter consultivo y de desarrollo y aplicación de planes, programas y medidas de fomento.

Se establecen en cinco los ejes de las actividades de interés general consideradas de interés social: a) la atención a las personas con necesidades de atención integral socio-sanitaria, b) la atención a las personas con necesidades educativas o de inserción laboral, c) el fomento de la seguridad ciudadana y prevención de la delincuencia, d) la protección del medio ambiente<sup>13</sup> y e) la cooperación al desarrollo. La elección de los cinco ejes de intervención entra dentro de las competencias del Estado, básicas o exclusivas. El instrumento de colaboración financiera es la subvención a través de programas, y entre sus destinatarios se encuentran entidades benéficas de la Iglesia Católica como Cáritas y órdenes y congregaciones religiosas y de la FEREDE como Diaconía<sup>14</sup>.

Se pretendió con estas medidas atender de forma más eficaz las situaciones de emergencia social «... demandadas con urgencia por la situación de los colectivos más desfavorecidos y las entidades que atienden sus necesidades y responden a un nuevo marco que se encuentra amparado en las competencias del Estado correspondientes a cada una de las materias referidas en el párrafo anterior...», según se dice en el preámbulo. Sin embargo, no se consiguió evitar los conflictos de competencia con las CC.AA. que hasta ese momento se habían planteado.

Esta norma ha sido declarada nula por la sentencia del TS de 21 de mayo de 2015 al considerar que la creación de las Entidades del Tercer Sector al amparo del artículo 148.1.18.<sup>a</sup> no es título competencial que la habilite a regular de forma completa la concesión de subvenciones al denominado Tercer Sector de Acción Social (FJ 6). Se paraliza, así, por el momento la concesión y/o la ejecución de las subvenciones pendientes.

---

13 Ampliándose los ámbitos de intervención, desde la reforma operada por el RD 599/2007, de 4 de mayo, al medio ambiente.

14 *Vid.* Resolución de 2 de febrero de 2015 de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publican las subvenciones estatales concedidas para la realización de programas de interés general con cargo a la asignación tributaria del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, correspondiente al año 2014.

A estos cambios normativos hay que añadir la creación paulatina de organismos adscritos a la Administración Central del Estado que han servido de canales de información a través de la participación de representantes de las distintas áreas de intervención. Ejemplo de ello es el Consejo Estatal de Organizaciones no Gubernamentales de Acción Social<sup>15</sup>.

Asimismo, hay que mencionar la creación de la Plataforma del Tercer Sector el 10 de enero de 2012, que al amparo de la ley de asociaciones se constituye como una organización de ámbito estatal sin ánimo de lucro cuya finalidad es unificar y ampliar el Tercer Sector.

A partir de este momento se empieza a trabajar en la creación de estructuras a nivel estatal en las que participen las distintas asociaciones que trabajan en este ámbito. Se crea en 2013<sup>16</sup> la Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector<sup>17</sup>, compuesta por una representación paritaria de los representantes de la Administración y representantes de la Plataforma del Tercer Sector; sus funciones son las de garantizar y fortalecer la interlocución del Tercer Sector en el diseño y aplicación de las políticas públicas.

Estas dos líneas de desarrollo de un espacio centralizado confluyen en la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social, que define con mayor detalle las Entidades del Tercer Sector, categoría ya creada por el RD-ley de 2013, que establece los principios rectores, entre los que enumera las características que deben cumplir las entidades mencionadas, así como los objetivos y actividades de interés general a llevar a cabo, y en todo caso las siguientes actividades de interés social: 1. La atención a las personas con necesidades de atención integral socio-sanitaria. 2. La atención a las personas con necesidades educativas o de inserción laboral. Y 3, el fomento de la seguridad ciudadana y prevención de la delincuencia [artículo 4.i)].

---

15 Creado por RD 1910/1999, de 17 de diciembre, y cuya regulación ha sido modificada por RD 235/2005, de 4 de marzo.

16 Resolución de 28 de enero de 2013, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad.

17 Sobre el impulso que este órgano ha proporcionado a la creación de estructuras y medidas que han permitido ir conformando a nivel nacional un espacio para el tercer sector se puede consultar DE LORENZO GARCÍA, R., «La Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector: una novedad en el panorama español», en *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 25, 2013, pp. 203-212.

Recoge los órganos de participación ya creados: Consejo Estatal de Organizaciones no Gubernamentales de Acción Social y Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector.

El ámbito de aplicación de la Ley se extiende a aquellas Entidades que actúen en el ámbito estatal, siempre que lo hagan en más de una Comunidad Autónoma o en las Ciudades de Ceuta y Melilla (artículo 3).

Merece la pena llamar la atención sobre la diversificación de fuentes de financiación que se efectúa, de forma especial, se dice, mejorando la normativa sobre mecenazgo e impulsando la responsabilidad social empresarial [artículo 6.1.c)]. La mayor parte de estas medidas no son nuevas, ya que se encuentran recogidas en el artículo 58 de la Ley 12/2008, de Servicios Sociales del País Vasco.

El futuro de la financiación del Tercer Sector parece apuntar hacia un sistema de diversificación financiera que fortalezca este sector, buscando junto a la financiación pública nuevas fuentes de financiación de procedencia privada, fomentando e incentivando la responsabilidad social corporativa<sup>18</sup>.

La participación de las empresas se fomenta, también, en programas de voluntariado «siempre que las actuaciones que realicen puedan calificarse como de interés general, se incluyan en alguno de los ámbitos de actuación de voluntariado y respeten los valores y principios que inspiran la acción voluntaria, de acuerdo con lo establecido en el Título I». Esta participación se puede concretar «mediante la incorporación de los trabajadores que decidan participar libre y voluntariamente como voluntarios en programas promovidos por entidades de voluntariado en colaboración con la empresa» (artículo 21, 1 y 2, de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado) así como en medidas de reducción o adaptación de la jornada laboral mencionadas en el artículo 20.2. de la citada Ley, en todo caso, deberán constar por escrito.

---

18 Una mención a la RSC se encuentra en el artículo 529 ter.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), que modifica la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo. Una conexión entre libertad religiosa y responsabilidad social corporativa en CLARK, G. y SNYDER, R.E., «Promoting religious freedom. A corporate Social Responsibility», en *Educação&Linguagem*, vol. 17, núm. 1, 36-37, enero-junio de 2014.

Parecen sentarse, así pues, las bases para un modelo muy distinto del previsto en la Constitución española, en el que se camina hacia una corresponsabilidad financiera entre lo público y privado y en el que se refuerza el tercer sector desde el punto de vista de la financiación, al sumar a la financiación pública acciones que favorezcan la movilización de recursos económicos de las empresas hacia el Tercer sector<sup>19</sup>, y al incentivar la internalización de su acción social<sup>20</sup>; al mismo tiempo que se promueve la movilización de capital humano que sirva de soporte para la atención de las situaciones de necesidad.

---

19 Más desarrollada y precisa es la Ley 6/2016, de 12 de mayo, del Tercer sector del País Vasco, en la que, con el objetivo de reforzar la presencia de las asociaciones sin ánimo de lucro que ocupan un lugar secundario en el Sistema de Servicios Sociales del País Vasco, relegado a aquellos ámbitos que se encuentren fuera de los servicios sociales, se pretende tener una presencia en los servicios sociales a través de los instrumentos jurídicos previstos en la Ley 12/2008, de Servicios Sociales, y reforzar su actuación en aquellos ámbitos que están fuera de los servicios sociales. Entre las medidas propuestas se encuentran el impulso de iniciativas que movilicen recursos económicos de las empresas para el desarrollo de iniciativas de interés general de las organizaciones del Tercer Sector Social en el ámbito de la intervención social ajenas a la provisión de servicios de responsabilidad pública (acciones de patrocinio y mecenazgo, donación, marketing con causa u otras acciones...). Asimismo, se proponen como medida «acciones de voluntariado corporativo, convenios para la puesta en marcha de proyectos compartidos u otras acciones que impliquen una colaboración de carácter más estable, conectadas con enfoques de responsabilidad social y con la misión de las empresas y las organizaciones, y la movilización no solo de capital económico, sino también humano y social» (artículo 24).

20 La acción social de la empresa (ASE) entendida como la internalización estratégica por las empresas de las preocupaciones en materias como medioambiente, social..., etc., se encuentra en una fase de expansión. Su reconocimiento conecta, a nivel europeo, con conceptos como el de responsabilidad social corporativa, definido en el Libro Verde (2001) de la Comisión Europea como «integración voluntaria por parte de las empresas de las preocupaciones sociales y medioambientales en el desarrollo de sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus grupos de interés o interlocutores», *vid.* RODRÍGUEZ CABRERO, G. (Director), en *Servicios sociales, cit.*, pp. 118-122.

## 2.2. Asistencia social y servicios sociales. Una aproximación a las Leyes de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas

Un examen de las leyes de servicios sociales de las distintas CC.AA.<sup>21</sup> pone de relieve el diseño de un sistema mixto de asistencia social<sup>22</sup> que se organiza a través de los servicios sociales<sup>23</sup> con participación de la

---

21 Las Leyes vigentes en las distintas CC.AA. son las siguientes: Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía; Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón; Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales de Asturias; Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de las Illes Balears; Ley 9/1987, de 28 de abril, de Servicios Sociales de Canarias; Ley 2/2007, de 27 de mayo, de Servicios Sociales de Cantabria; Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña; Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha; Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León; Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura; Ley 13/2008, de 23 de abril, de Servicios Sociales de Galicia; Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de Madrid; Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de Centros y Servicios de Acción Social y Mejora de la Calidad de los Servicios de Madrid; Ley 3/2003, de 10 de abril, de Servicios Sociales de Murcia, modificada por la Ley 16/2015, de 9 de noviembre; Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra; Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco; Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja; Ley 5/1997, de 25 de junio, de Servicios Sociales de la Comunidad Valenciana.

22 La crisis del Estado social tiene como consecuencia la revitalización del voluntariado social que encuentra sus defensores entre quienes critican el monopolio estatalista en la satisfacción del bienes y proponen un «Welfare mix en el que el voluntariado y las organizaciones sin fin de lucro colaboran con el sector público en la satisfacción de nuevas demandas emergentes», así como entre quienes desde una crítica económica a la política del Estado Social proponen «el welfare pluralista en términos de oferta y demanda operando una mercantilización del bienestar. En el welfare pluralista el voluntariado y las organizaciones sin ánimo de lucro compiten proporcionando servicios con el sector público y privado para atender a la demanda en sus diversas formas»; *vid.* MAESTRO BUELGA, G. y GARCÍA HERRERA, M.A., *Marginación, Estado Social y Prestaciones autonómicas*, Madrid, ed. Cedecs, 1997, pp. 197 y 198.

23 Como ha puesto de relieve RODRÍGUEZ CABRERO, G. (Director), en *Servicios sociales*, *cit.* (p. 86), «la asistencia social y los servicios sociales son dos modalidades diferentes de un mismo tipo de actuación la acción social. Los servicios sociales

iniciativa privada, lo que conduce a una ciudadanía social dual en la que se potencia la remercantilización de la protección<sup>24</sup>. Con ello se afianza un modelo de Estado asistencial en el que se configura como función básica del sistema de protección la intervención ante las situaciones de indigencia, invirtiendo la tendencia del Estado social<sup>25</sup>. Un sistema en el que el Gobierno autonómico planifica las necesidades, crea los servicios públicos, las carteras de servicios y los instrumentos de participación con los entes privados en la satisfacción de las necesidades de la ciudadanía y en el que, asimismo, comparte competencias con las diputaciones y los municipios y coordina las actuaciones y programas realizados por cada una de ellas. Se crea un servicio de Inspección y un régimen de infracciones y sanciones que garantiza el cumplimiento de los requisitos establecidos por las leyes.

El acceso a los servicios públicos se configura como un derecho subjetivo con un alcance no siempre uniforme en las distintas CC.AA. Aunque básicamente este derecho se reconoce a los ciudadanos comunitarios y a los residentes, puede extenderse también a los no residentes en las situaciones de acreditada necesidad. Es un servicio de

---

serían la forma moderna de organizar la asistencia social, la mayor parte de los servicios sociales son de asistencia social».

24 Frente a la ciudadanía social como concepto unitario propio del Estado Social que encontraba su formulación constitucional en los derechos sociales, la ciudadanía social dual que surge con la crisis del Estado social representa la protección de la fragmentación y cuya manifestación se concreta en el asistencialización y la remercantilización de la protección. *Vid.* MAESTRO BUELGA, G. y GARCÍA HERRERA, M.A., *Marginación, Estado Social, cit.*, p. 242.

25 El modelo que se afianza ha sido calificado como un Estado asistencial o asistencialización del Estado que se caracteriza por haber transformado el sistema de protección característico del Estado Social invirtiendo la tendencia. La protección se reduce en los niveles altos del sistema, trasladando al mercado los niveles de calidad y expectativas que antes se encontraban en el sistema y ampliando la protección a la indigencia, configurándose como función básica del sistema de protección la intervención ante las situaciones de indigencia, de este modo, pierde virtualidad el modelo constitucional de derechos sociales. *Vid.* MAESTRO BUELGA, G. y GARCÍA HERRERA, M.A., *Marginación, Estado Social...*, *cit.* p. 244. En el mismo sentido LÓPEZ BASAGUREN, A., en «La politica sociale nello Stato autonomista spagnolo», en DE OTO, A. y BOTTI, F. (ed.), *Federalismo fiscale, principio de sussidiarietà e neutralità dei servizi sociali erogati. Esperienze a confronto*, Bologna University Press, Bologna, 2007, pp. 81-102, esp. p. 102.

responsabilidad pública y, en consecuencia, corresponde a la administración pública garantizar su calidad. Cuando éste se preste por gestores privados necesitarán una autorización administrativa que garantice que son centros homologados y que cumplen los estándares de calidad exigidos.

Esta exigencia de calidad está influyendo, al menos en el País Vasco, en la retirada en algunos sectores, principalmente aquellos en que se prestan servicios sociales, de las órdenes y congregaciones religiosas, en cuyas manos secularmente, en España, se encontraba la atención a la necesidad, por no poder ofrecer los estándares de calidad exigidos. Otras veces estas constituyen fundaciones civiles y contratan a profesionales para poder acceder a la prestación de servicios sociales bajo el paraguas de la financiación pública.

La intervención privada empresarial en la gestión de los servicios sociales se concentra en aquellos sectores de intervención en los que hay beneficio<sup>26</sup>. Fuera de la cartera de servicios, en ámbitos en que surgen necesidades emergentes o no cubiertas por los servicios sociales, se encuentra una mayor presencia de asociaciones sin ánimo de lucro, entre ellas entidades religiosas, que funcionan con financiación pública en régimen de subvención sobre la base de la presentación de programas o con sus propios medios. En esta situación se encuentran muchas acciones desarrolladas por entidades religiosas.

Las entidades privadas y las entidades sin ánimo de lucro, con voluntarios o sin ellos, consolidan su presencia en el ámbito público del sistema de servicios sociales, configurando un sistema integrado por prestaciones, servicios y equipamientos de titularidad pública y/o privados concertados, según unas u otras comunidades autónomas.

Entre los principios rectores que informan el sistema de servicios sociales públicos se seleccionarán aquellos que son de especial interés para nuestro estudio, en concreto el principio de solidaridad, el de participación y la perspectiva intercultural.

---

26 En la intervención en la mesa redonda de Íñigo Vidaurrázaga se pueden comprobar los sectores en que interviene la iniciativa privada: empresarial y asociaciones sin ánimo de lucro, publicada en CASTRO JOVER, A. (ed.), *Asistencia social, participación y reconocimiento de la diversidad. Un estudio comparado entre Alemania, España, Francia e Italia, cit.*, pp. 187 y 188.

Se ha dicho que el principio de solidaridad es inherente al Estado social<sup>27</sup> e indicador de su grado de cumplimiento<sup>28</sup>, que se conecta con los derechos fundamentales a través del principio de participación<sup>29</sup>.

El principio de solidaridad<sup>30</sup> y el principio de participación son mencionados como valores y principios en la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado<sup>31</sup>. Asimismo, la solidaridad es ampliamente mencionada en las leyes autonómicas de servicios sociales<sup>32</sup>, cuya lectura muestra que la mayor parte de ellas enumeran la solidaridad entre los principios que rigen el sistema público de servicios sociales, entendida unas veces como valor inspirador de las relaciones entre las personas y grupos sociales<sup>33</sup>, otras como principio general de actua-

---

27 DE CABO, C., *Teoría Constitucional de la solidaridad*, Madrid, ed. Marcial Pons, 2006, p.45.

28 *Ibidem*, p, 52.

29 *Ibidem*, p. 57.

30 En la Constitución española no se ha explicitado el principio de solidaridad social. El principio de solidaridad que se menciona en la Constitución española en el artículo 2 está limitado a la relación entre las nacionalidades y regiones que integran la Nación española. Este principio se concreta en sucesivos artículos de la Constitución, como el artículo 138 al relacionarse la efectiva realización del principio de solidaridad con el establecimiento de un equilibrio adecuado y justo entre las distintas partes del territorio español, con particular atención a las circunstancias del hecho insular. Este principio se refuerza en el artículo 158.2 al establecer un Fondo de Compensación para corregir los desequilibrios económicos interterritoriales.

31 *Vid.* como valor en los artículos 1.a) y 5.1, a) y d); y como principio en el artículo 5.2.c).

32 Asimismo, la Ley 23/1998, de 7 de julio, que regula la cooperación internacional al desarrollo, considera la cooperación internacional al desarrollo como expresión de la solidaridad del pueblo español con los países en desarrollo. En la misma dirección el RD 519/2006, de 28 de abril, que regula el Estatuto del cooperante, en la parte introductoria ha destacado que a través de la labor de los cooperantes se contribuye a difundir en el exterior la solidaridad como uno de los aspectos más positivos de la proyección internacional de la sociedad civil, las órdenes religiosas y las instituciones públicas españolas.

33 Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha; Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña; Ley 13/2008, de 23 de abril, de Servicios Sociales de Galicia; Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de las Illes Balears; Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de Madrid; Ley 3/2003, de 10 de abril, de Servicios Sociales de Murcia.

ción de los poderes públicos con la finalidad de favorecer la cohesión de la población<sup>34</sup>, y también como principio que se realiza mediante la justa distribución de los recursos entre personas y grupos<sup>35</sup>. En alguna ley se utilizan solidaridad y participación como sinónimos<sup>36</sup>, cuando se dice, tras referirse a la participación como principio rector del sistema de servicios públicos, que los poderes públicos promoverán la colaboración solidaria de las personas y de los grupos. No falta en alguna otra ley una identificación entre solidaridad y justicia social<sup>37</sup>. El resto de las leyes autonómicas de servicios sociales se refieren a la participación sin mencionar la solidaridad<sup>38</sup>. En lo que todas coinciden es en mencionar al voluntariado social comprometiéndose a la promoción de su participación solidaria, utilizando una vez más la participación como instrumento del valor solidaridad.

A diferencia de los principios de solidaridad y participación que se encuentran presentes en la mayor parte de las leyes de servicios sociales, la perspectiva intercultural<sup>39</sup> solo se encuentra en la Ley 12/2008, de Servicios Sociales del País Vasco, que al referirse al principio de igualdad y equidad señala que las administraciones públicas vascas integrarán en sus actuaciones la perspectiva intercultural<sup>40</sup>. Este prin-

---

34 Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra; Ley 5/1997, de 25 de junio, de Servicios Sociales de Valencia.

35 Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía.

36 Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura; Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja; Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco.

37 Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León.

38 Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón; Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales de Asturias; Ley 2/2007, de 27 de mayo, de Servicios Sociales de Cantabria.

39 Una referencia a la igualdad material como precondition necesaria para la viabilidad de la interculturalidad se encuentra en CASTRO JOVER, A., «Interculturalidad y Derecho en el ámbito regional y supranacional europeo», *cit.* p. 39.

40 En el artículo 7 en el apartado c) que se refiere al principio de la igualdad y equidad se dice que «... las administraciones públicas vascas... garantizarán el acceso a dichas prestaciones y servicios con arreglo a criterios de equidad... e integrando en sus actuaciones la perspectiva... intercultural». Así pues, el principio de igualdad y equidad tiene entre sus objetivos conseguir una homogenización y equilibrio en la prestación de los servicios en los tres territorios históricos garantizando unos míni-

principio deberá ser respetado por la actuación de las empresas privadas que intervengan en la prestación de servicios sociales<sup>41</sup>, de donde derivan obligaciones positivas para los poderes públicos. Asimismo, con una intensidad y alcance mucho menor se encuentra una referencia al respeto a la diversidad como principio programático en la Ley 14/2010, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha [artículo 6.1.h)], formulación de la que se derivan meras obligaciones negativas.

No todas las leyes exigen a las entidades que participan la adopción de una forma jurídica determinada<sup>42</sup>. Aquellas leyes que mencionan la forma jurídica que deben adoptar, en la mayor parte de las ocasiones exigen a los entes privados prestadores de acción social que quieran colaborar con la red pública de servicios sociales adoptar la forma jurídica de asociaciones, cooperativas, fundaciones, organizaciones de voluntariado, asociaciones sin ánimo de lucro u organizaciones no gubernamentales. Otras veces, la consideración de entidad de iniciativa social requiere acreditar que su actividad y finalidad prioritaria sea la prestación de servicios sociales<sup>43</sup>, con exigencia en ocasiones de que se

---

mos, garantizar el acceso a los servicios con equidad y no discriminación aunque sin perjuicio de que se apliquen medidas de acción positivas y de igualdad de oportunidades y finalmente integrar, entre otras, la perspectiva intercultural.

41 Las entidades privadas que satisfagan servicios sociales deberán, según se indica en el artículo 60.4, respetar los principios enumerados en el artículo 7, de forma especial menciona el de igualdad y equidad.

42 *Vid.* CASTRO JOVER, A., «Desarrollo y aplicación por las Comunidades Autónomas de los Acuerdos de 1979 entre el Estado español y la Sta. Sede», en *ADEE*, vol. XXVI, 2010, pp. 461-488, esp. p. 482.

43 En este sentido el artículo 83.1 de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón, al regular las subvenciones a entidades de iniciativa social condiciona su concesión a que tales actividades se correspondan con los fines propios de la entidad, y quede debidamente justificado el interés social de la actuación. En el mismo sentido, el artículo 65 de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra, establece que la iniciativa social a «las personas físicas y jurídicas cuyas actividades o fines prioritarios constituyan la prestación de servicios sociales e inscriban los servicios que prestan en el Registro de Servicios Sociales serán consideradas entidades de iniciativa privada de servicios sociales». También el artículo 75 de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de las Illes Balears, dice así: «A los efectos de la presente ley se considerarán entidades de iniciativa privada de servicios sociales las personas físicas y jurídicas que tienen como finalidad y actividad prioritaria la prestación de servicios sociales».

trate de los fines propios del ente. A la existencia de esta misma finalidad se condiciona, en no pocos casos, la obtención de subvenciones o la firma de conciertos<sup>44</sup>.

Las Leyes autonómicas de servicios sociales no se refieren, con carácter general, de forma expresa, a los entes de las confesiones como gestores privados de la acción social. Solo una de ellas menciona a Cruz Roja y Cáritas como entidades a las que hay que prestar una atención especial<sup>45</sup>. Esta última es uno de los entes benéficos de la Iglesia Católica más relevantes, con personalidad canónica y civil<sup>46</sup>.

---

44 Este requisito se exige en el artículo 83.1 de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón. La finalidad de solidaridad social se requiere para la obtención de conciertos en el artículo 14 de la Ley 9/1987, de 28 de abril, de Servicios Sociales de Canarias y en el artículo 25 de la Ley 3/1986, de 16 de abril, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha. La colaboración con la iniciativa social está condicionada a la inscripción en el Registro y a que se atengan entre otros requisitos a: «d) garantía de democracia interna en la composición de las funciones de los órganos de gobierno de las asociaciones».

45 Es el caso de la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León en el artículo 87.3.

46 Cáritas Diocesana, creada en 1947, tiene personalidad jurídica propia, tanto eclesiástica como civil. Las distintas Cáritas Diocesanas forman parte de la confederación oficial de las entidades de acción caritativa y social de la Iglesia católica en España, instituida por la Conferencia Episcopal con el nombre de Cáritas española. Su infraestructura y volumen de servicios prestados es realmente significativa. Cáritas tiene entre sus objetivos fundacionales la ayuda a la promoción humana y al desarrollo integral de la dignidad de todas las personas que se encuentran en situación de precariedad. La mayor parte de su material humano, según datos de la Memoria de 2014, es voluntariado (81.917), aunque también cuenta con trabajadores remunerados (4.504). La totalidad de sus ingresos se integra de financiación pública y privada. La financiación pública en los últimos años ha descendido del 38,3 % en 2008 al 25,08 % en 2013, subiendo en 2014 al 27,7 %, y las aportaciones privadas han aumentado del 61,71, en 2008 al 74,92 en 2013, bajando en 2014 al 73 %; estos datos se pueden consultar en las Memorias anuales publicadas en [www.caritas.es](http://www.caritas.es) (última consulta el 13 de noviembre de 2015). Cáritas interviene, en la mayor parte de las ocasiones, en acciones y programas, aunque en ocasiones también concierta la prestación de determinados servicios con las administraciones públicas competentes cuando tiene los medios materiales y personales.

Las Instituciones religiosas son mencionadas en la Disposición Adicional 5.<sup>a</sup> de la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios sociales de Andalucía, que establece: «Las instituciones que presten Servicios sociales de la Iglesia católica o dependientes de ella, así como las vinculadas a otras confesiones religiosas, la Cruz roja y demás entidades de carácter privado que colaboren con el Sistema Público de Servicios Sociales conservarán su identidad específica y registrarán su organización y funcionamiento por sus propios estatutos sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos que se establezcan en el artículo 25<sup>47</sup> de esta Ley»<sup>48</sup>.

La fórmula utilizada en esta disposición, «instituciones que presten Servicios sociales de la Iglesia católica», es más amplia que la utilizada en el Acuerdo: «Instituciones o entidades de carácter benéfico o asistencial dependientes de ella...». La primera permite incluir en una interpretación literal, por la amplitud de la formulación, todas aquellas instituciones de la Iglesia que presten servicios sociales. Entran, así, dentro de esta fórmula tanto aquellos entes que tengan carácter benéfico como fin prioritario como aquellas que, teniendo una finalidad religiosa prevalente, presten servicios sociales, entre las cuales se encontrarían las órdenes y congregaciones religiosas de la Iglesia Católica<sup>49</sup>. Además, se garantiza su identidad y autonomía para estable-

---

47 Modificado por el artículo 28 de la Ley 15/2001, de Medidas de Andalucía de 26 de diciembre, que modifica la redacción anterior en dos aspectos, en primer lugar ampliando las entidades de iniciativa social a las privadas y no solo a las entidades sin ánimo de lucro y eliminando la referencia a las subvenciones como instrumento de financiación de las entidades privadas sin ánimo de lucro.

48 En el Anteproyecto de Ley de servicios sociales de Andalucía desaparece toda referencia a las confesiones religiosas.

49 Una muestra de la participación de las órdenes y congregaciones religiosas en la acción social se encuentra en un informe encargado por la Dirección general de asuntos religiosos del gobierno de la Generalitat al Centro de investigación ISOR (Investigacions en Sociologia de la Religio) de la Universidad Autónoma de Barcelona. Los resultados del estudio, que circunscriben su investigación a la Comunidad Autónoma de Catalunya y cuyo objetivo es conocer la tarea social que desempeñan los institutos de vida consagrada y las sociedades apostólicas de vida consagrada en la Comunidad Autónoma catalana, muestran que se prestan unos 776 servicios, de los que el 47 % es prestado de forma directa por la titularidad de la congregación y el resto uno de cada cuatro son prestados bajo el paraguas de la Iglesia católica. «La mayoría de los servicios se prestan en el ámbito de la inmigración (14,4 %), sensi-

cer su organización y funcionamiento. La amplitud de su contenido se explica, en mi opinión, porque el centro de interés de la ley se encuentra en el ámbito objetivo, esto es, en introducir los instrumentos que permitan supervisar que la actividad social realizada se ajuste a los parámetros de planificación, calidad de servicios prestados y control de la aplicación de los fondos públicos. Esto la diferencia de otras leyes de servicios sociales que inciden también en el aspecto subjetivo de las entidades, esto es, la forma que deben adoptar. Esta perspectiva objetiva que atiende a la calidad del servicio y la somete a controles por los servicios de inspección deja en un lugar secundario las motivaciones, entre ellas las religiosas, por las que actúan las confesiones religiosas<sup>50</sup>. Así pues, desde el punto de vista de la prestación del servicio, la sujeción de los entes religiosos a las exigencias de los estándares de calidad requeridos y controles en el acceso y destino de los fondos públicos supone desde la perspectiva del Estado una exigencia de transformación de su secular forma de intervención en la atención a los necesitados guiada por la beneficencia. Lo que, en muchas ocasiones, tiene como consecuencia bien la retirada de la intervención en sectores en los que tradicionalmente intervenían o bien la constitución de una fundación con personalidad civil y la contratación de profesionales que atiendan el servicio.

Aun así, desde el punto de vista de la laicidad y del respeto de la libertad de conciencia de los usuarios hay que exigir, además, que se respete la libertad de conciencia de los usuarios del servicio<sup>51</sup>. De este

---

bilización ciudadana (13,5 %), inserción económica y/o social (11 %), beneficencia (9,5 %) y salud (8,9 %), y se concretan, principalmente, en alfabetizar y formar a colectivos analfabetos o con falta de formación (16,7 %), ofrecer atención residencial, hospitalaria y/o domiciliaria (13,8 %), recoger y distribuir alimentos, ropa y/o otros productos (10,2 %) y fomentar el voluntariado (6,4 %). La mitad de los servicios el 45,7 % se producen en la comarca del Barcelonès, distribuyéndose el resto por el territorio catalán, estando más presentes en las zonas urbanas». [http://urc.confer.es/urc/publica/servei\\_servir/Al%20servei%20de%20servir\\_parlament.pdf](http://urc.confer.es/urc/publica/servei_servir/Al%20servei%20de%20servir_parlament.pdf), *cit.* en CASTRO JOVER, A., «Desarrollo y aplicación por las Comunidades Autónomas», *cit.*, p. 487.

50 *Vid.* CASTRO JOVER, A., «Desarrollo y aplicación por las Comunidades Autónomas», *cit.*, p. 483.

51 LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad de Conciencia*, vol. II, Madrid, ed. Thomson Reuters-Civitas, 2011, p. 458, sostiene que desde el punto de vista de la laicidad lo que importa es «la limpieza secular de los objetivos perseguidos y la consiguiente escrupulosa secularidad de su prestación. Si estas condiciones se

modo, y como ejemplo, no puede imponerse como obligado el pago del servicio religioso católico, como suele ocurrir en las residencias de la tercera edad concertadas.

### **3. LA PARTICIPACIÓN DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS EN EL SISTEMA DE ASISTENCIA SOCIAL**

La participación de las confesiones religiosas en la acción social no es un fenómeno nuevo. Al contrario, el «trasfondo religioso cultural de la caridad» ha inspirado durante mucho tiempo las políticas de acción social en España<sup>52</sup>, vinculada durante todo el Antiguo Régimen a la Iglesia Católica y que a partir del XIX experimenta un desplazamiento desde la caridad y el «benefacere» ilustrado pasando a la institucionalización de la beneficencia como sistema público de asistencia, y de ahí al Estado de Bienestar, que es la máxima expresión de lo público<sup>53</sup>. En España esta trayectoria de la caridad al Estado de Bienestar ha sido lenta y con retrocesos, sin que pueda hablarse hasta la transición democrática de un sistema público de asistencia social, en el que los servicios sociales se configuran como derechos subjetivos de la persona y su prestación es responsabilidad del Estado. El comienzo del Estado de Bienestar en España coincide con su crisis en la mayoría de los países de occidente<sup>54</sup>. En este nuevo contexto normativo la presencia de la Iglesia católica pasará de tener una posición de preeminencia en el pasado a ser subsidiaria y a estar fuertemente condicionada en su intervención por la configuración del derecho a los servicios sociales como un derecho subjetivo.

---

cumplen, no importa el carácter religioso de la asociación o fundación que realice tales actividades».

52 Esta idea se encuentra presente en CARASA SOTO, P., «Beneficencia y “cuestión social”: una contaminación arcaizante», en *Historia contemporánea* 29, 2004, pp. 625-670.

53 Una evolución desde la caridad al Estado de bienestar en España se encuentra en CARASA SOTO, P., «Lo privado y lo público en el sistema asistencial: el triángulo Iglesia-Ayuntamiento-Estado en la beneficencia española», en *Asistencia y caridad como estrategias de intervención social: Iglesia, Estado y Comunidad (siglos XV-XX)*, Bilbao, ed. Laurinda Abreu, 2007, pp. 141-171, esp. pp. 142-143.

54 *Ibidem*, p. 148.

La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, en el artículo 6.1 establece que las confesiones religiosas para la realización de sus fines podrán crear instituciones que se rijan por sus propias normas estatutarias, así como incluir cláusulas de salvaguarda de su propia identidad; en el apartado número dos se dice que «podrán crear y fomentar, para la realización de sus fines, Asociaciones, Fundaciones e Instituciones con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico general». No se mencionan las actividades que las confesiones puedan desarrollar en la consecución de sus fines, pero parece claro que entre ellas se encuentran las caritativas. De aquí se desprende que todas las confesiones inscritas, con independencia de la firma de acuerdos, pueden desarrollar actividades de acción social utilizando las formas jurídicas que permite la Ley.

Los acuerdos firmados con las confesiones religiosas se refieren todos ellos a la creación de asociaciones o instituciones con fines de acción social, así como al derecho a disfrutar de los beneficios fiscales previstos para las asociaciones sin ánimo de lucro.

Sin embargo, la formulación que se utiliza en los acuerdos con las confesiones religiosas no es siempre la misma. El Acuerdo con la Iglesia Católica establece que estas instituciones se regirán por sus propios estatutos; se opta, pues, por la formulación del artículo 6.1 de la LOLR, y se contempla de forma expresa la posibilidad de colaborar en este ámbito con el Estado. Por el contrario, los acuerdos con las confesiones minoritarias parecen apuntar al sometimiento de estas asociaciones o entidades al derecho común, siguiendo lo establecido en el artículo 6.2 de la LOLR, y no se contempla una colaboración de forma expresa en este ámbito. Aunque tampoco se excluye, ya que como cualquier otra asociación sin ánimo de lucro pueden participar, siempre que cumplan los requisitos establecidos por la ley, a través de los distintos instrumentos de financiación previstos en el sistema de asistencia social. Hay marcadas diferencias en las estructuras de las que disponen las distintas confesiones. Su participación en la gestión del sistema de servicios sociales es muy desigual, como se mostrará a continuación.

El sometimiento de los entes eclesiásticos que intervienen en los sistemas públicos de asistencia social a sus normas estatutarias tiene como consecuencia que en su actuación no es fácil separar el carácter religioso de un ente y su finalidad benéfica,<sup>55</sup> porque de alguna forma

---

55 La Instrucción de la Comisión permanente de la Conferencia Episcopal de 5 de febrero de 1999 sobre inscripción de asociaciones y fundaciones de la Iglesia

la actividad benéfica es expresión de su finalidad religiosa. Cuando los entes benéficos de las confesiones religiosas participan en el sistema público de servicios sociales con financiación pública y se integran en el sistema público a través del instrumento del concierto se plantean dos tipos de problemas muy conectados entre sí. En primer lugar, el problema de cómo conciliar, de un lado, el principio de laicidad del Estado en virtud del que los poderes públicos deben evitar identificarse con la religión y, de otro lado, la integración en el sistema público como gestores de entes que, realizando la prestación de un servicio social, tienen también una finalidad religiosa que de forma inevitable impregna su actividad y podría suponer en línea de principio una inadecuada utilización de los medios públicos<sup>56</sup>. En segundo lugar, e

---

católica en el RER del Ministerio de Justicia señala entre los fines religiosos (núm. 8) la práctica de la caridad evangélica tanto espiritual como temporal en sus diversas formas y manifestaciones, incluidas las actividades benéfico-asistenciales institucionalizadas (orfanatos, casas de asistencia, de acogida...) en servicio especialmente de los más necesitados (pobres, huérfanos...), siempre que los servicios señalados se ofrezcan sin contraprestaciones económicas obligatorias.

El carácter de entidad religiosa de las entidades benéficas de la Iglesia Católica está para algunos autores fuera de duda, en este sentido LÓPEZ ALARCÓN, M., en «Entidades religiosas en Derecho Eclesiástico del Estado», en *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, NAVARRO VALLS, R. (Coordinador), Pamplona, Eunsa, 1983, p. 303. En el derecho italiano FLORIS, P., «Associazioni ed enti nell'agire solidale. Le risposte del diritto canonico e del diritto ecclesiastico», en *Recte sapere. Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 929 y ss., y también publicado en *Il diritto ecclesiastico* núm. 3-4/2013, aborda el tema de la actividad benéfica desarrollada por las confesiones religiosas manteniendo la distinción entre dos tipologías de entes presentes en el derecho italiano, de un lado los entes eclesiásticos civilmente reconocidos, previstos en los acuerdos Estado-confesiones religiosas, y de otro lado los entes benéficos de origen o inspiración religiosa, sujetos al derecho común. Algunos de estos entes pueden considerarse como figuras puente entre los entes eclesiásticos y los entes sin ánimo de lucro; así los ha clasificado FLORIS, P., «Comunità islamiche e lacune normative. L'ente que non c'è: L'associazione con fine di religione e di culto», en *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, CARLO CARDIA y GIUSEPPE DALLA TORRE (eds.) Torino, Giappichelli, 2015, pp. 75-96, esp. p. 81. También FOLLIERO, M.C., *Enti religiosi e non profit tra Welfare State e Welfare Community. La Transizione*, 2.<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2010.

56 Este riesgo ha sido puesto de relieve por LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., en «El principio de "subsidiariedad horizontal" en el ordenamiento español», en CIMBA-

íntimamente conectado con la laicidad, principio cuya función principal es ser garante de la igualdad, se puede poner en riesgo el derecho de libertad de conciencia de los usuarios si no se establecen las garantías necesarias. La preservación de la libertad de conciencia de los usuarios debe ser especialmente protegida en un ámbito como el de la exclusión y la marginalidad en el que dependen de la Administración y en el que no hay libertad de elección.

La elección de uno u otro instrumento de financiación de la acción social de las entidades religiosas tiene como consecuencia una mayor o menor integración en el sistema. Así, la financiación a través de programas garantiza la no confusión entre la finalidad religiosa y actividades de carácter benéfico en mayor medida que la firma de concertos o convenios, ya que la subvención tiene un carácter finalista en el que se financia el programa presentado, y está sujeta a evaluación y control.

No se debe, sin embargo, dejar de apreciar uno de los aspectos positivos que tiene el hecho de que la atención de ciertas necesidades, no cubiertas por los servicios sociales, esté en manos de entidades religiosas, como es que las situaciones de necesidad se siguen atendiendo con fondos propios cuando no hay financiación de las administraciones públicas. Algo que no ocurre con otro tipo de asociaciones sin ánimo de lucro, que dependen de la financiación pública y sin ella desaparecen.

Como se ha dicho con anterioridad las estructuras de las que disponen las confesiones religiosas son distintas. Distinguiré dos apartados; en el primero se abordará la participación de la Iglesia Católica en el sistema de asistencia social, y en el segundo la participación de las confesiones minoritarias.

### **3.1. La articulación de la participación de la Iglesia Católica en la asistencia social<sup>57</sup>**

El más amplio desarrollo de colaboración se ha producido con la Iglesia católica. Así, los Acuerdos sobre Asuntos jurídicos con la Santa

---

LO, G. y ALONSO PÉREZ, J.I. (eds.), *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 73-96, esp. p. 95, también en *Derecho de la Libertad de Conciencia*, vol. II, Madrid, ed. Thomson Reuters-Civitas, 2011, p. 459.

57 Vid. CASTRO JOVER, A., «Desarrollo y aplicación por las Comunidades Autónomas», *cit.*, pp. 480 y ss.

Sede distinguen entre los entes con finalidad religiosa y las Instituciones o entidades de carácter benéfico o asistencial dependientes de ella. Los primeros están regulados en el artículo I, las segundas en el artículo V<sup>58</sup>.

Los compromisos asumidos se concretan, en primer lugar, en no impedir a la Iglesia que desarrolle su actividad asistencial a través de las Instituciones o entidades de carácter benéfico o asistencial dependientes de ella (no incluye en este punto la actividad social desempeñada por las ordenes y congregaciones religiosas); en segundo lugar, en garantizar el respeto a sus normas estatutarias y, en tercer lugar, en extender a su actividad social los mismos beneficios que reciben los demás entes privados que se dediquen a esta actividad<sup>59</sup>.

Finalmente, se sientan las bases de una eventual colaboración si así lo entienden oportuno. La firma de convenios, en este ámbito, entre la Iglesia católica y el Estado es potestativa. Solo tres comunidades autónomas han desarrollado la colaboración con la Iglesia católica a través de Convenios firmados con los representantes de las distintas Diócesis con sede en el territorio de la Comunidad Autónoma.

La Iglesia católica interviene en el ámbito de la acción social a través de tres tipos de entes, en primer lugar a través de Instituciones benéficas como Cáritas; en segundo lugar, a través de entes eclesiásticos como las órdenes y congregaciones religiosas, y finalmente constituyendo fundaciones civiles, sometidas al derecho común.

Los instrumentos jurídicos de financiación varían de una Comunidad Autónoma a otra, y también según el sector de intervención.

---

58 «La Iglesia puede llevar a cabo por sí misma actividades de carácter benéfico o asistencial. Las Instituciones o entidades de carácter benéfico o asistencial dependientes de ella se regirán por sus normas estatutarias y gozarán de los mismos derechos y beneficios que los entes clasificados como de beneficencia privada. La Iglesia y el Estado podrán de común acuerdo establecer las bases para una adecuada colaboración entre las actividades de beneficencia o de asistencia realizadas por sus respectivas instituciones».

59 *Vid.* artículo V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos y la Disposición Adicional novena 3 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de incentivos fiscales al mecenazgo, que considera estos entes como entidades beneficiarias del mecenazgo a los efectos previstos en los artículos 16 a 25 de esta ley.

El desarrollo de la Disposición Adicional 5.<sup>a</sup> de la Ley 2/1988, de Servicios Sociales de Andalucía, se ha concretado en un Convenio firmado con los Obispos de las Diócesis de esta Comunidad el 3 de febrero de 1994<sup>60</sup>. Su finalidad es asegurar una adecuada planificación y evitar duplicidades y lagunas. A ese fin, la Iglesia católica se compromete a facilitar información a los órganos competentes de la Comunidad sobre las Entidades e Instituciones de carácter benéfico y asistencial de la Iglesia o dependientes de ella, así como de sus Centros, Servicios y actividades. La colaboración se extiende a todas aquellas materias de interés mutuo comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha ley<sup>61</sup>. La colaboración económica queda sometida a los requisitos y procedimientos establecidos en la ley, en el marco de las convocatorias públicas y de las fórmulas regladas establecidas a estos efectos.

Hay que añadir en esta Comunidad el Protocolo de colaboración entre la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía y los Obispos de las Diócesis que se encuentran en el territorio de la Comunidad Autónoma andaluza en materia de asuntos sociales, firmado en Sevilla el 2 de abril de 2004, para cuyo seguimiento se prevé, también, la creación de una comisión mixta<sup>62</sup>.

---

60 Publicado por Resolución de 18 de abril de 1994 (BO Junta de Andalucía de 10 de mayo de 1994, núm. 64 (p. 4289)).

61 Se crea una Comisión mixta para la ejecución y seguimiento del presente Convenio, compuesta de forma paritaria por representantes de la Consejería de Asuntos Sociales y los Obispos de las Diócesis de la Comunidad bajo la superior moderación y responsabilidad de la Consejería de Asuntos Sociales y del Obispo Delegado para estos asuntos. Sus funciones se concretan en proponer criterios para la actuación coordinada en estos servicios, informar de las iniciativas e incidencias sobre las materias de interés mutuo en el ámbito de la acción social, resolver las cuestiones incidentales que se planteen en la ejecución del convenio y evaluar el desarrollo y los resultados que deriven de la aplicación de este convenio. Se reconoce, asimismo, el derecho de las Instituciones y Entidades dependientes de la Iglesia prestadoras de Servicios sociales de participar en las Comisiones Especiales que puedan crearse en el ámbito del Consejo andaluz de servicios especiales como en los correspondientes a los Consejos Provinciales Municipales. Esta participación es semejante a la de los demás entes de iniciativa social que forman parte del sistema de servicios sociales de la comunidad.

62 Una mención a estos convenios se encuentra en AGUILAR ROS P. y LEAL ADORNA, M., «La regulación del factor religioso en la Comunidad de Andalucía», en GARCÍA GARCÍA, R. (dir.), *La libertad religiosa en las Comunidades Autónomas*, Barcelona, 2008, pp. 71-107, esp. pp. 94-95.

Asimismo, han firmado Convenios de colaboración con las Diócesis que se encuentran en su territorio las CC.AA. de Valencia y Extremadura; pero en estos casos circunscriben la colaboración económica a subvenciones y a la firma de Convenios-Programas para la financiación de programas y actuaciones específicas, colaboración que se desarrolla en el marco de las convocatorias públicas y con ajuste a los requisitos en ellas establecidos<sup>63</sup>.

Todos los Convenios firmados en este ámbito tienen carácter indefinido siempre que una de las dos partes no lo denuncie en el plazo de antelación fijado en el convenio.

En las leyes de las demás Comunidades Autónomas no se han firmado Convenios con las Diócesis existentes en su territorio. Sin embargo, nada impide que los entes de carácter benéfico dependientes de la Iglesia católica puedan participar en el sistema de servicios sociales a través de las distintas formas jurídicas previstas en la ley, y acceder a los distintos cauces de financiación pública contemplados en la norma. Las exigencias normativas en cuanto a la forma jurídica a adoptar

---

63 El Convenio de colaboración firmado el 22 de mayo de 1995 entre la Junta de Extremadura y las Diócesis de esta Comunidad (publicado por Resolución de 22 de junio de 1995 (DO de Extremadura de 27 de junio de 1995, núm. 75, p. 3052) prevé colaborar económicamente «con las instituciones y entidades de la Iglesia católica o dependientes de ella que cooperen con el Sistema Público de servicios sociales...». Esta colaboración económica se concreta en el otorgamiento de subvenciones o Convenios-programas para la financiación de actuaciones y programas específicos, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en las correspondientes convocatorias públicas. Utiliza al igual que el Convenio firmado en Andalucía una fórmula amplia, que permite incluir tanto a las entidades de la Iglesia Católica de carácter benéfico y social como a las entidades religiosas que realicen algún tipo de actividad social, y que reconoce el derecho de la Iglesia Católica a prestar servicios sociales de acuerdo con sus propias normas estatutarias. También se prevé la creación de una Comisión mixta para el seguimiento y evaluación con funciones semejantes a las previstas en el Convenio firmado en la Comunidad andaluza.

El Convenio Marco de colaboración entre la Generalitat Valenciana y las Diócesis de la Iglesia católica en la Comunitat Valenciana para la acción social de 24 de julio de 1997, publicado por Resolución 28 de abril de 1998 (DO de la Generalitat Valenciana de 26 de mayo de 1998, núm. 3250, p. 7722) circunscribe, a diferencia de los anteriores, la colaboración a las Entidades de Acción Social de la Iglesia, ajustándose en mayor medida a los términos del Acuerdo con la Santa Sede. En él se prevé la creación de una Comisión mixta para el seguimiento y evaluación.

no impiden en la práctica que entes eclesiásticos con finalidad religiosa sean gestores de un servicio público de forma directa, siempre que cumplan los requisitos exigidos en la norma. En otras ocasiones, las órdenes y congregaciones religiosas adoptan la forma de fundaciones civiles para construir proyectos a través de los que se interviene en diversos sectores, a fin de atender necesidades no cubiertas por los servicios sociales<sup>64</sup>.

### **3.2. La articulación de la participación de las minorías religiosas en la asistencia social**

#### *3.2.1. Confesiones minoritarias que han firmado acuerdos con el Estado*

Todos los acuerdos tienen la misma redacción, que se limita siempre a reconocer beneficios fiscales a las asociaciones y entidades creadas y gestionadas por las respectivas federaciones que se dediquen a actividades, entre otras, de asistencia social, sin que se contemple de forma expresa la colaboración con las administraciones públicas<sup>65</sup>.

La participación de las confesiones minoritarias a través de sus movimientos asociativos en el sistema de servicios públicos es muy desigual. Han tenido que adaptarse desde el punto de vista organizativo a un Estado descentralizado desde el punto de vista competencial que coexiste con una forma centralizada de concebir las relaciones entre el Estado y las confesiones<sup>66</sup>. Esta disfunción afecta de forma especial a las confesiones minoritarias, ya que la Iglesia Católica tiene una estructura organizativa que se adapta sin grandes problemas a la nueva conformación del Estado después de la Constitución de 1978. Este esfuerzo de adaptación de las confesiones minoritarias se ha con-

---

64 Un ejemplo se encuentra en la Fundación creada por los Hermanos Franciscanos de la Cruz Blanca, cuyos proyectos se pueden ver en [www.fundacioncruzblanca.org](http://www.fundacioncruzblanca.org).

65 Acuerdo con FEREDE (artículo 11.5); Acuerdo con Comunidades israelitas (artículo 11.5); Acuerdo con la Comisión Islámica (artículo 11.4).

66 Más ampliamente se puede ver en CASTRO JOVER, A., «La tutela de la diversidad religiosa en el ámbito local entre reglas jurídicas y buenas prácticas. El contexto español», en CASTRO JOVER, A. (Directora), *Diversidad religiosa y gobierno local. Marco jurídico y modelos de intervención en España y en Italia*, Pamplona, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 53-86.

cretado en el establecimiento de federaciones en las distintas CC.AA. con el propósito de designar un representante que pueda ser el interlocutor con las administraciones autonómicas y locales.

Desde el punto de vista de la acción social cuya competencia, como se ha dicho, es autonómica y local, es especialmente importante esta articulación en el territorio de las distintas CC.AA.

La FEREDE (Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España) creó en 1997 una plataforma de ámbito nacional, Diaconía<sup>67</sup>, dedicada a fines sociales, con personalidad jurídica propia, integrada estructuralmente en FEREDE, para coordinar su acción social y poder acceder a las subvenciones previstas por la asignación tributaria del IRPF. Existen también Diaconías autonómicas en 14 CC.AA. Desde el punto de vista funcional se encarga de coordinar el trabajo de las distintas entidades, busca financiación y proporciona información, orientación y gestión. Las áreas de intervención en las que promocio-na proyectos son las siguientes: red de infancia, inmigración, lucha contra la pobreza y contra la trata y cooperación internacional<sup>68</sup>.

La solidaridad en el derecho musulmán se concreta en el *zakat*, donación obligatoria que constituye uno de los cinco pilares del islam, y el *waqf*<sup>69</sup>, donación voluntaria. La puesta en práctica de estos institutos por la comunidad musulmana no es tarea sencilla. Las dificultades provienen de la fragmentación de las comunidades, así como de los obstáculos con que se encuentran para conseguir espacios sobre los que construir mezquitas. En la mayor parte de los casos, con no pocos

---

67 Según los datos de acción social de 2014, 1.363 entidades realizaron de forma regular una importante acción social, mayoritariamente como entidad religiosa (1.269 iglesias) y en número menor como ONGs (94). El número de voluntarios que participa es del 89,8 %, y el de personal contratado del 10 %. La financiación pública recibida es del 15 %, el resto procede de recursos propios. [www.diaconia.es](http://www.diaconia.es) (última consulta el 13 de noviembre de 2015).

68 Las actividades correspondientes a 2014 se pueden consultar en la memoria de dicho año en [www.diaconia.es](http://www.diaconia.es) (última consulta el 13 de noviembre de 2015).

69 El instituto islámico *waqf*, figura semejante a las fundaciones pías canónicas, está integrado por un patrimonio constituido por bienes muebles y/o inmuebles, procedente de donaciones voluntarias hechas por los fieles. Este patrimonio está inmovilizado pero el rédito que produce se destina a un determinado fin. Vid. CASTRO, F., «Diritto musulmano», en *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, quarta edizione, p. 305.

impedimentos, consiguen abrir locales de culto en los que realizan actividades de oración y enseñanza de la religión, sin que dispongan de las estructuras necesarias para canalizar a través de estos lugares la acción social. No faltan, sin embargo, algunos ejemplos de interés. Si tenemos en cuenta el ámbito nacional los centros islámicos con más medios se encuentran en Madrid, Barcelona, Valencia y Granada, en los que se desarrollan actividades de acción social. En concreto, el Centro Cultural Islámico de Valencia, inscrito como asociación sin ánimo de lucro en el Ministerio de Justicia, dedica una de sus actividades a la acción social, que en la actualidad se concreta en proyectos (caja social, ropero solidario, ayuda alimentaria, ayuda psicológica...) que obtienen subvenciones de distintas instituciones públicas (autonómica y local) y privadas (entidades bancarias y donaciones). Los beneficiarios de este tipo de ayudas son todas aquellas personas que lo necesiten con independencia de su religión; según la memoria de 2013 son mayoritariamente españoles (aproximadamente un 70 %) frente a colectivos marroquíes (algo más del 30 %), con inversión de los porcentajes con respecto al momento en que se crea el centro<sup>70</sup>.

Asimismo, es de interés mencionar la Fundación Al waqfislámica en España Convivencia e Integración<sup>71</sup>, instituida en Valencia, cuyo ámbito de actuación territorial es el de las comunidades autónomas de Valencia, Madrid, Cataluña y Aragón, sin perjuicio de que pueda actuar en otras comunidades autónomas. Entre los fines de interés general que persigue se encuentra «la asistencia social e inclusión social de los sectores sociales de población desfavorecidos, con especial atención a los miembros de la comunidad islámica española», así como «promover los valores de solidaridad, caridad y acción social entre los inmigrantes musulmanes y el resto de la comunidad islámica de España». Su ámbito de actuación preferente se limita a los musulmanes.

En el ámbito del voluntariado, es interesante como movimiento social de voluntariado la asociación sin ánimo de lucro VIAS (Vo-

---

70 Una comparación entre la memoria de 2012 y 2013, última publicada, muestra que el número de españoles atendidos ha pasado de 12 % en 2012 al 80 % en 2013, de marroquíes de 17 % al 30 % y de argelinos 9 % al 30 % respectivamente. Esta información se puede consultar en [www.webcciv.org](http://www.webcciv.org) (última consulta el 13 de noviembre de 2015).

71 Orden SAS/1556/2010, de 26 de mayo, por la que se clasifica la mencionada fundación.

luntariado Islámico de Acción Social) de Melilla, que dedica en estos momentos su actividad prioritaria al ámbito sanitario. El 90 % de su voluntariado es musulmán, su actividad se dirige a todo aquel que necesite ayuda en el ámbito sanitario y se financia con cuotas de los socios y donaciones privadas<sup>72</sup>.

### 3.2.2. *Confesiones a quienes se ha reconocido «notorio arraigo»*

Entre las confesiones que aun no habiendo firmado acuerdos con el Estado tienen reconocido notorio arraigo<sup>73</sup> se encuentran los Mormones<sup>74</sup>. Aunque la solidaridad, la ayuda a quien lo necesita, se encuentra entre sus valores, no participan a través de estructuras de tipo asociativo propias en el tercer sector, si bien internamente disponen de instrumentos de acción social dirigidos a sus propios miembros, como una tarjeta con una cantidad de dinero que les permita comprar en los supermercados alimentos básicos y cuyo coste es asumido por la Iglesia o becas de estudio para los necesitados; pero carecen de estructuras propias de acción social abiertas a los no miembros de la Iglesia. La ayuda a la colectividad con independencia de su credo se realiza a través de la oferta de voluntarios a las administraciones públicas, que canalizan su ayuda a través de otras asociaciones que necesiten voluntariado. Sí dispone, en cambio, de una estructura importante LSD Charities, cuya acción se proyecta en la ayuda al exterior, participando en todas las catástrofes en las que sea necesaria la ayuda humanitaria.

En síntesis, la participación de las confesiones religiosas a través de sus entes en la acción social tiene riesgos, que se han señalado con anterioridad, pero también aspectos positivos. Como se ha visto, su principal ámbito de intervención se encuentra en los sectores a los que no llega la cobertura de los servicios sociales; la atención se extiende,

---

72 Durante el periodo 1999-2004 firmaron un Convenio con la Ciudad Autónoma de Melilla, en virtud del que se encargaron de atender el Centro de Menores Extranjeros no Acompañados, lo que supuso para la asociación adaptarse a las exigencias del Convenio, y contratar a 99 personas para atender a unos 180 menores. Esta experiencia les hizo reflexionar y tomaron la decisión de prescindir de las ayudas públicas para poder actuar con mayor libertad y no dirigidos por la Administración. Fuente: Mohamed Ahmed Mohamed, secretario general de la asociación.

73 El notorio arraigo de las confesiones religiosas en España se encuentra regulado por Real Decreto 593/2015, de 3 de julio.

74 Fuente: Faustino López, representante de los Mormones en España.

en la mayor parte de los casos, a cualquier persona que se encuentre en una situación de necesidad sin importar sus convicciones, y es en esta acción solidaria donde se produce un encuentro humano que supera las diferencias, educa de manera informal en el valor de la solidaridad, favorece y facilita la cohesión social.

#### **4. EL RECONOCIMIENTO DE LA DIVERSIDAD. LA PERSPECTIVA INTERCULTURAL EN LOS SERVICIOS SOCIALES. ALGUNOS EJEMPLOS**

La acción social de la iniciativa privada sin ánimo de lucro, en la que hay que incluir la participación de las confesiones religiosas, puede ser un espacio, como se ha visto, para compartir, desde cosmovisiones diferentes, un valor común, la solidaridad, en el que todos se reconocen como seres humanos iguales. Desde este punto de vista la solidaridad es un valor que cohesiona la sociedad y, por tanto, es un instrumento inclusivo. Sin embargo, los factores culturales y religiosos están presentes también en las situaciones de desprotección y exclusión social y, en consecuencia, existe en estos sectores de intervención un espacio para el reconocimiento de la diversidad que requiere ser atendido si se quiere garantizar la igualdad material.

La Ley 12/2008, de Servicios Sociales del País Vasco, merece una particular atención en cuanto que menciona, en el preámbulo, la perspectiva intercultural<sup>75</sup> como un elemento a tener en cuenta en la construcción del sistema de servicios sociales. Además, al referirse en el texto al principio de igualdad y equidad señala que las administraciones públicas vascas integrarán en sus actuaciones la perspectiva intercultural. Además, hay que mencionar en la citada comunidad autónoma el Decreto 64/2004 de 6 de abril, por el que se aprueba la carta de derechos y obligaciones de las personas usuarias y profesionales de los servicios sociales en la Comunidad Autónoma del País Vasco y el régimen de sugerencias y quejas, que se refiere a los factores culturales

---

75 Una referencia al respeto a la diversidad como principio programático se encuentra en la Ley 14/2010, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha [artículo 6.1.h)]. Sin embargo, utiliza un concepto más amplio, como es el de la diversidad, y una formulación más atenuada, al configurarlo como principio programático y al limitar la obligación de la Administración al mero respeto, de donde se derivan meras obligaciones negativas.

y religiosos como elementos que integran el contenido del derecho de dignidad. Limitaré, pues, el desarrollo de este punto a la Comunidad Autónoma del País Vasco (en adelante CAPV).

Cuando nos encontramos en un ámbito de exclusión en el que las personas viven de los servicios sociales o de la solidaridad ciudadana, individual u organizada, aumentan las dificultades para poder vivir de acuerdo con las reglas religiosas de pertenencia que vinculan en conciencia. He elegido dos ámbitos distintos tanto en lo que se refiere a la situación en que se encuentran las personas como a la responsabilidad que sobre ellas tiene la Administración, pero en los que, salvadas estas diferencias, en las dos situaciones se requiere un reconocimiento de la diversidad cultural-religiosa y, en consecuencia, un trato diferenciado en atención a su identidad de pertenencia. Uno de estos ámbitos es el de los Centros de Menores Extranjeros No Acompañados (MENAs) y otro el de los comedores sociales.

#### **4.1. Centros de Menores Extranjeros No Acompañados**

Entre los derechos de los menores la normativa internacional<sup>76</sup>, nacional<sup>77</sup> y autonómica<sup>78</sup> reconoce su derecho a la libertad ideológica y de religión y el respeto de su identidad cultural-religiosa. No existe, al menos en la CAPV, una normativa específica para los menores extranjeros no acompañados, por lo que se someten a la regulación de carácter general establecida para los menores en situación de desprotección. Cuando los menores se encuentran en una situación de desprotección, y por tanto bajo la tutela de la Administración, corresponde a esta preservar y garantizar sus derechos. En la Comunidad

---

76 La Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 reconoce en su artículo 14 el derecho del niño a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y en el artículo 30 a tener su propia vida cultural, a profesar o practicar su religión y a emplear su propio idioma junto con el grupo de pertenencia, cuando forme parte de una minoría religiosa, étnica o lingüística.

77 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo artículo 6 reconoce su derecho de libertad ideológica y religiosa. Esta Ley ha sido modificada, sin que afecte a lo que aquí interesa, por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.

78 Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la infancia, en cuyo artículo 13 se reconoce el derecho del menor a la libertad ideológica y religiosa y al respeto a su identidad cultural.

Autónoma del País Vasco esta situación ha sido regulada por el Decreto 131/2008, de 7 de julio<sup>79</sup>, entre cuyos principios se garantiza el respeto a la diversidad y a la diferencia [artículo 8.2.f)], así como a sus orígenes, a fin de favorecer la conservación de su bagaje cultural y religioso [artículo 14.a)]. «Con el fin de respetar (*sic*) la diversidad de creencias de los niños, niñas y adolescentes acogidos, en las zonas comunes no se colocarán símbolos religiosos de ningún tipo, respetando el derecho de las personas acogidas a colocar dichos símbolos en el espacio individual de su habitación» (artículo 47.5). La ausencia de símbolos religiosos en los espacios comunes garantiza la neutralidad del centro residencial público, única posición desde la que se pueden favorecer en condiciones de igualdad las diversas identidades culturales-religiosas de los usuarios de dichos centros que, en todo caso, quedan preservadas y garantizadas por la norma.

Entre las áreas de atención se hace una mención especial a la alimentación y a la identidad socio-cultural. Con respecto a la alimentación se establece que se tendrán en cuenta tanto los aspectos nutricionales como educativos y culturales, entre los que se incluyen los gustos, estilos, costumbres o pautas culturales o religiosas (artículo 68), sin embargo, el respeto de las reglas religiosas alimentarias se limita en la práctica a proporcionar un menú sin carne de cerdo, no garantizándose la comida *halal*. En lo que se refiere a la identidad sociocultural no solo, se dice, debe respetarse, sino que debe favorecerse la conservación de la identidad socio-cultural, para lo que se establecen las medidas que deben adoptarse y que se concretan en dos ámbitos: en el educativo y en la organización del recurso de acogimiento residencial. En las actividades educativas las medidas a adoptar se centran en el acceso a los materiales didácticos o culturales y a las actividades que permitan esa aproximación, y en la organización del recurso de acogimiento residencial en el que se prestará atención a las comidas, la decoración de los espacios individuales y los materiales didácticos (artículo 76).

Esta normativa se proyecta en una realidad en la que la mitad de los menores que se encuentran en situación de desprotección son

---

79 Decreto 131/2008, de 7 de julio, regulador de los recursos de acogimiento residencial para la infancia y la adolescencia en situación de desprotección social. Decreto que declara aplicable a este ámbito el artículo 54 del Decreto acordado el 19 diciembre de 2014.

extranjeros<sup>80</sup>, procedentes de Marruecos<sup>81</sup>. Por tanto, lo más probable es que su religión de pertenencia sea el Islam; si bien este porcentaje, según las fuentes de información utilizadas, en la actualidad se ha reducido casi en un 50 %.

Estas características de los menores extranjeros no acompañados se tienen en cuenta a la hora de distribuirles en los distintos centros existentes. Estos centros forman parte de los servicios sociales de responsabilidad pública que son competencia de las Diputaciones Forales. Todos ellos son titularidad pública de IFAS (Institución Foral de Asistencia Social), pero su gestión, en la mayor parte de los casos, es indirecta, por lo que varía según los casos el tipo de entidad con la que se establece el convenio de prestación del servicio.

Existen distintos tipos de estructuras residenciales: centros residenciales, pisos de acogida, centros de preparación para la emancipación y pisos de emancipación. Las actividades que se realizan en estos centros están orientadas a la alfabetización, la educación de carácter general y a proporcionar una formación profesional, adecuada a su edad, que les permita una inserción social. La mayor parte de los menores extranjeros se encuentran en los centros residenciales.

Así, en el caso de la Diputación Foral de Álava<sup>82</sup>, el centro residencial que acoge a los menores extranjeros no acompañados es el

---

80 Según la Memoria de 2014, última publicada en la página de la Diputación Foral de Bizkaia —[www.bizkaia.net](http://www.bizkaia.net)— (última consulta el 13 de noviembre de 2015), el número de menores que se atendieron fue de 1.104, de los cuales 389 fueron MENAs (menores extranjeros no acompañados) y 715 menores no acompañados. El número de MENAs ha descendido con respecto a 2013, cuando fueron 475.

81 Este dato se encuentra en el Informe extraordinario acerca de la Institución de los Menores Extranjeros No Acompañados (MENAs), que en 2005 realizó la Institución del Ararteko (Defensor del pueblo de la Comunidad Autónoma del País Vasco) —[http://ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1\\_10\\_3.pdf](http://ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_10_3.pdf)—. Una actualización de los datos hasta 2009 se puede consultar en el Informe extraordinario acerca de Infancias Vulnerables (publicado en 2011), que ha elaborado dicha institución, pp. 152 a 154 —[www.ararteko.net](http://www.ararteko.net)—.

82 [www.alava.net](http://www.alava.net). En el informe mencionado de la Institución del Ararteko de 2005 el centro que atendía a los menores extranjeros no acompañados era Zabaltzen, gestionado por convenio por la Comunidad Salesiana, cuyo edificio es titularidad de Cruz Roja. Este centro se ha cerrado con posterioridad, al no proporcionar el espacio que se necesitaba.

Centro de Acogida y Urgencias Bideberria, gestionado por el grupo empresarial Urgatzi, que se estructura como un hogar funcional, con una capacidad de 32 plazas, para menores de entre 12 y 18 años, a fin de prepararlos para la vida autónoma.

En Bizkaia existe un centro de primera acogida llamado Zornotza<sup>83</sup>, que se crea en 2006 y funciona en régimen de gestión indirecta. El edificio lo proporciona IFAS (Instituto Foral de Asistencia Social), y la gestión está a cargo de una asociación sin ánimo de lucro formada por profesionales que intervienen al amparo de un convenio con la Diputación. De este centro pasan al centro residencial, Zabalotxe, que gestiona en régimen de convenio la Congregación de Terciarios Capuchinos. Según la memoria de 2013 atendió a 56 menores. Existen unos dieciocho centros, de los cuales seis son gestionados directamente por IFAS. Además, hay que mencionar, en cuanto a la Diputación Foral de Bizkaia, el proyecto Mundutik-Mundura de emancipación de jóvenes inmigrantes (JENAS); entre los requisitos que deben cumplir las personas que acceden a este servicio se encuentra el de ser varones y tener entre 18 y 23 años, y se les ofrece acciones de apoyo personal y residencial y de inserción laboral<sup>84</sup>.

En Gipuzkoa todos los centros existentes son gestionados por entidades privadas, como Urgatzi, y asociaciones sin ánimo de lucro.

La gestión de este tipo de centros por congregaciones religiosas puede plantear un conflicto de derechos. Por un lado, los entes religiosos que actúan en el ámbito social según lo establecido en el Acuerdo con la Santa Sede lo hacen adecuándose a sus normas estatutarias, en virtud de las cuales la finalidad religiosa y caritativa se encuentra indisolublemente unida, de manera que al intervenir en la gestión del servicio lo hacen con su identidad religiosa. Por otro lado, los usuarios de los centros que acogen a menores en situación de desprotección tienen derecho, según se establece en las normas reguladoras mencionadas, a que no solo se respete su identidad religioso-cultural, sino a que el centro que les acoge no haga ostentación en los lugares comunes de signo religioso alguno y promueva el desarrollo de su identidad religioso-cultural, que puede colisionar con la identidad del centro. La

---

83 [www.emankorsarea.org](http://www.emankorsarea.org).

84 Este proyecto dispone de 15 viviendas tuteladas con un total de 102 plazas y está gestionado de forma indirecta por cuatro asociaciones que funcionan en régimen de concierto. [www.bizkaia.net](http://www.bizkaia.net).

Diputación Foral de Guipúzcoa proporciona un ejemplo que garantiza los derechos del usuario del servicio al exigir que «Todos los recursos de acogimiento residencial de Gipuzkoa incluidos aquellos gestionados por entidades religiosas deben de contar con un *proyecto educativo*, “laico”, es decir, desprovisto de ideología confesional. La calidad de dicho proyecto educativo es un elemento esencial a la hora de decidir la adjudicación de un convenio o contrato a una entidad privada»<sup>85</sup>.

## 4.2. Comedores sociales

La alimentación puede estar fuertemente vinculada por razones de pertenencia religiosa, de la que resultan reglas que prohíben o que obligan al consumo de determinados alimentos. El cumplimiento de estas reglas incide en las diversas fases de la cadena alimentaria, preparación y producción, distribución y comercialización y consumo<sup>86</sup>.

La primera pregunta que hay que contestar es si la alimentación forma parte del contenido de la libertad religiosa. La LOLR no menciona entre las manifestaciones de la libertad religiosa, de forma expresa, la alimentación. La vinculación de la alimentación al contenido de la libertad religiosa encuentra su sede en los Acuerdos con los musulmanes y los israelitas que se refieren tanto a la preparación, producción, distribución, comercialización y consumo, con lo que se garantiza su adecuación a las reglas exigidas por la Ley islámica con la marca *Halal*, y *Kosher* en el caso de los israelitas.

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>87</sup> ha manifestado que las reglas alimentarias pueden ser consideradas una ex-

---

85 Vid. intervención, en la Mesa Redonda, de M. del Río Pereda, Directora General de Planificación, Inversiones y Prestaciones Económicas de la Diputación Foral de Gipuzkoa (desde diciembre de 2011 hasta agosto de 2015), en CASTRO JOVER, A. (ed.), *Asistencia social, participación y reconocimiento de la diversidad: Un estudio comparado entre Alemania, España, Francia e Italia.*, cit., p. 179.

86 Vid. CHIZZONITTI, A. G. (ed.), *Cibo, religione e diritto. Nutrimento per il corpo e per l'anima*, ed. Libellula, Tricase (LE), 2015. TARODO SORIA, S. y PARDO PRIETO, P.C. (Coords), *Alimentación, creencias y diversidad cultural*, ed. Tirant lo Blanch, col. Humanidades, Valencia, 2015.

87 La STEDH *Jakóbski v. Poland* de 7 de diciembre de 2010 considera vulnerado el derecho de libertad religiosa de un interno en un centro penitenciario que siendo budista solicitaba una comida vegetariana, petición que no fue atendida. En el mismo sentido se pronuncia en un caso semejante la STEDH *Vartic v. Romania* de 17 de

presión directa de las creencias y en consecuencia entrar dentro del ámbito de protección del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950.

Así pues, se puede afirmar que alimentarse de acuerdo con las reglas religiosas forma parte del contenido de la libertad religiosa, implícitamente comprendido en el bloque de constitucionalidad y de forma expresa en los Acuerdos mencionados, así como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>88</sup>. De esta afirmación se derivan obligaciones positivas por parte de los poderes públicos que se concretan en la adopción de medidas razonables y proporcionadas que aseguren el cumplimiento de este derecho. Sin embargo, ningún derecho es absoluto, y en su aplicación los poderes públicos pueden verse obligados a ponderar los derechos o bienes en juego. La decisión que resulte de esta ponderación debe ser razonable y proporcionada, de modo que el daño que se produce no sea superior al que se intenta evitar.

La segunda pregunta que tenemos que formular es la de si este derecho puede ser modulado y recortado en situaciones en que la persona está en una situación de dependencia de la Administración. El Acuerdo con la Comisión Islámica se refiere en el artículo 14 a situaciones en que la persona se encuentra internada en centros o establecimientos públicos<sup>89</sup>. En estos casos, cuando se solicite «se procurará adecuar (la alimentación) a los preceptos religiosos islámicos, así como el horario de comidas durante el mes de ayuno (Ramadán)». Si bien no se recoge un mandato, sí hay una exigencia dirigida a la Ad-

---

marzo de 2014. En sentido contrario en el derecho español cabe citar el Auto de la Audiencia Provincial de Palencia de 20 de abril de 1999 por el que se desestima el recurso interpuesto por un interno de un centro penitenciario que solicitaba una dieta estricta vegetariana. Se argumenta por el juez que el centro debe cuidar de que los internos reciban una dieta equilibrada, de forma que razones médicas, necesidades del servicio y la salvaguarda de los demás impiden atender esta petición.

88 En este sentido *vid.* CHIZZONITI, A. G., «La tutela della diversità: cibo, diritto e religione», en *Cibo e religione: Diritto e Diritti*, Antonio G. Chizzoniti y Mariachiara Tallacchini (eds.), ed. Libellula, 2010, pp. 19-46.

89 En el artículo 226 del Reglamento Penitenciario, aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero, se dice que en los centros penitenciarios se proporcionará una alimentación que entre otras cosas responda, «en la medida de lo posible, a las convicciones personales y religiosas».

ministración para que cree las condiciones de su ejercicio, que a la luz de la jurisprudencia del TEDH obligan a la Administración a realizar una ponderación de los derechos o intereses en juego y a decidir de acuerdo con la regla de la proporcionalidad.

Las personas que se hallan en una posición de exclusión social y que deben acudir a los comedores sociales no se encuentran en sentido técnico en una situación de dependencia de la Administración. Sin embargo, en la medida en que los comedores sociales estén comprendidos en los servicios sociales básicos cuya competencia corresponde a los municipios, existe un derecho subjetivo que comprende también el derecho a que se les proporcione una alimentación que respete sus reglas religiosas.

La Ley 12/2008 recoge entre los servicios de atención primaria incluidos en el catálogo de servicios sociales del Sistema Vasco la atención diurna (artículo 22, 1.7). El Decreto 185/2015, de 6 de octubre, de cartera de prestaciones y servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales, en el Anexo I al Decreto, en la ficha 1.7, despliega de forma pormenorizada el servicio de atención diurna, distinguiendo dos tipos de servicios, uno de los cuales va dirigido a las personas en situación de exclusión; entre sus funciones está comprendida la de comer durante el día. La manutención se incluye, en su caso, como una prestación complementaria. No queda todavía claro cómo se articularán en la práctica estos servicios.

En la cartera de servicios no se recoge de forma expresa la adecuación del servicio de comida y manutención a las exigencias que tienen su base en reglas de identidad religiosa, como las reglas alimentarias. Sin embargo, hay que considerarlas incluidas como elemento que integra el derecho, si se tienen en cuenta los principios que informan la Ley 12/2008, en concreto el principio de igualdad y equidad, en el que queda mencionada la perspectiva intercultural y el derecho a la dignidad, que desarrolla el Decreto 64/2004 y en cuyo contenido se integran los factores culturales y religiosos<sup>90</sup>. La Ley 12/2008 se refiere también a la dignidad, pero no como derecho sino como una de las condiciones en que se debe prestar el servicio. De todo ello se desprende que los factores religiosos y culturales forman parte de los derechos a cuya

---

90 Este Decreto no ha sido derogado de forma expresa por el Decreto 185/2015, de 6 de octubre, de cartera de prestaciones y servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales, así pues estará vigente en todo lo que no contradiga al mencionado Decreto.

prestación están obligadas las administraciones públicas competentes en la materia; dicho de otra manera, se derivan obligaciones positivas para las administraciones públicas. Hay que recordar que ningún derecho es absoluto, por lo cual la expresión «siempre que sea posible» para atender los factores culturales y religiosos que utiliza el Decreto 64/2004 debe ser entendida en el sentido de que la Administración, en su caso, deberá realizar una ponderación de los derechos o intereses en juego y decidir de acuerdo con la regla de la proporcionalidad. Si la Administración no realizara una justa ponderación, de este comportamiento se derivaría, como ha puesto de relieve el TEDH, una lesión del derecho de libertad religiosa.

En definitiva, la petición concreta de un menú diferenciado debe llevar a la Administración a ponderar diversos aspectos, desde los nutricionales a las dificultades de financiación u organización que puedan derivarse de esta petición, de modo que la decisión que se adopte, sea esta positiva o negativa, sea proporcionada, esto es, el resultado de una justa ponderación<sup>91</sup>.

En el caso del País Vasco, y en concreto en Bizkaia, los comedores sociales<sup>92</sup> están gestionados por entidades religiosas, Cáritas (Bilbao, en el edificio de las Apostólicas,<sup>93</sup> y Barakaldo), Franciscanos de Ira-la<sup>94</sup> (Bilbao) y Conde de Aresti<sup>95</sup> (Bilbao). Para atender este servicio cuentan con la ayuda recibida del Ayuntamiento de Bilbao, que ha firmado un Convenio con las entidades religiosas que gestionan los comedores, cuya duración es anual y prorrogable. De un lado, el Ayun-

---

91 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia *Jakóbski v. Poland* de 7 de diciembre de 2010, estima vulnerado el derecho de libertad religiosa por no haberse realizado una justa ponderación entre los intereses de las autoridades penitenciarias y el derecho de libertad religiosa del interno. En el mismo sentido la STEDH *Vartic v. Romania* de 17 de marzo de 2014.

92 Un estudio de los comedores sociales en Bilbao se encuentra en ARANCETA BARTRINA, J., *Patatas a lo pobre. Los comedores sociales en Bilbao 1834-2009*, Bilbao, 2010.

93 *Vid.* la historia de este comedor en ARANCETA BARTRINA, J., *Patatas a lo pobre, cit.*, pp. 169-176.

94 *Vid.* la historia de este comedor en ARANCETA BARTRINA, J., *Patatas a lo pobre, cit.*, pp. 176-186.

95 Dependiente de la Fundación Vizcaína de Caridad, *vid.* ARANCETA BARTRINA, J., *Patatas a lo pobre, cit.*, p. 163. Allí también la historia del comedor.

tamiento se obliga a ingresar a Cáritas una cantidad anual, y de otro lado Cáritas se obliga a proporcionar 200 menús diarios al mediodía a aquellas personas que vengan derivadas del servicio municipal de urgencias sociales. La cantidad procedente del Ayuntamiento es insuficiente para atender el servicio, de modo que se completa con las donaciones procedentes de dos fundaciones y de sus propios fondos. En el caso del comedor social de Barakaldo no existe convenio ni subvención con el Ayuntamiento, de manera que es sostenido por Cáritas con sus propios fondos<sup>96</sup>. El comedor social del Ayuntamiento de Getxo es gestionado por las Hijas de la Caridad, que reciben subvención del Ayuntamiento<sup>97</sup>. Esta subvención se sujeta a la convocatoria anual y al cumplimiento de las reglas generales allí establecidas, y financia solo el 75 % del coste del servicio. En ningún caso, ni en los convenios ni en las obligaciones que se exigen a los beneficiarios de las subvenciones se encuentra recogido el respeto de las reglas alimentarias religiosas.

La realidad actual de los comedores sociales se encuentra con dos tipos de peticiones. Una de ellas tiene que ver con la adecuación del menú a las peticiones de los usuarios, que en un cuarenta por ciento son musulmanes. Otra de las peticiones es la relativa al periodo del Ramadán, en el que los horarios de los comedores sociales pueden no coincidir con el momento a partir del que, de acuerdo con las prescripciones religiosas de pertenencia, pueden ingerir alimentos<sup>98</sup>.

Las fuentes consultadas<sup>99</sup> indican que la atención de la diferencia en los comedores sociales se limita a ofrecer menús adaptados cuando el menú del día tiene carne de cerdo, pero no se garantiza que los menús sean *halal*. La no coincidencia de los horarios de los comedores sociales en la época de Ramadán con los horarios de comidas permiti-

---

96 Fuente de información: Gemma Orbe, trabajadora social de Cáritas Bizkaia en el comedor social del centro Apostólicas de Bilbao.

97 En la convocatoria de 2015 obtuvieron una subvención de 15.000 euros cuyo destino es colaborar con los servicios que prestan ayuda a personas con grandes necesidades (comedor y servicios de higiene).

98 Hay que tener en cuenta que, en la actualidad, en Bizkaia el 40 % de las personas que frecuentan los comedores sociales son musulmanas. Fuente de información: Gemma Orbe, trabajadora social de Cáritas Bizkaia en el comedor social del centro Apostólicas de Bilbao.

99 Fuente de información: Gemma Orbe, trabajadora social de Cáritas Bizkaia en el comedor social del centro Apostólicas de Bilbao.

dos se resuelve con la preparación de comida envasada que se entrega antes del cierre del comedor a quienes encontrándose en esa situación lo solicitan.

Un ejemplo de buenas prácticas lo proporciona la Ciudad Autónoma de Melilla, que ofrece a los usuarios de los servicios sociales que pertenezcan a la comunidad israelita<sup>100</sup> una medida alternativa a los comedores sociales para atender a personas con problemas de movilidad y/o riesgo de exclusión, y al mismo tiempo mejorar la atención alimentaria según el rito religioso judío. Esta medida consiste en realizar una aportación máxima de treinta mil euros que se abonará mediante una orden de pago a justificar a la comunidad israelita. En el convenio firmado se establece que el número de comidas diarias será de dos, no pudiendo superar su importe los 9,5 euros por día. La prestación del servicio se realizará mediante la modalidad de elaboración y reparto de comidas. Este servicio podrá ser realizado por la propia comunidad israelita o podrá contratarlo con una empresa privada hasta el cien por cien de la subvención. Tanto si el servicio lo presta la comunidad israelita como la empresa subrogada deberán reunir los requisitos establecidos por ley para la elaboración y reparto de comidas. Se prohíbe expresamente la duplicidad del servicio, esto es, quien se acoja a este servicio no podrá disfrutar de los Servicios de ayuda a domicilio y los prestados por el Comedor Social «San Francisco».

---

100 Esta medida se concreta en el Convenio de colaboración firmado el 4 de julio de 2013 entre la Consejería de Bienestar y Sanidad de la Ciudad Autónoma de Melilla y la Comunidad israelita de Melilla para el desarrollo del programa para la mejora de la atención alimentaria para el cumplimiento del rito religioso judío a usuarios de los servicios sociales de este credo con problemas de movilidad y/o en riesgo de exclusión social (BOME de 2 de enero de 2015).



# LOS DERECHOS SOCIALES EN TIEMPOS DE CRISIS ECONÓMICA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE\*

ÁNGEL J. RODRIGO

*Profesor Titular de derecho Internacional Público  
Universitat Pompeu Fabra*

SUMARIO: Introducción.—1. La erosión de los derechos sociales en situaciones de crisis económicas. 1.1. Los mecanismos jurídicos del Derecho internacional de los derechos humanos que permiten acomodar los límites a los derechos reconocidos en situaciones de crisis. 1.1.1. Las cláusulas derogatorias. 1.1.2. Las cláusulas restrictivas o limitativas. 1.2. La presunción de que las medidas regresivas en derechos sociales son contrarias al PIDESC.—2. Algunas propuestas para reforzar los derechos sociales en situaciones de crisis económicas. 2.1. Propuestas de naturaleza fundamentalmente jurídica. 2.1.1. La estructura de las obligaciones derivadas del PIDESC. 2.1.2. La supervisión del cumplimiento: de la exigibilidad a la justiciabilidad. 2.1.3. El enfoque de las violaciones. 2.1.4. Un sistema de metas e indicadores para identificar las violaciones. 2.2. Propuestas de naturaleza político-jurídica. 2.2.1. La transversalidad de los derechos humanos. 2.2.2. De la teoría a la práctica: la 'lucha por los derechos'.—3. Una propuesta para atenuar las consecuencias de la crisis en los derechos sociales: el marco metodológico del desarrollo sostenible. 3.1. La capacidad integradora del desarrollo sostenible. 3.1.1. Un lenguaje exitoso. 3.1.2. Un enfoque integrador e inclusivo. 3.2. La caja de herramientas del desarrollo sostenible para reforzar la defensa de los derechos sociales en situaciones de crisis económicas. 3.2.1. Los principios y reglas de carácter sustantivo. 3.2.2. Herramientas de naturaleza procedimental. 3.2.3. Recursos hermenéuticos.—Reflexiones finales.

---

\* Agradezco sinceramente a los profesores Montserrat Abad e Ignacio Camacho su invitación para participar en la II Jornada del VI Seminario Permanente del Departamento de Derecho internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid sobre *Crisis y derechos sociales*.

## INTRODUCCIÓN

Las últimas décadas del siglo xx y estas primeras del siglo xxi nos han enseñado que la Historia no es una historia de progreso constante y lineal, sino que está sujeta a avances y retrocesos que son resultados de decisiones políticas, de luchas de poder y de conflictos de intereses<sup>1</sup>. Los derechos sociales no son una excepción. La promoción y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC), como tantas otras cuestiones, están siendo erosionadas por la crisis financiera y económica. El punto de partida de este trabajo es, en consecuencia, el análisis de los límites existentes en el Derecho internacional de los derechos humanos que pudieran ayudar a reducir los efectos de la crisis económica sobre los derechos sociales y determinar hasta qué punto se pueden modular las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados en materia de derechos sociales en situaciones de crisis.

Las ideas fundamentales que se defienden son, en primer lugar, que los mecanismos de flexibilización de los DESC tienen un rendimiento limitado para paliar los efectos de la crisis. Es verdad que existe la presunción de que aquellas medidas que sean regresivas a los derechos sociales son contrarias al Pacto, pero tanto las causas que las originan como las respuestas a ellas no son exclusivamente jurídicas, son también de carácter político. Y es que, como destaca A. Pohak, en este ámbito y en general, «detrás de cada violación de derechos humanos, de cada caso concreto, hay una política pública que avala o sostiene esa violación»<sup>2</sup>. Por ello, y en segundo lugar, además de tales mecanismos de flexibilización conviene tener en cuenta también las posibilidades que ofrecen las políticas públicas como herramienta

---

1 Cfr. KANT, I., *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, estudio preliminar de RODRÍGUEZ, R. trad. C. Roldán y R. Rodríguez, Madrid, Tecnos, 2.<sup>a</sup> ed., reimp., 2001; y BUTTERFIELD, H., *The Whig Interpretation of History*, London, G. Bells and Sons, 1931.

Una crítica de la idea de Historia como progreso puede verse en PEÑAS, F.J., «Camino de perfección. El imaginario social liberal de las Relaciones Internacionales», *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, 2012, núm. 20, pp. 31-61.

2 POCHAK, A., «Algunas reflexiones sobre la incidencia en políticas públicas en materia de derechos humanos», en ACUÑA, C.H. y VACCHIERI, A. (Comps.), *La incidencia política de la sociedad civil*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, p. 170.

para la promoción, la protección y la garantía de los DESC. En este sentido, en este trabajo se propone el marco más amplio, complejo y multidimensional del desarrollo sostenible para la elaboración y adopción de políticas públicas que afecten a los DESC en situaciones de crisis económicas. Si como afirma el Comité DESC en su Observación general núm. 3, «corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos»,<sup>3</sup> dicha garantía y la posibilidad de elevar el ‘nivel esencial de cada derecho’ pueden tener mejores perspectivas en el marco metodológico del desarrollo sostenible para elaborar políticas públicas y normas jurídicas.

Este trabajo se estructura en tres partes. En la primera, se analiza la erosión de los derechos sociales en situaciones de crisis económicas a pesar de la presunción de que las medidas regresivas son contrarias al Pacto y de las posibilidades de los mecanismos de flexibilización de los DESC. En la segunda parte se presentan de forma sistematizada algunas de las propuestas que la doctrina ha elaborado, ya sean de naturaleza fundamentalmente jurídica o bien político-jurídica, para reforzar los DESC en situaciones de crisis económicas. Y, en la tercera parte, se propone el marco metodológico del desarrollo sostenible que ofrece un enfoque y un conjunto de herramientas para la elaboración de políticas públicas y de normas jurídicas que pueden ayudar a armonizar, integrar y equilibrar la respuesta a la crisis económica y la garantía del ‘contenido mínimo esencial’ de los DESC.

## **1. LA EROSIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN SITUACIONES DE CRISIS ECONÓMICAS**

Las crisis económicas y sociales siempre y en cualquier Estado obligan a una redistribución del gasto público. En el caso de la crisis financiera primero y económica después, iniciada en 2007 en Estados Unidos por el estallido de la burbuja de las hipotecas basura, tales consecuencias aún han sido mayores. Una de ellas ha sido un progresivo e intenso deterioro de diferentes derechos económicos, sociales y culturales que afectan a todos pero, en especial, a los grupos de población especialmente vulnerables y más desfavorecidos. La erosión

---

3 Observación general núm. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, U.N. doc. E/1991/23 (1990), pág. 10.

de los derechos sociales implica importantes problemas de legalidad, de equidad y de carácter político. Hoy sabemos ya con certeza que el deterioro de los DESC no se debe solo a las consecuencias vinculadas a la crisis, sino que es el resultado también de la adopción deliberada de políticas neoliberales que se han implementado por medio de diferentes medidas de austeridad y de reducción del gasto público<sup>4</sup>. Bajo la cobertura de la crisis económica, muchos Estados (Estados Unidos, España, Grecia, Irlanda, Portugal, Italia) han adoptado diferentes tipos de medidas regresivas en un ejercicio torticero de austeridad rampante (*creeping*) que no tiene solo una explicación económica, sino que responde también a decisiones ideológicas<sup>5</sup>. Por ello, como se verá, el rendimiento de los mecanismos de flexibilización es limitado para paliar los efectos de la crisis.

### **1.1. Los mecanismos jurídicos del Derecho internacional de los derechos humanos que permiten acomodar los límites a los derechos reconocidos en situaciones de crisis**

El Derecho internacional de los derechos humanos prevé diferentes mecanismos jurídicos para flexibilizar las obligaciones asumidas por los Estados partes de los tratados en situaciones de hecho excepcionales que pueden ser calificadas como crisis. Estas crisis pueden ser de diferente tipo: crisis políticas graves de diferente naturaleza e intensidad; catástrofes públicas (ambientales o sanitarias) o naturales (inundaciones, terremotos, etc.); y crisis económicas<sup>6</sup>. Existen dos modalidades de mecanismos jurídicos de flexibilización: las cláusulas derogatorias y las cláusulas restrictivas o limitativas.

---

4 DOWELL-JONES, M., «The Economics of the Austerity Crisis: Unpicking Some Human Rights Arguments», *Human Rights Law Review*, 2015, vol. 15, pp. 193-223.

5 NOLAN, A. (Ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 3; también CALVO GARCÍA, M., «Crisis económica y efectividad de los derechos sociales», en BERNUZ, M.J. y CALVO GARCÍA, M., *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 111 y 119-120.

Con un enfoque más amplio puede verse la muy interesante obra de BLYTH, M., *Austerity. The History of a Dangerous Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

6 ORAÁ, J., *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 31.

### *1.1.1. Las cláusulas derogatorias*

Este tipo cláusulas de habilitación «autorizan al Estado, ante situaciones excepcionales, a adoptar medidas derogatorias o suspensivas de derechos y libertades internacionalmente reconocidos, dentro de unos parámetros de legalidad que limitan su discrecionalidad»<sup>7</sup>. Algunos ejemplos de estas cláusulas son el art. 4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el art. F de la Carta Social revisada o el art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

### *1.1.2. Las cláusulas restrictivas o limitativas*

Estas cláusulas permiten, para fines legítimos y con condiciones adicionales, «restringir el goce y disfrute de los derechos y libertades internacionalmente reconocidos»<sup>8</sup>. Estas cláusulas pueden ser de dos tipos: generales y específicas. Las *cláusulas restrictivas generales*, como la del art. 4 del PIDESC, permite a los Estados la limitación de derechos reconocidos en el Pacto siempre que se cumplan los requisitos establecidos: que las limitaciones estén determinadas por la ley; solo en la medida compatible con la naturaleza de tales derechos; y con el exclusivo objetivo de promover el bienestar general en una sociedad democrática. Las *cláusulas restrictivas específicas*, por su parte, permiten la limitación de un derecho o libertad específica. Este es el caso, entre otros, de la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias, que está sujeta «únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás» (art. 18.3 del PIDCP).

## **1.2. La presunción de que las medidas regresivas en derechos sociales son contrarias al PIDESC**

Muchos Estados han respondido a la crisis económica y financiera adoptando medidas de ajuste presupuestario, de reducción del gasto

---

7 BONET, J., «Introducción general: Las situaciones de crisis y el Derecho internacional de los derechos humanos», en BONET, J. y SAURA, J. (Eds.), *El Derecho internacional de los derechos humanos en periodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 9.

8 BONET, J., *op. cit.*, 2013, p. 9.

público, de austeridad, de recortes presupuestarios en materia de sanidad, educación y servicios sociales, de flexibilización del mercado de trabajo, etc. Algunas de estas medidas pueden considerarse como *medidas regresivas* para los derechos sociales, es decir, como medidas que perjudican, disminuyen o limitan la cantidad, la calidad, el acceso, el grado o el alcance de determinados DESC. M. Sepúlveda definió las *medidas regresivas deliberadas* como un paso atrás en el grado de disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales resultado de decisiones intencionadas de un Estado<sup>9</sup>. El caso de las reformas laborales de algunos países europeos es un ejemplo paradigmático de la regresión en materia de derechos laborales<sup>10</sup>.

La cuestión que se plantea aquí no es la legitimidad política para adoptar medidas de respuesta a la crisis económica. Como afirmó el Comité DESC en su Observación general núm. 3, el Pacto es neutral respecto a los sistemas políticos y económicos y «los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos...».<sup>11</sup> La cuestión fundamental es, como advierte con acierto J. Saura, «hasta qué punto son jurídicamente admisibles medidas regresivas en derechos humanos vigentes y exigibles, de realización progresiva»<sup>12</sup>. Es verdad que el Derecho internacional de los derechos humanos no contiene una prohibición absoluta de regresión y que el Estado dispone de un «margen normativo nacional» para hacer frente a situaciones de crisis en función de sus disponibilidades financieras, de sus prioridades políticas y de las circuns-

---

9 SEPÚLVEDA, M., *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antweeper, Intersentia, 2003, p. 323.

10 COUNTOURIS, N. y FREEDLAND, M. (Eds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; ILO/Institute for Labour Studies, *World Work Report 2009: The Global Jobs Crisis and Beyond*, Geneva, International Institute for Labour Studies, 2009.

Para el caso español puede verse el trabajo de LÓPEZ, J., DE LE COURT, A. y CANALDA, S., «Breaking the Equilibrium between Flexibility and Security: Flexiprecarity as the Spanish Version Model», *European Labour Law Journal*, 2014, vol. 5, núm. 1, pp. 22-42.

11 Observación general núm. 3, *op. cit.*, 1990, pár. 8.

12 SAURA, J., «La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: Especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)», en BONET, J. y SAURA, J. (Eds.), *op. cit.*, 2013, p. 67.

tancias concretas de la crisis. Pero como afirman algunos autores, «la carga que se le impone para justificar las regresiones es notable»<sup>13</sup>, ya que se invierte la carga de la prueba respecto a las medidas regresivas. Es decir, «le corresponde al Estado demostrar la necesidad de las medidas propuestas y su pertinencia desde el conjunto de los derechos reconocidos en el PIDESC»<sup>14</sup>. Aún más, se puede generalizar la afirmación del Comité DESC respecto a las obligaciones de los Estados en relación al derecho a la salud y afirmar que «existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas»<sup>15</sup>.

En consecuencia, cualquier medida regresiva adoptada por los Estados en el contexto de la respuesta a la crisis económica y financiera actual deberá demostrar determinadas condiciones básicas. Tanto el Comité DESC como la doctrina han enunciado algunos requisitos. Primero fue el propio Comité DESC el que, en su Observación general núm. 3, exigió que «todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone»<sup>16</sup>. Como bien interpreta de esta afirmación F. Gómez, cualquier medida regresiva en materia de DESC debe demostrar, primero, su necesidad y el impacto sobre el conjunto de derechos del PIDESC; en segundo lugar, deberá tener en cuenta todos los recursos disponibles por el Estado, incluidos los de la cooperación internacional; y, en tercer lugar, deberá tener en cuenta las prioridades, entre otras, sus obligaciones en DESC a la hora de reducir y ajustar los gastos sociales y la existencia de mejores alternativas como pudieran ser otras partidas de gasto público que no tienen tal grado de prioridad<sup>17</sup>.

En los primeros años de la crisis económica, Ch. Courtis propuso dos tipos de límites a las medidas regresivas. Por un lado, la imposi-

---

13 SAURA, J., *op. cit.*, 2013, p. 69.

14 GÓMEZ, F., «La reversibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en contextos de crisis», en BONET, J. y SAURA, J. (Eds.), *op. cit.*, 2013, p. 191; también AÑÓN, M.J., «¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?», *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2016, núm. 34, pp. 57-90.

15 Observación general núm. 14, UN Doc. E/C.12/2000/4, párr. 32.

16 Observación general núm. 3, párr. 9 *in fine*.

17 GÓMEZ, F., *op. cit.*, 2013, p. 191.

bilidad para el Estado de invocar razones generales de política presupuestaria o financiera y la exigencia de señalar qué otros derechos del Pacto se verían favorecidos por la medida restrictiva. Y, por otro lado, dicho Estado tendría que demostrar que, para la adopción de la medida regresiva, existe un 'interés estatal cualificado', el 'carácter imperioso de la medida' y la inexistencia de alternativas menos restrictivas<sup>18</sup>.

La duración y la profundidad de la crisis están afectando de forma severa no solo a la realización progresiva de los derechos sociales sino también al mantenimiento de los niveles de protección que ya se habían alcanzado. La innegable regresión en el disfrute de los derechos sociales llevó al Comité DESC a reaccionar ante dicha situación. La respuesta, sin embargo, no consistió en una Observación general como quizá hubiera sido aconsejable por su autoridad reforzada, sino que fue una carta que la presidenta del Comité envió a los Estados parte en el Pacto en la que se les conmina a respetar cuatro requisitos básicos en la adopción de políticas públicas de austeridad y de ajuste presupuestario: que sean políticas temporales aplicables únicamente durante el periodo de crisis; que sean necesarias y proporcionales, en el sentido de que otras medidas serían más lesivas para los DESC; que no tengan carácter discriminatorio y comprendan medidas para paliar los efectos más graves, en particular en los grupos más afectados y más desfavorecidos; y el respeto al contenido mínimo esencial o una protección social básica en todo momento y situación<sup>19</sup>.

En suma, como concluye J. Saura, «aunque no hay una prohibición absoluta de regresión», los derechos sociales «se erigen como dique jurídico frente a regresiones injustificadas, ideológicas, presuntamente amparadas en esa situación de crisis socioeconómica que estamos viviendo en la actualidad»<sup>20</sup>. Es decir, el límite más importante es la prohibición, salvo circunstancias excepcionales, de adoptar medidas regresivas deliberadas como consecuencia de decisiones inten-

---

18 COURTIS, Ch., *El Mundo Prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, pp. 86-87.

19 *Carta de fecha 16 de mayo de 2012 dirigida a los Estados Partes en el Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales por el Presidente del Comité de los Derechos económicos, sociales y culturales*, doc. HRC/NONE/2012/76.

20 SAURA, J., *op. cit.*, 2013, p. 69.

cionadas de los Estados, aunque su aplicación práctica no esté exenta de ambigüedades y problemas<sup>21</sup>.

## **2. ALGUNAS PROPUESTAS PARA REFORZAR LOS DERECHOS SOCIALES EN SITUACIONES DE CRISIS ECONÓMICAS**

Las graves consecuencias que la actual crisis económica y financiera está provocando en la promoción y protección de los DESC han llevado a doctrina e instituciones a explorar nuevas respuestas que contribuyan a limitar tales efectos y a reforzar el disfrute de los derechos. Algunas de las propuestas tienen una aproximación eminentemente jurídica y otras, en cambio, utilizan un enfoque más amplio de carácter político-jurídico.

### **2.1. Propuestas de naturaleza fundamentalmente jurídica**

Algunas de las propuestas de este tipo consisten en mejorar la concepción e interpretación de las obligaciones derivadas de los DESC; en reforzar la exigibilidad e incluso ampliar la justiciabilidad de los DESC; en avanzar más allá de la implementación de los DESC en la identificación de sus violaciones; y en elaborar un sistema de metas e indicadores que contribuya a objetivar el cumplimiento de tales derechos.

#### *2.1.1. La estructura de las obligaciones derivadas del PIDESC*

Una parte significativa de la doctrina y los propios órganos de supervisión han defendido desde hace ya algunos años que no existen diferencias cualitativas significativas entre las obligaciones derivadas de los derechos sociales y políticos y de los DESC. Se trataría, en todo caso, de diferencias de grado entre las obligaciones que exigen acción positiva y las obligaciones de no hacer que contienen ambos pactos<sup>22</sup>.

---

21 NOLAN, A., LUSIANI, N.J. y COURTIS Ch., «Two steps forward, no steps back? Evolving criteria on the prohibition of retrogression in economic and social rights», en NOLAN, A. (Ed.), *op. cit.*, 2016, pp. 121-145.

22 ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Ch, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Trotta, 2004; SEPÚLVEDA, M., *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwee-

Como afirma el Comité DESC en su Observación general núm. 3, ambos pactos incluyen obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado, y obligaciones de efecto inmediato y obligaciones de realización progresiva<sup>23</sup>. Se citan con frecuencia como ejemplos de las primeras las derivadas del art. 2.3 del PIDCP y el art. 2, 1 y 2, del PIDESC (la de adoptar medidas tendentes a lograr dentro de un plazo razonable la plena efectividad de los derechos y la prohibición de discriminación). La mayoría de las obligaciones derivadas del PIDESC serían obligaciones de realización progresiva que se caracterizan por que su cumplimiento se hará de forma gradual; por que su logro depende de la disponibilidad no solo de recursos económicos y de las posibilidades presupuestarias, sino también de la organización de recursos humanos, naturales, educativos y de su capacidad reguladora<sup>24</sup>; y porque su progresividad «no priva a la obligación de todo contenido significativo»<sup>25</sup>.

El cumplimiento de las obligaciones progresivas exige, por tanto, su implementación por los Estados mediante políticas públicas y normas jurídicas internas que operen su desarrollo administrativo, institucional y normativo.

### 2.1.2. *La supervisión del cumplimiento: de la exigibilidad a la justiciabilidad*

El cumplimiento de las obligaciones internacionales de diferente tipo que los Estados parte en los pactos han asumido puede ser objeto de supervisión por medio de mecanismos internacionales e internos. El punto de partida para ello es el reconocimiento de que, con inde-

---

pern, Intersentia, 2003; AÑÓN, M.J., «Derechos humanos y obligaciones positivas», en BERNUZ, M.J. y CALVO GARCÍA, M., *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 43-72.

23 Observación general, núm. 3, párs. 1-4. *Vid.* en este mismo sentido los criterios interpretativos adoptados por un conjunto de expertos el 6 de junio de 1986 contenidos en los *Principios de Limburg sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

24 SKOGLY, S., «The Requirement of Using the “Maximum of Available Resources” for Human Rights Realisation: A Question of Quality as Well as Quantity?», *Human Rights Law Review*, 2012, vol. 12, núm. 3, pp. 393-420.

25 Observación general, núm. 3, pár. 9.

pendencia de su naturaleza, las obligaciones derivadas de los DESC son exigibles en todo momento, incluidas las situaciones de crisis económicas.

No obstante, conviene distinguir, siguiendo a J. Saura, entre exigibilidad y justiciabilidad. La *exigibilidad* de los derechos es una noción más amplia que incluye «la concreción del alcance del derecho (su contenido esencial); la identificación de sus titulares, así como el responsable de hacerlo efectivo; y solo por último la existencia de vías formales de acceso de los primeros a los segundos para reclamarles en Derecho el respeto a los derechos de aquéllos mediante el cumplimiento de las obligaciones de éstos»<sup>26</sup>. La *justiciabilidad* consistiría en la posibilidad de defender un derecho mediante la presentación de un recurso jurídico ante un tribunal. La justiciabilidad depende «más de las leyes procesales que del carácter inherentemente exigible o no de determinado derecho»<sup>27</sup>.

En el plano internacional, la exigibilidad de los DESC puede hacerse ante el Comité DESC, especialmente tras la entrada en vigor del Protocolo Facultativo al PIDESC, adoptado por la Asamblea General el 10 de diciembre de 2008<sup>28</sup>. Este protocolo diseña un mecanismo de garantía compuesto por el mencionado Comité y por tres procedimientos: las comunicaciones interestatales (art. 10), las comunicaciones individuales o de grupos (arts. 2-9) y el procedimiento de investigación de oficio del Comité (arts. 11 y 12)<sup>29</sup>. Este mecanismo de garantía refuerza la exigibilidad de los DESC, aunque «la ausencia de “justiciabilidad” es más bien la regla general en Derecho internacional»<sup>30</sup>.

---

26 SAURA, J., *op. cit.*, 2013, pp. 57-59.

27 *Ibid.*, p. 58.

28 Doc. A/RES/63/117, de 10 de diciembre de 2008. El Protocolo entró en vigor el 5 de mayo de 2013. Cfr. RIQUELME CORTADO, R., «El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales entra en vigor. Centro neurálgico para la judicialización de esta gama de derechos», *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, núm. 1, pp. 1-39.

29 RIQUELME CORTADO, R., «El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Comunicaciones de personas o grupos como piedra angular», *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2012, núm. 24, pp. 1-49, en especial pp. 22-42.

30 SAURA, J., *op. cit.*, 2013, p. 59.

En el plano interno, por su parte, entre las medidas a las que están obligados los Estados, se encuentra también «la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables»<sup>31</sup>. No obstante, en la práctica siguen existiendo también importantes limitaciones a la plena justiciabilidad de los DESC. En el caso español, por ejemplo, conviene recordar que están excluidos del ámbito material que habilita la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

### 2.1.3. *El enfoque de las violaciones*

Con el fin de reforzar la supervisión del cumplimiento de los DESC más allá de las medidas de ejecución normativa e institucional, algunos autores propusieron centrar la atención en la identificación de las violaciones de tales derechos. Se trata, según sus defensores, de un enfoque más práctico, que prioriza la identificación de las violaciones y ayuda a equiparar los derechos civiles y los DESC. Para estos autores, la supervisión de la realización efectiva de este tipo de derechos no es un mero ejercicio académico sino que tiene relación directa con la limitación del sufrimiento humano y con la determinación del contenido positivo de los derechos<sup>32</sup>.

Esta perspectiva fue compartida por otros autores<sup>33</sup> e incorporada en las *Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales*. En ellas se afirma que los derechos humanos en su conjunto «son indivisibles, interdependientes, interrelacio-

---

31 Observación general núm. 3, pár. 5.

32 CHAPMAN, A.R., «A “Violations Approaches” for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *Human Rights Quarterly*, 1996, vol. 18, núm. 1, pp. 23-66. Este autor centra su análisis en tres tipos de violaciones: las derivadas de acciones y políticas adoptadas por los Estados; las derivadas de diferentes aspecto de la discriminación; y las resultantes del fracaso de los Estados para cumplir el contenido mínimo esencial establecido por el Pacto.

Cfr. también los trabajos contenidos en CHAPMAN, A.R. y RUSSELL, S. (Eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Economics Rights*, Antwerp, Intersentia, 2002.

33 PISILLO MAZZESCHI, R., «Responsabilité de l'Etat pour violations des obligations positives relatives aux droits de l'homme», *Recueil des Cours*, 2008, t. 333, pp. 175-506.

nados y de igual importancia para la dignidad humana». Por ello, «los Estados tienen la misma responsabilidad en cuanto a las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las violaciones a los derechos civiles y políticos». Además, se concluye que los derechos económicos, sociales y culturales imponen a los Estados obligaciones de tres clases distintas: la de respetar, la de proteger y la de cumplir. «El incumplimiento de cualquiera de estas tres obligaciones constituyen una violación a dichos derechos»<sup>34</sup>.

Este enfoque se ha incorporado también en la práctica del Comité DESC en la interpretación que ha hecho del contenido de algunos de los derechos reconocidos en el Pacto en diferentes observaciones generales.

#### *2.1.4. Un sistema de metas e indicadores para identificar las violaciones*

Las características generales de las obligaciones derivadas de los DESC y las limitaciones que tienen los mecanismos de supervisión de su cumplimiento, en particular en materia de justiciabilidad, ha llevado a algunos autores a plantear la necesidad de desarrollar un sistema de metas e indicadores que ayude a detectar las dificultades, los problemas e, incluso, las violaciones de tales derechos. Se trata de una corriente que se inició en los años 90 del siglo pasado en el ámbito de los expertos en derechos humanos, que se ha incorporado en la práctica de los órganos de supervisión y que, según M. Calvo, proporciona algunas ventajas: detectar violaciones por incumplimiento; puede ayudar a hacer aflorar «otro tipo de violaciones como las generadas por situaciones de discriminación o marginación en el disfrute de los derechos sociales»; y puede permitir «detectar situaciones de riesgo e identificar cuáles son los grupos vulnerables desde la perspectiva de las violaciones de derechos sociales»<sup>35</sup>.

## **2.2. Propuestas de naturaleza político-jurídica**

Como ya se ha apuntado, los obstáculos para la promoción y protección de los DESC no son exclusivamente técnicos, a pesar de las

---

34 *Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales*, adoptadas el 26 de enero de 1997, párs. 4 y 6.

35 CALVO, M., *op. cit.*, 2014, pp. 106-109 y, en particular, la nota 19 sobre el origen y evolución de esta perspectiva de las metas e indicadores.

limitaciones existentes y de los esfuerzos realizados para superarlos. El problema es, fundamentalmente, de voluntad política para la adopción de las políticas públicas adecuadas. Como advirtió con acierto I. Saiz, hasta ahora pocos habían sido los diagnósticos y las propuestas de respuesta a la crisis económica en la comunidad internacional que pusieran el foco en los derechos humanos<sup>36</sup>. La crisis económica puede ser también una oportunidad para repensar el papel del Estado en cuanto promotor y garante de los derechos sociales. Y en este proceso, el Derecho internacional de los derechos humanos, y en este caso concreto los DESC, sin exigir ningún modelo económico concreto, pueden jugar un papel relevante para limitar y recalibrar decisiones tomadas y para intentar armonizar objetivos e intereses diferentes y legítimos a la vez<sup>37</sup>. Ahora empiezan a aparecer trabajos en los que se defiende la necesidad de diseñar e implementar medidas de recuperación económica que tengan en cuenta las obligaciones que han asumido los Estados en materia de DESC, en particular respecto a los grupos de personas más desfavorecidos o vulnerables<sup>38</sup>.

Algunas de las propuestas formuladas con un enfoque político-jurídico para reforzar la garantía de los DESC son la de la transversalización de los derechos humanos y la de 'la lucha por los derechos'.

### 2.2.1. *La transversalidad de los derechos humanos*

La transversalidad de los derechos humanos tiene una doble dimensión política y jurídica que supone un cambio radical en el proceso de elaboración y adopción de políticas públicas y de normas jurídicas que tengan por objeto la promoción y protección de los DESC. Se trata, a la vez, de un instrumento de técnica jurídica y de orientación

---

36 SAIZ, I., «Rights in Recession? Challenges for Economic and Social Rights Enforcement in Times of Crisis», *Journal of Human Rights Practice*, 2009, vol. 1, núm. 2, pp. 277-293.

37 NOLAN, A., «Introduction», en: NOLAN, A. (Ed.), *op. cit.*, 2016, p. 5.

38 *Vid.*, entre otros, los trabajos de SEPÚLVEDA, M., «Alternatives to austerity: a human rights framework for economic recovery», NOLAN, A. (Ed.), *op. cit.*, 2016, pp. 23-56; ROLNIK, R. y RABINOVICH, L., «Late-neoliberalism: the financialisation of homeownership and the housing rights of the poor», NOLAN, A. (Ed.), *op. cit.*, 2016, pp. 57-89; y DE SCHUTTER, O., «The role of global governance in supporting human rights: the global food price and the right to food», NOLAN, A. (Ed.), *op. cit.*, 2016, pp. 90-118.

de las políticas públicas que tiene su origen en el ámbito de la igualdad de género<sup>39</sup> pero que se ha extendido al resto de los derechos humanos. En cuanto técnica jurídica, el *principio de transversalidad* exige la incorporación del contenido de las obligaciones derivadas de los derechos humanos en el resto del ordenamiento jurídico interno de los Estados. Y en cuanto instrumento de orientación de las políticas públicas, el principio de transversalidad de los derechos humanos exige a las autoridades públicas sustituir «el tratamiento específico, sectorializado o temático de los derechos humanos para, en su lugar, abordar de forma integral e integrada el respeto, la promoción y la garantía de tales derechos»<sup>40</sup>. Esta perspectiva puede ser una buena herramienta para defender los DESC en situaciones de crisis económicas porque, como concluye R.A. Alija,

«coloca a la persona, en tanto que titular de esos derechos, en el centro de la acción política. De esta forma, la incorporación de los principios y reglas del Derecho internacional de los derechos humanos como marco normativo de referencia a las políticas públicas se acompaña de un contenido axiológico que condiciona la acción del Estado y favorece una progresiva transformación de la estructura social orientada al respeto, protección y garantía de los derechos humanos por parte de los poderes públicos y el afianzamiento de una cultura pro-derechos humanos en el seno de la sociedad»<sup>41</sup>.

### 2.2.2. *De la teoría a la práctica: la ‘lucha por los derechos’*

Aun reconociendo los avances interpretativos y conceptuales que se han producido en materia de realización progresiva y de supervisión del cumplimiento de los DESC, la actual coyuntura de la crisis económica y su impacto severo sobre los derechos exige no quedarse

---

39 Cfr. EG-S-MS, *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de ‘buenas prácticas’*. Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en mainstreaming (EG-S-MS). Estrasburgo, mayo de 1998, Madrid, 1999, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Instituto de la Mujer, 1999; LOUSADA, J.F., *El principio de transversalidad de la dimensión de género*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.

40 ALIJA, R.A., «La transversalidad de los derechos humanos en las políticas públicas y su eficacia en periodos de crisis», en BONET, J., y SAURA, J. (Eds.), *op. cit.*, 2013, p. 41.

41 ALIJA, R.A., *op. cit.*, 2013, p. 50.

en el plano teórico. En este sentido, M. Calvo defiende algunas ideas para pasar de la teoría a la práctica y para avanzar en 'la lucha por los derechos'. En primer lugar, destaca la necesidad de «reafirmar el lenguaje de los derechos para hacer frente al retroceso de los derechos sociales laborales y a los recortes en gasto social». En segundo lugar, defiende la necesidad de avanzar en la 'constitucionalización directa' de los DESC que permita su exigibilidad judicial. En tercer lugar, propone invertir el sentido de la gobernabilidad global para dar voz a quienes «no originan las crisis financieras y económicas, pero sufren sus consecuencias negativas y abrir opciones para articular alternativas» que den lugar a una 'gobernabilidad democrática global'. Y, por último, propone «reinventar la relevancia de los movimientos sociales y la sociedad civil en la implicación efectiva de los derechos y, en particular, de los derechos sociales»<sup>42</sup>.

### **3. UNA PROPUESTA PARA ATENUAR LAS CONSECUENCIAS DE LA CRISIS EN LOS DERECHOS SOCIALES: EL MARCO METODOLÓGICO DEL DESARROLLO SOSTENIBLE**

El desarrollo sostenible puede proporcionar en el actual contexto de crisis económica un nuevo objetivo, un nuevo enfoque y un conjunto de herramientas de diferente naturaleza. El objetivo del desarrollo sostenible es transformar el mundo para alcanzar un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible. El contenido de la noción de desarrollo se caracteriza por su alcance universal, por su carácter dinámico y por su carácter contextual, ya que ha de tener en cuenta las circunstancias y las prioridades nacionales<sup>43</sup>. El desarrollo sostenible se ha convertido en la actualidad en uno de los principales objetivos de la comunidad internacional en su conjunto y, como consecuencia de la práctica institucional, también en uno de los propósitos de las Naciones Unidas<sup>44</sup>. La reciente adopción por la Asamblea General de la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sos-*

---

42 CALVO, M., *op. cit.*, 2013, pp. 120-128.

43 RODRIGO, A.J., *El desafío del desarrollo sostenible. Los principios de Derecho internacional relativos al desarrollo sostenible*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 45-48.

44 RODRIGO, A.J., «El desarrollo sostenible como uno de los propósitos de las Naciones Unidas», en PONS, X., (dir.), *Las Naciones Unidas desde España. 70 ani-*

tenible, que contiene 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y 169 metas, constituye la política pública global sobre la materia<sup>45</sup>. Entre ellos, los ODS 1 a 10 están directamente vinculados con los DESC: poner fin a la pobreza (ODS 1); poner fin al hambre (ODS 2); garantizar una vida sana (ODS 3); garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad (ODS 4); lograr la igualdad de género (ODS 5); garantizar la disponibilidad de agua y el saneamiento (ODS 6); garantizar el acceso a una energía asequible, segura y sostenible (ODS 7); promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y el trabajo decente para todos (ODS 8); promover la industrialización inclusiva y sostenible (ODS 9); y reducir la desigualdad en y entre los países (ODS 10).

El desarrollo sostenible, además de ser uno de los principales objetivos políticos de la comunidad internacional y un concepto jurídico cuyo valor normativo puede ser variado, es también, en cierto sentido, un marco metodológico que puede ser útil para comprender la complejidad del mundo y para ayudar a adoptar las decisiones políticas y jurídicas pertinentes para transformarlo y hacer compatibles objetivos que en la práctica parecían mostrarse como incompatibles, como son el progreso económico, la justicia social y la protección del medio ambiente<sup>46</sup>. El ordenamiento jurídico internacional y la ciencia del Derecho internacional, junto a otras ciencias sociales como la economía, pueden desempeñar un papel especialmente relevante en dicho marco metodológico para adoptar y aplicar políticas públicas globales y normas jurídicas internacionales que tengan por objeto promover, aspirar y estimular el desarrollo sostenible. Ambos están disponibles para los miembros de la comunidad internacional y para los operadores jurídicos en los procesos de creación y aplicación de las políticas económicas, sociales y medioambientales y de las normas jurídicas internacionales cuya finalidad sea reorientar e integrar las ya existentes o crear otras nuevas que tengan todas ellas como objetivo el desarrollo

---

*versario de las Naciones Unidas. 60 aniversario del ingreso de España en las Naciones Unidas*, Barcelona, ANUE, 2015, pp. 265-291.

45 *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Doc. a/res/70/1, de 25 de septiembre de 2015.

46 RODRIGO, A.J., *El desafío del desarrollo sostenible...*, op. cit., 2015, pp. 63-76. Este epígrafe tiene su punto de partida y se basa en buena medida en el capítulo III de dicha obra.

sostenible<sup>47</sup>. Este puede ayudar a que en los diferentes procesos en los que se elaboran las políticas públicas y las normas jurídicas internacionales se consideren, en unos casos, se tengan en cuenta, en otros supuestos, o se integren, en el mejor de ellos, los aspectos económicos, sociales y medioambientales vinculados al desarrollo sostenible. Y es que, a pesar de los problemas conceptuales existentes alrededor de dicha noción, «el desarrollo sostenible no es, en absoluto, un intento artificial de agrupar juntas cuestiones que serían mejor comprendidas de forma separada, sino que es el desarrollo sostenible en sí mismo el que proporciona el marco intelectual y pragmático más coherente a través del cual tales cuestiones deben ser analizadas»<sup>48</sup>. En suma, el desarrollo sostenible opera también como un marco metodológico que proporciona un conjunto de herramientas discursivas, argumentativas, analíticas, sustantivas, procedimentales e interpretativas que pueden contribuir a sintetizar, relacionar, fertilizar, armonizar e integrar los diferentes aspectos vinculados con tal objetivo que se pueden incorporar en los procesos de elaboración y aplicación de las políticas públicas y de las normas jurídicas internacionales. Este marco metodológico puede ser de gran utilidad para la elaboración de políticas públicas y de normas jurídicas en situaciones de crisis económicas que contribuyan a equilibrar la distribución de recursos financieros escasos con el respeto, al menos del ‘contenido mínimo esencial’ de los DESC.

El desarrollo sostenible ofrece para ello, por un lado, una gran capacidad integradora que se manifiesta en su lenguaje y en una terminología específicos, y un enfoque integrador y cooperativo. Y, por otro lado, la caja de herramientas del desarrollo sostenible proporciona algunos principios y reglas de carácter sustantivo, herramientas de naturaleza procedimental —principalmente, instituciones y procedimientos especializados—, y determinados recursos hermenéuticos para resolver controversias en este ámbito.

---

47 En un sentido similar DUPUY, P.M., «Où en est le droit international de l'environnement», *RGDIP*, 1997, núm. 4, pp. 873-903, que considera que la noción de desarrollo sostenible «il faut cependant la prendre non comme un principe à la signification univoque mais comme une matrice conceptuelle, définissant la perspective générale dans laquelle les principes déjà établis de bonne gestion de l'environnement doivent être resitués» (p. 886).

48 FRENCH, D., *International Law and Policy of Sustainable Development*, Manchester, Manchester University Press, 2005, p. 213.

### **3.1. La capacidad integradora del desarrollo sostenible**

#### *3.1.1. Un lenguaje exitoso*

La terminología del desarrollo sostenible ha dominado los debates políticos y jurídicos en algunos ámbitos como el del desarrollo social y el de la protección del medio ambiente y ha tenido un papel protagonista en otros como el del comercio internacional, las inversiones internacionales y las finanzas internacionales. El lenguaje del desarrollo sostenible constituye un campo semántico integrado por diferentes términos y categorías gramaticales, desde sustantivos y verbos a adjetivos y adverbios. Se trata de una terminología que ha tenido un éxito espectacular en los distintos foros internacionales y estatales, pero un éxito que lleva unido, de forma indisoluble, el riesgo de banalización. El lenguaje del desarrollo sostenible es seductor, políticamente correcto, tiene connotaciones positivas y es lo suficientemente indeterminado como para servir de punto de encuentro a intereses y contenidos diferentes. Esta flexibilidad permite resolver, de forma aparente, contradicciones semánticas y armonizar intereses contrapuestos *a priori* irresolubles, que encuentran acomodo en la terminología dúctil del desarrollo sostenible.

Ahora bien, estas ventajas son a la vez el origen de sus inconvenientes. Debido a su enorme potencial de seducción mediática, la terminología del desarrollo sostenible ha sido tomada por un buen número de grupos de intereses especiales como los defensores de los derechos humanos, las grandes compañías químicas, las petroleras, los pequeños Estados insulares, las empresas constructoras, los arquitectos ecologistas, las centrales nucleares, etc., y vinculada a cualquier actividad, incluso, paradójicamente, a aquellas que son más perjudiciales para el medio ambiente. Como consecuencia de este uso indiscriminado, el lenguaje del desarrollo sostenible corre el riesgo de quedar reducido a un adjetivo (*sostenible*), que sirve para describir una característica técnica de una infinidad de productos, actividades y servicios y como instrumento del *marketing verde*, pero que puede conducir al concepto a la pérdida de su significado original, a su distorsión y a su irrelevancia. Además, el propio éxito de esta terminología está conduciéndola, si no a morir, sí a enfermar a causa de su banalización y de su falta de significación. El lenguaje del desarrollo sostenible tiene el peligro, ya real, de convertirse en la retórica del desarrollo sostenible.

### 3.1.2. Un enfoque integrador e inclusivo

El desarrollo sostenible proporciona también un enfoque integrador de los diferentes intereses y aspectos materiales e inclusivo respecto a los actores participantes en los distintos ámbitos de este. Una de las características específicas del desarrollo sostenible es su enfoque integrador de los diferentes ámbitos materiales vinculados con tal objetivo. La *International Law Association* lo ha definido, como ya se ha apuntado, como «un enfoque integral e integrado de los procesos económicos, sociales y políticos»<sup>49</sup>. Implica una perspectiva holística de los problemas y, por tanto, de las estrategias de respuesta que tenga en cuenta los diferentes aspectos físicos, biológicos, económicos, sociales, ambientales y de protección de los derechos humanos que puedan intervenir en cada uno de ellos. Este enfoque integrador es uno de los elementos cualitativamente más importantes porque aporta una forma de analizar los problemas y de abordar las respuestas diferente a la tradicional. Cada uno de los pilares del desarrollo sostenible no tiene solo un carácter instrumental respecto a los demás. El desarrollo económico no es solo un instrumento para el desarrollo social y para la protección del medio ambiente. El respeto a la naturaleza no solo es una condición para poder tener desarrollo social y disfrutar de derechos humanos como el de la salud, el agua, la alimentación, etc. Lo verdaderamente novedoso e importante a la vez es que el análisis de los problemas y de los retos y las medidas para su transformación exigen que sean realizados mediante un enfoque integrador que incorpore, integre, tenga en cuenta y pondere las dimensiones económica, social y medioambiental. Por ello, puede contribuir a equilibrar la garantía de los DESC, al menos de su ‘contenido mínimo esencial’, y las exigencias de austeridad y recortes presupuestarios que pudieran ser necesarios en el actual contexto de crisis económica.

El desarrollo sostenible ofrece también un enfoque inclusivo desde el punto de vista subjetivo, ya que permite, aún más, exige la participación de todo tipo de actores ya sean gubernamentales o no gubernamentales, del sector privado y de la sociedad civil global: los Estados de forma individual y colectiva, tanto los Estados desarrollados como

---

49 Vid. la *Declaración de Nueva Delhi de la Asociación de Derecho Internacional acerca de los Principios del Derecho internacional relativos al desarrollo sostenible*, adoptada en Nueva Delhi el 6 de abril de 2002 (doc. UN/A/57/329, de 31 de agosto de 2002), pár. 14.

aquellos que están especialmente afectados, como son los Estados menos desarrollados y los pequeños Estados insulares, las diferentes Organizaciones internacionales, las empresas, las organizaciones no gubernamentales y aun de los denominados en la literatura de las Naciones Unidas los grupos principales<sup>50</sup>. El desarrollo sostenible exige la participación y la cooperación de todos los actores interesados en los procesos de elaboración y aplicación de las políticas públicas y de las normas jurídicas internacionales diseñadas para alcanzar tal objetivo.

Buena prueba de este enfoque inclusivo es la importancia que tiene el principio de participación del público y de acceso a la información en materia de medio ambiente, cuya aplicación exige la creación de procedimientos e instituciones pertinentes. El proceso de identificación y aprobación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible por la Asamblea General, en el que ha habido una enorme participación pública a través de diversos mecanismos, es una excelente muestra de este enfoque inclusivo<sup>51</sup>.

### **3.2. La caja de herramientas del desarrollo sostenible para reforzar la defensa de los derechos sociales en situaciones de crisis económicas**

El marco metodológico del desarrollo sostenible ofrece también algunos principios y reglas de carácter sustantivo, herramientas de naturaleza procedimental y algunos recursos hermenéuticos para reforzar los derechos sociales en situaciones de crisis económica.

#### *3.2.1. Los principios y reglas de carácter sustantivo*

El desarrollo sostenible ofrece también algunos principios y reglas de carácter sustantivo de diferente alcance y valor normativo para la elaboración de políticas públicas y de normas jurídicas internacionales que contribuyan a dicho objetivo. Algunos de los principios de carácter sustantivo más importantes y con mayor rendimiento por ser aplicables para la promoción y garantía de los DESC son: a) el princi-

---

50 *Vid.* en este sentido el pár. 34 de la Declaración de Johannesburgo sobre el desarrollo sostenible de 2002 y los párs. 168-170 del Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, adoptado en la Conferencia de Johannesburgo de 2002.

51 *Vid.* El documento *Transformar nuestro mundo...*, *op. cit.*, pár. 6.

pio de integración de los aspectos económicos, sociales y ambientales que exige que tales dimensiones sean tenidas en cuenta en los procesos de adopción y aplicación de las decisiones políticas y de las normas jurídicas internacionales<sup>52</sup>; b) el principio de equidad intergeneracional, que tiene como finalidad que la generación actual use los recursos naturales de forma que no ponga en peligro la posibilidad de que las generaciones futuras puedan disponer también de tales recursos y disfrutar de un medio ambiente de calidad<sup>53</sup>; y c) el principio de equidad intrageneracional, que tiene como objetivo erradicar la pobreza y «otorgar una especial prioridad a la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo, en particular los países menos desarrollados y los más vulnerables desde el punto de vista ambiental»<sup>54</sup>.

Estos principios proporcionan a los Estados, entre otras posibilidades, obligaciones jurídicas, pautas de conducta, guías para la acción, objetivos que se deberían intentar alcanzar, razones para la adopción de medidas o criterios para decidir la solución de controversias dependiendo en cada caso del contenido y del estatuto jurídico de cada principio.

El estatuto jurídico de cada uno de estos principios es diferente y depende de diversos factores: su contenido, su posible incorporación en tratados internacionales, el grado de aceptación que tengan en la Comunidad internacional, la práctica institucional y estatal posterior, etc.

### 3.2.2. *Herramientas de naturaleza procedimental*

Además de las obligaciones sustantivas, el marco metodológico del desarrollo sostenible proporciona también algunos principios de naturaleza procedimental y, sobre todo, instituciones y procedimientos específicos que pueden ser muy útiles en favor del objetivo del

---

52 *Vid.* el Principio 4 de la Declaración de Río y, con una terminología más jurídica, el Principio 7 de la Declaración de Nueva Delhi.

Sobre este principio puede verse el análisis sobre su contenido y estatuto jurídico en RODRIGO, A.J., «El principio de integración de los aspectos económicos, sociales y medioambientales del desarrollo sostenible», *REDI*, 2012, vol. LXIV, núm. 2, pp. 133-161.

53 *Vid.* el Principio 3 de la Declaración de Río y el Principio 2 de la Declaración de Nueva Delhi.

54 *Vid.* los Principios 5 y 6 de la Declaración de Río y el Principio 2 de la Declaración de Nueva Delhi.

desarrollo sostenible, en concreto de la armonización de las medidas de respuesta a la crisis económica y de la necesaria garantía del ‘contenido mínimo esencial’ de los DESC. Tales instituciones y procedimientos constituyen los cauces a través de los que se pueden tener en cuenta, valorar, ponderar e integrar los aspectos económicos, sociales y ambientales relacionados con el desarrollo sostenible. Algunas de estas herramientas de naturaleza procedimental son, entre otras, el principio de participación pública y acceso a la información y a la justicia, el principio de evaluación previa del impacto ambiental, el mecanismo para un desarrollo limpio, el régimen de acceso a los recursos genéticos, el régimen de utilización sostenible de los recursos genéticos y de los bosques, el comercio sostenible de especies de fauna y flora y algunas instituciones internacionales en materia de financiación de proyectos de desarrollo. Una parte de estos instrumentos son relevantes en el momento de la elaboración y aprobación de políticas, planes, programas, proyectos o disposiciones normativas, como en el caso de los procedimientos de evaluación del impacto medioambiental y del régimen de acceso a los recursos genéticos, en especial de los acuerdos de acceso y participación justa y equitativa en los beneficios derivados de los recursos genéticos. Otros, en cambio, pueden ser más útiles en el proceso de implementación de las políticas, programas y planes y de aplicación de las normas jurídicas, como es el del mecanismo para un desarrollo limpio, la utilización sostenible de los recursos genéticos, la gestión por ecosistemas, el comercio sostenible de fauna y flora y el Fondo para el Medio Ambiente Mundial.

El principio de participación pública y acceso a la información y la justicia<sup>55</sup> ha sido incorporado en algunas declaraciones de principios<sup>56</sup> y, en el ámbito europeo, ha sido desarrollado mediante la Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales de 1998<sup>57</sup>. Este tratado contiene diversas reglas jurídicas que regulan

---

55 *Vid.* SANDS, Ph. y WERKSMAN, J., «Procedural aspects of International Law in the field of sustainable development: citizens’ rights», en GINTHER, K. *et al.* (Eds.), *op. cit.*, pp. 178-204.

56 *Vid.* el Principio 10 de la Declaración de Río y, con una redacción más precisa desde el punto de vista jurídico, el Principio 5 de la Declaración de Nueva Delhi.

57 Esta Convención fue adoptada en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998 en la Conferencia Ministerial *Medio Ambiente para Europa* (*vid.* BOE, 16 de febrero de 2005, núm. 40).

y procedimentalizan con gran detalle las obligaciones de los Estados de procurar el acceso del público a la información sobre el medio ambiente (art. 4), la obligación de participación del público tanto en las decisiones relativas a actividades particulares (art. 6) como a planes, programas y políticas (art. 7) y disposiciones normativas de alcance general (art. 8) y la obligación de establecer procedimientos y vías de recursos judiciales suficientes y efectivos que permitan y faciliten a los ciudadanos el acceso a la justicia en cuestiones ambientales (art. 9).

El principio de evaluación previa del impacto ambiental, recogido en el Principio 17 de la Declaración de Río, ha sido desarrollado, primero, para proyectos por medio del procedimiento de evaluación del impacto ambiental en el ámbito regional<sup>58</sup> e internacional<sup>59</sup>; y, después, para los planes, programas y políticas mediante el denominado procedimiento de evaluación estratégica medioambiental en el ámbito regional europeo<sup>60</sup>. Estos procedimientos tienen como ob-

---

58 La Comunidad Económica Europea estableció el procedimiento de evaluación del impacto ambiental primero por medio de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, reformada después por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, y más tarde por la Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre.

Asimismo, en el ámbito regional europeo, la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa adoptó la Convención sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, hecho en Espoo (Finlandia) el 25 de febrero de 1991 (*vid. BOE*, 11 de marzo de 2000, núm. 61).

59 El art. 8 del Protocolo al Tratado antártico sobre protección del medio ambiente, hecho en Madrid el 4 de octubre de 1991 (*vid. BOE*, 18 de febrero de 1998, núm. 42) exige la realización previa de un estudio de impacto ambiental relativo a las actividades que se vayan a realizar en la Antártida. Dicho procedimiento está regulado en el Anexo I del Protocolo de Madrid.

60 En la Unión Europea, la Evaluación Estratégica de Impacto Ambiental está regulada por la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001 (*vid. DOCE*, L 197/30, de 21 de julio de 2001).

En el ámbito regional europeo está regulada por el Protocolo sobre evaluación estratégica del medioambiente de la Convención sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, hecho en Kiev el 21 de mayo de 2003, que entró en vigor de forma general y para España el 11 de julio de 2010. El texto en español puede verse en el *BOE*, de 5 de julio de 2010, núm. 162.

Este Protocolo establece la obligación de realizar evaluaciones estratégicas ambientales previas respecto a los planes y programas previstos en el art. 4 y la recomen-

jetivo la consideración de los aspectos relativos al medio ambiente, incluida la salud, en la formulación de las políticas y legislación, en la elaboración de planes y programas y la evaluación del impacto probable de la realización de proyectos. Además, la CIJ afirmó en el asunto de las *plantas de celulosa en el río Uruguay* que existe en el Derecho internacional general «una obligación de proceder a una evaluación del impacto medioambiental cuando la actividad industrial proyectada entrañe el riesgo de tener un impacto perjudicial en un marco transfronterizo y, en particular, sobre un recurso compartido»<sup>61</sup>.

En materia financiera, el marco del desarrollo sostenible ofrece, entre otras, dos instituciones que pueden tener un gran rendimiento: el Fondo para el Medio Ambiente Mundial y el Panel de Inspección del Banco Mundial. El primero financia los costos incrementales de actividades y proyectos que tengan como objetivo el desarrollo sostenible en cuatro ámbitos: el cambio climático, la reducción de la capa de ozono, la conservación de la biodiversidad y la contaminación de las aguas internacionales<sup>62</sup>. Las características fundamentales de este fondo, que comparte también con otros, son la adicionalidad de los recursos, esto es, que los recursos aportados por los Estados donantes no sean detráidos de los destinados a ayudas al desarrollo, y la financiación de los costos incrementales, puesto que cubre la diferencia o incremento económico que supone la ejecución de un proyecto conforme a los criterios ecológicos respecto a otro que no los tuviere en cuenta. El Panel de Inspección fue establecido para evaluar los posibles efectos adversos de carácter social, para el medio ambiente y para las comunidades locales del diseño y la implementación de los proyectos financiados por el Banco Mundial<sup>63</sup>.

---

dación de que las políticas que se elaboren tengan en cuenta e integren las preocupaciones medioambientales, pero no exige la previa evaluación ambiental estratégica de dichas políticas (art. 13).

61 *ICJ, Reports 2010*, pág. 204.

62 Un examen más detallado de su estructura y funcionamiento puede verse en PONS RÀFOLS, X., «Desarrollo sostenible y financiación del desarrollo», *Agenda ONU*, 2002, núm. 5, pp. 156-164.

63 El Panel de Inspección fue creado en 1993 mediante la resolución IBRD 93-10/resolución IDA 93-6, de 22 de septiembre (*vid.* tales resoluciones en <http://www.worldbank.org>).

### 3.2.3. Recursos hermenéuticos

El marco metodológico del desarrollo sostenible, además, proporciona a los órganos encargados de aplicar las normas jurídicas internacionales y, en especial, a los jueces y tribunales, un conjunto de recursos hermenéuticos que pueden contribuir a una interpretación y aplicación sostenible de las normas jurídicas. Por *interpretación sostenible* se puede entender una interpretación del derecho aplicable a un supuesto de hecho que tenga en cuenta, pondere e integre los aspectos económicos, sociales y medioambientales del desarrollo sostenible de forma que se incorporen en las normas aspectos del mismo que no estaban explícitamente enunciados en el contenido de las normas con el fin de lograr una aplicación más «sostenible» de estas, teniendo en cuenta las particularidades del contexto, social, ambiental y de desarrollo, en el que operan. Algunos de estos recursos son: las reglas de interpretación de las normas jurídicas, los conceptos flexibles y evolutivos, algunas técnicas para mitigar los conflictos normativos, la ayuda para redefinir las obligaciones convencionales y algunos criterios para evaluar la sostenibilidad de las normas.

La finalidad de estos recursos hermenéuticos es alcanzar resultados más integrados en la aplicación de las normas jurídicas que regulan ámbitos concretos y parciales relacionados con el desarrollo sostenible. Algunos de dichos recursos hermenéuticos son compartidos con otros sectores del Derecho internacional (el principio de integración sistémica, la interpretación teleológica) y otros, en cambio, son específicos del ámbito del desarrollo sostenible.

En el caso de las reglas de interpretación, se pueden identificar dos de ellas, la interpretación teleológica y la relativa a la incorporación de otras normas en vigor aplicables entre las partes, que pueden contribuir a la interpretación sostenible de las normas jurídicas que operan en sectores como el del comercio internacional, las inversiones internacionales y las finanzas internacionales, la propiedad intelectual o la extracción de recursos naturales. La interpretación teleológica, que da relevancia al objeto y fin de los tratados internacionales, puede ser una regla útil para la interpretación sostenible en el caso de aquellos tratados o regímenes internacionales en los que el desarrollo sostenible está reconocido de forma expresa como uno de sus objetivos. Este es el caso del régimen internacional del comercio en el que está incorporado en el preámbulo del tratado constitutivo de la OMC como uno de sus objetivos, y respecto del cual el Órgano de Solución de Diferencias, en el asunto *camarones*, ha dicho que el objetivo del

desarrollo sostenible «debe dar color, consistencia y matiz a la interpretación de los Acuerdos anexos al Acuerdo OMC»<sup>64</sup>.

El denominado *principio de integración sistémica* contenido en el art. 31.3.c) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969<sup>65</sup>, junto con los principios específico del desarrollo sostenible, y *de integración de los aspectos económicos, sociales y ambientales*, puede tener un gran potencial para la interpretación sostenible de normas internacionales que operan en ámbitos materiales limitados. Su potencial consiste en la exigencia de utilizar las normas que reconocen DESC para interpretar otras normas de otros ámbitos como el financiero, el educativo, el sanitario. El resultado puede ser socialmente más sostenible porque las medidas de austeridad, los recortes presupuestarios y otro tipo de ajustes económicos tendrán que ser compatibles con el límite del ‘contenido mínimo esencial’ de los DESC.

El marco metodológico del desarrollo sostenible aporta también algunos conceptos flexibles y evolutivos que pueden ayudar a incorporar aspectos no enunciados de forma expresa pero que son necesarios para promover el desarrollo sostenible mediante una interpretación y aplicación sostenible de las normas que dé lugar a resultados más integrados. Este es el caso, entre otros, de expresiones como la exigencia de usar el ‘máximo de los recursos disponibles’ que forman parte de las obligaciones que se derivan de los DESC. El contenido de dicha expresión, en este contexto de crisis económica, incluye no solo recursos financieros sino también otro tipo de recursos que puedan existir en una determinada sociedad, como son los naturales, los humanos, los educativos y la capacidad organizativa e institucional<sup>66</sup>.

---

64 *Vid.* el asunto *USA-Camarón*, pár. 153 (doc. WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998). *Vid.* un análisis más detallado en MARTÍNEZ, E.J., «Especies migratorias y el artículo XX del GATT: El asunto *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*», *ADI*, 1999, vol. XV, pp. 603-627.

65 *Vid.* MCLACHLAN, C., «The Principle of Systemic Integration and Art. 31 (3) c) of the Vienna Convention», *ICLQ*, 2005, vol. 54, pp. 279-319; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «El principio de integración sistémica y la unidad del Derecho internacional», en RODRIGO, A.J. y GARCÍA, C. (Eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la Comunidad internacional. Coloquio homenaje a Oriol Casanovas*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 356-375.

66 SKOGLY, S., *op. cit.*, 2012, pp. 393-420.

El marco metodológico ofrece también algunos recursos hermenéuticos que tienen como finalidad mitigar o evitar los conflictos normativos. Como ya se ha señalado, las diferentes dimensiones del desarrollo sostenible no tienen solo un carácter instrumental respecto de las demás. Lo diferencial, el valor añadido cualitativo es la exigencia de su integración. Este objetivo ofrece y, aún más, exige, por un lado, la ponderación de los diferentes tipos de intereses en presencia (económicos, financieros, políticos, sociales, ambientales) que subyacen a las reglas jurídicas aplicables en cada caso. Y, por otro lado, la ponderación de los principios jurídicos aplicables en cada caso concreto. Por ejemplo, y entre otros, el principio de estabilidad presupuestaria y el principio de solidaridad con las personas y grupos más desfavorecidos y más vulnerables.

V. Barral ha defendido que el desarrollo sostenible podría ser usado también en el proceso interpretativo para la redefinición de obligaciones convencionales. Se trata de la función hermenéutica más controvertida porque puede conducir a una modificación del tratado internacional. Este uso puede ser legítimo, afirma esta autora, «cuando es el resultado de una decisión de las partes», pero lo es menos «cuando tal decisión es adoptada por un juez»<sup>67</sup>.

Los órganos encargados de la aplicación de las normas pueden recurrir también a recursos hermenéuticos del ámbito del desarrollo sostenible, como los criterios de precaución y equidad, para conseguir resultados más sostenibles que integren los diferentes aspectos de este. Estos criterios pueden ayudar a limitar los efectos nocivos para los DESC derivados de la aplicación rígida de determinadas normas (por ejemplo, las que reducen algunos derechos básicos a los emigrantes, las laborales, las relativas a algunas prestaciones sociales), pueden contribuir a una interpretación evolutiva de las normas y, por último, pueden llevar a una aplicación más justa de las normas que tenga en cuenta el contexto de crisis económica en el que se aplican.

La utilización de estos recursos hermenéuticos por jueces y tribunales puede tener una doble función: por un lado, la que aquí se ha destacado, la de estimular una *interpretación y aplicación sostenible socialmente* de las normas que proporcione resultados más inte-

---

67 BARRAL, V., *op. cit.*, 2012, p. 397; también su artículo «La sentence du Rhin de fer, une nouvelle étape dans la prise en compte du droit de l'environnement par la justice internationale», *RGDIP*, 2006, núm. 3, pp. 647-668.

grados; y, por otro lado, su introducción y uso en la práctica judicial puede dar fuerza normativa a los principios y criterios y, además, las definiciones de los conceptos adquieren un carácter estipulativo para los demás operadores jurídicos<sup>68</sup>.

## REFLEXIONES FINALES

La actual crisis económica ha provocado una profunda erosión en los derechos sociales. Los avances interpretativos y conceptuales producidos en materia de garantía de los DESC no han sido suficientes para detener dicha erosión. La consideración de las obligaciones derivadas de los DESC como obligaciones jurídicas equivalentes cualitativamente a las derivadas de los derechos civiles, el reconocimiento de un contenido mínimo esencial de los primeros, la presunción de que las medidas regresivas en derechos sociales son contrarias al PIDESC y el reforzamiento institucional y procedimental de la exigibilidad de tales derechos no han sido suficientes en este contexto de crisis económica y financiera.

Estas insuficiencias se pueden explicar por medio de dos tipos de argumentos necesariamente complementarios. El primero, de carácter técnico-jurídico, argüiría que el tipo de obligaciones que mayoritariamente se derivan de los DESC (obligaciones de realización progresiva) contribuye a que una estrategia de respuesta a las consecuencias de la crisis basada únicamente en la defensa de los derechos humanos tiene importantes limitaciones: las dificultades para la identificación de las violaciones a los derechos humanos, las restricciones procesales a la legitimación activa de los individuos ante determinados tribunales y recursos y las dificultades prácticas para la justiciabilidad de tales derechos. El segundo argumento, de naturaleza jurídico-política, explicaría las insuficiencias debido no solo a dificultades técnicas sino también a la voluntad política que existe detrás de las políticas públicas de austeridad y recortes que han sido implementadas por medio de distintas normas jurídicas.

En este trabajo, para atenuar las consecuencias de la crisis económica, se ha propuesto el marco metodológico del desarrollo sosteni-

---

68 Este es el caso, por ejemplo, de la noción de *pobreza energética* que ha sido utilizada por algunos tribunales y que se ha incorporado ya al derecho positivo.

ble. Se trata de un marco que puede ofrecer algunas ventajas respecto de otros propuestos porque es más complejo, es contextual y su esencia consiste en integrar, en ponderar y en equilibrar las dimensiones económica, social y ambiental del desarrollo. En definitiva, dadas sus características, su capacidad integradora y las herramientas que ofrece para la adopción de políticas públicas y de normas jurídicas, el marco metodológico del desarrollo sostenible puede tener un mayor rendimiento para atenuar las consecuencias de la crisis y para reforzar la defensa de los DESC en el actual contexto económico de ajustes presupuestarios y de austeridad.

Ahora bien, sus posibilidades reales y su concreción en los DESC no dependen solo del potencial de dicho marco metodológico. Es necesario ponerlo en acción. Los avances en materia de derechos humanos, como en otros muchos ámbitos, y los retrocesos no son el resultado de la evolución natural de la comunidad internacional ni de las sociedades estatales. Son la consecuencia de las decisiones políticas resultantes de conflictos de intereses y de luchas de poder dentro y fuera de las instituciones públicas para la gobernanza global y de los diferentes Estados.

# REFLEXIONES SOBRE LAS DINÁMICAS DE CRECIMIENTO, EL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL, LA DESIGUALDAD Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (DESC)\*

JORDI BONET PÉREZ  
*Catedrático de Derecho Internacional Público*  
*Universidad de Barcelona*

SUMARIO: 1. Introducción.—2. El crecimiento económico como condicionante de la exigibilidad jurídica internacional de los DESC. 2.1. La conexión sustancial entre los DESC y el crecimiento económico. 2.2. Crecimiento económico y austeridad: análisis desde la perspectiva de la efectividad de los DESC. 2.3. La desigualdad como resultante negativa para la efectividad de los derechos humanos (no solo de los DESC).—3. Presupuestos de la gobernanza global y evolución del ordenamiento jurídico internacional: ¿qué terreno de juego para la efectividad de los DESC? 3.1. Algunas consideraciones sobre los principales factores de gobernanza global. 3.1.1. La difuminación del poder estatal en el escenario global. 3.1.2. La dispar integración de los factores productivos y sus repercusiones en el modelo de gobernanza. 3.1.3. La función reguladora del Estado en el ámbito económico. 3.2. La dimensión jurídica internacional de la gobernanza global. 3.2.1. El trilema político-jurídico de la globalización y su proyección jurídica. 3.2.2. Un enfoque internormativo del ordenamiento jurídico internacional como condicionante de una mejora de la implementación de los DESC.—4. Consideraciones finales.

---

\* Esta aportación se enmarca dentro del Proyecto de investigación *La exigibilidad jurídica internacional de los derechos económicos, sociales y culturales* (DER 2012-30652), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

## 1. INTRODUCCIÓN

Dentro de la reflexión sugerida sobre una hipotética contraposición entre *austeridad* y *crecimiento*, se quiere incidir en la interrelación entre el objetivo socio-económico generalmente asumido por los Estados de mantener un nivel de crecimiento económico lo más elevado posible, como instrumento para satisfacer las necesidades de su población, y el respeto de los compromisos jurídicos internacionales adquiridos en relación con la efectividad de los DESC —los cuales, en definitiva, proyectan y traducen aspiraciones del ser humano respecto a las condiciones y calidad de vida—. Se pretende, pues, realizar un análisis político-jurídico y jurídico de esta interrelación, desde una perspectiva en clave universal de los DESC como parte de un sector normativo del ordenamiento jurídico internacional como es el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH)<sup>1</sup>.

La propuesta, como es esperable de una aportación de un profesor de Derecho internacional público, se aproxima al objeto desde aproximaciones político-jurídica y jurídica internacionales, reconociendo que son igualmente necesarios otros enfoques para estudiarlo, como los que puedan provenir del análisis puramente económico o incluso del ámbito del pensamiento filosófico. El interés de la propuesta se justifica, en opinión del autor, por tres motivos: primero, la evidencia del reconocimiento jurídico internacional de los DESC a escala universal y regional; segundo, la incidencia del mismo ordenamiento jurídico internacional que reglamenta los DESC en otros ámbitos normativos cuyo desarrollo puede ser determinante para el efectivo goce y disfrute de los DESC; y, tercero, la mediatización del ordenamiento jurídico internacional y del comportamiento estatal por los términos que definen la gobernanza global en la actual Sociedad internacional del siglo XXI, de modo que la interrelación analizada se encuentra condicionada y direccionada por el paradigma dominante en la conducción de los asuntos globales.

La voluntad de ofrecer solo ideas y reflexiones básicas sobre las cuestiones planteadas, y no de ofrecer un panorama exhaustivo, su-

---

1 Sin renunciar, por ello, a asumir su estrecha interacción con las denominadas *normas internacionales del trabajo*, elaboradas en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, en lo que concierne a aquellos DESC más íntimamente vinculados a la relación laboral.

giere ordenar el análisis en dos apartados: la reflexión sobre el *crecimiento económico como condicionante de la exigibilidad jurídica internacional de los DESC*; y la exploración de los *presupuestos de la gobernanza global y la evolución del ordenamiento jurídico internacional*, como factores determinantes para delimitar el *terreno de juego* para la efectividad de los DESC.

Aun cuando se parta del universalismo jurídico-formal de los DESC, no se quiere perder de vista la perspectiva de su significación en el contexto de las sociedades democráticas contemporáneas, partiendo de las muy lúcidas palabras de Miquel Caminal:

«Una sociedad democrática exige un equilibrio en la distribución de la propiedad y de la riqueza, y adquiere más calidad democrática en la medida que la igualdad nace de las propias condiciones económicas y oportunidades sociales para que los recursos políticos de todos y cada uno de los ciudadanos sean efectivamente iguales en libertad»<sup>2</sup>.

## 2. EL CRECIMIENTO ECONÓMICO COMO CONDICIONANTE DE LA EXIGIBILIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL DE LOS DESC

El reconocimiento jurídico internacional de los DESC es una expresión básica de la dignidad humana que, tras la II Guerra Mundial, resulta axiológicamente fundamental en el desarrollo del ordenamiento jurídico internacional: en la medida en que reflejan un «minimum existence protection standard», sin ellos «the overall picture of human rights would be incomplete, missing out crucial dimensions of protection for the most needy»<sup>3</sup>. De ahí que tampoco sea extraño que Diane Desierto sugiera que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>4</sup> (PIDESC) es un tratado interna-

---

2 CAMINAL, M., prólogo de DAHL, R. A., *La democracia económica: una aproximación*, Barcelona, Hacer editorial, 2002, p. xxiv.

3 RIEDEL, E.; GIACCA, G. y GOLAY, C., «The Development of Economic, Social and Cultural Rights in International Law», en RIEDEL, E.; GIACCA, G. y GOLAY, C. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights in International Law. Contemporary Issues and Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 6.

4 Pese a que «los derechos económicos, sociales y culturales (...) raramente son calificados por la doctrina y por los tribunales como normas consuetudinarias»

cional dirigido a mejorar, «if not eradicate income inequality within States»<sup>5</sup>.

Esta inicial aproximación a los DESC perfila la identificación de una mayor o menor conexión sustancial, es decir, de «some relationship between the norms of the two regimes, or on the consequences of the norms of one regime for the goals of the other»<sup>6</sup>, con otros ámbitos materiales susceptibles de ser objeto de regulación jurídica internacional. Dejando de lado la mayor *intensidad conectiva* que se desprende de la relación entre comercio internacional y trabajo, puede sostenerse la existencia de una cierta lógica consecucional entre los DESC y los

---

(ORAÁ ORAÁ, J. y GÓMEZ ISA, F., *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1997, p. 83), parece hoy claro que «some core economic and social rights» lo son y por ello forman parte del Derecho internacional general (TOMUSCHAT, Ch., *Human Rights. Between Idealism and Realism*, 3.<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 42). Así el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) ha indicado que «los derechos económicos, sociales y culturales básicos, como parte de las normas mínimas de protección de los derechos humanos, están garantizados por el derecho internacional consuetudinario» (CDESC, «Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Israel», *Documento E/C.12/1/Add.69*, párr. 12).

Esto significa que el ordenamiento jurídico internacional crea obligaciones jurídicas en materia de DESC no solo para los Estados Partes del PIDESC y/o de otros tratados internacionales que los reconocen jurídicamente. La dificultad es identificar qué DESC —y con qué alcance jurídico— pueden ser catalogados como parte del Derecho internacional consuetudinario; por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, pueden contraponerse las opiniones clásicas de Hurst Hannung (libre elección de empleo, derecho a la libertad sindical, y el derecho a la educación primaria en función de la disponibilidad de recursos) y de Philip Alston (núcleo esencial de los DESC expresado en los Objetivos de Desarrollo del Milenio): ALSTON, P., «Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen Through the Lens of the Millennium Development Goals», *Human Rights Quarterly*, vol. 27, 2005, 3, pp. 755-829; HANNUNG, H., «The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 25, 1995-1996, 1-2, pp. 287-397.

5 DESIERTO, D.A., *Public Policy in International Economic Law. The ICESCR in Trade, Finance, and Investment*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 25.

6 LEEBRON, D. W., «Linkages», *American Journal of International Law*, 96, 2002, 1, p. 11.

diversos contenidos objeto de la reglamentación jurídica internacional de las relaciones económicas: desde el prisma macroeconómico, la conexión consecuencial reside en la convicción de que el crecimiento económico generalmente debe contribuir a mejorar las condiciones de vida de la población.

Tal y como señala François Gianviti<sup>7</sup>:

«Economic growth is a necessary precondition for raising the standards of living of people, as States parties to the Covenant [PIDESC] have undertaken to gradually achieve. Without growth, the right to health, food, or education cannot be further achieved. In this context, the inclusion of references to economic growth in the provisions of the Fund's Articles dealing with the objectives of the international monetary system and the Fund's surveillance responsibilities is significant».

## 2.1. La conexión sustancial entre los DESC y el crecimiento económico

Aunque la reflexión alrededor de la exigibilidad de los DESC comporte manejar conceptos complejos y poliédricos, estos aportan argumentos político-jurídicos y jurídicos para rebajar el alcance de las expectativas consecuenciales del crecimiento económico respecto a la garantía efectiva de los DESC: 1) la reglamentación jurídica internacional de los DESC está constituida no solo por obligaciones positivas (esfera prestacional), sino que parece claro que los DESC generan también obligaciones negativas<sup>8</sup>; 2) la idea de *exigibilidad* referida a

---

7 GIANVITI, F., «Economic, Social and Cultural Rights and the International Monetary Fund», en INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Current Developments in Monetary and Financial Law*, vol. 3, Washington DC, International Monetary Fund, 2005, p. 22.

8 Incluso respecto a un derecho tan vinculado a la idea de *prestación* como es derecho a la seguridad social (art. 9 PIDESC), se piensa en obligaciones negativas para el Estado Parte del PIDESC que, por ejemplo, le demandan la adopción de «medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y eficaces, por ejemplo, para impedir que terceras partes denieguen el acceso en condiciones de igualdad a los planes de seguridad social administrados por ellas o por otros y que impongan condiciones injustificadas de admisibilidad», o que «no paguen al sistema de seguridad social las cotizaciones exigidas por la ley a los empleados u otros beneficiarios del sistema de

los DESC no es unívoca si, como parece, se perfila como «un proceso social, político y legal»<sup>9</sup>; y 3) la identificación de la lucha contra la desigualdad, aunque sea solo ante niveles injustificados de esta, como un objetivo intrínseco del PIDESC (incluso globalmente de la reglamentación jurídica internacional de los DESC), desvirtúa una óptica meramente cuantitativa o acumulativa del crecimiento económico como vector consecencial de la efectividad de los DESC<sup>10</sup>.

Este reduccionismo va unido y suele incorporarse en la práctica de las autoridades estatales cuando focalizan en los datos macroeconómicos los objetivos de desarrollo y/o de legitimación de sus políticas económicas y sociales, así como de medición de los logros obtenidos, sin perjuicio de que tal comportamiento oculte una «diferencia pronunciada entre, por una parte, las mediciones habituales de las grandes variables socioeconómicas como el crecimiento, la inflación, el desempleo, etc., y, por otra parte, las percepciones ampliamente generalizadas de dichas realidades»<sup>11</sup>. Es probable que sean los datos relativos al *crecimiento económico*, relacionados esencialmente con la

---

seguridad social» (CDESC, «Observación General n.º 19 – El derecho a la seguridad social (artículo 9)», *Documento E/C.12/GC/19*, párr. 45).

9 *Declaración de Quito acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina y el Caribe*, de 24 de julio de 1998, párr. 19.

Tampoco la *exigibilidad jurídica* puede, ni debe, restringirse a la *exigibilidad jurisdiccional o justiciabilidad*, atendiendo a la propia identificación de una garantía normativa (y, por tanto, jurídica) que compromete al conjunto de los poderes públicos y a otros instrumentos de exigibilidad no estrictamente jurisdiccionales que pueden articular las reclamaciones —y a los que el CDESC se refiere como *otros recursos efectivos* diferenciados de los jurisdiccionales (CDESC, «Observación General n.º 10 – La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales», *Documento, E/C.12/1998/25*, párr. 2)—.

10 Hay autores que identifican la *desigualdad de ingresos* como un hecho que implica ir «beyond the confines of a nation state and to look at inequality between all individuals in the world» (MILANOSEVIC, B., «Global Income Inequality in Numbers: in History and Now», *Global Policy*, vol. 4, 2013, 2, p. 198).

11 COMISIÓN SOBRE LA MEDICIÓN DEL DESARROLLO ECONÓMICO Y DEL PROGRESO SOCIAL, *Informe de la Comisión sobre la Medición del Desarrollo Económico y del Progreso Social*, p. 4, párr. 4; disponible en versión castellana: <http://www.ambafrance-es.org/Informe-de-la-Comision-Stiglitz> (consulta: 02/02/2016).

medición del aumento/disminución de la producción, los que originen una lectura más distorsionada de la situación de conjunto<sup>12</sup>, si con ello se ignoran otros indicadores relevantes<sup>13</sup> para observar el grado de satisfacción de los DESC y/o los efectos reales de las políticas económicas y sociales desarrolladas sobre las condiciones de vida de la población.

Obsérvese un ejemplo de la divergencia de percepciones contemplado desde la medición de indicadores utilizados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU): mientras Guinea Ecuatorial y Polonia disponían en 2013 de un Ingreso Nacional Bruto per cápita muy semejante —21.972 \$ y 21.478 \$, respectivamente—, Guinea Ecuatorial ocupaba ese año el puesto 144 en el Índice de Desarrollo Humano, mientras Polonia se aupaba al número 35<sup>14</sup>; en 2014, a la cifra ecuatoguineana de 21.056 \$ se le puede equiparar la atribuida a Chile —21.290 \$—, resultando respectivamente su Índice de Desarrollo Humano 138 y 42<sup>15</sup>. A pesar de la disminución del Producto Interior Bruto per cápita (US\$ a precios actuales) de Guinea Ecuatorial —18.918,3 \$— fue superior en 2014 tanto al de Polonia como al de Chile —respectivamente: 14.342,9 \$ y 14.528,3 \$—<sup>16</sup>.

Es perceptible la tendencia en los últimos años de buen parte de las Organizaciones internacionales a considerar la insuficiencia de los indicadores macroeconómicos, que describen la evolución del crecimiento económico, para mesurar el bienestar social o la calidad de vida de la mayoría de la población, y determinar, por consiguiente, el éxito de las decisiones gubernamentales en materia socio-económica desde ese punto de vista. No en vano, desde la ONU, se han lanzado y

---

12 Se señala claramente en dicho informe que «el producto interior bruto (PIB) o todo agregado calculado por habitante puede no proporcionar una evaluación adecuada de la situación de la mayoría de la población» (*ibid.* nota anterior, p. 10, párr. 21).

13 TUGORES QUES, Juan, *Economía Internacional. Globalización e Integración Regional*, Madrid, 6.ª edición, ed. McGraw-Hill, 2006, p. 277.

14 PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 2014. Sostener el Progreso Humano: Reducir vulnerabilidades y construir resiliencia*, New York, PNUD, 2014, pp. 176 y 178.

15 UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM, *Human Development Report 2015. Work for Human Development*, New York, UNDP, 2015, pp. 208 y 210.

16 Fuente: *Banco Mundial. Datos*, disponible en versión castellana: <http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD> (consulta 01/02/2016).

promovido propuestas de articulación del desarrollo que pretendían superar una mirada centrada casi exclusivamente en el crecimiento económico: sin ignorar, por supuesto, el horizonte que aporta la noción de *desarrollo sostenible*, también se han incardinado sucesivamente a la acción institucional tanto la idea de *desarrollo social*<sup>17</sup> como la de *desarrollo humano*<sup>18</sup>. No es de extrañar, pues, que surjan opiniones que aconsejen que los Estados tengan un sistema estadístico que «se centre más en la medición del bienestar de la población que en la medición de la producción económica y que es conveniente que dichas mediciones del bienestar se restituyan en un contexto de sustentabilidad»<sup>19</sup>.

Parece lógico pensar que este tipo de enfoques comportan adicionalmente un acercamiento a la realidad socio-económica que, incluso en lo que concierne a los indicadores estadísticos, incorpora expresa o implícitamente las implicaciones sociales y humanas de la actividad económica, y, en consecuencia, la posible agregación transversal de los derechos humanos en el planteamiento y ejecución de la política económica y social estatal; en definitiva, de la denominada *perspectiva DESC*. Tal formulación se desprende, por ejemplo, en la comprensión

---

17 *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social*, adoptada mediante Resolución 2542 (XXIV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1969. El desarrollo social interpreta la noción de *desarrollo* como un proceso no estrictamente económico sino multidimensional, que atiende a indicadores relacionados con el bienestar individual y colectivo, de modo que constituye la manifestación «of planned social change designed to promote the well-being of the population as a whole within the context of a dynamic multifaceted development process» (MIDGLEY, J., *Social Development: Theory and Practice*, London, Sage, 2014, p. 13).

18 *Declaración del Derecho al Desarrollo*, adoptada mediante Resolución 41/28 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 4 de diciembre de 1986. Partiendo de que el ser humano es el sujeto principal del desarrollo, se sitúan las metas del desarrollo en parámetros alineados también con la mejora del bienestar, la dignidad y la calidad de vida de todo ser humano, así como con el favorecimiento de una mayor igualdad económica y social, prestando una especial atención a los grupos más vulnerables (ANGULO SÁNCHEZ, Nicolás, *El Derecho Humano al Desarrollo frente a la mundialización del Mercado. Conceptos, contenido, objetivos y sujetos*, Madrid, IEPALA, 2005, p. 129).

19 COMISIÓN SOBRE LA MEDICIÓN DEL DESARROLLO ECONÓMICO Y DEL PROGRESO SOCIAL, *op. cit.* en nota 11, p. 10, párr. 21.

global del desarrollo ofrecida por el Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo (UNDG), desde 2003, tras adoptar el *Entendimiento Común sobre el Enfoque basado en Derechos Humanos* (EBDH).

La visibilidad o factibilidad de los DESC, y de los derechos humanos en general, como parámetro transversal de las políticas estatales debería fundarse en la responsabilidad que, en mayor o menor medida, asumen los Estados de respetarlos, pero también protegerlos y garantizarlos, y constituirse en un elemento constructivo de la concepción de la gobernanza global proyectada por el paradigma económico, político y político-jurídico dominante en la Sociedad internacional.

Esta afirmación no significa, en primer término, que no se sea consciente de que la ponderación de la efectiva realización de los DESC implica un análisis muy profundo de la implementación real de estos a partir de herramientas tales como los indicadores, el análisis presupuestario o el estudio de impacto<sup>20</sup>; tipología de análisis que, debe reconocerse, no es siempre fácilmente aprehensible desde las coordenadas de la conformidad de los comportamientos o decisiones estatales con los requerimientos de la norma jurídica que desarrolla obligaciones jurídicas internacionales respecto a los DESC.

Y, en segundo término, tampoco debe olvidarse la existencia de factores determinantes de las orientaciones económicas y de las políticas públicas —por ejemplo, el envejecimiento de la población<sup>21</sup>— que

---

20 HUNT, P.; BUENO DE MESQUITA, J.; LEE, J.-Y. y WAY, S.-A., «Implementation of economic, social and cultural rights», en SHEERAN, S. y RODLEY, Sir N. (eds.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, London y New York, Routledge, 2013, pp. 558-560.

21 «Es bien sabido que el envejecimiento demográfico hace variar las coordenadas básicas de la política económica, en general, y de la incidencia del gasto social, en particular. Esto se debe a su impacto redistributivo, tanto entre las generaciones presentes (quién se beneficia y quién financia) como respecto de las futuras (los déficits trasladados a deuda). Ello obliga a revisar las causas y remedios de la desigualdad social a la vista de las distintas capacidades y necesidades de cada uno de los grupos de edad» (LÓPEZ CASASNOVAS, G., *El bienestar desigual. Qué queda de los derechos y beneficios sociales tras la crisis*, Barcelona, Península, 2015, p. 15). Esto abre otro debate apuntado por Mary Dowell-Jones, cuando señala cuán contraproducente puede ser la exigencia jurídica de progresividad en el goce y disfrute de los DESC del artículo 2,1 PIDESC («Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación

pueden dificultar el mantenimiento de un nivel adecuado de garantía de los DESC al conjunto de la población o ser el punto de partida de una regresión desigual en su goce y disfrute. Igualmente, las crisis económicas y financieras cíclicas son consustanciales al modo de producción capitalista que prepondera globalmente como modelo organizativo. Lo que expone el argumento de la transversalidad de los DESC a críticas que, aunque no permitan soslayar su exigibilidad como Derecho, aprecian lo sencillo que es hablar de derechos humanos a nivel teórico o en cuanto que principios jurídicos, sin que ello «doesn't help governments navigate today's fiscal challenges in a way that is conducive to the fulfilment of their international human rights obligations and in compliance with international law»<sup>22</sup>.

## 2.2. Crecimiento económico y austeridad: análisis desde la perspectiva de la efectividad de los DESC

De alguna manera, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos apuntó en la dirección que sugieren las reflexiones anteriores cuando, en 2011, realizó el siguiente comentario en torno a la realización del derecho al desarrollo: «Las estrategias de desarrollo que se centran solo en el crecimiento económico han aumentado la pobreza y la desigualdad, la malnutrición y el desempleo, y las amenazas como la degradación del medio ambiente»<sup>23</sup>.

Priorizando en un primer estadio el análisis desde la óptica de los denominados países en desarrollo —atendiendo a la orientación que se desprende del previo comentario—, el ejercicio por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) de sus com-

---

internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos») respecto a otro de los fines que puede desprenderse de modo racional de la reglamentación jurídica internacional de los DESC: la protección de las generaciones futuras [DOWELL-JONES, M., «The Sovereign Bond Markets and Socio-Economic Rights: Understanding the Challenge of Austerity», en RIEDEL, E.; GIACCA, G. y GOLAY, C. (eds.), *op. cit.*, nota 4, p. 68].

22 *Ibid.*, p. 85.

23 ONU, «El derecho al desarrollo. Informe del Secretario General y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos», *Documento A/HRC/19/45*, Anexo II, p. 12.

petencias de control permite identificar, a partir de sus conclusiones finales formuladas respecto a los informes periódicos presentados por los Estados Partes, entre 2013 y 2015<sup>24</sup>, algunas tendencias bastante generalizables:

- Incluso cuando existen importantes tasas de crecimiento, se evidencia el alcance limitado de las asignaciones presupuestarias para la implementación de los DESC, hasta el punto de que, en muchos casos, no son suficientes para lograr avances significativos respecto a parámetros esenciales de progreso social: por ejemplo, al Congo se le señala que «los beneficios de la explotación de los recursos petroleros no inciden positivamente en el disfrute por la población de sus derechos económicos, sociales y culturales»<sup>25</sup>; a Togo se le indica que «las asignaciones presupuestarias a las esferas sociales son insuficientes, lo que dificulta la efectividad progresiva de los DESC»<sup>26</sup>.
- Esta insuficiencia puede deberse, incluso, para Estados con indicadores menos favorables, a una «reducción de la parte proporcional de los recursos presupuestarios que se asigna a la salud, la educación y la vivienda, lo cual se traduce en el retroceso del disfrute efectivo de los derechos consagrados en el Pacto [PIDESC] y

---

24 El mecanismo de comunicaciones de particulares previsto en el artículo 2 del Protocolo Facultativo al PIDESC, de 10 de diciembre de 2008, no permite aún contar con una *jurisprudencia* consolidada —pues entró en vigor el 5 de mayo de 2013—. El CDESC solo se ha pronunciado sobre una comunicación, precisamente contra España, considerando violado el artículo 11 PIDESC en relación con el derecho a la vivienda, ya que los tribunales españoles no adoptaron «todas las medidas razonables para notificar adecuadamente a la autora [de la comunicación] la demanda de ejecución hipotecaria presentada por la entidad acreedora (...), privándola de la posibilidad de defender adecuadamente su derecho a la vivienda» (CDESC, Comunicación núm. 2/2014, *I.D.G. contra España*, Dictamen aprobado por el Comité en su 55.º período de sesiones (1 a 19 de junio de 2015), *Documento E/C.12/55/D/2/2014*, Anexo, p. 16, párr. 14).

25 CDESC, «Observaciones formuladas en ausencia del informe inicial del Congo, aprobadas por el Comité en su 49.º período de sesiones (12 a 30 de noviembre de 2012)», *Documento E/C.12/COG/CO/1*, párr. 12.

26 CDESC, «Observaciones finales sobre el informe inicial del Togo, aprobadas por el Comité en su 50.º período de sesiones (29 de abril a 17 de mayo de 2013)», *Documento E/C.12/TGO/CO/1*, párr. 10.

repercute de manera desproporcionada en las personas y grupos desfavorecidos»<sup>27</sup>.

- Se perpetúan situaciones discriminatorias y altos niveles de desigualdad específicamente en el ámbito laboral pero también generales en relación con el goce y disfrute de los DESC que afectan a colectivos tales como mujeres, jóvenes y grupos étnicos minoritarios (también inmigrantes); esta tendencia tiene, además, una dimensión espacial en cuanto a las diferencias existentes entre población urbana y rural.
- La persistencia de elevados índices de pobreza, a pesar de que pueda existir una tasa de crecimiento económico relevante<sup>28</sup>; lo cual va acompañado de déficits de trabajo decente, de escasez e incluso de inseguridad alimentaria (por ejemplo, por el aumento de los precios de alimentos básicos)<sup>29</sup>, o de carencias en el nivel de salud de la población, incluidas la salud maternal y la perpetuación de tasas elevadas de mortalidad infantil.

---

27 CDESC, «Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo a cuarto combinados de Egipto», *Documento E/C.12/EGY/CO/2-4*, párr. 6.

28 «Al Comité le preocupa el elevado índice de pobreza del Estado parte que, a pesar de las medidas adoptadas y la alta tasa de crecimiento económico, afecta en particular a las mujeres, especialmente las que son jefe de familia, a los hogares a cargo de niños, a los habitantes de las zonas rurales y a las personas que trabajan en la agricultura» (CDESC, «Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo a cuarto combinados de Rwanda, aprobadas por el Comité en su 50.º período de sesiones (29 de abril a 17 de mayo de 2013)», *Documento E/C.12/RWA/CO/2-4*, párr. 22).

29 El CDESC señala respecto a Djibouti que «cada vez más hogares en el Estado parte no pueden adquirir los alimentos necesarios para un régimen alimentario adecuado debido al aumento de los precios. El Comité también observa con inquietud que la inseguridad alimentaria y la malnutrición afectan a la mayoría de la población a pesar de los progresos realizados por el Estado parte» (CDESC, «Observaciones finales sobre los informes periódicos inicial y segundo de Djibouti», *Documento E/C.12/DJI/CO/1-2*, párr. 27). También a uno de los antes denominados *tigres asiáticos*, Indonesia, se le indica «la considerable subida del precio de los alimentos básicos que se han vuelto cada vez menos asequibles para las personas y grupos desfavorecidos del Estado parte, lo que agrava la situación de malnutrición» (CDESC, «Observaciones finales sobre el informe inicial de Indonesia», *Documento E/C.12/IDN/CO/1*, párr. 31).

- Esta percepción se completa con panoramas políticos y sociales en muchos casos proclives a un alto nivel de corrupción, así como a problemas para el desarrollo de instituciones políticas y judiciales adecuadas y/o de tendencias restrictivas en relación con la libertad de acción sindical y de todo tipo de asociaciones reivindicativas.

El CDESC, asimismo, ha relacionado los déficits de goce y disfrute de los DESC con las carencias de las políticas fiscales con fines redistributivos: se critica a El Salvador porque, más allá de signos de progreso social, la reforma fiscal no ha permitido un aumento significativo de los ingresos para disponer de recursos con el fin de profundizar en los DESC y aminorar la gran desigualdad en la distribución de la riqueza entre sus ciudadanos<sup>30</sup>; del mismo modo, se le señala a Paraguay que su «débil recaudación fiscal» limita «la inversión del gasto público social»<sup>31</sup>, o a Egipto la «creciente utilización de impuestos indirectos regresivos», sin evaluar sus repercusiones sobre los derechos humanos ni plantearse otras alternativas «más equitativas de recaudación de ingresos»<sup>32</sup>.

Algunas de estas tendencias no son ajenas ni a los países con economías emergentes ni a los países desarrollados<sup>33</sup>, en especial cuando las políticas presupuestarias reflejan ajustes o recortes en partidas relacionadas con el gasto social. Por ejemplo, poniendo énfasis en los efectos de la crisis sobre su economía, el CDESC le indica a Japón —un Estado de muy alto desarrollo humano— que «los considerables recortes en las asignaciones presupuestarias para la asistencia social han afectado negativamente al disfrute de los derechos económicos y

---

30 CDESC, «Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero, cuarto y quinto combinados de El Salvador», *Documento E/C.12/SLV/CO/3-5*, párrs. 8 y 19; se le critica también por carecer de un sistema universal de seguridad social (*ibid.* párr. 15).

31 CDESC, «Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico del Paraguay», *Documento E/C.12/PRY/CO/4*, párr. 10.

32 CDESC, *op. cit.* nota 27.

33 Sin perjuicio de que de la práctica del CDESC se desprenda una cierta diferencia de trato entre países en desarrollo y países desarrollados, que refleja tanto la racionalidad de la aplicación de un *estándar de razonabilidad* como el reflejo de su compromiso con el sentido común (SEPÚLVEDA, M., *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen/Oxford/New York, Intersentia, 2002, p. 107).

sociales, en particular para los grupos desfavorecidos y marginados de la población»<sup>34</sup>.

No es difícil aventurar, por consiguiente, que el CDESC ha observado también deficiencias y regresiones en la situación de los DESC en los Estados europeos, que, pese a encontrarse generalmente entre los que presentan un más alto nivel de desarrollo —muy alto o alto conforme al Índice de Desarrollo Humano—, han abordado los efectos económicos de la crisis financiera de 2008; pueden señalarse como denominadores comunes más significativos (no todos) en las conclusiones finales del CDESC:

— Las críticas a los ajustes presupuestarios y de las medidas necesarias para disponer de asistencia financiera externa —Portugal o Ucrania<sup>35</sup>—, o para someterse a la disciplina presupuestaria inducida desde la Unión Europea —Eslovenia<sup>36</sup>—, proyectan la sombra de una regresividad indebida respecto a los DESC como consecuencia de tales ajustes y reformas<sup>37</sup>, como bien sintetiza el comentario frente a la situación de Grecia:

«a pesar de las disposiciones tomadas por el Estado parte para atenuar las consecuencias económicas y sociales de las medidas de austeridad adoptadas en el marco de los memorandos de entendimiento de 2010, 2012 y 2015, la crisis económica y finan-

---

34 CDESC, «Observaciones finales sobre el tercer informe periódico del Japón, aprobadas por el Comité en su 50.º período de sesiones (29 de abril a 17 de mayo de 2013)», *Documento E/C.12/JPN/CO/3*, párr. 9.

35 CDESC, «Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Portugal», *Documento E/C.12/PRT/CO/4*; párr. 6; Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Ucrania», *Documento E/C.12/UKR/CO/6*, párr. 5.

36 CDESC, «Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Eslovenia», *Documento E/C.12/SVN/CO/2*, párr. 8.

37 Recuérdese que a España se le señaló en 2012 la preocupación «por la reducción de los niveles de protección efectiva de los derechos consagrados en el Pacto que ha resultado de las medidas de austeridad adoptadas por el Estado parte, perjudicando de forma desproporcionada al disfrute de sus derechos por las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, especialmente los pobres, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los adultos y los jóvenes desempleados, las personas mayores, los gitanos, los migrantes y los solicitantes de asilo» (CDESC, «Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. España», *Documento E/C.12/ESP/CO/5*, párr. 8).

ciera ha tenido un fuerte impacto en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular los derechos al trabajo, la seguridad social y la salud, de algunos grupos desfavorecidos y marginados»<sup>38</sup>.

- La generalización del trato discriminatorio en el goce y disfrute de los DESC respecto a colectivos humanos como los inmigrantes o las minorías —destacando la reiteración de las prácticas discriminatorias respecto a los gitanos—; muy particularmente en el terreno laboral, aunque la discriminación de género no deja de ser, desgraciadamente, otra constante.
- El porcentaje de la población sumida en la pobreza: a Montenegro se le señala «el creciente porcentaje de la población que vive por debajo del umbral nacional de la pobreza absoluta»<sup>39</sup>; respecto a Grecia, pese a destacarse los esfuerzos realizados, se anota que «la población en riesgo de pobreza o exclusión social aumentó considerablemente desde 2010 y alcanzó el 36% en 2013»<sup>40</sup>. Es significativo que esta crítica se extienda no solo a países europeos de desarrollo humano alto, sino también a Estados de desarrollo humano muy alto como Bélgica, apuntándose a: «las situaciones de pobreza en el Estado parte que afectan a las poblaciones más desfavorecidas y marginadas, en particular los niños y las personas de origen extranjero»<sup>41</sup>.

En lo que concierne a España y la extensión de la pobreza, el CDESC afirma que «según los datos a su alcance, el 21,8% de la población vive aún por debajo del umbral de la pobreza y que en el contexto de la crisis económica y financiera, se ha incrementado considerablemente el índice de personas en riesgo de pobreza (arts. 9 y 11

---

38 CDESC, «Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Grecia», *Documento E/C.12/GRC/CO/2*, párr. 7.

39 CDESC, «Observaciones finales sobre el informe inicial de Montenegro», *Documento E/C.12/MNE/CO/1*, párr. 21.

40 CDESC, *op. cit.*, nota 38, párr. 29.

41 CDESC, «Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Bélgica», *Documento E/C.12/BEL/CO/4*, párr. 18.

[PIDESC]»<sup>42</sup>. Es significativo que España, entre los países de índice de desarrollo humano muy alto, se ubicase en 2014 como el 5.º Estado sobre 49 con mayor desigualdad de ingresos, tras EE.UU., Chile, Argentina e Israel<sup>43</sup>; como señala la Organización Internacional del Trabajo (OIT), debido a las variaciones de la distribución salarial y el desempleo, España y EE.UU. son los «dos países donde más aumentó la desigualdad» de ingresos<sup>44</sup>.

Cabe recordar aquí que la Presidencia del CDESC es «consciente de que en ocasiones es inevitable realizar ciertos ajustes en la aplicación de algunos de los derechos consagrados en el Pacto», pero a su vez señala que «los Estados partes no deben actuar en detrimento de las obligaciones que han asumido en virtud de este», por lo que establece unos parámetros de conformidad con el PIDESC de las políticas y medidas adoptadas: deben ser provisionales y abarca «solamente el período de crisis»; deben ser necesarias y proporcionales, «en el sentido de que la adopción de cualquier otra política, o la simple inacción, tendría efectos más perjudiciales sobre los derechos económicos, sociales y culturales»; deben ser no discriminatorias e incluir medidas, como los subsidios sociales, para mitigar el previsible aumento de las desigualdades e impedir que se vean desproporcionadamente afectados las personas y grupos más desfavorecidos; y deben «especificar un contenido mínimo básico de derechos o el nivel mínimo de protección social» y proceder a protegerlo<sup>45</sup>. La cuestión es si, en la práctica, el planteamiento del CDESC es compatible o no con las exigencias económicas derivadas de una crisis y/o del mantenimiento de un determinado nivel de crecimiento.

---

42 CDESC, *op. cit.*, nota 37, párr. 8.

43 UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM, *op. cit.*, nota 15, p. 216; medición sobre la base de los datos de las encuestas de hogares estimados mediante el índice de desigualdad de Atkinson.

44 OIT, «Informe Mundial sobre Salarios 2014/2015 Salarios y desigualdad de ingresos», Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2015, p. xvii.

45 CDESC, «Carta de fecha 16 de mayo de 2012 dirigida a los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el Presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», *Documento HRC/NONE/2012/76*, pp. 1 y 2.

### 2.3. La desigualdad como resultante negativa para la efectividad de los derechos humanos (no solo de los DESC)

Partiendo de que entre los fines del PIDESC está disminuir la desigualdad, la práctica del CDESC manifiesta la ausencia de una tendencia generalizada hacia una acusada atenuación de la desigualdad o, aún menos, a la erradicación de aquellos niveles de desigualdad inasumibles conforme a las exigencias jurídicas internacionales; máxime si a la desigualdad de ingresos se le unen deficiencias en las políticas redistributivas o compensatorias, incluso en aquellos Estados que disponen mínimamente de recursos financieros para desarrollarlas. Las políticas de ajustes y recortes, asimismo, parecen tendencialmente tener en el gasto social uno de los ámbitos preferentes de aplicación. El siguiente dato confirma la tendencia sugerida: «entre 1990 y 2010 la desigualdad aumentó en más de dos tercios de los países sobre los que hay datos disponibles»<sup>46</sup>.

La reflexión sobre estos extremos debe fijarse, en primer término, en la desigualdad de rentas familiares, que puede relacionarse particularmente en muchos países desarrollados tanto con un elevado nivel de desempleo como con la brecha salarial existente entre la población<sup>47</sup>; entre los países emergentes y en desarrollo que presentan un contexto de aumento de la renta familiar durante los últimos años, es perceptible cómo «la desigualdad total sigue siendo más elevada (...) que en las economías desarrolladas», siendo «particularmente notable [en comparación con los países desarrollados] en la desigualdad entre los extremos»<sup>48</sup>. Todo ello sin perjuicio de que, si se hace referencia a economías desarrolladas como E.E.UU. o los países de la Europa septentrional, la fuente de ingresos más importante de «los hogares del 10 por ciento inferior» proviene sobre todo de las «transferencias de protección social»<sup>49</sup>.

---

46 KOSE, M. A. y OZTURK, E. O., «Un mundo de cambios. Balance del último medio siglo», *Finanzas & Desarrollo*, vol. 51, 2014, 3, p. 11.

47 OIT, *op. cit.*, nota 44, pp. 35-39; sin perjuicio de que, en lo que concierne a las economías emergentes y en desarrollo, «los salarios representan una proporción menor de la renta total en esos países» (*ibid.*, p. 37).

48 OIT, *op. cit.*, nota 44, *ibid.*, p. 32.

49 *Ibid.* p. 74.

En segundo término, en relación con las rentas salariales, mientras en un «gran número de estudios se ha documentado el declive de la renta del trabajo en muchas economías desarrolladas desde el decenio de 1980» respecto al global de ingresos nacionales<sup>50</sup>, tampoco es una tendencia ajena a los países emergentes y en desarrollo, por mucho que puedan haber crecido las rentas del trabajo: «en China dicha renta ha descendido desde principios del decenio de 2000»<sup>51</sup>. Este otro factor de desigualdad —el menor peso de las rentas salariales respecto a otras fuentes de ingresos—, unido a la anterior reflexión, quizá haga sostenible la afirmación de Joseph E. Stiglitz en el sentido de que la «teoría económica [muy apegada al credo neoliberal] del goteo no funciona», pues «gran parte de la desigualdad es producto de la captación de rentas (los que están más arriba se hacen con una proporción cada vez mayor de la riqueza nacional) y de la ausencia de igualdad de oportunidades»<sup>52</sup>.

Y, en tercer término, es preciso hacer referencia a la *brecha salarial*: junto a su presencia en el doble entorno hombre/mujer y nacional/extranjero, se perfila una tendencia general al «estancamiento del salario para el trabajador común» frente al salario de quienes disponen de «calificaciones específicas» de carácter tecnológico (salario tecnológico)<sup>53</sup>. De manera que, aunque los salarios crezcan más que la productividad<sup>54</sup>, «la mayor parte de dicho aumento será solo para el pequeño grupo de trabajadores calificados, no mayor al 20 % de la fuerza laboral mundial»<sup>55</sup>. En suma, atendiendo a la revolución productiva en marcha, tal vez quepa entrever a partir del análisis realizado desde una publicación del Fondo Monetario Internacional (FMI) lo que parece identificarse como un proceso de *polarización del mer-*

---

50 OIT, *op. cit.*, nota 44, p. 11.

51 *Ibid.*, p. 17.

52 STIGLITZ, J. E., «Desigualdad. La economía debería estar al servicio de la sociedad», *Finanzas & Desarrollo*, vol. 51, 2014, 3, p. 18.

53 BESSEN, J., «Trabajo y tecnología», *Finanzas & Desarrollo*, vol. 52, 2015, 1, p. 19.

54 Téngase en cuenta que, en las economías desarrolladas, hay «algunos casos —como los de España, Grecia, Irlanda, Italia, Japón y Reino Unido—, [en que] el nivel del salario medio real en 2013 fue inferior al de 2007» (OIT, *op. cit.*, nota 44, p. xvi).

55 ERNST, E., «La apretada clase media», *Finanzas & Desarrollo*, vol. 52, 2015, 1, p. 23.

*cado laboral* —con sus efectos negativos sobre la denominada *clase media*—<sup>56</sup>.

Sobre estos presupuestos es pertinente efectuar dos consideraciones adicionales:

- La desigualdad, paradójicamente, es contraproducente para el crecimiento económico y la estabilidad macroeconómica<sup>57</sup>: «It would still be a mistake to focus on growth and let inequality take care of itself, not only because inequality may be ethically undesirable but also because the resulting growth may be low and unsustainable»<sup>58</sup>.
- No hay evidencias de que la adopción de medidas de redistribución fiscal tenga efectos negativos sobre el crecimiento económico —en particular cuando no son «non-extreme redistributions»—, de manera que una «average redistribution, and the associated reduction in inequality, is thus associated with higher and more durable growth»<sup>59</sup>.

La presencia de un alto nivel de desigualdad se traslada transversalmente a todos los aspectos de la vida social y del goce del conjunto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, más allá de su evidente incidencia en la falta de progreso adecuado de los DESC o la regresividad de su nivel de garantía<sup>60</sup>: por ejemplo, la desigualdad, no solo

---

56 COWEN, T., *Se acabó la clase media. Cómo prosperar en un mundo digital*, Barcelona, Antonio Bosch editor, 2013, p. 43.

57 «Una desigualdad neta más alta se correlaciona con un crecimiento más bajo» (OSTRY, J. D. y BERG, A. G., «A su justa medida», *Finanzas & Desarrollo*, vol. 51, 2014, 3, p. 37).

58 OSTRY, J. D.; BERG, A. G. y TSANGARIDES, C. G., «Redistribution, Inequality, and Growth», International Monetary Fund, Research Department, *Staff Discussion Note – SDN/14/02*, p. 25.

59 *Ibid.* p. 26.

60 Lo que igualmente constituye una vulneración del artículo 2 PIDESC en tanto que, como señala el CDESC, «todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga» (CDESC, Observación General n.º 3 – La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)), *Documento E/1991/23*, Anexo III, párr. 9).

cuando responde a prácticas discriminatorias, se relaciona de manera bidireccional con la falta de respeto de los derechos civiles y políticos.

La violación de los derechos civiles y políticos puede acompañar, y facilitar, que las autoridades se abstengan de adoptar medidas que favorezcan tanto la progresiva realización de los DESC como la disminución de las desigualdades económicas: un ejemplo es el ya mencionado de Guinea Ecuatorial, Estado en el que, a la ausencia generalizada de libertades políticas, se le une el permanente sometimiento de los activistas de derechos humanos «a actos de intimidación y hostigamiento»<sup>61</sup>. Pero también el limitado goce y disfrute de los DESC, así como la desigualdad, pueden redundar en violaciones de derechos civiles y políticos: no en vano diversos países europeos son señalados «por su incapacidad para luchar contra la trata de personas»<sup>62</sup>.

No deja de ser relevante, finalmente, la constatación de que el debilitamiento del ejercicio de la libertad sindical y de la negociación colectiva en los países desarrollados incide en la desigualdad salarial: «la desindustrialización debilita la renta de los trabajadores de ingresos medios y bajos», mientras que «aumenta necesariamente la participación que tienen en el ingreso la remuneración de los directivos y la renta de los accionistas»<sup>63</sup>.

### **3. PRESUPUESTOS DE LA GOBERNANZA GLOBAL Y EVOLUCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL: ¿QUÉ TERRENO DE JUEGO PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DESC?**

Todo lo expuesto hasta el momento no responde exclusivamente a una dinámica estructural inherente al modo de producción capi-

---

61 CDESC, «Observaciones del Comité en ausencia del informe inicial de Guinea Ecuatorial, aprobadas por el Comité en su 49.º período de sesiones (14 al 30 de noviembre de 2012)», *Documento E/C.12/GNQ/CO/1*, párr. 16.

62 El CDESC, por ejemplo, identifica a Lituania como «país de origen, tránsito y destino de mujeres y niñas destinadas a la explotación sexual» (CDESC, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Lituania», *Documento E/C.12/LTU/CO/2*, párr. 15).

63 JAUMOTTE, F. y OSORIO BUITRÓN, C., «El poder desde el pueblo», *Finanzas & Desarrollo*, vol. 52, 2015, 1, p. 31.

talista, sino a tendencias hacia las que apuntan las políticas económicas y sociales de los Estados, cuyo cierto nivel de convergencia o coincidencia puede relacionarlas con el paradigma predominante que sostiene la gobernanza global<sup>64</sup>. Para Joseph Stiglitz, admitiendo que las sociedades desiguales no funcionan eficientemente y que sus economías no serán estables y sostenibles a largo plazo<sup>65</sup>, hay que tener presente que los mercados son conformados por regulaciones e instituciones, y que toda decisión regulatoria adoptada —o de desregulación de aspectos previamente regulados— tiene consecuencias redistributivas<sup>66</sup>.

El ordenamiento jurídico internacional coadyuva a determinar el *terreno de juego* en que se dirimen las bases del alcance de la efectividad de los DESC: en mayor o menor medida, el Derecho internacional contribuye al actual estado de cosas, por mucho que entre su acervo regulador se integren normas jurídicas dirigidas a reconocer y garantizar los DESC, atendiendo a que los términos de la gobernanza global se expresan también en el ámbito regulatorio que propone el ordenamiento jurídico internacional.

Léase la siguiente consideración del CDESC a Sudán como ejemplo de la potencial incidencia de los términos de la gobernanza global en el desempeño económico y social estatal. Así, tras lamentar que «los significativos ingresos obtenidos de la explotación de recursos naturales antes de la secesión de una parte del país no hayan conducido a progresos tangibles» en la efectividad de los DESC «para la mayor parte de la población del Estado parte», y que su «mala gestión de los recursos públicos» y los considerables gastos militares y de seguridad detraen fondos «que podrían destinarse a sectores como la educación, la salud y la protección social, que reciben solo asignaciones margi-

---

64 El propio Thomas Piketty, que en sus controvertidas tesis económicas señala la tendencia sistémica a que la remuneración del capital sea superior a los ingresos derivados de la producción y las rentas salariales, señala que hay instrumentos correctivos para evitar «la spirale inégalitaire sans fin» —su propuesta pretende básicamente la introducción de un impuesto progresivo anual sobre el capital— (PIKETTY, Thomas, *Le capital au xxième siècle*, Paris, Seuil, 2013, p. 942).

65 STIGLITZ, J. E., *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, London y New York, W. W. Norton & Company, 2013, p. 83.

66 *Ibid.* p. 60.

nales del presupuesto del Estado»<sup>67</sup>, el CDESC comenta de modo particular que:

«El Comité expresa profunda preocupación por que las disposiciones del artículo 4 de la Ley Nacional de Fomento de las Inversiones (2013) que dan primacía a la Ley sobre otros textos legislativos nacionales repercuten negativamente en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en otras leyes nacionales del Estado parte»<sup>68</sup>.

Sin enjuiciar a fondo cuáles son los efectos prácticos de la legislación sudanesa, es perceptible cómo la voluntad y necesidad de obtener beneficios de la integración en la economía global comporta admitir directrices regulatorias que condicionan el derecho estatal, derivadas de los planteamientos implícitos en la gobernanza global y/o explícitos en las normas jurídicas internacionales: por ejemplo, la prevalencia normativa de la legislación sobre inversiones podría también relacionarse con el consentimiento en obligarse por tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras y el alcance de los compromisos relativos a la *estabilidad de las inversiones*.

Admitiendo que la «política fiscal tiene un impacto muy importante en el cumplimiento de todas las obligaciones en materia de derechos humanos»<sup>69</sup>, en períodos de limitado crecimiento «progressive and effective taxation systems are all the more essential to mitigate the possible impact on public revenues, guaranteeing the resources needed for social protection programmes and ensuring equitable redistribution»<sup>70</sup>. Parece lógico pensar, pues, que, si se adoptan medidas fiscales que no reflejan esta estrategia, es porque los Estados tie-

---

67 CDESC, «Observaciones finales sobre el segundo informe periódico del Sudán», *Documento E/C.12/SDN/CO/2*, párr. 15.

68 *Ibid.* párr. 13.

69 VV.AA., *Política Fiscal y Derechos Humanos en las Américas. Movilizar los recursos para garantizar los derechos*. Informe temático Preparado con ocasión de la Audiencia Temática sobre Política Fiscal y Derechos Humanos, 156.º Periodo de Sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Washington D.C., octubre de 2015, p. 32, disponible en: [http://cesr.org/downloads/cidh\\_fiscalidad\\_ddhh\\_oct2015.pdf](http://cesr.org/downloads/cidh_fiscalidad_ddhh_oct2015.pdf) (consulta 02/02/2016).

70 SAIZ, I., «Rights in Recession? Challenges for Economic and Social Rights Enforcement in Times of Crisis», *Journal of Human Rights Practice*, vol. 1, 2009, 2, p. 283.

nen otras prioridades en materia de política fiscal y económica<sup>71</sup>; nada mejor que completar este argumento con esta frase de John Christensen: «Tax policies reflect political power relationships»<sup>72</sup>.

La reflexión con estos mimbres se orienta hacia los *factores de gobernanza global* que inciden sobre el desempeño económico estatal y la efectividad de los DESC, así como respecto a la *dimensión jurídica internacional de la gobernanza global*.

### 3.1. Algunas consideraciones sobre los principales factores de gobernanza global

La última gran crisis financiera en 2008 y sus desiguales efectos sobre la economía de los Estados han remarcado los inconvenientes que una interpretación ortodoxa del paradigma que define la gobernanza global puede tener para las condiciones de trabajo y de vida de muchos habitantes del planeta; particularmente, si se entiende que el paradigma neoliberal que lo sustenta tiene como referente regulatorio el funcionamiento del mercado, más que la adecuación del mercado o de los mercados a fines u objetivos ajenos a su funcionamiento. En esta dirección, se quieren indicar algunos de los factores —no todos— que caracterizan el escenario de la gobernanza global, entendida como «the processes and institutions, both formal and informal, that guide and restrain the collective activities of a group» y que, precisamente por definición, no han de ser ya «conducted exclusively by governments and the international organizations to which they delegate authority»<sup>73</sup>.

---

71 Conforme a la opinión de Gaby Oré Aguilar parafraseando a Philip Alston (intervención en la Audiencia ante la CIDH de 22 de octubre de 2015, disponible en: [http://www.cesr.org/downloads/cidh\\_presentaciones.pdf](http://www.cesr.org/downloads/cidh_presentaciones.pdf) [consulta 02/02/1026]).

72 CHRISTENSEN, J., «Why tax justice movement should embrace human rights. And viceversa», *International Strategy Meeting Advancing Tax Justice through Human Rights* (Lima, Perú, 29-30 de abril de 2015), disponible en: [http://cesr.org/downloads/John\\_Christensen\\_ISM\\_Lima\\_28\\_APR\\_2015.pdf](http://cesr.org/downloads/John_Christensen_ISM_Lima_28_APR_2015.pdf), p. 1 (consulta 03/02/2016).

73 «Private firms, associations of firms, nongovernmental organizations (NGOs), and associations of NGOs all engage in it, often in association with governmental bodies, to create governance; sometimes without governmental authority» (KEOHANE, R. y NYE, J., «Introduction», en NYE, J. y DONAHUE, J. [eds.], *Governance in a Globalizing World*, Cambridge (MA), Brookings Institution Press, 2000, p. 12).

### 3.1.1. *La difuminación del poder estatal en el escenario global*

Coherentemente con la manera en que se expresa la gobernanza global, aunque de modo desigual y no uniforme, los Estados han visto mermada la efectividad de su poder decisorio tanto a nivel interno como relacional externo, y, en definitiva, erosionada la discrecionalidad real en el ejercicio de unas competencias soberanas que, conforme al Derecho internacional, pueden en principio ejercer de modo pleno y exclusivo. No puede afirmarse que solo la evolución del ordenamiento jurídico internacional justifique esta tendencia —incluso es probable que el Derecho internacional no sea el principal factor determinante de ello—, ni siquiera si se completa su horizonte regulatorio con las reglas de *soft law* adoptadas por aquellas Organizaciones internacionales con peso específico para modelar el comportamiento estatal<sup>74</sup>. Tampoco es suficiente apelar a la restringida experiencia, sobre una base jurídica internacional, de los procesos de integración regional como el desarrollado desde la Unión Europea.

Entre otros componentes relevantes pueden señalarse adicionalmente:

- La «proliferación de las formas privadas de autoridad», que tiene en el espacio económico y financiero uno de sus principales ámbitos materiales de consolidación y desarrollo<sup>75</sup>. Los operadores económicos privados disponen de amplios márgenes de discreción para determinar transnacionalmente sus reglas de conducta y de contratación, así como para resolver sus controversias a través de medios privados. Parece claro que los Estados, individual y de común acuerdo, han contribuido a consolidar esa autonomía privada: han dejado de regular o han desregulado aspectos del funcionamiento operacional de los mercados. Como señala Josep Ibáñez, la «crisis de 2008 puso al descubierto hasta qué punto és-

---

74 Así, «international monetary and financial law is still characterized by the predominance of soft law, soft obligations, and an informal institutional structure» (LASTRA, R. M., «Do We Need a World Financial Organization?», *Journal of International Economic Law*, vol. 17, 2014, 4, p. 787).

75 IBÁÑEZ, J., «Poder y legitimidad en la gobernanza del interés público global», en BOUZA, N., GARCÍA, C. y RODRIGO, A. J. (directores), *La gobernanza del interés público global*, XXV Jornadas Ordinarias de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Barcelona, 19 y 20 de septiembre de 2013), Madrid, Tecnos, 2015, p. 112.

tos [los mercados financieros] funcionaban de manera autónoma, al margen de las autoridades públicas que habían renunciado a controlarlos»<sup>76</sup>.

La relevancia de los intereses de los operadores económicos y financieros privados en la Sociedad internacional no solo determina la disponibilidad de amplios márgenes para la autorregulación, sino que potencia su influencia en la toma de decisiones institucionales, tanto en el ámbito internacional como interno del Estado.

La otra cara de la moneda de esta posición privilegiada suscita la reflexión sobre su responsabilidad (ética y/o jurídica) por conductas que puedan socavar la efectividad de los derechos humanos, debiéndose entonces reflexionar sobre asuntos que aquí solo se apuntan, como, por ejemplo: la necesidad de clarificar en qué medida los Estados adquieren obligaciones extraterritoriales respecto a los DESC, pues, a pesar de la aportación de los *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, o *Principios de Maastricht (2011)*<sup>77</sup>, no deja de ser cierto que, en estrictos términos jurídicos, la delimitación de su alcance jurídico «is not well developed in international human rights law»<sup>78</sup>; partiendo del rechazo a perpetuar el discurso de la *responsabilidad social corporativa*, parece exigible una autorregulación que garantice la rendición de cuentas y/o la promoción de instrumentos con potenciales efectos contractuales, como pueden ser, según cual sea su redacción, los Acuerdos Marco Internacionales<sup>79</sup>.

---

76 IBÁÑEZ, J., *op. cit.*, nota 75.

77 CONSORCIO ETO, *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Heidelberg, FIAN, 2013.

78 SKOGLY, S. y GIBNEY, M., «Transnational Human Rights Obligations», *Human Rights Quarterly*, vol. 24, 2002, 3, p. 798.

79 Acuerdos «firmados entre empresas multinacionales y las federaciones sindicales mundiales [pueden participar los sindicatos donde se ubica la matriz empresarial] para facilitar la aplicación de «normas laborales mínimas» y organizar «un marco de relaciones laborales común en todas las actividades de las empresas multinacionales en el mundo, que abarca tanto las operaciones de sus filiales como las de sus subcontratistas y proveedores» (PAPADAKIS, K., «Investigaciones sobre el diálogo social transnacional y los acuerdos marco internacionales», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 127, 2008, núm. 1, p. 109).

- Las claves de la gobernanza económica y de su regulación se desplazan en buena medida de las Organizaciones internacionales, que han constituido el tradicional marco institucional para la cooperación internacional, a formas institucionalizadas de cooperación transgubernamental que no se crean ni funcionan institucionalmente conforme al Derecho internacional: el ejemplo inicial y paradigmático puede ser el del G20, convertido a partir de la crisis financiera de 2008 «en el foro más importante de la gobernanza económica, monetaria y financiera internacional»<sup>80</sup>. El G20, como paradigma de este tipo de iniciativas, no debe olvidarse que es la expresión de un multilateralismo elitista<sup>81</sup> en lo político y económico —por lo que, en consecuencia, transmite parámetros de acción que emanan de las principales potencias desarrolladas y emergentes—.

### 3.1.2. *La dispar integración de los factores productivos y sus repercusiones en el modelo de gobernanza*

Más allá de la relevancia de las redes productivas que difuminan las fronteras respecto a la circulación de bienes y servicios, no puede más que señalarse que la integración global del capital es mucho mayor que la de cualquier otro factor productivo —en especial, si se contraponen al factor trabajo y la libre circulación de personas/trabajadores—. Las transacciones electrónicas explican, en buena medida, el alcance y magnitud de la libre circulación de capitales<sup>82</sup>, así como las dificultades para regular mecanismos que establezcan controles efectivos sobre ellas. Téngase presente el aumento de los flujos financieros y de la masa de activos financieros existente a nivel global: el «total de activos financieros mundiales creció de US\$250.000 millones en 1970 a casi US\$70 billones en 2010», siendo «la proporción de inversión de cartera mucho mayor»<sup>83</sup>.

---

80 LÓPEZ, M., «La protección de la estabilidad financiera como bien público global», en BOUZA, N., GARCÍA, C. y RODRIGO, A. J. (directores), *op. cit.*, nota 75, p. 659.

81 COOPER, A. W., «The G20 as an improvised crisis committee and/or a contested “steering committee” for the world», *International Affairs*, vol. 86, 2010, 3, p. 742.

82 Debiéndose remarcar que «el número de países que tienen un sistema financiero liberalizado se ha triplicado en los 50 últimos años» (KOSE, M. A. y OZTURK, E. O., *op. cit.*, nota 46, p. 8).

83 KOSE, M. A. y OZTURK, E. O., *ibid.*, nota 46, p. 8.

Este estado de cosas sugiere cuando menos tres ideas sobre la dimensión económica de una gobernanza global que ha favorecido la perpetuación de las condiciones que hacen posible la desigualdad: 1) la necesidad de remunerar a los tenedores de capital, para lo que no parece suficiente, si es que se quiere un nivel de beneficio lo más alto posible, el rendimiento obtenido por la inversión en actividades productivas; 2) la financiarización de la economía global, de modo que la actividad financiera y la estabilidad de los mercados financieros son hoy aspectos claves para el sostenimiento y equilibrio del sistema económico; y 3) la dependencia tanto del sector privado de muchos países, como de las Administraciones Públicas que deben financiar sus políticas públicas, de la financiación exterior, adquiriendo obligaciones frente a quienes operan en los mercados financieros en forma de deuda privada y deuda pública exteriores.

La arquitectura financiera global, cuestionable por las carencias regulatorias acumuladas<sup>84</sup>, ha tendido a ser remodelada a partir de la asunción por el G20 de un rol central en la gobernanza económica global y la coordinación financiera: se ha tejido una red de gobernanza financiera que combina la participación de Organizaciones internacionales cuyo objeto es la financiación o el monitoreo macroeconómico —entre ellas, el FMI, el Grupo del Banco Mundial o el Banco Internacional de Pagos (BIS)—, con la presencia de estructuras organizativas de supervisión, coordinación o regulación transgubernamentales —cuya creación y funcionamiento no se rige por el Derecho internacional<sup>85</sup>—. Entre ellas, las que asumen funciones regulatorias<sup>86</sup>

---

84 Probablemente, determinantes de la crisis financiera de 2008, junto a las *tentaciones* derivadas de los abusos de confianza empresarial y a «la codicia mucho más allá de la dosis saludable de ambición» (TUGORES QUES, J., *Crisis: lecciones aprendidas... o no*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, p. 106).

85 Así, por ejemplo, de la Carta del Consejo de Estabilidad Financiera, adoptada por el G20 el 25 de septiembre de 2009, y enmendada el 19 de junio de 2012, se desprende que su estructura organizativa no la convierte en una Organización internacional porque la propia carta entiende que es «un texto carente de valor jurídico» (LÓPEZ, M., *op. cit.*, nota 80, p. 661); así, su actual artículo 23 estipula: «This Charter is not intended to create any legal rights or obligations».

86 Por ejemplo, el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria (BCBS); el Comité de Sistemas de Pago y Liquidación (CPSS); el Comité del Sistema Financiero Global (CGFS); la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS); o la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO). La Junta de Normas

(organizaciones regulatorias transgubernamentales) adoptan estándares jurídicamente no vinculantes para las autoridades estatales. No debe olvidarse, empero, la significación de la actividad de las agencias de calificación de riesgos: mayoritariamente de titularidad privada, ejercen una sensible influencia sobre los Estados al evaluar, entre otras cosas, el nivel de riesgo de la deuda pública; según el FMI, las más importantes tienen «an impact on the funding costs of issuers and consequently their actions can be a financial stability issue»<sup>87</sup>.

Esta descripción de las bases de la arquitectura financiera global, en perspectiva de la crisis financiera de 2008 y sus repercusiones económicas, subraya la ausencia de protagonismo de la ONU como centro de armonización de los esfuerzos estatales —artículo 1.4 de la Carta de las Naciones Unidas—, ante una coyuntura que demandaba la cooperación internacional en el ámbito económico y financiero, pese a que el *Informe Stiglitz*<sup>88</sup> puso de relieve la necesidad de una nueva gobernanza económica global, basada en una fuerte voluntad regulatoria, y en lo institucional en la creación de un Consejo de Coordinación Económica Global —con un potencial mandato más amplio que el efectivamente acordado por el G20 al Consejo de Estabilidad Financiera<sup>89</sup>—.

### 3.1.3. *La función reguladora del Estado en el ámbito económico*

Admitiendo que la globalización económica prioriza la atención a las necesidades y a las decisiones del mercado como regulador

---

Internacionales de Contabilidad (IASB) está vinculada a la Fundación del Comité de Normas Internacionales de Contabilidad, constituida bajo la ley de Delaware (EE. UU.) y, por lo tanto, es una institución privada que contribuye al fin descrito mediante la normalización de las reglas contables.

87 IMF, *Global Financial Stability Report. Sovereigns, Funding, and Systemic Liquidity*, IMF, Washington DC, 2010, p. 111.

88 UN, *Report of the Commission of Experts of the President of the United Nations General Assembly on Reforms of the International Monetary and Financial System*. United Nations, New York, 2009, en: [http://www.un.org/ga/econcrisissummit/docs/FinalReport\\_CoE.pdf](http://www.un.org/ga/econcrisissummit/docs/FinalReport_CoE.pdf) (consulta 03/02/2016).

89 «Its mandate would be to assess developments and provide leadership in addressing economic issues that require global action while taking into account social and ecological factors», así como construir un consenso intergubernamental «on efficient and effective solutions for global economic, social, and environmental issues» (*ibid.*, p. 91, párr. 25).

de la vida económica y social, no es difícil concluir que el mercado «exerts the greatest pressure on governments [a los efectos de la toma de decisiones]»<sup>90</sup>. Al tiempo que se erosionaba la discrecionalidad del ejercicio de su soberanía, el Estado ha ido adquiriendo en la esfera económica un nuevo papel instrumental que transforma sus funciones reguladoras: «el Estado del nuevo paradigma de la gobernanza se define como garante de la existencia competitiva de los mercados»<sup>91</sup>. El Estado, por tanto, pasa correlativamente a ser un agente de la construcción del mercado global: no solo institucionalmente, sino a través de su derecho interno y de su participación en los procesos deliberativos y decisorios que concluyen en la adopción de normas jurídicas internacionales o de directrices y/o estándares por las organizaciones regulatorias transgubernamentales de las que sean partícipes<sup>92</sup>.

Como señala Juan Tugores Ques, esta transformación del Estado es proclive a generar «una competencia [entre Estados] a la hora de atraer inversiones y de proporcionar entornos favorables que merma, por ejemplo, desde la capacidad para percibir impuestos sobre factores móviles (capitales financieros y físicos) a la efectividad de normas sociales, pasando por regulaciones medioambientales»<sup>93</sup>. La proyección jurídica de esta afirmación la realiza André Supiot: existe un *mercado del derecho*, «donde tiene lugar la selección natural de los ordenamientos jurídicos más complacientes con el propósito de acumular ganancias financieras», produciéndose un «*law shopping* que trata a los derechos nacionales como productos que compiten en un mercado internacional de normas»<sup>94</sup>.

La *competitividad normativa* sugiere que los Estados orienten tendencialmente su ordenamiento jurídico para que este sea atractivo

---

90 KINLEY, D., *Civilising Globalisation. Human Rights and the Global Economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009 [reimpresión, 2010], p. 19.

91 PRATS CATALÁ, Joan, «Modos de gobernanza de las sociedades globales», en CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (coordinador), *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, p. 89.

92 En los países en vías de desarrollo, el Estado al asumir este tipo de función resulta ser, de algún modo, menos un agente del desarrollo que el garante de la existencia de mercados competitivos que permitan el desarrollo económico.

93 TUGORES QUES, Juan, *op. cit.*, nota 85, p. 20.

94 SUPIOT, André, «Perspectiva jurídica de la crisis económica de 2008», *RIT*, vol. 129, 2010, 2, p. 170.

para los operadores económicos y financieros, en especial los de carácter privado: se instauran tendencias desreguladoras que, por ejemplo, eliminan barreras a los operadores privados; o bien el Estado se abstiene de intervenir regulatoriamente en el sistema económico y financiero de forma no deseable, creando nuevas barreras a la actividad de estos mismos operadores privados.

Hay esquemas de calificación que reflejan la competitividad normativa de los Estados. Uno de los más significativos es un *índice de facilitación de negocios* gestionado por el Grupo del Banco Mundial: el informe anual *Doing Business* «proporciona una medición objetiva de las regulaciones para hacer negocios y su aplicación en 189 economías y en algunas ciudades seleccionadas en el ámbito subnacional»<sup>95</sup>. La medición realizada evalúa básicamente el nivel de rigidez y de seguridad jurídicas de los marcos reguladores internos —el nivel más alto en la clasificación, que ocupa Singapur, comporta el mínimo nivel de rigidez y el máximo de seguridad jurídica—.

### 3.2. La dimensión jurídica internacional de la gobernanza global

La gobernanza global gravita sobre unos postulados económicos y político-jurídicos que focalizan en el mercado y su hipotética eficiencia, con la mínima intervención de los poderes públicos, la decisión sobre la distribución de los recursos. Se propone que en él descansa la organización de las relaciones económicas y sociales, tendiéndose a mercantilizar toda actividad y expectativa humanas y a coartar la discrecionalidad estatal. Este escenario difícilmente es ideal para la efectividad de los DESC, aunque el CDESC señale que la regulación jurídica de aquellos a través del PIDESC es «neutral» frente a los distintos sistemas socioeconómicos<sup>96</sup>.

---

95 GRUPO DEL BANCO MUNDIAL, *Portal – Doing Business. Midiendo Regulaciones para Hacer negocios*, disponible en: <http://espanol.doingbusiness.org/> (consulta 08/02/2016). Los aspectos normativos que son evaluados se relacionan con asuntos como la facilidad para la apertura de un negocio, el manejo de permisos de construcción, la obtención de electricidad, el registro de propiedades, la obtención de crédito, la protección de inversionistas minoritarios, el pago de impuestos, el comercio transfronterizo, el cumplimiento de contratos y la resolución de los casos de insolvencia.

96 CDESC, *op. cit.*, nota 60, párr. 8.

Una reflexión apegada a la dimensión jurídica internacional al respecto implica abordar tanto la *proyección jurídica del trilema político-jurídico de la globalización* como los presupuestos para un *enfoque internormativo del ordenamiento jurídico internacional como condicionante de una mejora de la implementación de los DESC*.

### 3.2.1. *El trilema político-jurídico de la globalización y su proyección jurídica*

Debe partirse de que la hipótesis que descansa en el trilema político-jurídico de la globalización no es en sí un modelo cerrado, inamovible e ineluctable, sino que es más bien un paradigma explicativo y paradigmático de las principales tendencias que revela la evolución político-jurídica derivada de la globalización económica.

La tesis de la existencia de una tensión entre el proceso de hiper-globalización de la economía y la democracia política es el punto de partida de Dani Rodrik para formular el trilema político-jurídico de la globalización, ilustrándolo con una afirmación breve pero poderosa: «The clash between globalization and domestic social arrangements is a core feature of the global economy»<sup>97</sup>.

El desarrollo del trilema político-jurídico de la globalización plantea lo siguiente:

- La tensión descrita no permite desarrollar y/o profundizar con la misma intensidad la globalización, la democracia (entendida como la democracia social impulsora de políticas sociales y de bienestar) así como la capacidad de autodeterminación económica y social del Estado soberano<sup>98</sup>.
- Partiendo de que la toma de decisiones no es ya única o esencialmente estatal<sup>99</sup>, el ámbito de acción y de decisión económico-financiero de los operadores privados es global o transnacional, de manera que dentro de él eligen dónde situarse y dónde invertir. Mientras, el ámbito político-social de acción y de decisión es todavía predominantemente estatal. La asimetría de estas esferas

---

97 RODRIK, D., *The Globalization Paradox. Why Global Markets, States, and Democracy Can't Coexist*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 190.

98 *Ibid.*, p. 200.

99 *Ibid.*, pp. 69-70.

de acción dificulta el armónico desarrollo político-social. Según Xavier Fernández Pons, el trilema político-jurídico de la globalización sugiere que no parece factible «simultáneamente una plena integración económica mundial y robustas políticas sociales con unos Estados que siguiesen manteniendo, sobre el papel, una amplia soberanía jurídico-formal»<sup>100</sup>.

- Tal estado de cosas, que lleva a que uno de tres «ingredientes» deba ser sacrificado o «relajado» si se quieren maximizar los otros dos<sup>101</sup>, plantea a los efectos de la toma de decisiones una renovada versión del dilema (aquí trilema) del prisionero<sup>102</sup>.
- Las soluciones posibles al trilema político-jurídico de la globalización son tres: 1) la participación competitiva del Estado, defendiendo en lo posible su soberanía en un escenario de creciente integración económica y de competencia normativa; 2) la defensa de la soberanía estatal a través del proteccionismo, lo que en teoría permitiría márgenes para consolidar la democracia social; y 3) el hoy utópico federalismo global que, a través de instituciones políticas globales y previa cesión de soberanía estatal, alinearía la toma de decisiones en el ámbito económico-financiero y en el ámbito político-social.
- Aunque la mayoría de Estados adoptan parcialmente opciones proteccionistas (muchas veces sectorialmente) y/o participan en procesos deliberativos y normativos que, al proteger intereses globales como los derechos humanos, se nutren de las percepciones del federalismo global y desarrollan esferas materiales vinculadas a él, parece evidente que, atendiendo a los postulados predominantes de la gobernanza global, la primera de las tres soluciones descritas es la que, hoy por hoy, forja y justifica las políticas gubernamentales de la inmensa mayoría de Estados —sin perjuicio de la desigual combinación de los elementos descritos que puede reflejar la praxis de cada Estado—.

---

100 FERNÁNDEZ PONS, X., «Globalización económica, soberanía de los Estados y políticas sociales: funciones y retos del Derecho internacional ante el “Trilema de la Globalización”», *Sociedad Global*, 3, 2009, 1, p. 45.

101 *Ibid.*

102 MASCARILLA MIRÓ, O., *Los «trilemas» de la globalización*, Barcelona, Publicaciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2003, p. 70.

- La consecuencia de la priorización generalizada de esta opción político-jurídica no puede ser otra que la marginalidad del DIDH y, sobre todo de los DESC, en el discurso que marca las pautas de la gobernanza global: primero, la relativización de la importancia de su efectividad —a pesar del carácter jurídico (exigibilidad) de su reivindicación—; y, segundo, la supeditación de la satisfacción de las expectativas subyacentes en cada uno de los DESC al éxito en forma de crecimiento económico de la participación estatal en una economía crecientemente integrada (lo que, ya de partida, implica la renuncia del Estado a ciertas tipologías de acción favorecedoras de la efectividad de los DESC).

### 3.2.2. *Un enfoque internormativo del ordenamiento jurídico internacional como condicionante de una mejora de la implementación de los DESC*

Para reflexionar sobre en qué medida el ordenamiento jurídico internacional puede instrumentalmente ofrecer pautas que relajen la rigidez de los actuales parámetros predominantes de la gobernanza global, no es nada desdeñable reproducir la tesis de Xavier Fernández Pons, que traslada el trilema político-social al ámbito jurídico, lo que sugiere una suerte de *trilema jurídico-internacional* de la globalización: «en tanto que instrumento maleable y de contenido variable», el Derecho internacional contribuye «en mayor o menor medida, a impulsar una determinada versión del trilema [político-jurídico], más o menos escorada hacia la promoción de una globalización neoliberal, la preservación de la soberanía estatal o de políticas sociales redistributivas»<sup>103</sup>. El «historial» del Derecho internacional, empero, no alienta el optimismo del autor citado, ni el del autor de estas reflexiones, en torno a la priorización de estas últimas, vistas las experiencias fracasadas de instaurar modelos reformistas y/o alternativos en lo económico —como la Carta de La Habana o el Nuevo Orden Económico Internacional—<sup>104</sup>.

El Derecho internacional, no debe olvidarse, sigue fundamentándose en el voluntarismo de los sujetos de Derecho internacional y, principalmente, de los Estados: la mayoría de obligaciones jurídicas internacionales se adquieren voluntariamente y cada Estado decide

---

103 FERNÁNDEZ PONS, X., *op. cit.*, nota 100, p. 50.

104 *Ibid.*, p. 78.

generalmente qué nivel obligacional asume en un determinado sector normativo; si bien existen normas jurídicas internacionales susceptibles de serles oponibles contra su voluntad —por ejemplo, las normas imperativas de Derecho internacional o *ius cogens*<sup>105</sup>—, su alcance es reducido.

Además, para centrar la reflexión cabe tener presente en la esfera decisional estatal:

- El ordenamiento jurídico internacional se caracteriza por dar lugar a regímenes jurídicos especiales en razón de la materia y/o del número de sus potenciales destinatarios —por ejemplo, tratados internacionales sobre una misma materia de vocación universal o regional—, con un mayor o menor espacio particularizado de regulación jurídica tanto de aspectos primarios (normas primarias) como secundarios (normas secundarias). Cada régimen especial delimita su espacio normativo respecto a un objeto sectorialmente muy particularizado, respecto al cual las conexiones sustanciales pueden no existir o ser restringidas jurídico-formalmente. Los riesgos de una fuerte segmentación normativa entre distintos regímenes especiales no son desdeñables, pese a que sea evidente la conectividad sustancial entre las respectivas materias<sup>106</sup>.
- El ordenamiento jurídico internacional es completado e influido por la presencia de reglas de *soft law* —no jurídicamente vinculantes— adoptadas como resultado de la acción regulatoria de las Organizaciones internacionales, pero también de organizaciones regulatorias transgubernamentales. La sujeción del Estado a las tendencias regulatorias marcadas por las normas de *soft law* depende de las implicaciones político-jurídicas y de la autoridad po-

---

105 Norma «aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto» y que «no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior» del mismo carácter (artículo 53 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969).

106 Se quiere evitar el término *fragmentación* por las connotaciones tan negativas que ocasionalmente se le han dado a un fenómeno explicable de manera racional a la vista de la evolución social y de las necesidades regulatorias: por ejemplo, como vector de desintegración del orden jurídico internacional [ONU, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 52.º período de sesiones (1.º de mayo a 9 de junio y 10 de julio a 18 de agosto de 2000), Suplemento 10 (A/55/10), Anexo, p. 304*].

lítica del foro que las adopte: por ejemplo, el sector financiero es un ejemplo notable de la utilización del *soft law* y de gran potencialidad como condicionante de las decisiones políticas y regulatorias estatales.

Al asumir obligaciones jurídicas internacionales en materia de DESC —sobre todo aquellos Estados que son Parte del PIDESC—, los Estados se han comprometido jurídicamente a «constrain their national economic decision-making processes», preservando los objetivos que puedan inferirse de los DESC, por lo que «the State cannot deliberately imperil the social protection baseline nor engage in discriminatory or retrogressive conduct without be obligated to provide international legal justification»<sup>107</sup>. Asimismo, al participar en la toma de decisiones económico-financieras a escala internacional y en la creación de normas jurídicas de Derecho internacional económico, los Estados están constreñidos, conforme al principio de buena fe, a actuar coherentemente con obligaciones jurídicas internacionales sobre los DESC<sup>108</sup>.

En palabras del CDESC, respecto al derecho a la seguridad social<sup>109</sup>:

«57. Con respecto a la celebración y aplicación de los acuerdos internacionales y regionales, los Estados Partes deben adoptar medidas para que esos instrumentos no menoscaben el derecho a la seguridad social. Los acuerdos de liberalización del comercio no deben restringir la capacidad de un Estado Parte para garantizar el pleno ejercicio del derecho a la seguridad social.

58. Los Estados Partes deben velar por que sus acciones como miembros de las organizaciones internacionales tengan debidamente en cuenta el derecho a la seguridad social...».

Asumiendo la dificultad objetiva de identificar cualquier DESC como parte del *ius cogens*<sup>110</sup>, esta orientación político-jurídica es todavía más relevante si se considera que la potencial resolución de una incongruencia normativa entre las obligaciones jurídicas internacio-

---

107 DESIERTO, D., *op. cit.*, nota 5, pp. 25-26.

108 *Ibid.* p. 26.

109 CDESC, *op. cit.*, nota 8.

110 DESIERTO, D., *ibid.*, nota 5, pp. 27-28.

nales relativas a los DESC y las existentes en otros regímenes especiales no necesariamente debe resolverse determinando la prevalencia de la norma jurídica internacional que regula los DESC<sup>111</sup>.

Todo lo anterior subraya la importancia de que los Estados, comprometidos en mayor o menor medida por estándares jurídicos internacionales relativos a los DESC, demuestren la debida diligencia al adoptar e implementar normas jurídicas internacionales en otros sectores normativos, impidiendo o dificultando transversalmente el menoscabo de la efectividad de los DESC internacionalmente reconocidos.

Los obstáculos para desarrollar un ordenamiento jurídico internacional plenamente transversal resaltan la importancia de la internormatividad: la necesidad de traducir en normas jurídicas internacionales propias de un sector normativo o un régimen jurídico especial<sup>112</sup>

---

111 Así resulta, por ejemplo, cuando se plantea la aplicación de tratados internacionales conforme al Derecho de los Tratados (DESIERTO, D., *op. cit.*, nota 6, pp. 27-31); el objeto de las reflexiones y el espacio disponible impide una mayor profundización en los aspectos técnico-jurídicos que este asunto jurídico suscita. Tampoco la identificación como normas de *ius cogens* de los DESC sería la panacea definitiva, pues, como señala Xavier Fernández Pons, «el hecho de que jurídicamente ciertas normas, como las normas sobre los derechos humanos más básicos, hayan alcanzado el rango jerárquico superior de normas de *ius cogens* es escasamente útil cuando otras normas dispositivas y puramente convencionales acaban siendo las determinantes en la práctica» —debido, en especial, a que disponen de mecanismos de garantía susceptibles de imponer cuantiosas sanciones económicas (FERNÁNDEZ PONS, X., *op. cit.*, nota 100, p. 77)—.

112 Entre las técnicas jurídicas que expresan, sobre todo en el ámbito convencional (tratados internacionales), la internormatividad se encuentran, por ejemplo: a) la remisión a la regulación del otro sector normativo, sea al conjunto del mismo, a alguno de los tratados internacionales que lo conforman o incluso a alguna de sus disposiciones convencionales, o también la apelación genérica al objeto del otro sector normativo o a los principios jurídicos que lo inspiran; y b) la previsión de cláusulas convencionales que limiten o modelen la aplicabilidad de las normas jurídicas de un sector normativo en consideración o por acomodación a las normas jurídicas internacionales, objetivos, principios o bienes jurídicos propios de otros sectores normativos —tales como cláusulas de salvaguardia, cláusulas derogatorias, excepciones o cláusulas restrictivas o limitativas—. El DIDH, como sector normativo, traslada también estas técnicas jurídicas: así, por ejemplo, la cláusula restrictiva general del artículo 4

el vínculo consecuencial existente entre su objeto de regulación y el de otro conjunto normativo, como pueda ser el que regula jurídicamente los DESC, sobre la base de la mutua conexión sustancial y a los efectos de favorecer o cuando menos no menoscabar la efectividad de la regulación jurídica internacional del otro ámbito normativo. La internormatividad también puede articularse de modo más difuso, a través de la interpretación de las normas jurídicas internacionales del sector normativo aplicable cuando en ellas no se manifiesta expresamente la potencial conexión sustancial; es obvio que la vía interpretativa está sujeta a los límites de la propia literalidad de la norma jurídica internacional, así como del objeto regulado por el sector normativo en que se incluye, por lo que el alcance de la relación internormativa será *a priori* más limitado<sup>113</sup>.

Hay que reconocer que, a pesar de los rasgos definitorios de la gobernanza global, en los últimos años ha germinado una corriente normativa e interpretativa más favorable a incorporar los DESC a la *normatividad económica y financiera*. En el plano normativo, y sin ánimo alguno de exhaustividad, está el ejemplo de la evolución del Derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en relación con derechos humanos tales como el derecho a la salud o a la alimentación, o la promoción del trabajo decente —sin perjuicio, por supuesto, de constatar las muy distintas valoraciones sobre la magnitud real de las aportaciones realizadas<sup>114</sup>—; también los modelos de tratados bilate-

---

PIDESC permite limitar el ejercicio de los DESC reconocidos en razón del bienestar general; el artículo 30 de la Carta Social Europea incluye una cláusula derogatoria —el artículo 31 incluye también una cláusula restrictiva general— que permite derogarlos o suspenderlos en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación.

113 Téngase en cuenta la centralidad del criterio gramatical y del criterio teleológico en la regla básica y consuetudinaria de interpretación de los tratados internacionales, tal y como esta es codificada por el artículo 31,1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969.

114 Sobre el derecho a la alimentación, por ejemplo: FERNÁNDEZ PONS, X., «Seguridad y crisis alimentarias: planteamientos desde la OMC», en BONET PÉREZ, J. y SAURA ESTAPÀ, J. (eds.), *El Derecho internacional de los derechos humanos en periodos de crisis – Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 263-293.

rales de promoción y protección de inversiones<sup>115</sup>, que tienden a minimizar el impacto de las cláusulas de estabilidad sobre la evolución progresiva de los DESC y/o a fortalecer su aplicabilidad como parte de la legislación nacional. En el plano interpretativo, hay que destacar que la evolución del Derecho de la OMC, en lo que concierne a los derechos humanos antes destacados, se relaciona con su interpretación —particularmente, de las excepciones a su plena aplicación—<sup>116</sup>.

Estos ejemplos, empero, deben relativizarse en cuanto a su alcance jurídico y real como factor que pueda modificar radicalmente las prioridades normativas que se desprenden de la hipótesis de un trilema jurídico-internacional de la globalización:

- La internormatividad *per se* es una forma de relación jurídica incompleta e incierta: puede no abarcar jurídico-formalmente en todo su alcance la conexión sustancial realmente existente<sup>117</sup>, o realizarla de un modo en exceso genérico, por lo cual será preciso recurrir de nuevo a la interpretación de las normas jurídicas internacionales para vislumbrar el alcance jurídico real de la internormatividad.
- Las carencias e incoherencias del reconocimiento jurídico-formal de la internormatividad, además de relacionarse con las caracte-

---

115 Refiriéndose a los modelos canadiense y estadounidense, Hans Morten Haugen señala que su régimen jurídico abarca o permite abarcar a los derechos humanos (HAUGEN, H. M., «Trade and Investment Agreements. What Role for Economic, Social, and Cultural Rights in International Economic Law», en RIEDEL, E.; GIACCA, G. y GOLAY, C. (eds.), *op. cit.*, nota 4, p. 247); en idéntico sentido, cada con sus variantes, la evolución de los modelos de Brasil y la India o las reglas sobre inversiones en los Acuerdos de Libre Comercio de la Unión Europea.

116 Véase a este respecto, y en relación a una de las últimas decisiones relevantes del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC: FERNÁNDEZ PONS, X., «La diferencia en la OMC sobre las medidas de la UE que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas: la excepción sobre la moral pública del GATT de 1994 ante un trilema entre libre comercio, bienestar animal e intereses de los pueblos indígenas», Proyecto DER2012-30652, Documento de Trabajo n.º 11, 2014, disponible en: <https://sites.google.com/site/proyectoder201230652/documentos-de-trabajo> (consulta 02/02/2016).

117 Por ejemplo, al limitar el tratamiento de los asuntos relacionados con el derecho al trabajo a los derechos fundamentales en el trabajo identificados por la OIT.

rísticas del Derecho internacional, proyectan los vínculos estratégicos<sup>118</sup> determinantes: aquellos que afectan a las relaciones de poder subyacentes en la interrelación entre dos aspectos de la realidad; por lo que, si las relaciones de poder subrayan la voluntad de priorizar los términos que definen la gobernanza global, es obvio que existen actores internacionales reticentes ante una consolidación profunda y coherente de la internormatividad de los DESC en el ámbito jurídico internacional de carácter económico y financiero.

- Los mismos Estados que, atendiendo a sus compromisos jurídicos internacionales con los DESC, deberían acometer una profundización de la internormatividad, son los que, a tenor de los presupuestos de la gobernanza global, mantienen una competencia normativa y tienden a sostener una posición político-jurídica generalmente escorada hacia el lado del binomio integración/soberanía.
- No hay que olvidar que los factores dinámicos y cíclicos del modo de producción capitalista en su actual etapa de desarrollo influyen tanto en la potencial efectividad de los DESC como en los niveles de crecimiento económico y las dinámicas estatales, siendo de alguna manera asumidos como condicionantes ineluctables de las políticas económicas y sociales de acuerdo con el paradigma dominante de la gobernanza global.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

A pesar de que las reflexiones se han ido incorporando a lo largo del texto, no deja de ser preciso, a modo de cierre, realizar algunos comentarios finales que reflejen una visión de conjunto y que no olviden que se parte inicialmente del análisis político-jurídico y jurídico de la aplicabilidad del ordenamiento jurídico internacional.

Los parámetros políticos y político-jurídicos que conforman la ideología predominante en la definición de los términos de la gobernanza global no redundan en una conformación económica, política y jurídica de la realidad social proclive a la plena efectividad de los DESC y dificultan sobremanera que los Estados sean capaces de res-

---

118 LEEBRON, D. W., *op. cit.*, nota 6, p. 12.

ponder a las peticiones de exigibilidad jurídica de sus obligaciones jurídicas internacionales concernientes a los DESC.

De una parte, parece desprenderse de ellos la necesidad de volcar los recursos estatales hacia el logro de un crecimiento potente, lo que *per se* no genera un escenario que favorezca atemperar las desigualdades generadas ni asegurar el mantenimiento de una voluntad de continuo progreso —si bien es cierto que, en muchos países en desarrollo, se ha logrado aminorar la repercusión del hambre y de la extrema pobreza—.

Y, de otra parte, los términos de la gobernanza parecen condicionar el éxito de las políticas estatales —centradas en la garantía del crecimiento— al triunfo de sus estrategias competitivas, también en el ámbito jurídico (competencia normativa); lo que significa relativizar o aminorar el peso específico de los compromisos jurídicos internacionales en materia DESC. El trilema político-jurídico de la globalización no deja de ofrecer respuestas a cuáles son las orientaciones mayoritariamente seguidas por los Estados y cómo los parámetros determinantes de la gobernanza global apoyan esta dirección.

Los últimos años parecen haber abierto el debate sobre la necesidad de repensar los términos en que generalmente se resuelve el trilema político-jurídico de la globalización, cuando menos para atemperar la preponderancia del binomio integración/soberanía, perfilando la idea de que las consecuencias de la desigualdad afectan a la eficacia económica y que la efectividad de los DESC puede contribuir a aminorarla. Es una tendencia positiva, pero que ni plantea una opción alternativa o profundamente reformista del sistema global y de los términos de su gobernanza, ni ofrece por ahora resultados de suficiente calado para revertir las tendencias apuntadas. Igualmente, abre espacios para que los Estados se puedan replantear el alcance de su voluntad competitiva, pero al mismo tiempo no repercute ni pretende modificar intensamente o acotar significativamente a través de una regulación suficiente el poder de los operadores económicos y financieros en los mercados.

El ordenamiento jurídico internacional es tributario del trilema político-jurídico de la globalización y se mueve en un hipotético trilema de carácter jurídico-internacional. La profundización en la internormatividad es sin duda un paliativo a la tradicional falta de conexión jurídica de las normas jurídicas internacionales sobre aspectos económicos y financieros con los DESC, pero no un instrumento suficientemente potente para reconstruir con voluntad transversal el necesario

equilibrio: la conexión estratégica entre normas jurídicas internacionales, aún hoy, determina un balance no demasiado halagüeño para los DESC. Asimismo, pondérese el hecho de que tanto la autorregulación de los operadores privados —de ahí el anterior comentario sobre su poder— como las reglas de *soft law* son instrumentos regulatorios que, en este contexto, repercuten en la acción estatal, de manera directa o indirecta, a veces bajo la cobertura de estándares técnicos, pero en todo caso condicionando la acción estatal y focalizándola en intereses que no necesariamente coadyuvan a la efectividad de los DESC.



# **DERECHOS SOCIALES: ALGUNAS PROPUESTAS PARA SEGUIR AVANZANDO EN TIEMPOS DE INCERTIDUMBRE\***

MANUEL CALVO GARCÍA

*Catedrático de Filosofía del derecho y Sociología Jurídica  
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO: 1. Desarrollos teóricos y prácticos sobre la efectividad de los derechos sociales. 1.1. Exigibilidad de los derechos sociales. 1.2. El enfoque de las violaciones de derechos sociales y la estructura de la obligación. 1.3. La exigibilidad judicial de los derechos sociales.—2. Algunas propuestas para seguir avanzando y garantizar la efectividad de los DESC.—Referencias.

Los planteamientos formalistas sobre la efectividad de los derechos tienden a reducir las cuestiones referidas a la garantía de estos a su reconocimiento en textos jurídicos de carácter interno o internacional y al análisis —formal, también— de las instituciones y procedimientos previstos para su garantía o supervisión. En varias ocasiones he revisado esta cuestión desde una perspectiva socio-jurídica. Ese punto de partida lleva, por sí mismo, a una perspectiva crítica y a la necesidad de superar las tesis tradicionales, ancladas en el formalismo jurídico y, como consecuencia, a defender la reconstrucción unitaria de los derechos para asegurar desde la praxis la indivisibilidad e interdependencia de los derechos; a profundizar teóricamente en torno a la estructura de la obligación y el enfoque de las violaciones de derechos sociales, a partir de los propios desarrollos del Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales (Calvo 2009, 2014). La profunda crisis financiera y económica que estamos atravesando y sus

---

\* Este trabajo se ha elaborado dentro del marco del Grupo consolidado de la DGA «Laboratorio de Sociología Jurídica» (S26), del Proyecto MINECO DER2014-55400-R y de la Red temática «El tiempo de los derechos».

repercusiones extremadamente negativas en cuanto a la garantía de los derechos sociales, obliga a ir más allá.

En cualquier caso, no me resulta cómodo un discurso técnico o legalista de carácter formal; como tampoco lo estaría en un discurso abstracto, ajeno a la gravedad del impacto de la crisis y el claro retroceso de los derechos sociales que estamos viviendo. Como consecuencia, tras una primera parte en la que me centraré en cuestiones conceptuales y las vías a partir de las cuales se plantea la exigibilidad de los derechos sociales, en la segunda abordaré algunas reflexiones en positivo sobre la efectividad de estos derechos.

## 1. DESARROLLOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

En las últimas décadas, la cuestión de la indivisibilidad e interdependencia de los Derechos humanos parece haber quedado zanjada por la propia evolución del derecho internacional de los Derechos humanos, lo cual quedaría reflejado con rotundidad en el párrafo I.5 de la *Declaración y el Programa de Acción de Viena*:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.<sup>1</sup>

Sin embargo, ni en la retórica al uso ni en algunos esfuerzos analíticos serios se ha superado totalmente esa escisión. Ciertamente, se han dado pasos importantes para reconstruir unitariamente el concepto de obligación y las garantías subyacentes a todo tipo de derechos; pero quizá es pronto para decir que, más allá de la letra de algunos textos y de aportaciones doctrinales concretas, esa equiparación

---

1 Declaración y el Programa de Acción de Viena (A/CONF.157/23). Aprobada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 14 a 25 de junio de 1993), párrafo 5.

se haya producido en la praxis. Por eso, acaso tampoco esté de más reconsiderar de entrada los *barros* que trajeron los *lodos* de la desconsideración de los derechos sociales desde el punto de vista de su pleno reconocimiento y garantías.

### **1.1. Exigibilidad de los derechos sociales**

Originariamente, y de acuerdo con los planteamientos de la ideología jurídica liberal, los derechos humanos se concibieron como *derechos negativos*, esto es, como derechos que generaban meras obligaciones negativas o de «no hacer», susceptibles de aseguramiento mediante instrumentos legislativos de tipo general y medidas coercitivas judiciales o pseudo-judiciales. Frente a estos planteamientos, el desarrollo de los derechos humanos ha determinado el reconocimiento de un capítulo cada vez más amplio de *derechos positivos*, esto es, derechos que exigen la acción positiva de los poderes públicos para su realización efectiva. Dicho de otra manera, como indicara en su día VERDROSS (1969: 506, 431) atendiendo al contenido de *la Declaración universal de los derechos humanos*, «junto a [los] derechos relativos a la libertad, que apuntan a un *non facere* de los estados, encontramos otros derechos que implican un *facere* de los estados, y que se ramifican en derechos procesales y políticos por un lado, y derechos sociales por otro»<sup>2</sup>.

Actualmente, el desarrollo de los derechos ha acentuado todavía más la relevancia de los derechos positivos, al menos por lo que respecta a su creciente reconocimiento tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Los estados y la sociedad internacional no se limitan a garantizar la libertad natural de los ciudadanos mediante el reconocimiento y protección negativa, mediante obligaciones de no hacer, de sus derechos políticos y civiles, como dejaban traslucir las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII y principios del XIX. En general, el reconocimiento de una función «promocional» en la realización de los derechos, incluidos los derechos civiles y políticos,

---

2 Obsérvese que el concepto de «derechos positivos», según este autor, también engloba derechos civiles y políticos. He optado por esta terminología frente a la que identifica los derechos sociales como «derechos prestacionales», más extendida quizá en la actualidad, porque resulta adecuada para los objetivos de este trabajo y resuelve algunos de los problemas teóricos y las limitaciones que plantea el uso del término «prestacional».

los estados se obligan a intervenir activamente para hacer efectivos tanto unos como otros<sup>3</sup>.

Esta evolución hace que las diferencias —de todo tipo— entre los llamados derechos civiles y políticos y los sociales se consideren artificiales e infundadas. Al respecto, existe una profusa literatura científica que abunda en que no existen diferencias cualitativas ni desde el punto de vista de su justificación axiológica ni desde la configuración de la estructura de las obligaciones a que dan lugar o desde la perspectiva de las garantías para asegurar su efectividad. Se acepta que esta distinción puede tener un valor heurístico, incluso que puede haber diferencias de grado en el *continuum* de obligaciones de no hacer y de hacer entre una y otra categoría de derechos, pero sin que ello permita hablar de diferencias estructurales o cualitativas atinentes a la naturaleza de las obligaciones dimanantes de los derechos civiles y políticos y de los derechos sociales<sup>4</sup>. Más aún, esta distinción podía tener sentido desde la perspectiva de la ideología liberal sobre la que se asienta la teoría del derecho tradicional o servir como fundamento a coartadas geoestratégicas, pero actualmente no sería válida en modo alguno y solo serviría para justificar la inexigibilidad de los derechos sociales.

Según lo anterior, es necesario superar las diferencias entre tipologías de derechos y hacer evidentes las correlaciones entre la estructura de las obligaciones a que dan lugar y las garantías que aseguran su efectividad con el fin de asegurar la plena exigibilidad de los derechos sociales y/o su reconocimiento como derechos fundamentales. Como consecuencia de esta reconstrucción unitaria, tanto los derechos ci-

---

3 Esta evolución puede constatararse en el propio lenguaje de las declaraciones de derechos y las constituciones de ayer y de hoy. Así, por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793 hablaba de «garantizar», «proteger» o de «no prohibir»; las constituciones y los textos del derecho internacional de los derechos humanos actuales utilizan términos como «adoptar», «promover», «fomentar», «alentar», etc. El uso del lenguaje no es ajeno a las transformaciones de los derechos. La intervención positiva del Estado en la vida social y económica de las naciones deja de ser vista como una mera potestad y empieza a ser concebida como una obligación exigible a los poderes públicos, sobre todo en lo que afecta a las funciones asistenciales y a la protección de determinados valores y fines sociales.

4 ABRAMOVICH y COURTIS, 2004: 27. Esta cuestión, en la que se ha venido insistiendo reiteradamente por la doctrina y órganos de supervisión de los derechos, se aborda con detalle en SEPÚLVEDA, 2002: 115 ss.

viles y políticos como los derechos sociales pueden ser considerados como derechos fundamentales. Obviamente, esto supone superar la concepción liberal de los «derechos» en general y asumir su carácter «poliédrico», como «derechos a la vez positivos y negativos, en parte prestacionales y en parte no prestacionales, costosos y no costosos, determinados e indeterminados, con un contenido exigible *ex constitutione* y con un contenido de configuración legal, con una dimensión objetiva y con una dimensión subjetiva, con una estructura de mandatos y principios rectores y con una estructura de derechos justiciables». Una reconstrucción unitaria que facilitaría, al mismo tiempo, la reconstrucción compleja de las garantías de todos los derechos y, en particular, su justiciabilidad (PISARELLO, 2007: 111-112).

La reconstrucción unitaria de la estructura de las obligaciones de los derechos busca, según lo anterior, favorecer el pleno reconocimiento como tales de los derechos sociales y sus garantías. Sin embargo, aun estando de acuerdo con esos fines, quizá no está de más reparar en sus elementos diferenciales incluso para los fines de asegurar su realización. Así, se ha dicho que «borrar las diferencias entre unos y otros derechos no siempre favorece la causa de los derechos sociales», sobre todo si se borran diferencias sustanciales desde el punto de vista de las estrategias para su realización. Subrayándose, al respecto, que los derechos sociales «pueden requerir distintas técnicas de acción política y jurídica» (GARCÍA MANRIQUE, 2007: 496). Ciertamente, quienes insisten en la justiciabilidad de los derechos sociales no suelen tener como objetivo eludir la dimensión política —y emancipatoria— de los derechos sociales y/o su democratización, pero quizá el objetivo de acentuar el carácter de derechos fundamentales de los derechos sociales y su exigibilidad judicial puede distorsionar algunos de sus elementos estructurales cuya comprensión es básica para asegurar su control y también para hacer factible su plena eficacia como derechos emancipatorios.

Dejando de lado otras cuestiones teóricas relacionadas con los rasgos de este tipo de derechos, quizá sea importante subrayar —a efectos de ejemplificar lo expuesto en el punto anterior— un dato relevante relacionado con la implementación de estos. Al ser derechos que en muchos casos exigen para su realización efectiva la acción positiva de los poderes públicos, ello requiere movilizar importantes recursos materiales y humanos y organizarlos en un proceso tremendamente complejo que incluye medidas legislativas, políticas públicas y sociales, planes y programas de actuación, organización de servicios básicos e infraestructuras como condición previa para la realización

efectiva de los objetivos materiales de protección y bienestar de los sujetos y grupos protegidos. Se trata de transformaciones que llevan a escenarios regulativos de implementación que implican cambios sustanciales en la estructura y las dinámicas tendentes a la realización de los derechos. Estas mutaciones obligan a modificar no solo la terminología, sino también la perspectiva de los análisis tradicionales sobre la aplicación y evaluación del desarrollo de los derechos.

La realización efectiva de los derechos positivos exige, en primer lugar, la creación y puesta en funcionamiento del marco jurídico-burocrático de intervención que asuma el desarrollo de los programas y las políticas encaminadas a promocionar los valores, fines e intereses sociales protegidos. Ello supone, en definitiva, la movilización de amplios medios económicos, institucionales, técnicos y humanos: dotaciones presupuestarias; diseño e impulso de políticas públicas y programas de intervención; creación o adaptación de aparatos e infraestructuras de intervención —públicas y semi-públicas—; incorporación de expertos; establecimiento de controles y evaluaciones, etc. Este proceso desbordaría ampliamente la concepción tradicional basada en un modelo lógico o casi lógico de control judicial o pseudo-judicial. Nos encontramos ante algo bastante más intrincado, lo cual justifica suficientemente el cambio terminológico que se va imponiendo. Así, frente al inveterado concepto de aplicación se comienza a usar, casi de modo generalizado, el vocablo «*implementación*» para hacer referencia a este complejo proceso que no se resuelve de una vez por todas con una decisión aislada, sino a partir de un modelo de intervención que puede ser extraordinariamente complejo y cuya evaluación va a verse investida necesariamente de esas exigencias de complejidad.

En definitiva, la realización de los derechos que tienen un componente esencial de intervención positiva, tanto si son derechos civiles y políticos como si hablamos de derechos económicos, culturales, sociales o ambientales, nos aboca a un panorama complejo que desborda por todos los flancos las pretensiones del formalismo jurídico. La existencia de dificultades como el condicionamiento económico de los derechos sociales, la determinación de los sujetos y la fijación del alcance de las protecciones requeridas, la verificación de la existencia de regresividad... para apreciar determinantemente si se han producido violaciones de derechos pueden hacer difícil el control formal de su realización. Obviamente las insuficiencias del control formal no se subsanan con renunciias a las garantías judiciales y cuasi-judiciales, sino con desarrollos teóricos y prácticos que permitan completarlas y complementarlas con otros mecanismos de supervisión. Al respecto,

en los últimos años, además de haberse avanzado considerablemente en la reconstrucción unitaria de la estructura de las obligaciones de los derechos y en la determinación interpretativa del alcance de los derechos sociales, también se han desarrollado propuestas tendentes a facilitar la exigibilidad de los derechos. Al respecto puede adelantarse que se han producido logros importantes en ambos sentidos. Sin embargo, la praxis nos dice que faltan muchos cabos por atar para hacer efectivos los derechos sociales. Por eso, quizá no esté de más revisar y matizar, a la luz de los criterios avanzados en este apartado, las posibilidades y limitaciones de los principales desarrollos analíticos que se han producido al respecto

## **1.2. El enfoque de las violaciones de derechos sociales y la estructura de la obligación**

La implementación de los derechos sociales, como se ha visto en el apartado anterior, obliga en muchos casos a una intervención positiva de los entes públicos consistente en el desarrollo de políticas sociales y previsiones asistenciales que puede exigir la movilización de importantes recursos económicos, por lo que su realización efectiva se concibe según un modelo de desarrollo progresivo y se condiciona a las disponibilidades de los estados parte. Este condicionante, al que también se ha aludido como «reserva económica de lo posible» (CONTRERAS PELÁEZ, 1994: 109 ss), no afectaría en principio a los derechos negativos; pero lastra esencialmente los derechos positivos y, en particular, los derechos económicos, sociales y culturales en los supuestos de incapacidad económica del estado:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, *hasta el máximo de los recursos de que disponga*, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. (Art. 2.1 PIDESyC)

Según esto, el problema de la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales no sería estrictamente técnico, sino más bien socioeconómico y, en definitiva, de voluntad política. El condicionamiento del compromiso de los estados para asegurar efectivamente los derechos económicos, sociales y culturales a la disponibilidad de recursos es evidentemente enojoso desde cualquier perspectiva de justicia social y puede dar lugar incluso a que se cuestione la existencia

de derechos cuando no existen las condiciones y los recursos para su implementación. Pero además, a través de la brecha que supone el condicionamiento económico y la consiguiente minimización de los mecanismos que los garantizan, se acentuó la degradación de los llamados derechos sociales y sus condiciones de exigibilidad.

Ciertamente, esa degradación se basaba en una lectura incorrecta del artículo 2, o mejor dicho, en una lectura que hace hincapié exclusivamente en el condicionamiento económico para limitar las obligaciones de los Estados parte «hasta el máximo de los recursos de que disponga», olvidándose de los otros elementos que modulan esas obligaciones, según los cuales los Estados parte «se comprometen a adoptar medidas... por todos los medios apropiados inclusive en particular la adopción de medidas legislativas»; «para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos»; «sin discriminación alguna»; «mediante la asistencia y la cooperación internacionales» (art. 2.1 y 2.2).

Frente a este tipo de interpretaciones tendentes a hacer depender las posibilidades de realización de las obligaciones dimanantes del Pacto de la voluntad política de los Estados parte y poco más, la reunión de expertos celebrada en Maastricht en 1986 con el objetivo de aclarar «la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados parte del *Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales*» puso las cosas en su sitio, al establecer unos principios interpretativos que rechazaban claramente las vías de escape que llevaban a convertirlo en papel mojado<sup>5</sup>.

Con posterioridad, el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su *Observación general núm. 3* (1999) sobre «*La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*»<sup>6</sup> sentaba de una forma tajante los criterios desarrollados en *Los Principios de Limburgo* como interpretación auténtica del Pacto:

La expresión «progresiva efectividad» se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad

---

5 Cfr. el documento de conclusiones conocido como «Los Principios de Limburgo», párrafos 16 y siguientes.

6 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general núm. 3* (1999) sobre «La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)», párrafos 3 ss. *Vid.* Recopilación de las Observaciones generales y Recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de Tratados de Derechos humanos, HRI/GEN/1/Rev.7 (12 de mayo de 2004), p. 16 ss.

constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo... Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo.

Además, en esta misma Observación General núm. 3, se establecía en el párrafo 5 que «entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables». Señalándose ya en este texto un buen número de derechos, amén de la exigencia de no discriminación, que «cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales»<sup>7</sup>.

Sin embargo, faltaba quizá un paso más para reforzar el sentido de obligatoriedad de los derechos reconocidos en el pacto y superar la *vis attractiva* de la progresividad y el condicionamiento económico. En ese sentido, a mediados de la década de los 90 del siglo pasado comienza a hablarse de «violaciones», dándose así un paso más en la consideración unitaria e indivisible de los derechos. No solo se violan los derechos civiles y políticos, también en relación con los derechos económicos, sociales y culturales se puede y se debe hablar en términos de violación. Aunque el uso de este concepto ya se había avanzado con anterioridad, puede considerarse clave en este sentido un trabajo publicado en 1996 por Audrey Chapman, apostando por el «enfoque de las violaciones» en la supervisión y control de la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales (CHAPMAN 1996: 23-66). La propuesta de centrarse en identificar violaciones de los derechos se concibe como algo esencialmente práctico, con fines de intervención

---

7 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 3 (1999) sobre «La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), *cit.*, párrafo 5.

y para dar contenido a los derechos sociales<sup>8</sup>. Un punto de vista alternativo, que permitiría una perspectiva que supere las retóricas —en positivo y en negativo— vinculadas a la noción progresiva efectividad de cara a asegurar su implementación y equipararlos con los llamados derechos civiles y políticos.

Las tesis apuntadas fueron recogidas en las *Directrices de Maastricht sobre violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales* resultantes de la reunión de un importante grupo de expertos celebrada en esta ciudad con ocasión del décimo aniversario de *Los Principios de Limburgo* relativos a la aplicación del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. En las mismas se establece tajantemente que

Al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales imponen a los Estados obligaciones de tres clases distintas: la de respetar, la de garantizar y la de satisfacer. El incumplimiento de cualquiera de estas tres obligaciones constituye una violación de estos derechos (D. 6).

Y, progresivamente, este enfoque encontrará eco en las interpretaciones del Comité de derechos económicos sociales y culturales al Pacto<sup>9</sup>. En definitiva, estamos ante un esfuerzo analítico de singular

---

8 CHAPMAN 1996: 36 ss. Posteriormente volverá sobre esta idea, junto a Sage Russell, sintetizando los planteamientos allí avanzados. *Vid.* CHAPMAN y RUSSELL, 1998: 10. En lugar de tratar de evaluar el grado de aplicación de acuerdo con alguna noción de progresiva efectividad, se considera mejor centrarse en identificar violaciones. Lo que aquí se propugna es la adopción franca y explícita de un proceso de examen para evaluar el cumplimiento que esté a la altura de la vigilancia del cumplimiento de otros instrumentos internacionales. La definición de violaciones con miras a poner fin y rectificar actuaciones indebidas tiene un carácter más prioritario que la promoción de la progresiva efectividad del derecho a la educación. Vigilar la realización efectiva de los derechos humanos no es un ejercicio académico; su finalidad es limitar el sufrimiento humano resultante de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos. Otro beneficio de centrarse en la definición de las violaciones es que puede resultar un medio más eficaz de «conceptualizar» el contenido positivo de esos derechos que los análisis más abstractos y filosóficos intentados hasta ahora.

9 Aparece ya en la Observación general núm. 12 sobre *El derecho a una alimentación adecuada* (artículo 11), 1999, párrafos 14 ss.; *cfr.* también Observación general núm. 13 sobre *El derecho a la educación* (artículo 13), 1999, párrafos 43 ss.; *vid.*, en particular, párrafos 58 s.; Observación general núm. 14 sobre *El derecho al*

importancia que sirve para aclarar «interpretativamente» el alcance de los derechos en la línea de equiparación de los derechos sociales con los derechos civiles y políticos y que tiene claras finalidades de tipo práctico en orden a mejorar la implementación y el control sobre la efectividad de los derechos sociales.

El enfoque sobre las violaciones no es incompatible con el desarrollo analítico sobre la estructura de las obligaciones subyacentes a los derechos económicos, sociales y culturales que había tenido lugar con antelación. Así, el enfoque de las violaciones se complementa con la llamada tipología tripartita de las obligaciones, que fuera desarrollada originariamente por Henry Shue, Asbjørn Eide y G. H. J. van Hoof y que luego fue retomada por el propio Comité en sus interpretaciones sobre la naturaleza de las obligaciones del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (SEPÚLVEDA, 2002: 157 ss). En este sentido, en la actualidad se habla de violaciones referentes a las obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir; y a la obligación de promover; las violaciones referentes a elementos del contenido mínimo esencial del derecho; se deja claro que las violaciones pueden ser por comisión u omisión; se subraya la discriminación (artículo 2.2) como causa frecuente de violación y que las medidas regresivas son causa de violación de derechos; etc. Al hilo de este discurso se modula analíticamente el contenido y el alcance de las obligaciones, siendo fundamentales los desarrollos referentes a clarificación de las obligaciones de los Estados parte como obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir; y de promover<sup>10</sup>. Además, por supuesto, se sigue

---

*disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12), 2000, párrafos 46 ss., *vid.*, en particular, párrafos 58 s.; etc.

10 Directrices de Maastricht sobre violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. *Vid* núm. 6: «... La obligación de respetar exige de los Estados que se abstengan de injerirse en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, se viola el derecho a la vivienda si el Estado practica desalojos arbitrarios y forzosos. La obligación de garantizar exige de los Estados que se opongan a las violaciones de estos derechos por terceros. Así, el hecho de que el Estado no garantice el cumplimiento por empleadores privados de las normas laborales básicas puede constituir una violación del derecho al trabajo o del derecho a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. La obligación de satisfacer exige de los Estados que adopten disposiciones legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otra índole para promover el pleno ejercicio de estos derechos. Así, puede constituir una violación el hecho de que el Estado no facilite cuidados médicos esenciales a los que

insistiendo en la distinción entre obligaciones de acción inmediata y obligaciones de realización progresiva; y, desde otra perspectiva, entre obligaciones de conducta y obligaciones en materia de resultados. Y también se amplía el ámbito de los actores relevantes, en su caso como sujetos de obligación, incluyendo, además del Estado parte, los demás Estados parte, los órganos de las Naciones Unidas, los organismos especializados pertinentes, a los agentes privados y a las organizaciones de la sociedad civil.

Más allá de estos esfuerzos interpretativos, la reciente aprobación de un *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*<sup>11</sup> abre la puerta a la presentación de comunicaciones de particulares en relación con los derechos económicos, sociales y culturales y refuerza el enfoque de las violaciones, al establecer en su artículo 2 que podrán presentar comunicaciones las «personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una *violación* por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto» (énfasis añadido).

El *Protocolo* contó con un número importante de Estados signatarios (45), pero las ratificaciones han llegado con cuentagotas. Con todo, tras la ratificación por parte de Uruguay el 5 de febrero de 2013, el Protocolo ha entrado en vigor el 5 de mayo de 2013<sup>12</sup>, siendo Partes del mismo —en el momento de escribir este trabajo— 21 Estados.

---

los necesiten». La Observación general núm. 14 sobre *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (art. 12) y otras añadirán a las anteriores el matiz de que «la obligación de cumplir también incorpora una obligación de promover» (pfo. 37).

11 Mediante resolución de la Asamblea de Naciones Unidas se aprobó definitivamente, con fecha de 10 de diciembre de 2008, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (A/RES/63/117), que da competencias al Comité para recibir y tomar en consideración comunicaciones de particulares y grupos.

12 De acuerdo con lo establecido en el artículo 18.1 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: «El presente Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión».

**Cuadro 1. RATIFICACIONES DEL PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, A 01-02-2016**

Estado parte	Firma	Accesión o Ratificación
1. Argentina	24 Sep 2009	24 Oct 2011
2. Belgium	24 Sep 2009	20 May 2014
3. Bolivia (Plurinational State of)	12 Feb 2010	13 Jan 2012
4. Bosnia/Herzegovina	12 Jul 2010	18 Jan 2012
5. Cabo Verde	26 Sep 2011	23 Jun 2014
6. Costa Rica	28 Apr 2011	23 Sep 2014
7. Ecuador	24 Sep 2009	11 Jun 2010
8. El Salvador	25 Sep 2009	20 Sep 2011
9. Finland	24 Sep 2009	31 Jan 2014
10. France	11 Dec 2012	18 Mar 2015
11. Gabon	24 Sep 2009	1 Apr 2014
12. Italy	28 Sep 2009	20 Feb 2015
13. Luxembourg	24 Sep 2009	3 Feb 2015
14. Mongolia	23 Dec 2009	1 Jul 2010
15. Montenegro	24 Sep 2009	24 Sep 2013
16. Niger		7 Nov 2014
17. Portugal	24 Sep 2009	28 Jan 2013
18. San Marino		4 Aug 2015
19. Slovakia	24 Sep 2009	7 Mar 2012
20. Spain	24 Sep 2009	23 Sep 2010
21. Uruguay	24 Sep 2009	5 Feb 2013

Fuente: *United Nations Treaties Collection* [<http://treaties.un.org/>]

Por lo demás, solo cabe subrayar que una vez que ha entrado en vigor y al haber sido ratificado por el Estado español —con fecha de 23 de septiembre de 2010— se podrán presentar comunicaciones contra

el Estado español por parte de las personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del mismo que aleguen ser víctimas de una *violación* cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Pacto.

### 1.3. La exigibilidad judicial de los derechos sociales

Los avances en el desarrollo de un marco conceptual (en términos de «obligaciones» y «violación» de derechos económicos, sociales y culturales) se han visto complementados con la defensa de estrategias cada vez más amplias en torno a la exigibilidad de los derechos sociales y, en particular, sobre la *judicialización* del control sobre la efectividad de este tipo de derechos. Tanto desde un punto de vista práctico como teórico se ha adelantado considerablemente en torno a esta cuestión<sup>13</sup>. Es cierto que, muy tempranamente, documentos como la Observación General núm. 3 o los *Principios de Limburgo* sentaron interpretativamente las bases para el control jurisdiccional directo de algunos derechos; sin embargo, los avances más significativos se han hecho esperar. Quizá un hito importante en este sentido es la tajante declaración hecha por el Comité en su Observación General núm. 9 cuando afirma que si bien es cierto que los recursos efectivos para la correcta implementación de los derechos reconocidos en el Pacto no tienen por qué ser siempre recursos judiciales, también lo es que «cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales» (párr. 9), estableciendo a continuación:

10. En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la Observación general Núm. 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los siguientes artículos del Pacto: el artículo 3, el inciso i) del apartado a) del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a) del pá-

---

13 Una cuestión central desde el punto de vista del principio de efectividad de los derechos en general y de los derechos sociales en particular. Sobre el principio de efectividad, puede verse AÑÓN (2015).

rrafo 2 y del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15. A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones).

Para no dejar lugar a dudas, el Comité cierra alguna de las vías de escape a las que generalmente se acude para eludir el control jurisdiccional:

Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posea en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad (parágrafo 10).

Hoy en día existe una amplia y sólida corriente doctrinal en este sentido<sup>14</sup>, y también la praxis de los tribunales de numerosos países como Sudáfrica, India, Colombia, etc., permite vislumbrar amplias posibilidades prácticas al respecto<sup>15</sup>. Lo que se necesita, por una parte, es «imaginación» y el desarrollo de nuevos mecanismos procesales y nuevas formas de utilización de los mecanismos procesales tradicionales, campo en el que se está avanzando de modo significativo en

---

14 *Cfr.*, como muestra, ABRAMOVICH y COURTIS, 2004; GHAI y COTTRELL, 2004; RAMCHARAN, 2005; COOMANS, 2006; PALMER, 2007; YOUNG, 2010, 2012; O'CONNELL, 2012; LANGFORD, 2014.

15 En COOMANS (2006) y LANGFORD (2009) puede verse un amplio panorama sobre la praxis de la protección judicial de los derechos en diversos países y ámbitos internacionales.

los últimos años<sup>16</sup>. Y, por otra, superar las tensiones que desde planteamientos «democráticos» y una constitucionalización estrecha de los derechos propugnan límites o, directamente, invalidan la revisión judicial de los derechos sociales argumentando la falta de competencia y legitimidad de los tribunales para tomar decisiones relacionadas con las políticas sociales y su implementación. En el fondo, todavía hay que hacer frente a la tesis firmemente enquistada en ciertos discursos según la cual los derechos sociales «no son auténticos derechos». Obviamente, a la luz de lo que hemos visto en los apartados anteriores, este último tipo de planteamientos deben tenerse por superados; pero quizá resta insistir en la compatibilidad de la exigibilidad judicial de los derechos sociales y su plena protección constitucional con el mantenimiento de principios como el de la división de poderes (O'CONNELL, 2012).

El papel de los Tribunales de justicia y, en particular, de los Tribunales constitucionales a la hora de hacer efectivos y dotar de contenido normativo los derechos sociales es fundamental. Ciertamente, su papel no es el de diseñar las políticas adecuadas y dotarlas de recursos; pero en el marco de un sistema constitucional equilibrado en el que los derechos sociales se toman en serio deben jugar un papel fundamental. En este sentido, se deben superar tanto la «usurpación judicial» como la «abdicación judicial» (YOUNG, 2012: 9 ss.). Para ello, quizá, lo primero es introducir la necesaria complejidad para evitar caer en planteamientos infructuosos. En consecuencia, se debe tener en cuenta que en la praxis se puede articular una tipología de modelos que abarcan planteamientos muy diferentes con respecto a las posturas que pueden llegar a adoptar la adjudicación judicial (YOUNG, 2012: 9 ss.). E, incluso, la apuesta por vías intermedias, alejadas del todo o nada. En este sentido, una obra que está teniendo una gran repercusión es la de Mark Tushnet sobre *Tribunales débiles y Derechos fuertes*, donde se plantea que, en ocasiones, la judicialización obligará a cambiar estrategias y precomprensiones para ganar en efectividad (TUSHNET, 2008). Obviamente, este planteamiento no ha dejado de tener respuesta: «la solución para el problema de los derechos socio-económicos es buscar remedios más poderosos, no más débiles» (LANDAU, 2012: 192).

---

16 Una labor muy interesante en este sentido es la que han realizado ABRAMOVICH y COURTIS (2004: 46-47; cap. 2 y cap. 3).

## **2. ALGUNAS PROPUESTAS PARA SEGUIR AVANZANDO Y GARANTIZAR LA EFECTIVIDAD DE LOS DESC**

Tanto los desarrollos analíticos sobre el carácter unitario de la estructura de las obligaciones derivadas de los derechos humanos como las reafirmaciones sobre su indivisibilidad e interdependencia<sup>17</sup> han favorecido su equiparación en la praxis haciendo avanzar la exigibilidad de los derechos sociales. Como conclusión de lo expuesto más arriba, puede afirmarse que se han ido atando cabos y que en las últimas décadas se ha avanzado considerablemente en el progreso de los presupuestos conducentes a alcanzar la máxima efectividad de los derechos sociales.

Ahora bien, como se decía en la presentación de este trabajo, reivindicar estos avances es importante; pero en los momentos actuales no podemos permanecer en ese nivel de abstracción y desvincular la exigibilidad de los derechos sociales del marco de clara regresión de aquellos. En un contexto de profunda crisis financiera y económica no basta con reiterar retóricamente los avances interpretativos y conceptuales sobre la exigibilidad de los derechos sociales. El retroceso de los derechos sociales es algo generalizado tanto desde un punto de vista global como desde una perspectiva interna<sup>18</sup>. Y también lo es en el sentido de que afecta a la totalidad de los derechos sociales. El ataque reiterado a los derechos laborales ha puesto en solfa las conquistas sociales de décadas, provocando un aumento exponencial de la precariedad laboral y sindical y altos índices de desempleo. Además, por ceñirnos a nuestro contexto, las políticas de recortes que caracterizan las nuevas «sociedades de la austeridad» (FERREIRA, 2012) han provocado el retroceso generalizado de las políticas sociales tendentes a realizar el derecho a la salud; el derecho a la educación; el derecho a una vida sin pobreza; el derecho a la vivienda y, en general, de los derechos asistenciales vinculados al desarrollo del Estado social.

Frente a esta situación no parece de recibo que nos mantengamos instalados en un discurso abstracto, ajeno a la gravedad del impacto

---

17 Además de ese desarrollo analítico y de su reconocimiento en los textos del Derecho internacional de los derechos humanos, la indivisibilidad e interdependencia ha sido puesta en evidencia con análisis empíricos. *Cfr.*, al respecto, MINKLER y SWEENEY (2011).

18 Datos referidos a indicadores sobre el retroceso de los derechos sociales pueden verse en COLECTIVO IOE (2011), CALVO (2014) o INFORME FOESSA (2013, 2015).

de la crisis. Tampoco creo que la alternativa pase por limitarnos a constatar con cifras el alcance de la crisis económica y financiera y el retroceso de los derechos sociales. En este sentido, entiendo que los avances interpretativos y conceptuales reseñados en el apartado 1 de este trabajo siguen siendo plenamente válidos y me reafirmo en la idea de que la elaboración teórica y técnica sobre las obligaciones y la implementación efectiva de los derechos sociales han propiciado avances importantes en relación con su exigibilidad y efectividad. Lo que defiendo es que no podemos quedarnos en ese nivel de abstracción y desvincularnos de la situación actual a la hora de plantear estrategias conducentes a lograr la efectividad de los derechos sociales.

Al mismo tiempo, y en otro orden de cosas, aunque el contexto de crisis y de retroceso generalizado de los derechos sociales puede rebajar el optimismo de las últimas décadas, en mi opinión refuerza la necesidad de luchar por el avance y la efectividad de los DESC. De ahí que en estas reflexiones finales me imponga hablar en positivo; si bien, por una razón de espacio, me limitaré a apuntar algunas notas sobre un conjunto de cuestiones que considero centrales en la coyuntura actual para avanzar en «la lucha por los derechos». Así, en primer lugar, se hará referencia a la necesidad de reafirmar el lenguaje de los derechos y complementarlo con un avance real en la «constitucionalización» de los DESC —en lo que se refiere tanto a la exigibilidad judicial y el desarrollo jurisprudencial de su carácter de derechos fundamentales como a su constitucionalización directa—. En segundo lugar, se aludirá a la necesidad de dar voz a quienes no originan las crisis financieras y económicas, pero sufren de manera desproporcionada sus efectos. Lo cual llevará al tema de la gobernabilidad global *democrática* como alternativa a una globalización depredadora y a los ataques del neoliberalismo desde instituciones y agentes vinculados a estrategias neoliberales. Por último, en tercer lugar, se hará una breve referencia a la necesidad de reinventar la relevancia de los movimientos sociales y la sociedad civil en la implementación efectiva de los derechos y, en particular, de los derechos sociales.

Los derechos sociales, como los derechos en general, son una conquista de los movimientos sociales; pero han encontrado una expresión jurídica e institucional encaminada a garantizar su efectividad<sup>19</sup>.

---

19 GEARTY (2006: 62 ss.) ha apuntado que el triunfo de la exigibilidad jurídica puede llegar a ser peligroso. Obviamente, lo sería si nos quedásemos en este plantea-

Eso es precisamente lo que está en riesgo en la coyuntura actual, y se corre el peligro de que el retroceso de los derechos sociales ponga en cuestión avances de décadas y, en particular, la equiparación e interdependencia entre los llamados derechos civiles y políticos y los derechos sociales. Por eso, entiendo que es imprescindible seguir avanzando en la «constitucionalización» de los DESC, tanto en lo que se refiere a la exigibilidad judicial y el desarrollo jurisprudencial de su carácter de derechos fundamentales, como a su constitucionalización directa.

La consideración de los derechos sociales como derechos fundamentales se ha extendido en algunas construcciones teóricas y tiene gran predicamento en algunas culturas jurídico-políticas. Pero habría que dar pasos tendentes a hacerla efectiva. La «constitucionalización» de los derechos sociales ha sido demandada al hilo de los avances sobre su justiciabilidad y a los desarrollos de la doctrina constitucional en algunos países para superar la objeción de la división de poderes. Más concretamente, la constitucionalización de los DESC es la única garantía que puede asegurar estos derechos frente a su fragilidad ante un cambio de gobierno (O'CONNELL, 2012: 7).

En la coyuntura actual, en nuestro país, el pleno reconocimiento constitucional de los derechos sociales hubiese evitado que el tsunami neoliberal arrasase con el avance de décadas en el desarrollo del Estado social. El ejemplo de España, sobre todo a lo largo de los años 2012 y 2013, muestra además que esa carencia permite ataques mediante la utilización de instrumentos tan cuestionables como los Decretos-leyes. Un instrumento legislativo de urgencia que ha sido utilizado por el Gobierno conservador en España para liquidar o hacer retroceder significativamente los derechos laborales, el derecho a la salud, el derecho a la educación, etc. Ciertamente, estos Decretos-leyes luego han sido convalidados por el poder legislativo con base en las mayorías absolutas del partido en el Gobierno, pero no ha evitado el efecto simbólico de los que se conoce como «viernes negros» para los derechos sociales, y la desazón de esperar a la rueda de prensa posterior al Consejo de Ministros para conocer cuál es el derecho que va a ser afectado esa semana por la poda del gasto social o el llamado «aumento de la competitividad».

---

miento y lo encapsulásemos en las barreras formales de la ideología jurídica liberal; pero obviamente no es ese el planteamiento que defendemos aquí.

Entiendo que la constitucionalización directa de los derechos sociales como derechos fundamentales debe estar en el horizonte de los avances encaminados a lograr una plena efectividad de los DESC; pero a nadie se le ocultan las dificultades para lograrlo. Por eso habrá que seguir trabajando en las estrategias encaminadas a esa constitucionalización por vías como la interpretación y la operacionalización del lenguaje de los derechos en la praxis jurídica. La brutalidad del ataque promovido por los recortes y la «desregulación» de las relaciones laborales está provocando que los tribunales comiencen a echar para atrás algunas decisiones en fallos que incorporan poco a poco el lenguaje de los derechos.

Por hacer referencia a algunas iniciativas recientes cabe citar la «rebelión» de la judicatura frente a la ejecución de los desahucios en nuestro país. Tras las primeras manifestaciones, esta cuestión se ha planteado incluso ante el CGPJ, tras la presentación de un informe crítico con la praxis de las entidades bancarias, que llegó a solicitar la reforma de la Ley hipotecaria, y en el mismo sentido se pronunciaron los Jueces Decanos. Este proceso concluyó con la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 14 de marzo de 2013, que cuestiona sustancialmente el procedimiento de ejecución de deudas por impago en los casos en que existe una garantía hipotecaria, denunciando la existencia de cláusulas abusivas y abriendo la necesidad de una reforma de la Ley hipotecaria. Y tuvo continuidad en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2014, que declara que la legislación española en la materia es contraria al Derecho europeo y al artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>20</sup>.

En definitiva, puede decirse que se ha avanzado considerablemente en la línea de la exigibilidad judicial y la constitucionalización de

---

20 Otra cosa será como que es lo que pueda dar de sí la reforma de la Ley hipotecaria aprobada en 2015, y si realmente sirve o no a los objetivos de asegurar la eficacia de los derechos sociales en un contexto de políticas neoliberales. Entre tanto han seguido los pronunciamientos de Juzgados de lo mercantil y del propio Tribunal Supremo en España contrarios a las cláusulas suelo (Sentencia de 25 de marzo de 2015) y la Justicia europea ha vuelto a reiterar en 2016 que la norma española de cláusulas suelo es «abusiva» y anuncia un pronunciamiento sobre la retroactividad de las cantidades cobradas por la Banca.

algunos derechos por la vía de la creación jurisprudencial<sup>21</sup>. Con todo, a veces se elude la incorporación al ordenamiento jurídico español de las obligaciones internacionales, obligaciones que no pueden incumplirse por medio de leyes y menos por decreto-ley, o el propio carácter fundamental de ciertos derechos sociales —aunque sea por vía interpretativa—, obviando el lenguaje de los derechos en decisiones que *de facto* los protegen. Y también hay que subrayar que todavía se pueden dar pasos importantes al respecto.

El primer paso a dar obviamente consistiría en la reforma o derogación del art. 135 de la CE. En su redacción actual, fruto de una reforma operada con «vacacionalidad» y alevosía, sanciona el repliegue del Estado español a las políticas de austeridad impuestas por las instituciones europeas. Unas políticas que han fracasado y que en lo que aquí nos interesan son esencialmente injustas. Pero además este artículo se ha convertido en el principal argumento para justificar los recortes y la regresión de los derechos sociales, con el pretexto del equilibrio presupuestario a ultranza. Pero este debiera ser solo el primer paso en una reforma que avanzase en la «constitucionalización» directa de los derechos sociales.

Las reivindicaciones nacionalistas abrieron espacio a la necesidad de reformar la Constitución. En muchos casos como una forma de cerrar espacios políticos a las propias reivindicaciones nacionalistas. Pero lo que ha emergido en este debate es la necesidad de promover una reforma para adaptar la Constitución a una realidad democrática consolidada y dar respuesta a cuestiones como el diseño federal del Estado —incluyendo la urgente reforma del Senado—. Y por supuesto la reforma del art 135; pero no deberá quedarse ahí. En el horizonte de un discurso orientado a rescatar los derechos sociales de «austericidio», las razones apuntadas más arriba obligan a ir más allá de la reforma del art. 135 de la CE y avanzar en el reconocimiento de los derechos sociales «básicos» como *derechos fundamentales*.

En otro orden de cosas, cabe recordar que a partir de mayo de 2013 se abre además la vía de las denuncias ante el Comité. La equi-

---

21 Aunque, como señala GARGARELLA (2013: 55), «conviene aclarar que no vivimos hoy en la era de los derechos sociales consolidados, sino en una etapa de apertura, en donde —típicamente— han ido apareciendo jueces menos cerrados frente a las demandas por la implementación de los derechos sociales (o al menos no tan automáticamente dispuestos a descartar los mismos como derechos no operativos)».

paración de todos los derechos desde el punto de vista de este mecanismo de protección no debe caer en saco roto. Por un lado, supone sancionar la indivisibilidad e interdependencia de los derechos y, por otro, de un modo inmediato, abre la vía a instar la protección de derechos sociales directamente ante el Comité. Todo lo cual debe redundar en el avance en la protección convencional de los derechos sociales con el fin de garantizar su efectividad.

En definitiva, la tesis que defendemos aboga en favor de la protección constitucional y convencional efectiva de los derechos sociales. En particular, la constitucionalización directa de los derechos sociales como derechos fundamentales debe estar en el horizonte de los avances encaminados a lograr su plena efectividad. El pleno reconocimiento constitucional de los derechos sociales hubiese evitado que el tsunami neoliberal arrasase con el avance de décadas en el desarrollo de los derechos sociales.

No se nos oculta la dificultad de la tarea que planteamos, pero entendemos que debemos tener claro este horizonte con independencia de la necesidad de seguir trabajando en las estrategias encaminadas a esa constitucionalización por vías como la interpretación y la «operacionalización» del lenguaje de los derechos en la praxis jurídica. Incluso asumimos las objeciones sobre los riesgos de las Constituciones «poéticas», ineficaces a fuer de excesivamente sobrecargadas (GAR-GARELLA, 2013: 57). Aunque tampoco nos quedaríamos en un mero constitucionalismo «aspiracional», la vocación de eficacia debe estar siempre presente en el reconocimiento constitucional de los derechos sociales.

En otro orden de cosas, la situación de crisis que hemos atravesado, y cómo se han tomado las decisiones que han afectado al retroceso de los derechos sociales, no solo lleva a repensar el papel de los derechos en general y de los DESC en particular en la toma de decisiones de política económica en el plano estatal, sino que pone nuevamente sobre la mesa la cuestión de la gobernabilidad global. Este es un tema que surge en la literatura académica de la última década del siglo pasado, y que incluso fue recogido en un Informe del PNUD (1999) cuando se plantea la necesidad de avanzar hacia formas de gobernabilidad global democrática como la única vía de garantizar los derechos y la democracia en una sociedad globalizada. Frente a este discurso, la cuestión de la regulación global comenzó a tener otro sentido a raíz de la llamada crisis asiática (una crisis económica especulativa, también) y el rápido contagio de diversas economías en el plano mundial. A

raíz de esta experiencia, desde instituciones como el Banco Mundial, comenzó a hablarse de gobernabilidad global o regulación económica global. Un discurso que ha retomado el G-20 como consecuencia de la crisis financiera y económica actual; pero en el que los derechos humanos, salvo alguna referencia anecdótica, brillan por su ausencia. Y lo mismo en los documentos finales de las cumbres. Pero al no cuajar ni tan siquiera a estos niveles, a falta de estructuras y mecanismos institucionales, ha sido sustituida por espacios de poder neoliberal como el FMI o la «troika» —en las políticas de ajuste europeos—. Desde estas agencias de poder fáctico se condiciona férreamente las políticas económicas de los gobiernos y, en particular, se «interviene» a aquellos países donde la crisis ha afectado profundamente a su estabilidad financiera.

Ante esta situación es necesario reivindicar de nuevo avances en la línea de una gobernabilidad democrática global basada en el lenguaje de los derechos, una perspectiva de abajo arriba y, en definitiva, de carácter democrático. El argumento, desde mi punto de vista, no es «regulación económica global o caos», sino gobernabilidad democrática global para dar voz a quienes no originan las crisis financieras y económicas, pero sufren sus consecuencias negativas y abrir opciones para articular alternativas que puedan enfrentarse a los poderes fácticos neoliberales que operan globalmente. Y esto supone obviamente reivindicar la perspectiva de abajo arriba, pero también el papel de los derechos y, en particular, en el contexto actual de crisis, el de los derechos sociales.

Por último, las cuestiones avanzadas más arriba ponen sobre la mesa la relevancia de los movimientos sociales y la sociedad civil en el desarrollo y la implementación efectiva de los derechos. En este sentido, se hace imprescindible «reinventar» la relevancia de los movimientos sociales y la sociedad civil en la realización efectiva de los derechos sociales.

En relación con lo anterior, la pregunta a plantearnos es obvia: ¿por qué los vínculos entre derechos humanos y movimientos sociales permanecen generalmente inexplorados en la literatura académica? Los movimientos sociales no caben en los enfoques técnico-jurídicos, ni en los enfoques socio-jurídicos funcionales. En un sugerente trabajo, Charles TILLY (2004) se preguntaba: «¿De dónde vienen los derechos?». Se trata obviamente de un título provocador, acorde con la tesis que mantiene en el mismo: «¿De dónde vienen los derechos? Podríamos plantear esa pregunta desde la filosofía analítica..., desde

la metafísica..., o desde la acción racional... En vez de ello, quiero plantearla desde la historia política europea». En la misma línea que Moore, Tarrow y otros autores vinculados a la investigación socio-histórica, se plantea que los derechos, primero, son «productos históricos», y segundo son «resultado de la lucha» (TILLY, 2004: 273).

Sin embargo, esta no es la perspectiva dominante en las investigaciones sobre el origen y la realización de los derechos humanos (STAMMERS, 2009). El papel de los movimientos sociales en la efectividad de los derechos cobra relevancia tanto a partir de un enfoque teórico como desde el punto de vista de la praxis. De entrada, hay que decir que con un enfoque interdisciplinario y atento a su dimensión conflictiva es posible descubrir otra historia y otros elementos en la praxis de los derechos humanos, que llevan a identificar la relevancia de los movimientos sociales y la sociedad civil en el origen y la implementación de los derechos. Pero, más allá de las razones teóricas, la actual situación conduce a identificar la relevancia de los movimientos sociales y la sociedad civil para hacer frente al retroceso de los derechos sociales.

Por último, para finalizar estas reflexiones, subrayaría la necesidad de reforzar la vinculación los derechos sociales y su realización a los movimientos sociales reinventando su rol en la efectiva implementación de los DESC. En este sentido, la crisis y el retroceso de los derechos sociales pueden operar como un estímulo para recuperar el protagonismo de los movimientos sociales y la sociedad civil en la lucha por los derechos. Así, la lucha por «constituir» los derechos sociales debe tomar también pie, y hacerlo de un modo fundamental, en la acción de los movimientos sociales y de las organizaciones de la sociedad civil (YOUNG, 2012: 223 ss.).

El auge de las reivindicaciones y los movimientos sociales en los últimos años como reacción frente a los retrocesos de las políticas sociales derivados de la generalización de las vías neoliberales para la salida de la crisis parecen alentar esta tendencia. Indignados, movimiento sindical, stop desahucios, plataformas y movimientos reivindicativos en defensa de la sanidad y la educación pública, etc., son iniciativas importantes para afrontar el retroceso de los derechos sociales; pero quizá sería importante entroncar en mayor medida estos movimientos en el lenguaje de los derechos y romper definitivamente, también desde esta perspectiva, con la tendencia —mayoritariamente asentada— a su desvinculación o rebaja a meros principios ajenos a un sistema de protección y garantías efectivo. Por lo demás, la inter-

vención de los movimientos sociales en la realización de los derechos no está reñida con el discurso de las garantías. Todo lo contrario, la idea de PISARELLO (2007: 111 ss.) de avanzar hacia una reconstrucción democrática, participativa y multinivel me parece fundamental y permite aunar la defensa de la «constitucionalización» de los derechos y su tutela —incluida la tutela judicial— con la participación y la autotutela. Algo esencial si pensamos que la Constitución y el propio sistema procesal vigente serían «hostiles» a los derechos sociales (GARGARELLA, 2013).

## REFERENCIAS

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2004), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2.ª ed., Trotta, Madrid.

ABRAMOVICH, Víctor, AÑÓN, M.ª José y COURTIS, Christian (eds.) (2003), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México.

AÑÓN ROIG, María José (2015), «Derechos humanos y principio de efectividad: Claves interpretativas», en Cuenca Gómez, Patricia y Revenga Sánchez, Miguel (eds.), *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid, Dykinson, pp. 191-218.

AÑÓN ROIG, María José (2016), «¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?», *Derechos y libertades* núm. 34, pp. 57-90.

BERNUZ BENEITEZ, M.ª José y CALVO GARCÍA, Manuel (eds.) (2014), *La eficacia de los Derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch.

CALVO GARCÍA, Manuel (2009), «La efectividad de los Derechos económicos, sociales y culturales», en AA.VV., *Los derechos sociales como una exigencia de justicia*, en Zapatero, Virgilio y Garrido, M.ª Isabel (eds.), Alcalá de Henares-Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, Madrid, pp. 201-225.

CALVO GARCÍA, Manuel (2014), «La efectividad de los derechos sociales», en *La eficacia de los Derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch.

CHAPMAN, Audrey R. y RUSSELL, Sage (1998), «Violaciones del derecho a la educación». Aportación al DÍA DE DEBATE GENERAL sobre el Derecho a la educación (Artículos 13 y 14 del Pacto), 30 de noviembre de 1998 (E/C.12/1998/19).

CHAPMAN, Audrey R. (1996), «A “Violations Approach” for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *Human Rights Quarterly* vol. 18, núm. 1, pp. 23-66.

CHAPMAN, Audrey y RUSSELL, Sage (eds.) (2002), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerp, Intersentia.

COLECTIVO IOE (2011), «Efectos sociales de la crisis. Una evaluación a partir del Barómetro social de España», en *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 113, pp. 177-188.

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco J. (1994), *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid.

COOMANS, Fons (ed.) (2006), *Justiciability of Economic and Social Rights*, Intersentia-Maastricht Series in Human Rights, Antwerp.

CUENCA GÓMEZ, Patricia y REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (eds.) (2015), *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid, Dykinson.

DE SCHUTTER, Olivier (ed.) (2014), *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, Cheltenham, Edward Elgar Pub.

EIBE, Riedel; GIACCA, Gilles y GOLAY, Christophe (eds.) (2014), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law. Contemporary Issues and Challenges*, Oxford University Press.

FALLON, Richard H. (2006), «Justiciability and Remedies – And Their Connections to Substantive Rights», *Virginia Law Rev.* vol. 92, núm. 4, pp. 633-705.

FERREIRA, António Casimiro (2012), *Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção*, Vida Económica, Porto.

FUNDACIÓN FOESSA (2015), *Análisis y Perspectivas 2015: Empleo Precario y Protección Social*, versión electrónica: [http://www.foessa.es/qhacemos\\_programas\\_info.aspx?Id=84](http://www.foessa.es/qhacemos_programas_info.aspx?Id=84).

FUNDACIÓN FOESSA (2013), *Análisis y perspectivas 2013: Desigualdad y Derechos Sociales*, versión electrónica: [http://www.foessa.es/qhacemos\\_programas\\_info.aspx?Id=84](http://www.foessa.es/qhacemos_programas_info.aspx?Id=84).

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (2007), «Derechos sin diferencia específica. Los derechos sociales según Gerardo Pisarello», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXIV, pp. 491-497.

GARGARELLA, Roberto (2013), «Injertar derechos sociales en Constituciones hostiles a ellos», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 122, pp. 37-57.

GHAI, Yash y COTTRELL, Jill (2004), *Economic, Social & Cultural Rights in Practice. The Role of Judges in Implementing Economic, Social & Cultural Rights*, Interights, London.

LANDAU, David (2012), «The Reality of Social Rights Enforcement», *Harvard International Law Journal* 53/1, pp. 190-247.

LANGFORD, Malcolm (ed.) (2009), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge U. P., New York.

LANGFORD, Malcolm (2014), «Judicial Review in National Courts: Recognition and Responsiveness», en EIBE, Riedel; GIACCA, Gilles; y GOLAY, Christophe (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law. Contemporary Issues and Challenges*, Oxford University Press.

MINKLER, Lanse y SWEENEY, Shawna (2011), «On the Indivisibility and Interdependence of Basic Rights in Developing Countries», *Human Rights Quarterly* 33/2, pp. 351-396.

O'CONNELL, Paul (2012), *Vindicating Socio-Economic Rights: International Standards and Comparative Experiences*, Routledge, Oxford.

PALMER, Ellie (2007), *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*, Hart Pub., Oxford.

PISARELLO, Gerardo (2007), *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*, Editorial Trotta, Madrid.

RAMCHARAN, Bertrand G. (ed.) (2005), *Judicial Protection of Economic, Social & Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Pub., Leiden.

SEPÚLVEDA, Magdalena (2002), *The Nature of the Obligation under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Antwerpen.

STAMMERS, Neil (1999), «Social Movements and the Social Construction of Human Rights», *Human Rights Quarterly* 21/4, pp. 980-1008.

STAMMERS, Neil (2009), *Human Rights and Social Movements*, Pluto Press, London.

TILLY, Charles (2004), «¿De dónde vienen los derechos?», *Revista Sociológica* 55, pp. 273-300.

TUSHNET, Mark (2008), *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton.

VERDROSS, Alfred (1969), *Derecho internacional público* (trad. Antonio Truyol y Serra), Aguilar, Madrid.

YOUNG, Katharine G. (2010), «A Typology of Economic and Social Rights Adjudication: Exploring the Catalytic Function of Judicial Review», *International Journal of Constitutional Law* 8/3, pp. 385-420.

YOUNG, Katharine G. (2012), *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford University Press, Oxford.

# **SEGUNDA PARTE: COMUNICACIONES**



# **LAS LIMITACIONES DISCURSIVAS DEL MODELO DE DESARROLLO: TRANSICIONES DEL DESARROLLO SOSTENIBLE A LA JUSTICIA AMBIENTAL\***

SUSANA BORRÀS

*Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales e  
Investigadora del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT)  
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona-España)*

**SUMARIO:** 1. Los límites del crecimiento y el paradigma del desarrollo «sostenible». 1.1. De los primeros cuestionamientos al modelo de desarrollo al desarrollo sostenible. 1.2. Las limitaciones del paradigma del desarrollo sostenible.—2. La deuda ecológica: evidencias de la desigualdad internacional.—3. La transición a la justicia ambiental internacional. 3.1. La justicia ambiental. 3.2. La relación justicia ambiental y desarrollo sostenible: la sostenibilidad justa.—4. Consideraciones finales.—5. Referencias.

El modelo de desarrollo se ha caracterizado por la explotación intensiva de los recursos naturales demandando de estos una máxima rentabilidad a corto plazo minimizando las consecuencias ecológicas del deterioro ambiental y la pérdida gradual de los recursos naturales. El resultado ha sido la generación de problemas ambientales que condicionan el bienestar del ser humano: el cambio climático producido por calentamiento global por las emisiones liberadas de gases de efecto invernadero; la contaminación del agua, el suelo y el aire debido al deterioro de su calidad original por la adición de sustancias y/o por acciones de origen antropogénico; la deforestación y pérdida

---

\* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Del desarrollo sostenible a la justicia ambiental: hacia una matriz conceptual para la gobernanza global», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad español, para el período 2014-2016 (DER2013-44009-P).

de la biodiversidad por la demanda de terrenos de cultivo, el sobrepastoreo, los incendios y la contaminación; y la pérdida de la capa de ozono debido a la producción y uso de clorofluorocarbonos, halones y otros gases utilizados como refrigerantes, son solo algunas de las consecuencias de la interferencia antropogénica sobre el sistema natural.

Los problemas generados han sido, en cierto modo, por la concepción misma del modelo de desarrollo. El concepto de desarrollo es aún equívoco. Según el contexto donde se utilice puede significar aumento, progreso, adelanto, mejora, crecimiento, desarrollo, incremento, ampliación, bienestar, prosperidad, riqueza, perfeccionamiento, avance, auge.... en todo caso, el desarrollo experimentado a lo largo de estos años se ha centrado en el incremento económico e irracional basado en la sobrexplotación de los recursos, que no solo tiene implicaciones ambientales, sino que también genera desigualdades económicas y sociales, acrecentando la brecha entre países desarrollados y países menos desarrollados, aumentando las bolsas de pobreza<sup>1</sup>.

En el presente análisis se plantean las limitaciones y las contribuciones del modelo de desarrollo sostenible en la realización del equilibrio ambiental, económico y social, reforzadas por el concepto de justicia ambiental, como nuevo paradigma surgido en respuesta de un desarrollo económico, social y ambiental, labrado a lo largo de los años y generador de injusticias y desigualdades.

## **1. LOS LÍMITES DEL CRECIMIENTO Y EL PARADIGMA DEL DESARROLLO «SOSTENIBLE»**

El concepto *desarrollo sostenible* surge como respuesta a la crisis ambiental, que si bien no es un fenómeno reciente, adquiere especial protagonismo a partir de los años sesenta y es precisamente en las últimas décadas del siglo xx cuando comienzan a evidenciarse los más graves problemas socio-ambientales generados por el neoliberalismo. Entonces la problemática ambiental surge como síntoma de una crisis de civilización, cuestionando las bases mismas de la racionalidad económica, los valores de la modernidad y los fundamentos de las

---

1 De acuerdo con el profesor Bodley, estas personas son las llamadas «víctimas del progreso». Ver BODLEY, J. H., *Victims of Progress*, Rowman & Littlefield, sexta edición, 2014.

ciencias que fueron fraccionando el conocimiento sobre el mundo. De esta manera se plantea la necesidad de dar bases de sostenibilidad ecológica y de equidad social en respuesta al proceso de desarrollo.

### **1.1. De los primeros cuestionamientos al modelo de desarrollo al desarrollo sostenible**

Los primeros cuestionamientos al desarrollo como directamente responsable del deterioro del medio ambiente y la destrucción de los recursos naturales es algo que comenzó a preocupar seriamente a la comunidad internacional desde 1962 cuando Rachel Carson publicó *La Primavera Silenciosa*. En esta obra se evidencian los graves problemas ocasionados por el modelo de 'Revolución Verde', el cual se sustentaba en la aplicación de grandes cantidades de pesticidas, fertilizantes y riego a las exigentes variedades creadas genéticamente. Desde entonces, el tema ambiental ha estado íntimamente ligado al desarrollo.

Esta voz de alerta sobre los peligros del modelo de desarrollo se constata mediante el informe «Más allá de los límites del crecimiento», popularmente conocido como Informe Meadows, elaborado a principios de los años setenta por un grupo de especialistas del Instituto Tecnológico de Massachusetts por encargo del Club de Roma sobre los principales problemas de la sociedad. En este Informe se desarrollan y enriquecen los conceptos maltusianos de límites absolutos de los recursos y el crecimiento exponencial de la población, con la consideración de los problemas de la contaminación, la desnutrición y el deterioro del medio ambiente natural en general. No obstante, la noción de desarrollo sostenible se formalizó y divulgó por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a finales de 1983<sup>2</sup>. En su informe final publicado en 1987 con el título «Nuestro futuro común», más conocido como Informe Brundtland por el nombre de la presidenta de la Comisión, se define el desarrollo sostenible como «el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades». Esta definición encierra en sí dos conceptos fundamentales: el concepto de «necesidades», en particular las necesidades esenciales de los pobres, a las que se debería otorgar prioridad

---

2 UN DocA/42/427 (4 de agosto de 1987).

preponderante; la idea de limitaciones impuestas por el estado de la tecnología y la organización social entre la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras.

A partir de la Conferencia de Río de Janeiro, de junio de 1992, se asume esta noción para intentar solucionar contradicciones a veces irresolubles y para reconciliar las aspiraciones de los Estados del Sur en materia de desarrollo económico, en especial a partir de la constatación del fracaso del Nuevo Orden Económico Internacional, con las preocupaciones de los Estados desarrollados relativas a la protección del medio ambiente<sup>3</sup>. Así, el concepto de desarrollo sostenible es el resultado de la evolución de la noción misma de desarrollo, pero también del reconocimiento de que existen límites en la biosfera y en sus recursos naturales para satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras<sup>4</sup>.

Esta preocupación tuvo su reflejo en algunos tratados internacionales y en algunas conferencias internacionales y documentos adoptados por iniciativa de las Naciones Unidas décadas atrás. Algunos tratados son la Convención internacional para la regulación de la pesca de la ballena, de 2 de diciembre de 1946, que en su preámbulo recoge el interés por conseguir un nivel óptimo de poblaciones de ballenas mediante un sistema de regulación de la pesca de la ballena que permita garantizar la conservación adecuada y efectiva de las especies de ballenas y hacer posible de esa forma el desarrollo ordenado de la industria ballenera; la Convención de Ginebra sobre pesca y conservación de los recursos pesqueros de la alta mar, de 29 de abril de 1958, que reconoce en su preámbulo el peligro de sobreexplotación de tales recursos y concibe la «conservación de los recursos vivos de la alta mar» como un conjunto de medidas que permitan un rendimiento óptimo constante de estos recursos (art. 2); la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, que en su art. 119.1.a), relativo a la conservación de la pesca en alta mar, establece que la determinación de la captura permisible se

---

3 ROGERS, P.; JALAL, K.; BOYD, J. (2008), *An Introduction to Sustainable Development*, Earthscan Publications, London, 2008, pp. 34 y ss.

4 ARTARAZ, M., «Teoría de las tres dimensiones de desarrollo sostenible», en *Ecosistemas: Revista científica y técnica de ecología y medio ambiente*, vol. 11, núm. 2, 2002. Recuperado el 14 de mayo de 2012, de <http://www.aet.org/ecosistemas/022/informe1.htm>.

basará en el criterio del máximo rendimiento sostenible con arreglo a los factores ambientales y económicos pertinentes;» o en el Acuerdo sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales, adoptado por la ASEAN en 1985, en cuyo art. 1.1 se recoge por vez primera la expresión desarrollo sostenible.

También en la Conferencia de Estocolmo sobre el medio humano, celebrada del 5 al 16 de junio de 1972<sup>5</sup>, ya se constató una percepción distinta de los problemas ambientales para los países desarrollados y los países en vías de desarrollo. Los primeros habían promovido la celebración de la conferencia para intentar dar respuesta a los efectos nocivos que su desarrollo tenía sobre el medio ambiente. Los segundos, que participaron con muchas reticencias en dicha conferencia, percibían las exigencias de adoptar medidas de protección de los recursos naturales como un obstáculo a sus posibilidades de desarrollo. En el plano político, la Conferencia de Estocolmo logró situar la preocupación por el medio ambiente en la agenda internacional y, en el plano jurídico, supuso el inicio del Derecho internacional del medio ambiente<sup>6</sup>.

A partir de entonces, la conciencia ambiental se expandió a escala mundial. En ese momento se señalan los límites de la racionalidad económica y los desafíos que genera la degradación ambiental al proyecto civilizatorio de la modernidad. En efecto, la Declaración de Estocolmo sobre el medio humano de 1972 contiene ya algunos de

---

5 Aunque previamente el concepto de desarrollo sostenible ya fue esbozado en las reuniones preparatorias de la Conferencia Mundial sobre el Medio Humano de 1972 y muy debatido en la década de los 70. En este sentido, UNEP/UNCTAD, *Symposium on Patterns of Resource. Use, Environment and development*, Cocoyoc, 1974; véase además: «The Cocoyoc Declaration», en UNEP: *In Defense of the Earth: The basic texts on environment*, Founex, Stockholm Cocoyoc, Executive Series núm. 1.

6 En ella se adoptaron una declaración de principios, la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, de 16 de junio de 1972, y un Plan de acción que contenía un magnífico diagnóstico de la situación del medio ambiente y de los principales problemas ambientales que existían en el momento. Además, la Asamblea General creó el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) mediante su Res. 2997 (XXVII) (15 de diciembre de 1972), con el objetivo de promover la cooperación internacional en relación con el medio ambiente y coordinar los programas y proyectos relativos a él dentro del sistema de las Naciones Unidas.

los elementos alrededor del concepto de *ecodesarrollo*, que el informe Brundtland y la Conferencia de Río van a enunciar con la expresión *desarrollo sostenible*. En primer lugar, en ella se incorpora ya la dimensión intergeneracional (pár. 6 del preámbulo y principio 2), puesto que se señala que la preservación de los recursos naturales de la Tierra para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en una meta imperiosa de la humanidad. En segundo lugar, se reconoce que la utilización de los recursos naturales, renovables y no renovables, tiene límites que han de tenerse en cuenta si se quiere evitar su futuro agotamiento (principios 4 y 5). En tercer lugar, se destaca que tanto los países desarrollados como los países en vías de desarrollo tienen problemas ambientales, aunque éstos se deban a diferentes causas, a la industrialización y el desarrollo tecnológico unos y al subdesarrollo otros (pár. 4 del preámbulo). Por ello, se propone que la mejor manera de asegurar a las personas un medio ambiente sano y de calidad y solucionar los problemas medioambientales que genera el subdesarrollo es el desarrollo económico y social (principios 8 y 9). Y, por último, la Declaración de Estocolmo incorpora también la necesidad de adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación del desarrollo que sea compatible con la protección del medio humano (principios 13 y 14), de forma que las políticas ambientales de los Estados deberían estar encaminadas a potenciar y no a obstaculizar el crecimiento de los países en vías de desarrollo (principio 11). Y los planes de desarrollo de estos Estados deberían recibir los recursos financieros adecuados para la conservación y mejora del medio ambiente (principio 12). A pesar de que muchos de los principios de ambos discursos, el de Estocolmo y el de Río, son afines, las estrategias de poder del orden económico dominante van modificando el discurso ambiental crítico para someterlo a la racionalidad del crecimiento económico.

A una década de la celebración de la Conferencia de Estocolmo y de formulados los principios del *ecodesarrollo*, los países en desarrollo se vieron atrapados en la crisis de la deuda, la inflación y la recesión económica. La recuperación del crecimiento apareció entonces como una prioridad y razón de fuerza mayor de las políticas gubernamentales. En este proceso se configuraron los programas neoliberales de diferentes países, al tiempo que avanzaban y se complicaban los problemas ambientales. En ese momento empieza a caer en desuso el discurso del *ecodesarrollo* y a ser suplantado por la retórica del desarrollo sostenible.

Con la introducción del concepto de desarrollo sostenible en la Conferencia de Río de Janeiro de 1992 parece relajarse la tensión entre

los diferentes intereses de los Estados, respecto del medio ambiente y el desarrollo, pretendiendo alcanzar una consideración de solidaridad y de equidad intergeneracional, mediante la conciliación de intereses individuales e intereses comunes, de protección del medio ambiente y desarrollo, de países desarrollados y de países en vías de desarrollo y de generaciones presentes y generaciones futuras. Con un enfoque más holístico, la Declaración de Río se refiere a la necesidad de integrar la protección del medio ambiente y el proceso de desarrollo con el fin de lograr el desarrollo sostenible (Principio 2). Allí fue elaborado y aprobado un programa global conocido como *Agenda 21* para normar el proceso de desarrollo con base en los principios de la sostenibilidad. De esta forma se fue prefigurando una política global para disolver las contradicciones entre medio ambiente y desarrollo.

## 1.2. Las limitaciones del paradigma del desarrollo sostenible

El proceso de evolución posterior derivó a la celebración de tres revisiones del proceso «Río»<sup>7</sup>. La primera revisión y evaluación se produjo en 1997, en la Sesión especial de la Asamblea General, denominada «Río+5», donde se adoptó un «Programa para la Aplicación de la Agenda 21» y se identificaron los déficits principales para el logro del desarrollo sostenible, es decir, la pobreza y la desigualdad social, debida en su mayor parte a la disminución de los niveles de ayuda oficial al desarrollo y al incremento de la deuda externa. Entre los objetivos de esta revisión se determinó la necesidad de introducir mejoras en la transferencia de tecnología, fomentar la capacitación para la participación y en temas de desarrollo; mejorar la coordinación institucional e introducir cambios en los niveles de producción y consumo<sup>8</sup>. La segunda revisión del proceso «Río»<sup>9</sup> fue a través de la convocatoria y celebración de la Cumbre Mundial para el Desarrollo Sostenible, la lla-

---

7 En 1992, la Asamblea General de Naciones Unidas determinó la revisión y la evaluación, cada cinco años, de la Agenda 21. Véase «Report of the United Nations Conference on Environment and Development (Rio de Janeiro 3-14 June 1992)», UN Doc A/CONF.151/26/Rev.1/Vol.I.

8 UN Doc A/RES/S-19/2 (19 de septiembre de 1997).

9 Celebrada en Johannesburgo (Sudáfrica), del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002.

mada «Río+10»<sup>10</sup>, celebrada en Johannesburgo del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, que tuvo como principales objetivos la revisión y evaluación de los objetivos logrados desde 1992 y la concreción de los compromisos que permitan la consecución de un desarrollo sostenible generalizado<sup>11</sup>. Y la tercera, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible «Río+20», celebrada, de nuevo, en Río de Janeiro, en junio de 2012 y que ha constatado las dificultades experimentadas en estos veinte años para aplicar efectivamente el concepto de desarrollo sostenible y, en definitiva, la imposibilidad de llegar a acuerdos políticos amplios que permitan hacer frente a la gravedad de la situación ambiental del Planeta<sup>12</sup>.

La «garantía de la sostenibilidad ambiental» también ha sido incluida como uno de los ocho objetivos del desarrollo del Milenio declarados por las Naciones Unidas y exige «incorporar los principios del desarrollo sostenible en las políticas y en los programas nacionales e invertir la pérdida de recursos naturales»<sup>13</sup>.

En todo caso, la noción de desarrollo sostenible es el resultado de un proceso evolutivo en el que han confluído sus tres pilares: el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente, que se traducirían en tres objetivos o valores: beneficio económico, justicia social y protección del medio ambiente. De acuerdo con

---

10 Convocada mediante UNGA Res. 55/199 (5 de febrero de 2001). UN Doc/A/RES/55/199.

11 En esta Cumbre, celebrada en Johannesburgo del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002, se adoptaron los siguientes documentos: la Declaración de Johannesburgo sobre el desarrollo sostenible y el Plan de Aplicación (4-5 de septiembre de 2002) (UN Doc A/CONF.199/20). Al desarrollo sostenible generalizado también se refiere la Declaración de la Asociación de Derecho Internacional relativa a los Principios de Derecho Internacional relativos al Desarrollo Sostenible, adoptada el 2 de abril de 2002. *Vid.* «ILA New Delhi Declaration of Principles of International Law relating to Sustainable Development», de 2 de abril de 2002, The 70<sup>th</sup> Conference of the International Law Association, Nueva Delhi, India, 2-6 de abril de 2002. UN Doc. A/CONF.199/8 (9 de agosto de 2002).

12 Los dos temas centrales en torno a los cuales se articuló el debate fueron la economía verde en el marco del desarrollo sostenible y la eliminación de la pobreza y el marco institucional del desarrollo sostenible. Véase UNGA Res. 66/288 (27 de julio de 2012). UN Doc A/RES/66/288.

13 UNGA Res. 55/2 (16 Sept. 2000). UN Doc A/RES/55/2.

estos pilares, un desarrollo es sostenible si es económicamente viable, socialmente justo y ambientalmente correcto<sup>14</sup>. Estos tres componentes son complementarios, interdependientes y están interrelacionados entre sí; cada uno de ellos es un objetivo parcial y requisito imprescindible para la consecución de los demás y del objetivo global del desarrollo sostenible. Su consecución exige, por tanto, un equilibrio proporcionado entre desarrollo económico, desarrollo social y protección del medio ambiente, de forma que se refuercen mutuamente si se persiguen de manera simultánea. El desarrollo económico de una sociedad exige recursos naturales y a la vez genera riqueza que puede ser destinada a incrementar la justicia social y a la conservación del medio ambiente. Una sociedad en la que existe un buen nivel de desarrollo social garantiza la libertad política y de oportunidades que favorecen el crecimiento económico y la conciencia medioambiental necesaria para llevar a cabo un uso racional de los recursos naturales y destinar inversiones a la conservación de la naturaleza. El triángulo del desarrollo es el reflejo de las tensiones y el equilibrio de sus tres vértices, que se constituyen como pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sostenible. En definitiva, el objetivo del desarrollo sostenible exige una integración equilibrada de las tres dimensiones con el fin de asegurar la estabilidad del sistema: la económica, la social y la ambiental.

Ahora bien, en la práctica se otorga prioridad a uno u otro de los componentes en función del contexto económico, social y ambiental de los distintos Estados. Los Estados desarrollados centran sus objetivos en el incremento de la justicia social y en la protección del medio ambiente, mientras que los Estados en vías de desarrollo tienen como primera meta el desarrollo económico, ya que sin él no es posible destinar recursos al desarrollo social y a la protección del medio ambiente.

La ambivalencia del discurso de la sostenibilidad surge de la polisemia del término *sustainability*, que integra dos significados: el primero, traducible como sostenible, que implica la internalización de

---

14 Esta es la famosa tripleta llamada *Triple Bottom Line* (la línea de los tres pilares), creada en 1990 por el británico John Elkington, fundador de la ONG *SustainAbility*. Consultar a ARTARAZ, M., «Teoría de las tres dimensiones de desarrollo sostenible», cit., nota 4, y también a PAWLOWSKI, A., «How many dimensions does sustainable development have?», en *Sustainable Development*, vol. 16, issue 2, 2008, pp. 81-90. Recuperado el 20 de junio de 2012, de: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/sd.339/pdf>.

las condiciones ecológicas de soporte del proceso económico; el segundo aduce a la sostenibilidad o perdurabilidad del proceso económico mismo.

No obstante, la ambigüedad de la formulación misma del concepto de desarrollo sostenible ha permitido una mayor aceptación del concepto: por una parte, quienes ven en el concepto la previsión de una producción que sea soportable por el ecosistema y que pueda ser considerado a largo plazo, es decir, una limitación del crecimiento económico, la transformación radical de las pautas de producción y consumo de los países industrializados, siguiendo así el diagnóstico del Informe Meadows de los años setenta sobre la crisis ecológica y los límites del modelo de crecimiento de las sociedades industrializadas; y, por otra, quienes privilegian más el desarrollo, entendido como crecimiento económico.

Aunque ambos posicionamientos son interpretaciones posibles del concepto de desarrollo sostenible, impera la creencia de que sólo con tasas de crecimiento económico positivas será posible atender a las demandas sociales y ambientales y lograr la recuperación ambiental. De acuerdo con esta interpretación, el desarrollo sería duradero/sostenido, es decir, el crecimiento medido en términos monetarios. En consecuencia, el desarrollo se considera «naturalmente» positivo y debe avanzar a un ritmo más sostenido, hasta hacerse irreversible y evitar el desarrollo no duradero que sufren los países del sur. Los límites del desarrollo, según esta interpretación, no vendrían generados por el ecosistema, sino por el desarrollo, que condiciona la supervivencia de la sociedad<sup>15</sup>. Estos planteamientos propugnan una interpretación débil del concepto de desarrollo sostenible, en tanto que reconocen la existencia de fallos del mercado, de externalidades y de costes ecológicos, preconizando su internalización a través de los instrumentos económicos convencionales.

El resultado de este posicionamiento es una creciente demanda sobre los recursos naturales del planeta excediendo los límites ecológicos e imprimiendo una fuerte «huella ecológica» desde los años ochenta hasta la actualidad por encima de la capacidad de regeneración de la Tierra.

Ni en el Informe Bruntland, ni en la Conferencia de Río de 1992 ni en los posteriores encuentros internacionales se optó por determi-

---

15 GIRST, G., *El desarrollo: historia de una creencia occidental*, Catarata, Madrid, 2002.

nar cuál era la interpretación válida de desarrollo sostenible. La indefinición ha favorecido la transición de la era del apogeo ambientalista a la actual, la era de la globalización económica, sin la necesidad de inventar otra denominación del modelo de desarrollo internacional. En efecto, si, como se ha analizado, en los años setenta la crisis ambiental llevó a proclamar el freno al crecimiento antes de alcanzar el colapso ecológico, en los años noventa la globalización económica aparece como su negación. En la actualidad, en cambio, el discurso neoliberal afirma la desaparición de la contradicción entre ambiente y crecimiento. Se propone así al mercado como el medio más certero para internalizar las condiciones ecológicas y los valores ambientales al proceso de crecimiento económico, guiado por el libre mercado y alejándose de la integración equilibrada del discurso del desarrollo sostenible. La falsa solución de proteger el medio ambiente a través de la economía y del mercado, la llamada *greeneconomy*, ha sido adoptada por algunas empresas que han integrado políticas agresivas de sostenibilidad y responsabilidad social para crear una imagen acorde con la moda de proteger el medio ambiente. Precisamente, la moda de comercializar productos e imagen «verdes» ha generado que algunas grandes empresas quieran asociar su marca a la naturaleza o a mensajes con una percepción positiva en la sociedad actual como «verde», «responsable», «natural», «reciclable», «sostenible», «orgánico», «bio» y otras palabras similares. Este es el llamado «*greenwashing*» es decir, un falseamiento de la protección ambiental, que sin duda induce a error a los consumidores en relación con las prácticas ambientales de una empresa o los beneficios ambientales de un producto o servicio, y sobre todo porque estas mismas empresas, en la mayor parte de los casos, son responsables de generar el problema de la degradación ambiental y la injusticia social. Este retroceso en el concepto de desarrollo sostenible hacia una suerte de «enverdecimiento» de la economía tuvo su reconocimiento en la última Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible 2012, «Río+20», mediante el documento final de la Conferencia «El futuro que queremos»<sup>16</sup>. La Conferencia, que pretendía ofrecer la oportunidad para debatir cómo el desarrollo sostenible podía llegar a ser una realidad, centró su atención en una economía verde y la erradicación de la pobreza como dos de los instrumentos importantes disponibles para lograr el desarrollo sostenible. El documento final

---

16 Resolución aprobada por la Asamblea General 66/288. «El futuro que queremos», 11 de septiembre de 2012.

de la Conferencia se refiere a que la economía verde debe contribuir a la erradicación de la pobreza y al crecimiento económico sostenido, aumentando la inclusión social, mejorando el bienestar humano y creando oportunidades de empleo y trabajo decente para todos, manteniendo al mismo tiempo el funcionamiento saludable de los ecosistemas de la Tierra. No obstante, lejos de ser una propuesta alternativa al modelo económico dominante, la economía verde tiene su razón de ser en el aumento de las bases para explotar y hacer negocio con la naturaleza.

El concepto de desarrollo sostenible ha terminado siendo un modismo retórico, que incluso, en ocasiones, se ha reducido terminológicamente a un adjetivo «sostenible» y semánticamente, ignorando los daños ambientales ocasionados. Por este motivo, hay quien defiende el abandono de este concepto, como Serge Latouche, y otros, como Riechmann, una reinterpretación del concepto reforzando la vertiente «ecológica» y no economicista del concepto de desarrollo sostenible<sup>17</sup>. Así también, las organizaciones de justicia ambiental han intentado ampliar el discurso predominante del ambientalismo moderno, fundamentado en torno a la gestión medioambiental, con el propósito de incorporar consideraciones de justicia social y de equidad y así hablar de la «sostenibilidad justa»<sup>18</sup>. La imposibilidad de asimilar estas y otras propuestas críticas conlleva que la política del desarrollo sostenible esté desactivando, diluyendo y pervirtiendo el concepto de ambiente, que al mismo tiempo se instrumentaliza justificando estrategias de apropiación de los recursos naturales en el marco de la globalización económica, la cual transfiere sus efectos de poder al discurso de la sostenibilidad. Así, el discurso dominante de la globalización promueve un crecimiento económico sostenido, desconociendo y negando las condiciones ecológicas y atmosféricas para la apropiación y transformación de la naturaleza. Llegados a este punto, la sostenibilidad, al igual que la ecología y la paz, pierden significado y se convierten en una oportunidad de negocio.

---

17 LATOUCHE, S., *Sobrevivir al desarrollo*, Icaria, Barcelona, 2007, y RIECHMANN, J., «Desarrollo sostenible: la lucha por la interpretación», en J. Riechmann *et al.* (ed.), *De la economía a la ecología*, Trotta, Madrid, 1995, p. 11.

18 AGYEMAN, J., «Environmental Justice and Sustainability», en ATKINSON, G., DIETZ, S. y NEUMAYER, E. (eds.), *Handbook of Sustainable Development*, Edward Elgar, Londres, 2007.

En todo caso, a pesar de las diferentes interpretaciones atribuidas al concepto, son numerosos los instrumentos mundiales jurídicamente vinculantes relativos al desarrollo sostenible concertados después de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que sin duda han servido para promover los objetivos de la Agenda 21 y ampliar el marco jurídico que apoya el desarrollo sostenible como, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África, 1994; la Convención sobre seguridad nuclear, de 1994; el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios de 1995; la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 1997; la Convención mixta sobre seguridad en la gestión del combustible gastado y sobre seguridad en la gestión de desechos radioactivos, de 1997; el Convenio de Rotterdam para la aplicación del procedimiento de consentimiento fundamentado previo a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional, de 1998; el Protocolo sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes del movimiento transfronterizo y la eliminación de desechos peligrosos y otros desechos, de 1999, del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación; el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología, de 2000; y el Convenio de Estocolmo sobre los contaminantes orgánicos persistentes, aprobado en mayo de 2001.

En consecuencia, si bien el concepto de desarrollo sostenible se ha convertido en un nuevo paradigma, sobre el que deben basarse y aplicarse las políticas y los derechos ambientales, este abarca una realidad mucho más amplia, la temporal (intra e intergeneracional) y la espacial (local, estatal, regional y global), a pesar de no ser un concepto pacífico. Su incorporación a los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales no ha remediado la progresiva degradación del medio ambiente y el aumento de las desigualdades económicas, sociales y ambientales entre la población del Norte y Sur global<sup>19</sup>.

---

19 DECLERIS, M., *The law of sustainable development*, Sakkoulas [u.a.], Atenas, 2010, pp. 35 y ss.

## 2. LA DEUDA ECOLÓGICA: EVIDENCIAS DE LA DESIGUALDAD INTERNACIONAL

Una de las evidencias de las limitaciones del modelo de desarrollo es la denominada «deuda ecológica», que surge como el resultado de un proceso histórico complejo y tiene su reflejo en múltiples sectores de la economía. La deuda ecológica es la responsabilidad que tienen los países industrializados por la destrucción paulatina del planeta como efecto de sus formas de producción y consumo, características del modelo de desarrollo, fortalecido con la globalización y que amenaza a la soberanía de los pueblos.

En concreto, la deuda ecológica se define como la deuda acumulada por los países del Norte hacia los países del Sur, por dos razones. En primer lugar, por el expolio histórico y presente de los recursos naturales, las exportaciones de productos primarios a precios muy bajos, es decir, sin incluir los daños ambientales producidos en el lugar de la extracción y del procesamiento, ni la contaminación a escala global. En segundo lugar, por la ocupación gratuita o muy barata de espacio ambiental —la atmósfera, el agua, la tierra— al exportar los impactos ambientales y depositar los residuos producidos por el Norte<sup>20</sup>.

En este sentido, los principales componentes de la deuda ecológica, que traducen la desigualdad y la injusticia, son: la deuda del carbono, adquirida por los países industrializados con su continuada contaminación de la atmósfera a través de los gases de efecto invernadero; la biopiratería, es decir, la apropiación intelectual de conocimientos indígenas ancestrales (relacionados con las semillas, con el uso de plantas medicinales...) que vienen realizando laboratorios de países industrializados y la agroindustria, sin pago de contraprestación y por la cual, además, cobran regalías; el tráfico de residuos peligrosos originados en los países industrializados y depositados en países empobrecidos; y los pasivos ambientales, como la deuda originada por la extracción de recursos naturales para una exportación mal pagada, que conlleva un elevado coste ecológico, además de impedir el desarrollo sostenible de los pueblos del Sur.

---

20 MARTÍNEZ-ALIER, J. y OLIVERAS, A., *¿Quién debe a quién? Deuda ecológica y Deuda Externa*, Icaria, Barcelona, 2003.

Y a pesar de la existencia de instrumentos jurídicos internacionales en materia de protección ambiental<sup>21</sup>, que tienen como objetivo evitar el denominado «ecocidio», es decir, la destrucción extensa del medio ambiente y los recursos naturales como consecuencia de la acción directa o indirecta del humano sobre los ecosistemas, no se han podido evitar los impactos, sociales, económicos y culturales, que este deterioro ambiental tiene sobre la vida y salud de las personas. Los tratados internacionales, sobre la base del paradigma del desarrollo sostenible, han intentado progresivamente dar respuestas a los problemas ambientales y a las externalidades del sistema económico, pero sin instrumentos adecuados son incapaces de solucionar las diversas formas de contaminación del aire y de los recursos hídricos y del suelo; de la deforestación y pérdida de biodiversidad; de la erosión, desertificación y pérdida de fertilidad de la tierra; del calentamiento global y la degradación de la capa del ozono; y todo ello agravando la degradación de la calidad de vida de las personas. Tampoco la sectorialización de la regulación de la protección de los derechos humanos y de la protección del medio ambiente ha promovido una acción protectora integrada de ambos bienes jurídicos.

El resultado de esta asimetría ambiental es el daño ambiental causado a lo largo del tiempo por unos países en otros países o en áreas fuera de su jurisdicción a causa de su modelo de producción y consumo; el daño ambiental causado históricamente por estos países en ecosistemas fuera de su jurisdicción nacional a causa de su modelo de producción y consumo; y el uso o explotación de los ecosistemas o de bienes y servicios de los ecosistemas, a través del tiempo, por unos países a expensas de los derechos equitativos de otros países o individuos sobre esos ecosistemas<sup>22</sup>.

El concepto mismo de deuda ecológica se basa en la idea de justicia ambiental: si todos los habitantes del planeta tienen derecho a la misma cantidad de recursos y a la misma porción de espacio ambiental, los que usan más recursos u ocupan más espacio tienen una deuda hacia los otros. Esta desigualdad, que se traduce en injusticia,

---

21 Se trata específicamente de la Convención marco sobre cambio climático de 9 de mayo de 1992, la Convención sobre diversidad biológica de 5 de junio de 1992 y la Convención de Basilea sobre los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos y su eliminación de 22 de marzo de 1989.

22 PAREDIS, E. *et al.*, *Elaboration of the concept of ecological debt*. VLIR-BVO project. Final Report. Centre for Sustainable Development. Ghent University. VODO, 2004.

es particularmente visible en el cambio climático, en la explotación de la biodiversidad y en la exportación de los residuos peligrosos. Sin duda, la deuda ecológica exige reformular el paradigma del desarrollo sostenible considerando las cuestiones de justicia ambiental y el reclamo de las responsabilidades generadas por el trato y el daño desigual ocasionado en las poblaciones más vulnerables.

### 3. LA TRANSICIÓN A LA JUSTICIA AMBIENTAL INTERNACIONAL

Como consecuencia de las desigualdades generadas por el modelo de desarrollo imperante, indiferente a la vulnerabilidad humana y ambiental y generador de la deuda ecológica, en la década del 2000 toma forma el concepto de 'justicia ambiental', basado en la equidad y el desarrollo sostenible, para prestar atención al análisis de la relación entre pobreza y las desigualdades ambientales y examinar las cuestiones ambientales desde la perspectiva de los derechos humanos.

La trayectoria histórica de las injusticias ambientales, reflejadas a través de los múltiples conflictos socioambientales existentes, han evidenciado el crecimiento de las desigualdades ambientales y el racismo ambiental, más allá de los Estados Unidos —país en el que se gestaron los primeros movimientos de justicia ambiental— y, en especial, en los países del sur del planeta<sup>23</sup>. Así, con la emergencia del movimiento de justicia ambiental, iniciado por los casos de resistencia de comunidades de minorías raciales y con escasos recursos económicos contra los tóxicos<sup>24</sup>, el paradigma de la 'sostenibilidad justa' incorpora el concepto de la justicia ambiental como un nuevo marco del desarrollo sostenible, a partir de «la necesidad de asegurar una calidad de vida mejor para todos, en el presente y en el futuro, de manera equitativa, mientras vivamos en ecosistemas limitados»<sup>25</sup>.

---

23 CABLE, S. y SHRIVER, T., «The productions and extrapolation of meaning in the environmental justice movement», *Sociological Spectrum*, vol. 15, 1995, pp. 419-442.

24 NAGUIB, D. y BRULLE, R.J., *Power, Justice, and the Environment: A Critical Appraisal of the Environmental Justice Movement (Urban and Industrial Environments)*, Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, 2005, pp. 6 y ss.

25 AGYEMAN, J. y EVANS, B., «Toward just Sustainability in Urban Communities: building equity rights with sustainable solutions», *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 590, 2003, pp. 35-53.

### 3.1. La justicia ambiental

El concepto de justicia ambiental surge, inicialmente, como consecuencia de la distribución desigual de los riesgos tóxicos y la vulnerabilidad de comunidades específicas. En efecto, el concepto de justicia ambiental tiene su origen y adquiere sentido inicial a finales de los años 70 y principios de los 80, cuando las comunidades locales afroamericanas pobres y las clases trabajadoras de Estados Unidos sufren de altos niveles de degradación ambiental, y en particular de la contaminación de los desechos tóxicos en el aire, el agua y el suelo en las zonas donde habitan<sup>26</sup>. La relación entre los residuos peligrosos y su impacto en las comunidades puso de manifiesto que ciertas decisiones gubernamentales que suponían un avance desde el punto de vista medioambiental tenían como consecuencia no esperada ampliar las injusticias sociales.

En ese contexto, a principios de los 90, se utiliza el término de ‘racismo medioambiental’, y se definen 17 principios de justicia ambiental en *The People of Color Environmental Leadership Summit* (octubre de 1991, Washington DC)<sup>27</sup>, en relación a la Madre Tierra y peticiones concretas de cese de producción de residuos nucleares, entre otros asuntos. Cuatro años más tarde, en 1994, entra en vigor la *Executive Order* 12898 (bajo el mandato del entonces presidente de Estados Unidos, Bill Clinton), que ordena a todas las agencias federales evaluar todas las políticas ambientales para asegurar la justicia ambiental en sus operaciones, representando un hito en el desarrollo jurídico en materia ambiental<sup>28</sup>.

De acuerdo con Robert D. Bullard<sup>29</sup>, la justicia ambiental supone que «todas las personas, grupos y comunidades tienen igual derecho

---

26 BULLARD, R.D., «Dismantling Environmental Racism in the USA», *Local Environment*, vol. 4, núm. 1, 1999, pp. 5-15.

27 Disponible en: <http://www.ejrc.cau.edu/princej.html>. Recuperado el 10 de junio de 2015.

28 BULLARD, R.D., «Environment and Morality: Confronting Environmental Racism in the United States», *Identities, Conflict and Cohesion Programme*, Paper Number 8, United Nations Research Institute for Social Development, Ginebra, 2004, pp. 13 y ss.

29 BULLARD, R.D., «Dismantling Environmental Racism in the USA», cit. nota 23, p. 6.

a la protección medioambiental y a las leyes y regulaciones de salud pública... y cuando cualquier política, práctica o directiva afecte de manera diferente o ponga en desventaja (ya sea de manera intencionada o no) a cualquiera de estos, se puede hablar de racismo medioambiental... siendo ésta una forma de injusticia medioambiental implementada por las instituciones gubernamentales, legales, económicas, políticas y militares».

Asimismo, la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos (EPA) definirá, posteriormente, la justicia ambiental como «el tratamiento imparcial y la implicación significativa de todas las personas, independientemente de su raza, origen nacional, o ingresos económicos con respecto al desarrollo, implementación y aplicación de las leyes medioambientales, regulaciones y políticas»<sup>30</sup>. La EPA define así la justicia ambiental desde la perspectiva de la equidad ambiental, entendiendo que distribuye los riesgos ambientales entre los diferentes grupos de población, así como las respuestas de las políticas a estas distribuciones<sup>31</sup>.

El concepto de justicia ambiental pretende la redistribución económica, así como proponer «nuevas vías de reparación social», y constituir «la corriente principal medioambiental y a otras esferas de la política contemporánea»<sup>32</sup>, conectando las cuestiones ambientales con las preocupaciones sociales<sup>33</sup>. En este sentido, la redistribución se refiere tanto a la manera de localizar los beneficios, como las cargas ambientales cuando hay escasez de beneficios y daños por las cargas.

De acuerdo con este concepto, se parte de la idea de que todas las personas deberían tener el derecho y la capacidad de vivir en un medio ambiente sano, con acceso a los recursos ambientales suficientes para desarrollar una vida sana y, a su vez, evidencia que son las personas

---

30 EPA (2005), Memorandum, 4. Reaffirming the US Protection Agency's Commitment to Environmental Justice, EPA, Washington, p. 1.

31 EPA (1992), «Environmental Equity. Reducing risk for all communities», *Policy, Planning and Evaluation*, PM-221. EPA, Washington.

32 FOREMAN, C.H., *The promise and peril of environmental justice*, Brookings Institution Press, Washington, 1998, pp. 5-6.

33 AGYEMAN, J. y EVANS, B., «Toward just Sustainability in Urban Communities: building equity rights with sustainable solutions», *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 590, 2003, p. 82.

más pobres y con menos poder las que primordialmente carecen de esas condiciones.

El concepto va a evolucionar, superando, aunque no dejándolo de lado, el debate de la distribución de los riesgos tóxicos y la vulnerabilidad de comunidades específicas, para articularse a partir de su relación con el entorno natural, pero a su vez en las formas en que creamos y gestionamos o construimos el medioambiente<sup>34</sup>. En la década del 2000, el concepto de 'justicia ambiental' se centra en la relación entre etnia, clase social y riesgos ambientales; a las fuerzas sociales que actúan sobre las desigualdades ambientales; a la trayectoria histórica de las injusticias ambientales y en particular en los contextos geográficos; al crecimiento de las desigualdades ambientales y el racismo ambiental más allá de los Estados Unidos y, en particular, en los países del sur del planeta; así como a la emergencia del movimiento de justicia ambiental a través de estudios de caso de resistencia de comunidades contra los tóxicos<sup>35</sup>. Entre estos movimientos cabe destacar el movimiento de la Red Medioambientalista Indígena (*Indigenous Environmental Network*), que jugará un papel notorio, entre otros, en el diseño de políticas ambientales.

Así, la extensión conceptual influye en los movimientos espontáneos y en las organizaciones de justicia ambiental en cualquier lugar del mundo, así como en las redes y coaliciones internacionales para resistir contra las industrias extractivas y para protestar contra la contaminación y el cambio climático. La justicia propugnada por esos movimientos es intrageneracional pero también intergeneracional. Incide en el tema de la distribución ecológica pero incluye el reconocimiento, es decir el derecho a hablar y a no ser excluido de las decisiones<sup>36</sup>.

Según Hurrell y Kingsbury, «la principal fisura es entre el mundo desarrollado y el no desarrollado, y el potencial que tiene el medioambiente global de ser la mayor fuente de confrontación entre el «Norte»

---

34 WARNER, K., «Managing to Grow with Environmental Justice», *Public Works Management and Policy*, vol. 6, núm. 2, 2001, pp. 126-138.

35 NAGUIB, D. y BRULLE, R.J., *Power, Justice, and the Environment: A Critical Appraisal of the Environmental Justice Movement (Urban and Industrial Environments)*, cit. nota 21, p. 6.

36 SCHLOSBERG, D., *Defining environmental justice: theories, movements, and nature*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2007.

y el «Sur», como asunto fundamental en política internacional»<sup>37</sup>. Con esta reflexión se pone en cuestión la distribución de la autoridad en los procesos de toma de decisión y en las estructuras, las cuales «no son justas, imparciales ni equitativas»<sup>38</sup>.

### 3.2. La relación justicia ambiental y desarrollo sostenible: la sostenibilidad justa

En todo caso, resulta interesante analizar cómo el concepto de justicia ambiental está íntimamente relacionado con el concepto de sostenibilidad o desarrollo sostenible, a partir de la interrelación entre los tres pilares que lo componen: el económico, el ambiental y el social, y donde la justicia ambiental acompaña al desarrollo sostenible como marco de referencia (Middleton y O'Keefe, 2001). La equidad entre generaciones (intergeneracional) y dentro de cada generación (intrageneracional) son términos que relacionan la justicia ambiental a valores y políticas redistributivas<sup>39</sup>.

La interacción entre ambos conceptos permite una mayor y mejor visibilización de las injusticias ambientales: al distinguir entre «Norte» y «Sur» del planeta, entre los países económicamente más desarrollados y los menos, entre ganadores y perdedores en las políticas de distribución de la degradación ambiental, favoreciéndose a las comunidades más poderosas sobre las otras, y pudiéndose así hablar de regiones perdedoras o en «posiciones de riesgo»<sup>40</sup>.

Esta relación puede, según Dobson, articularse de tres maneras: 1) el medio ambiente biogeofísico como algo a distribuir, 2) la justicia como el elemento funcional del desarrollo sostenible, y 3) el valor de la 'justicia al medio ambiente'. A su vez, este autor pone de relieve el conflicto entre estos dos términos, dado que «la sostenibilidad nos obliga a pensar sobre mantener algo en el futuro, mientras que la justicia

---

37 HURRELL, A. y KINGSBURY, B., *The International politics of the environment, actors, interests, and institutions*, Clarendon Press, 1992, p. 39.

38 MILLER, D. y WALZER, M., *Pluralism, Justice, and Equality*, Oxford University Press, 1995, p. 125.

39 AGYEMAN, J. y EVANS, B., «Toward just Sustainability in Urban Communities: building equity rights with sustainable solutions», cit. nota 22, pp. 35-53.

40 ANAND, R., *International Environmental Justice. A North-South dimension*, Ashgate, Hampshire, 2004, p. 67.

nos hace pensar sobre la distribución de algo en el presente y en el futuro»; o bien argumentando que la justicia ambiental se preocupa de la equidad social (perspectiva antropocéntrica), mientras que la sostenibilidad lo hace, a su entender, del entorno natural (aproximación eco-céntrica)<sup>41</sup>.

No obstante, el concepto de justicia ambiental va más allá en tanto que cuestiona las bases de la política ambiental y social, por una parte redefiniendo el ambientalismo, integrándolo con las necesidades sociales y humanas; y, por otra parte, cuestionando las posiciones eco-céntricas al igual que el desarrollo económico de corte capitalista productor del impacto ambiental. Este cuestionamiento tiene como principal resultado la posibilidad de considerar conjuntamente el paradigma de desarrollo sostenible y el concepto justicia ambiental, a través de la llamada «sostenibilidad justa», como un nuevo marco del desarrollo sostenible, a partir de «la necesidad de asegurar una calidad de vida mejor para todos, en el presente y en el futuro, de manera equitativa, mientras vivamos en ecosistemas limitados»<sup>42</sup>. En esta nueva sostenibilidad justa, la vulnerabilidad, dignidad y equidad se constituyen en valores fundamentales para la protección del medio ambiente y del ser humano.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

El planteamiento de un concepto como el de desarrollo sostenible es aparentemente contradictorio. En primer lugar, porque, como se ha analizado, el desarrollo y sostenibilidad obedecen a lógicas contrapuestas. El desarrollo realmente existente es lineal, creciente, explota la naturaleza y privilegia la acumulación privada. La categoría sostenibilidad, por el contrario, proviene de las ciencias de la vida y de la ecología, cuya lógica es circular e incluyente. Representa la tendencia de los ecosistemas al equilibrio dinámico, a la interdependencia y a la

---

41 DOBSON, A., *Justice and the environment: Conceptions of Environmental Sustainability and Theories of Distributive Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 242. Y del mismo autor *Fairness and Futurity: Essays on Environmental Sustainability and Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1999, y *Citizenship and the Environment*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

42 AGYEMAN, J. y EVANS, B., «Toward just Sustainability in Urban Communities: building equity rights with sustainable solutions», cit. nota 22, p. 5.

cooperación de todos con todos. Como se deduce, son lógicas antagónicas: una privilegia al individuo, la otra al colectivo; una promueve la competición, la otra la cooperación; una la evolución del más apto, la otra la evolución de todos interconectados.

La sostenibilidad ha llevado a propugnar un crecimiento sostenido, pero sin una justificación rigurosa acerca de la capacidad del sistema económico para internalizar las condiciones ecológicas y sociales de equidad, justicia y democracia en este proceso. La sostenibilidad ecológica es una condición ineludible de la sostenibilidad del proceso económico. Sin embargo, el discurso dominante afirma el propósito de recuperar y mantener un crecimiento económico sostenible, sin explicitar la posible internalización de las condiciones de sostenibilidad ecológica mediante los mecanismos del mercado. En este sentido, la naturaleza está siendo incorporada al orden económico mundial mediante una doble estrategia: por una parte se intenta internalizar los costes ambientales del progreso y, por otra, se concibe al individuo, a la cultura y a la naturaleza como una nueva especie de capital (capital humano, capital cultural y capital natural), susceptible de apropiación y constituyendo parte protagonista del proceso de expansión de la economía. El concepto de desarrollo sostenible, paradójicamente, ha desencadenado así la inercia del crecimiento, negando los límites del crecimiento y diluyendo las identidades culturales, el valor de la vida y la naturaleza en la lógica de la economía y del mercado.

Tal desarrollo sería sostenible si vinculara las decisiones económicas con el bienestar social y ecológico, es decir, vincular la calidad de vida con la calidad del medio ambiente y, por lo tanto, con la racionalidad económica y el bienestar social. En otras palabras, el desarrollo es sostenible si mejora el nivel y la calidad de la vida humana al tiempo que garantiza y conserva los recursos naturales del planeta. Esto no solo exige la integración en la contabilidad económica de los costes ecológicos, es decir, la fijación de precios que reflejen en la medida de lo posible el coste real de reposición y de renovación de los recursos naturales consumidos. Pero esto no significa que «pagar» dé derecho a contaminar, pues de lo que se trata ante todo es de no destruir recursos naturales que no puedan regenerarse. Por tanto exige también un replanteamiento de los patrones de producción y consumo en el Norte que revierta la tendencia a un incremento constante del consumo de recursos y energía.

En segundo lugar, el concepto propugna una perspectiva diacrónica entre las generaciones presentes y futuras, caracterizando su relación como solidaria. No obstante, el concepto no determina la asun-

ción de responsabilidades compensatorias no solo por el esfuerzo que representa para muchos Estados asumir este paradigma de desarrollo y la renuncia a determinados modelos alternativos de desarrollo, sino que tampoco determina las responsabilidades históricas, que en definitiva fueron el detonante de la crisis ambiental que derivó en este nuevo paradigma del desarrollo sostenible.

En tercer lugar, la persistencia de la pobreza que aflige a una parte sustancial de la población mundial, junto al proceso de acumulación creciente de la riqueza mundial en cada vez menos manos, muestra las enormes dificultades del sistema para conciliar la dimensión económica con la dimensión social del desarrollo sostenible, es decir para plasmar en la práctica la equidad, en el plano intrageneracional.

Finalmente, el desequilibrio existente entre los diferentes pilares del desarrollo sostenible ha propiciado la adopción del concepto de justicia ambiental, como refuerzo para la construcción de la llamada «sostenibilidad justa». Al mismo tiempo, el concepto de justicia ambiental sigue evolucionando, convirtiéndose en el semillero de otros novedosos y muy relevantes conceptos, como son el de ‘justicia climática’ o el de ‘deuda ecológica’, que tratan de promover y potenciar el ideal de justicia ambiental.

## 5. REFERENCIAS

AGYEMAN, J., «Environmental Justice and Sustainability», en Atkinson, G., Dietz, S. y Neumayer, E. (eds.), *Handbook of Sustainable Development*, Edward Elgar, Londres, 2007.

AGYEMAN, J., y EVANS, B., «Toward just Sustainability in Urban Communities: building equity rights with sustainable solutions», *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 590, 2003.

ANAND, R., *International Environmental Justice. A North-South dimension*, Ashgate, Hampshire, 2004.

ARRIAGA, A. y PARDO, M., «Justicia Ambiental: el estado de la cuestión», *Revista Internacional de Sociología*, vol. 96, núm. 3, 2011, pp. 627-648.

ARTARAZ, M., «Teoría de las tres dimensiones de desarrollo sostenible», en *Ecosistemas: Revista científica y técnica de ecología y medio*

*ambiente*, vol. 11, núm. 2, 2002. Recuperado el 14 de mayo de 2012, de <http://www.aeet.org/ecosistemas/022/informe1.htm>.

BANDY, J., y SMITH, J., *Coalitions across borders: transnational protest and the neoliberal order*, Lanham, Md., Rowman & Littlefield, Oxford, 2005.

BARRAL, V., «Sustainable development in international law», en *European Journal of international law*, 23, 2012.

BODLEY, J. H., *Victims of Progress*, Rowman & Littlefield, sexta edición, 2014.

BULLARD, R.D., «Dismantling Environmental Racism in the USA», *Local Environment*, vol. 4, núm. 1, 1999, pp. 5-15.

BULLARD, R.D., «Environment and Morality: Confronting Environmental Racism in the United States», *Identities, Conflict and Cohesion Programme*, Paper Number 8, United Nations Research Institute for Social Development, Ginebra, 2004.

CABLE, S., y SHRIVER, T., «The productions and extrapolation of meaning in the environmental justice movement», *Sociological Spectrum*, vol. 15, 1995, pp. 419-442.

CLAYTON, S. y OPOTOW, S. (eds.), «Green justice: Conceptions of fairness and the natural world», *Journal of Social Issues*, vol. 50, núm. 3, 1994, pp. 1-11.

DECLERIS, M., *The law of sustainable development*, Sakkoulas [u.a.], Atenas, 2010.

DOBSON, A., *Justice and the environment: Conceptions of Environmental Sustainability and Theories of Distributive Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

DOBSON, A., *Fairness and Futurity: Essays on Environmental Sustainability and Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

DOBSON, A., *Citizenship and the Environment*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

ESRC GLOBAL ENVIRONMENTAL CHANGE PROGRAMME, *Environmental justice: Rights and means to a healthy environment for all*, Special Briefing No. 7, University of Sussex, Sussex, 2001.

FOREMAN, C.H., *The promise and peril of environmental justice*, Brookings Institution Press, Washington, 1998.

FRENCH, D. (ed.), *Global justice and sustainable development*, Nijhoff, Leiden [u.a.], 2010.

GIRST, G., *El desarrollo: historia de una creencia occidental*, Catarata, Madrid, 2002.

GOTTLIEB, R., *Forcing the Spring: the transformation of the American Environmental Movement*, Island Press, Washington, 1993.

HURRELL, A., y KINGSBURY, B., *The International politics of the environment, actors, interests, and institutions*, Clarendon Press, 1992.

JASROTIA, A., «Environmental protection and sustainable development», en *Journal of the Indian Law Institute*, Indian Law Institute, 49, 2007.

LATOUCHE, S., *Sobrevivir al desarrollo*, Icaria, Barcelona, 2007.

MALANCZUK, P., «Sustainable Development: Some Critical Thoughts in the Light of the Rio Conference», en GINTHER, K., DENTERS, E., DE WAART, P.J.I.M. (eds.), *Sustainable Development and Good Governance*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995.

MARTÍNEZ-ALIER, J. y OLIVERAS, A., *¿Quién debe a quién? Deuda ecológica y Deuda Externa*, Icaria, Barcelona, 2003.

MIDDLETON, N. y O'KEEFE, P., *Redefining Sustainable Development*, Pluto Press, Londres, 2001.

MILLER, D. y WALZER, M., *Pluralism, Justice, and Equality*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

NAGUIB, D. y BRULLE, R.J., *Power, Justice, and the Environment: A Critical Appraisal of the Environmental Justice Movement (Urban and Industrial Environments)*, Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, 2005.

PAWLOWSKI, A., «How many dimensions does sustainable development have?», en *Sustainable Development*, vol. 16, issue 2, 2008, pp. 81-90. Recuperado el 20 de junio de 2012, de: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/sd.339/pdf>.

PAREDIS E. *et al.*, *Elaboration of the concept of ecological debt*, VLIR-BVO project. Final Report. Centre for Sustainable Development. Ghent University. VODO, 2004.

PELLOW, N.D. y BRULLE, R.J., *Power, justice and environment. A critical appraisal of the environmental justice movement*, The MIT Press, Cambridge, 2005.

RIECHMANN, J., «Desarrollo sostenible: la lucha por la interpretación», en J. RIECHMANN *et al.* (ed.), *De la economía a la ecología*, Trotta, Madrid, 1995.

RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., «El principio de integración de los aspectos económicos, sociales y medioambientales del desarrollo sostenible», en *Revista española de derecho internacional*, 2012.

ROGERS, P., JALAL, K. y BOYD, J., *An Introduction to Sustainable Development*, Earthscan Publications, Londres, 2008.

SANWAL, M., «Sustainable development, the Rio Declaration and multilateral cooperation», en *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 4, núm. 1, 1993.

SCHLOSBERG, D., *Defining environmental justice: theories, movements, and nature*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2007.

TLADI, D., *Sustainable development in international law*, Pretoria University Law Press, Pretoria, 2007.

TOWERS, G., «Applying the Political Geography of Scale: Grassroots Strategies and Environmental Justice», *The Professional Geographer*, vol. 52, núm. 1, 2000, pp. 23-36.

WARNER, K., «Managing to Grow with Environmental Justice», *Public Works Management and Policy*, vol. 6, núm. 2, 2001, pp. 126-138.

# LOS DERECHOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL EN MOMENTOS DE CRISIS ECONÓMICA: EL NAUFRAGIO CONSTITUCIONAL HACIA SU PATRIMONIALIZACIÓN

MARÍA GEMA QUINTERO LIMA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO: 1. El contexto.—2. El diagnóstico.—3. Las soluciones.

## 1. EL CONTEXTO

Las políticas sociales en España en la etapa postconstitucional han venido teniendo unas direcciones más aleatorias que ordenadas; en el sentido de que, en el marco constitucional del Estado Social y Democrático de Derecho, si bien los derechos sociales habrían de ser vectores de progresión jurídica, han sido, por el contrario, el objeto de políticas exógenas a lo social, a veces contradictorias, que les han empujado a un torbellino reformista multivariable. Así, la crisis actual, *rectius* las crisis actuales, han auspiciado la reformulación regresiva de derechos laborales y de protección social. Sin que sus formulaciones directas o indirectas en la Constitución misma lo hayan frenado.

En el ámbito del —llamado— Derecho social, los momentos de crisis han puesto de manifiesto una característica impracticada/inusitada de esta rama del Ordenamiento Jurídico: su ductilidad, casi maleabilidad. En dos grandes zonas de derechos sociales: los puramente laborales (individuales y colectivos) y los de Seguridad Social/Protección social. Salvo —llámense— dos excepciones: el principio de igualdad y la prohibición de discriminación del art. 14 de la Constitución Española (CE) y el derecho fundamental a la libre sindicación (art. 28 CE), los derechos laborales y de protección social, desgraciadamente

para su estabilidad, se inscriben constitucionalmente bien entre las libertades de la sección segunda del Capítulo II<sup>1</sup>, bien entre los principios rectores del Capítulo III<sup>2</sup>, que por ser principios rectores (y no derechos como tal), solo son principios informadores del legislador en esos ámbitos; y los eventuales derechos son de configuración legal, por más que puedan verse blindados en apariencia por su condición de garantías institucionales<sup>3</sup>.

A lo anterior se suma que son categorías vertebrales del Estado Social, pero que se hallan inscritas en títulos competenciales dispersos y disparmente atribuidos entre el Estado y las Comunidades Autónomas (*ex arts. 148 y 149 CE* y los distintos Estatutos de Autonomía, reformados o no).

De esta forma, la debilidad constitucional es doble. Porque, en primer lugar, no se blindaba originariamente la conformación jurídica de los derechos, y quedaba sujeta a las vicisitudes de la configuración legal y las eventuales percepciones futuras y sucesivas de los legisladores concretos/electos.

Pero a eso se unía, en segundo lugar, que desde el punto de vista del reparto competencial, siendo materias en múltiples casos transversales o poliédricas, las competencias de regulación básica, de desarrollo y de aplicación, están separadas desde la perspectiva de los agentes

---

1 Como le sucede al derecho al trabajo (art. 35 CE) y al derecho a la negociación colectiva (art. 37 CE).

2 Como le sucede al derecho a la Seguridad Social (art. 41 CE) y a sus concreciones más amplias referidas a colectivos concretos [tercera edad (art. 50 CE), discapacitados (art. 49 CE), emigrantes (art. 42 CE)], o al derecho a la Salud (art. 43 CE).

3 En lo que se refiere al derecho a la Seguridad Social, pero extrapolable quizás a otras instituciones sociales, en su origen el Tribunal Constitucional llevó a cabo una labor interpretativa profunda, cuasiconstitutiva. Para mantener que, en tanto principio rector, no impone la legislador el respeto a un contenido esencial en tanto que no contiene un derecho subjetivo a la seguridad social, salvo que exista un desarrollo normativo que determine un derecho subjetivo con esos contornos. Esto convierte al derecho a la seguridad social (y por irradiación al sistema de seguridad social) en un derecho (y un modelo) de configuración legal. No obstante, al margen del debate sobre si se trata de una modelo normativo o programático, lo que sí resulta indiscutible es que, en tanto *garantía institucional*, contiene un núcleo inderogable y esencial para hacer reconocible la institución de la seguridad social; de manera que si se viera privada de sus elementos sustanciales, no podría diferenciarse de otras instituciones jurídicas (STC 6/1981, de 28 de julio).

político-territoriales que han de regularlas, con rango legal o inferior. Así, a la ductilidad legal se suma la maleabilidad desde lo autonómico, porque no solo hay un grave problema de reparto competencial (disfuncional) sino que la crisis económica estatal-nacional ha tenido una intensa proyección en la financiación de las Autonomías.

Esa debilidad nacional de los derechos sociales se ve intensificada por la maleabilidad de los derechos sociales desde el ámbito de la Unión Europea y el Derecho Comunitario: donde lo económico prima sobre lo social y lo envuelve<sup>4</sup>.

Un ejemplo inmediatamente previo a la crisis lo ofreció la formulación de la *Flexiseguridad*<sup>5</sup>, que se ha asumido en el Ordenamiento español, como ponen de manifiesto las exposiciones de motivos de las normas reformistas aprobadas durante el periodo de crisis por el Gobierno y por las Cortes. Como subyacente cuasi-ontológico con ese concepto se abría la vía para compatibilizar la maniobrabilidad cuasi-ilimitada empresarial para gestionar los recursos humanos en la empresa con la protección<sup>6</sup> de los trabajadores a través de nuevos mecanismos para favorecer las transiciones profesionales (cuentas o bolsas personales) y no tan nuevos (como las fórmulas de protección por desempleo a través de prestaciones de Seguridad Social).

Si bien ha habido ejemplos precedentes en otros momentos de crisis, sí es cierto que ya en 2007, durante los años posteriores, se ha puesto de manifiesto que los derechos laborales individuales y colectivos, y los de protección social por efecto a veces, sufren un relativo debilitamiento. El primero el conceptual, con algunos fenómenos de deslaboralización, y la regulación que en 2007 se hizo del trabajo autónomo y la creación del trabajador autónomo económicamente dependiente era un preludio<sup>7</sup>. Lo que en el ámbito de la Seguridad Social

---

4 Y los fenómenos «Grexit» y «Brexit» son buen ejemplo.

5 Libro Verde de la Comisión, de 22 de noviembre de 2006, «Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI» [COM (2006) 708].

6 *O securización* como traducción aceptable en neologismo o el *aseguramiento* ambiguo, que se confunde con los seguros privados o el sistema público de Seguridad Social.

7 El Estatuto del Trabajador Autónomo incluido en la Ley 29/2007 puso de relieve que se habían disuelto las fronteras entre la protección del trabajo dependiente y del trabajo independiente; algo que, en principio, incentivaba el auto-empleo al ofrecer a los –actuales y futuros- trabajadores por cuenta propia, un esquema protector

se comenzó a traducir en la polarización de la protección (asalariados *versus* autónomos). En efecto, las políticas de fomento del Autoempleo gestadas en/por/gracias a la crisis han coadyuvado indirectamente a esa debilidad conceptual; puesto que los derechos laborales se desdibujan cuando el trabajo asalariado se desdibuja, y las obligaciones empresariales laborales desaparecen, cuando el trabajador desarrolla su actividad profesional en régimen de autonomía, aunque haya dependencia económica con entidades empresariales. El Derecho del Trabajo deja paso al Derecho del Empleo, con repercusión en el ámbito de los derechos.

A lo anterior, en segundo lugar, se ha sumado el debilitamiento sustancial de las formulaciones de los derechos. Porque las reformas laborales de 2010 y de 2012 (leyes 35/2010 y 3/2012, precedidas de sus correspondientes reales decretos-ley) han convulsionado, con las nuevas potencias radicalizadas de la flexibilidad interna y externa, el patrimonio de los derechos laborales individuales de los trabajadores (asalariados). Pero también lo han hecho desde la perspectiva de los —históricos— derechos ligados a la expresión de la autonomía colectiva, bajo la forma de instrumentos de negociación colectiva y de formulación del conflicto, que van perdiendo su forma, al modificarse los elementos que históricamente vertebraban su acción (preferencia por ámbitos de negociación supraempresariales, presencia representativa resultado de audiencias electorales cualificadas, intervención constitutiva de los representantes de los trabajadores, que ostentan derechos y facultades de control), a lo que se añade que la intervención administrativa de las Autoridades Laborales se hace potestativa, o declarativa y secundaria, o desaparece<sup>8</sup>.

---

semejante al de los trabajadores por cuenta ajena. De nuevo la nueva organización de la actividad productiva contaba con la bendición del sistema de seguridad social, que hacía desaparecer a través de este instrumento jurídico una oculta *mala conciencia económica* acerca de la desprotección del trabajo autónomo; especialmente del *des-asalariado* en supuestos de descentralización/externalización de servicios, como nuevas fórmulas de producción [vid. QUINTERO LIMA, M.G., «Un nuevo ejemplo de conexión entre empleo y protección social: los trabajadores autónomos (dependientes e independientes) desde una perspectiva de Seguridad Social». En SALOMATIN, A.Y. (Ed.), *Political science and jurisprudence: problems of teaching and research (after Bordeaux-2)*, Penza IPC PSU, Penza, 2007, pp. 51-58].

8 Ya no autorizan suspensiones colectivas de contratos de trabajo, ni autorizan Expedientes de Regulación de Empleo, por poner los ejemplos más obvios.

## 2. EL DIAGNÓSTICO

El diagnóstico en 2015 es que con la crisis económica los derechos sociales se han hecho flexibles pero no se han asegurado/reforzado. O dicho de otra manera, las políticas económicas de la crisis económica han transformado los derechos sociales de un modo no progresivo ni progresista. Y esa hipótesis se ha de proyectar en tres ámbitos diferenciados:

a) Los derechos laborales individuales.

Los derechos ligados al contrato, al empleo directamente, que estaban vinculados constitucionalmente al art 35 CE, y contenidos en la Ley del Estatuto de los Trabajadores (1980 y distintas revisiones) han sido objeto de reformas tan profundas que se podrían entender mudados.

Así, esos originarios deber de trabajar, derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio, derecho a la remuneración suficiente para satisfacer la necesidades personales y familiares sin discriminación de sexo, con la crisis/con la excusa de la crisis económica, se han traducido en la intensificación de la contratación temporal (legal y fraudulenta), en la segmentación del mercado laboral, en la intensificación de las brechas salariales, en la nihilización de la valía profesional y en la multiplicación de colectivos de desempleados y de trabajadores pobres, todo con el género como variable transversal que agrava la realidad de la (des)igualdad entre hombres y mujeres.

b) Los derechos laborales colectivos.

El derecho a la negociación colectiva (pero con sesgo forzado), y la acción colectiva *amplo sensu* se han debido ligar al derecho fundamental de sindicación. Pero aun así, por la propia condición del derecho a la negociación colectiva como de configuración legal, se ha visto trastornado, y las mismas reformas laborales que modifican los derechos individuales, y otras *ad hoc* (Real Decreto-ley 7/2011) aprovechan para reformular la intervención de la autonomía colectiva en la tutela de los derechos sociales/laborales: para privar de potencia garantista a los representantes unitarios o sindicales en la empresa, para atomizar la negociación colectiva misma (hasta la unidad-centro de trabajo o empresa), para permitir la inaplicación unilateral del empresario de los contenidos negociales pactados colectivamente (ya no solo los salariales), por poner ejemplos raudos. Todo con sustento

constitucional, a tenor de lo dispuesto por las Sentencias del Tribunal Constitucional 119/2014 y 8/2015)<sup>9</sup>.

A eso se une que, *de facto*, los niveles de sindicación de los trabajadores han descendido, fruto de una deslegitimación pluricausal, y eso se traduce en el debilitamiento del radio de acción del único derecho social *fundamental-fundamental* (ex art. 28.1 CE). Sin perjuicio de que la otra mitad del derecho fundamental-fundamental, como es el instrumento del derecho de huelga, lleve más de un cuarto de siglo sin desarrollo concreto a través de Ley Orgánica, y sigue siendo una norma pre-constitucional dotada de halo constitucional con vigencia parcial<sup>10</sup> la que regula el derecho de huelga; normativa a la que asiste la actividad continuamente cuestionada de las autoridades administrativas en lo relativo a los servicios mínimos; a su vez cuestionablemente resuelta por los tribunales.

c) Los derechos de Protección social.

Son derechos polimorfos, que en realidad no son derechos salvo cuando el legislador los desarrolla normativamente<sup>11</sup>. En realidad, los

---

9 Resulta muy revelador, por sucinto y completo, un análisis más reciente en: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Reformas del marco normativo de la negociación colectiva en España», en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 11-78.

10 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, que contiene la regulación vigente sobre el derecho de huelga y el cierre patronal.

11 Si bien es cierto que se fraguó el concepto de *Garantía Institucional* para tratar de protegerlos. En efecto, a pesar de ser un derecho de configuración legal, el grado de discrecionalidad con el que cuenta el legislador es relativo, puesto que se encuentra vinculado por el respeto a una realidad preconstitucional y por los principios derivados de los perfiles del modelo constitucional de seguridad social. La técnica de la garantía se traduce así en una prohibición de vaciamiento de los caracteres determinantes del artículo 41 CE. Es un instrumento de protección de la norma constitucional frente al legislador ordinario. Es evidente, sin embargo, que la garantía no puede extenderse a toda la amplitud posible del objeto regulado, porque esto resultaría incoherente con el carácter dinámico de la institución. Por el contrario, la garantía se debe referir a aquellos caracteres de la institución que son los que determinan su esencialidad, los que funcionan como rasgos nucleares, típicos, identificatorios, básicos; es decir, los elementos esenciales sin los cuales la institución dejaría de ser lo que es y no podría diferenciarse

contenidos en la Constitución Española son Principios Rectores de la Políticas Social y Económica (art. 53.3 CE), que contemplan derechos de configuración legal, sujetos a disponibilidades económico-financieras y a las necesidades sociales de cada momento histórico. Por esa naturaleza se comportan como termómetros de las políticas socio-económicas concretas, de periodos económicos concretos. Aunque no sirven para encauzar fidedignamente las demandas sociales concretas de momentos concretos.

Por lo tanto son difusos, y dúctiles como característica esencial. De ahí que, en momentos de crisis, hayan sido objeto de reformas normativas y/o se les ha privado *de facto* del sustento presupuestario que les dota de eficacia. Y aquí sirvan cuatro ejemplos cardinales.

— La prestación de jubilación (especialmente a partir de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social) se revisa constantemente para contributivizarla y hacerla sostenible. Todo esto en un marco comunitario que ha transmitido/ha legitimado esa preocupación en el ámbito nacional<sup>12</sup>.

Al mismo tiempo, los derechos laborales de los *sénior* quedan sujetos al devenir general de los derechos laborales individuales en

---

de otras instituciones. Ahora bien, los rasgos típicos, la imagen característica que le da un carácter estructurante del ordenamiento no es de carácter abstracto, sino que presenta un carácter histórico, y por lo tanto se encuentra sujeto a la evolución social. Esto, traducido al ámbito de la seguridad social, se concretaría en que: no se puede confundir la garantía institucional con el principio de irregresividad, de tal modo que el legislador quede vinculado por el sistema de seguridad social existente, sin que pueda retroceder en los estadios de protección anteriores. Por el contrario, a pesar de la polémica doctrinal existente en torno a este tema, la garantía institucional no impone contenidos concretos al legislador; solo le condiciona a la preservación del contenido irreductible de la institución. Así, es evidente que esta garantía no se puede entender de una manera rígida. Solo se infringe la garantía institucional cuando se produce un desmantelamiento del sistema en términos globales, pero no cuando se afecta a elementos parciales de una prestación (STC 6/1981, de 28 de julio). Véase para la doctrina ulterior CIDONCHA MARTÍN, A., «Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental. Balance jurisprudencial», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, UNED, 2009, pp. 149-188.

12 Comisión Europea (CE), Libro Blanco: Un programa de pensiones adecuadas, seguras y sostenibles. Comisión Europea (CE), 2012.

un contexto que se legitiman las extinciones contractuales como mecanismos de empleo y/o por causas económicas.

Así, aun cuando la insostenibilidad sea únicamente una proyección actuarial, la pensión de jubilación se presenta como la causante del déficit financiero de los sistemas de Seguridad Social, y se desliga de la realidad actual del empleo de jóvenes y séniores (si bien con ciertas cautelas transitorias timoratas, a su vez también criticadas). De tal suerte que los derechos a pensión se transforman en meras expectativas/ilusiones jurídicas, y solo en el corto plazo cabe visualizar una prestación para los trabajadores que abandonen el mercado de trabajo por alcanzar una determinada edad. Edad que es móvil hacia arriba. Y la prestación se difumina en sus contornos originarios, para hacerse compatible con el trabajo, antes y después de la causación del derecho, o para permitirse la parcialidad de la condición de pensionista, por señalar algunos ejemplos).

- Por otra parte, el desempleo se revisa para desproteger a más colectivos, o a los mismos colectivos pero con mayor antelación/duración. Y se hace desde la idea de la activación al empleo, a pesar de que al sujeto prestatario desempleado no se le ofrezcan mecanismos eficaces/eficientes/actuales de reinserción profesional por servicios públicos de empleo<sup>13</sup>, y se haya permitido la intermediación a título lucrativo de entidades privadas. O dicho de otro modo: se justifica el recorte prestacional como condición de inserción profesional, pero sin ofrecer ni medios, ni modos de recualificación profesional, ni promoción de las contrataciones. Si acaso mediante la promoción del autoempleo de nuevo, con los efectos ya señalados.
- El tercer ejemplo es el de la protección de la salud a través de dieciocho sistemas de salud teóricamente deficitarios que se empujan a procesos de privatización parciales, graduales y encubiertos. La asunción por las Autonomías de las competencias en materia sanitaria, y la (des)coordinación entre ellas, el estado central y otros estados de ámbito comunitario y más allá han supuesto el adelgazamiento de las carteras de servicios, la restricción de acceso

---

13 Aunque no es algo nuevo, así lo ha puesto de manifiesto muy recientemente la Recomendación 2016/C 67/01 del Consejo, de 15 de febrero de 2016, sobre la integración de los desempleados de larga duración en el mercado laboral (OUEC 20 Febrero 2016).

a ciertos colectivos y el freno de la oferta de calidad (en tiempo y forma) de los servicios concretos, obviando esencialmente la vertiente preventiva. Algo que resulta especialmente dañino cuando lo «sanitario» debiera ser una prestación «socio-sanitaria», pero se hallan presentes títulos competenciales y epígrafes presupuestarios no siempre coincidentes.

- En esa línea semejante, por poner un último ejemplo, la protección de las situaciones de dependencia se va produciendo a través de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) que adelgaza normativa, presupuestaria y conceptualmente. Y los derechos individuales de los dependientes se desdibujan, y los derechos de los cuidadores, colateralmente, se perjudican. En efecto, las personas dependientes adquirirían a partir de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, un derecho universal y subjetivo a la protección a través de alguna de las prestaciones previstas en su Plan Individual de Cuidado, pero la organización de los regímenes jurídicos de esas prestaciones y los niveles de protección se remitían al Consejo interterritorial, y a un diseño financiero complejo, de colaboración entre Estado Central y Comunidades Autónomas. De otra parte, a los cuidadores de esas personas dependientes se les pretendía garantizar la tutela de aquellas expectativas jurídicas (*amplo sensu*) que el cuidado mismo perjudicaba.

Pues bien, la crisis económica y la crisis institucional de las relaciones territoriales han perjudicados a ambos grupos de derechos. El recorte económico que afecta al SAAD se traduce en la desigualdad territorial de los ciudadanos en lo relativo al ejercicio de sus derechos, y eso es predicable de las personas dependientes y de sus cuidadores. La norma ha errado y no ha tenido éxito en su planteamiento originario. Sustentada en el art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE con una *vis expansiva* interesante<sup>14</sup>

---

14 La protección social sería de esas materias transversales que no cuentan con mecanismos constitucionales de articulación de títulos competenciales en términos de colaboración y cooperación; lo que dificulta la acción integrada y coordinada de los sujetos territoriales el Estado de las Autonomías. Y es un problema genético del propio sistema de protección de la dependencia, por cuanto la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, se sustentaba constitucionalmente sobre el art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE, como

en clave de derechos sociales, se ha difuminado hasta invisibilizar los derechos mismos. Algunas Comunidades Autónomas en momentos de crisis han tratado de minimizar la incidencia de los recortes presupuestarios en dependencia, y otras se han sustentado en esa crisis para legitimar la suspensión de la implantación de un sistema efectivo y universal de protección de las situaciones de dependencia.

### 3. LAS SOLUCIONES

En ese marco de inexistencia de frenos efectivos al debilitamiento de los derechos sociales ha habido algunos intentos de solucionar esas carencias, que a veces han sido reacciones extra/ultralegales. Pero, como halo genérico, todas discurren en dos ámbitos: a) el de la reforma constitucional, para reformular y recolocar los derechos sociales; b) el de la acción judicial, para aplicar principios generales de derechos que puedan, por la vía de la interpretación, frenar los efectos regresivos de las revisiones jurídico-legales de los derechos sociales.

Del primer ámbito ya se han comenzado a ver planteamientos publicados, especialmente en momentos electorales<sup>15</sup>, aunque sin llegar a resultados como los que ofrece el Derecho Comparado en el que se constitucionaliza, por ejemplo, el diálogo social como *conditio sine qua non* para reformas sociales (económico-laborales y de protección social) consensuadas<sup>16</sup>.

---

indicaba su Disposición Final Octava al establecer que «*la ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales*».

Véase un análisis previo en QUINTERO LIMA, M.G., «La garantía de igualdad en el ejercicio de los derechos de protección social de la dependencia: breve aproximación al artículo 149.1.1.ª CE». En MTAS y AEDTSS, *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, pp. 285-304.

15 Sirva el ejemplo novedoso en fase pre-electoral, de la *Propuesta socialista de reforma constitucional: por un pacto de convivencia*, presentada en los medios de comunicación el 27 de octubre de 2015, y que tiene el valor de su condición de mero documento de compromiso político.

16 Desde el año 2005, *de facto* se ha producido ese fenómeno, el de la configuración del diálogo social como motor de las reformas socio-laborales de los distintos gobiernos de la República Francesa.

Pero ha sido en el segundo ámbito donde la actividad judicial trata de ayudar al mantenimiento de un relativo *status quo* protector, no sin poner en peligro el principio de legalidad mismo y/o forzando nuevas estructuras jurídicas que guardan analogía con instituciones clásicas. Sirva presentar mínimamente dos ejemplos en este sentido.

En el ámbito de los derechos colectivos, la sala Cuarta del Tribunal Supremo ha debido revisar el concepto de ultraactividad de los convenios para concluir que se ha producido la contractualización de aquellos contenidos más patrimoniales (salarios)<sup>17</sup>.

En el ámbito de los derechos individuales, un último ejemplo de cierto activismo judicial lo ofrece, en el ámbito comunitario, la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 10 de septiembre de 2015, en la que se lleva a cabo una interpretación progresista del derecho a la salud para evitar que no se computen como tiempo de trabajo ciertos períodos de desplazamiento de trabajadores sin centro de trabajo fijo<sup>18</sup>.

Junto a las soluciones tenues ofrecidas por los órganos judiciales, es cierto que los legisladores —no el español, sino eminentemente el legislador francés— nos ofrece ejemplos en los que la protección de los derechos sociales en momentos de crisis se tratan de proteger, aparentemente, a través del empleo de instrumentos jurídicos pre-existentes, aunque configurados novedosamente. Todos tienen en común que los derechos sociales se traducen patrimonialmente para configurarse como derechos subjetivos patrimoniales/patrimonializados.

---

17 Sin que sea posible detenerse mucho aquí, en la Sentencia de 22 de diciembre de 2014, la Sala cuarta del Tribunal Supremo ha de resolver la situación en la que, como consecuencia de la aplicación de la nueva norma jurídico-laboral que limita la ultraactividad de los convenios, se produce un vacío normativo-convencional. Ese vacío conduce a la aplicación unilateral por el empresario de normas relativas al salario mínimo interprofesional. Para evitar el perjuicio económico de los trabajadores, establece que las condiciones salariales se han contractualizado y por lo tanto siguen vigentes, independientemente de la vigencia del convenio. Solución esta que es objeto de varios votos particulares.

En todo caso, si se observa, aunque se trata de derechos laborales colectivos los que aparecen en el frontispicio del problema jurídico, la solución se inscribe en la esfera individual de cada trabajador

18 Asunto C-266/14, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional, en el marco de un conflicto colectivo entre la Federación de Servicios Privados del Sindicato Comisiones Obreras y Tyco Integrated Security S.L.

En efecto, en el marco de la seguridad opuesta a la flexibilidad, como modo de hacer tangible lo intangible, el legislador francés (auspiciado por los acuerdos nacionales interprofesionales, los ANI) ha diseñado figuras como el derecho individual de formación, la cuenta de ahorro-tiempo, la novedosa cuenta personal de actividad, así como los mecanismos de cómputo sumatorio de periodos de empleo a efectos de prestaciones por desempleo y las ficciones para el acceso a prestaciones de jubilación. Esto es así porque la flexiseguridad y la *securisation* en Francia han pivotado sobre elementos de garantías en las trayectorias profesionales y las transiciones laborales, que son algunos de los ejemplos de la crisis laboral. Cuando cambia el paradigma del contrato indefinido, y los contratos de duración determinada y la flexibilidad externa imperan, se hacen necesarias nuevas estrategias de acomodo de garantías, que se materializan en derechos recargables, transferibles entre empresas, ligados a la persona y ajenos a las alternancias empleo-desempleo. Derechos que reproducen a los clásicos derechos civiles ligados a la propiedad/patrimonio<sup>19</sup>, no sin consecuencias ideológicas y técnicas.

En suma, sin que sea posible continuar más allá ahora, a falta de una definición constitucional firme de los derechos sociales (los laborales individuales y colectivos y los de protección social) cabe trazar un camino alternativo, de fuga pragmática desde lo imposible/improbable hacia lo factible. De suerte que los derechos sociales se pueden patrimonializar, para blindarlos de la autonomía unilateral del empresario y/o de la acción normativa del legislador de protección social. De esta forma los derechos sociales se concretan en el individuo, y se cuantifican, para poder oponerlos a la acción de los agentes externos. Parece una estrategia coherente: cuando la crisis económica justifica la agresión de los derechos sociales, los derechos sociales se mutan para disfrazarse de derechos económicos individuales.

En el corto plazo podría servir...

---

19 La idea de la «mochila» de algún programa electoral y de algún pacto para la investidura muy recientes es una manifestación de esa nueva opción.

# CRISIS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE TRABAJO FORZOSO

TANIA GARCÍA SEDANO

*Magistrado Suplente en la Audiencia Provincial de Ávila  
Profesora asociada en la Universidad Carlos III de Madrid  
Colaboradora en la Universidad Pontificia de Comillas*

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Trabajo Forzoso.—3. Trata de seres humanos con finalidad de Trabajo Forzoso.—4. Trabajo forzoso, trata de seres humanos y empleo doméstico.—5. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Como señala el profesor Calvo<sup>1</sup>, los discursos sobre la efectividad de los derechos sociales han superado desde hace tiempo la mera referencia a su reconocimiento en textos jurídicos de carácter interno o internacional y así se ha avanzado en torno a la estructura de la obligación y el enfoque de las violaciones de derechos sociales.

Desde otro prisma, la dimensión económica aparece como un elemento crucial para la efectividad de los mismos, máxime ante la actual situación de crisis económica.

Este último argumento es esgrimido para justificar la falta de ratificación por nuestro país de dos instrumentos internacionales que, en atención al objeto del presente trabajo, consideramos fundamentales. Ambos son: por un lado, el Protocolo de 2014 al Convenio núm. 29 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Trabajo Forzoso que impone obligaciones concretas a los Estados miembros, entre ellas la de indemnizar a las víctimas de trabajo forzoso y, por otro, el Convenio 189, de la misma organización internacional, sobre el traba-

---

1 CALVO GARCÍA, M., «La crisis económica y efectividad de los derechos sociales», en *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 1.

jo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, cuyo principal escollo para su ratificación, según ha declarado la diputada del Partido Popular Carmen Álvarez-Arenas<sup>2</sup>, deriva de la contratación personal y no a través de empresas, lo que dificulta la implantación de la prestación por desempleo.

## 2. TRABAJO FORZOSO

El trabajo forzoso es una realidad tangible; la Organización Internacional del Trabajo<sup>3</sup> estima que en el mundo, unos 20,9 millones de personas son víctimas de trabajo forzoso. Esto representa a cerca tres de cada 1.000 personas de la población mundial actual. De estos, un 90 por 100 son explotados por individuos o empresas privadas, mientras que un 10 por 100 son forzados a trabajar por el Estado, por grupos militares o en las cárceles bajo condiciones que violan las normas fundamentales de la OIT. La explotación sexual forzada afecta al 22 por 100 de todas las víctimas, mientras que la explotación laboral forzada constituye el 68 por 100 del total.

En contra de lo que pudiera pensarse, Europa no está libre de esta lacra. El último de los informes aportados desde la Comisión Especial del Parlamento Europeo sobre delincuencia organizada, corrupción y blanqueo de capitales, con fecha 26 de septiembre de 2013, indica que en el territorio de la Unión se estima en 880.000 el número total de trabajadores forzosos<sup>4</sup>. Ello justifica, sobradamente, que la Unión adopte fuertes medidas que permitan erradicar la esclavitud de nuestras sociedades.

En cuanto al concepto de trabajo forzoso, ya la Convención de 1926 incluyó una disposición tendente a limitarlo, que no a prohibirlo en términos absolutos. Se trata del artículo 5 que, en primer lugar, reconoce que el trabajo forzoso puede llevar consigo condiciones aná-

---

2 <http://www.rtve.es/noticias/20140423/oit-pide-espana-ratifique-convenio-sobre-trabajo-domestico-afecta-700000-personas/925361.shtml>.

3 Datos disponibles on line: <http://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/lang-es/index.htm>.

4 Texto disponible en <http://www.europarl.europa.eu/committees/es/crim/draft-reports.html>. accesible en marzo de 2014.

logas a la esclavitud<sup>5</sup>. En segundo lugar, aceptó el trabajo forzoso exclusivamente con fines de «*pública utilidad*» y, en tercer lugar, instó a las partes a que se esforzasen en poner término al trabajo forzoso para otros fines que no fuesen los exclusivamente de «*pública utilidad*»<sup>6</sup>.

El Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930<sup>7</sup> se ocupa, por primera vez, de definirlo como «*el que es exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente*».

Sin embargo, no es hasta 1957 cuando la OIT aprueba el Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso, núm. 105, que define el trabajo o servicio forzoso como todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente, y establece la prohibición del

---

5 «Las Altas Partes contratantes reconocen que el recurso al trabajo forzoso u obligatorio puede tener graves consecuencias y se comprometen, cada una en lo que concierne a los territorios sometidos a su soberanía, jurisdicción, protección, dominio (*suzeraineté*) o tutela a tomar las medidas pertinentes para evitar que el trabajo forzoso u obligatorio lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud.

Se entiende:

1. Que a reserva de las disposiciones transitorias enunciadas en el apartado segundo siguiente, el trabajo forzoso u obligatorio no podrá exigirse más que para fines de pública utilidad.

2. Que en los territorios en los cuales el trabajo forzoso u obligatorio existe aún para otros fines que los de pública utilidad, las Altas Partes contratantes se esforzarán en ponerle término tan pronto como sea posible, y que, mientras subsista ese trabajo forzoso u obligatorio, no se empleará sino a título excepcional, con una remuneración adecuada y a condición de que no pueda imponerse un cambio del lugar habitual de residencia.

3. Y que, en todo caso, las Autoridades Centrales competentes del territorio interesado asumirán la responsabilidad del recurso al trabajo forzoso u obligatorio.»

6 McGEEHAN, M.L., «Misunderstood and neglected: the marginalisation of slavery in international law», *The International Journal of Human Rights*, vol. 16, núm. 3, marzo de 2012, p. 437. «(...) forced labour is a flawed concept in law, which has consistently been manipulated to serve states' interests. The purpose of its introduction was the facilitation of a form of state-sanctioned slavery in colonial Africa which would, in theory, be free of the abuses which characterised more egregious models of chattel slavery».

7 Artículo 2.1 l.

trabajo forzoso u obligatorio como medio de coerción o de educación política o como castigo.

Se excluyen, por tanto, de esa consideración los trabajos relacionados con el servicio militar obligatorio, los trabajos derivados de las obligaciones cívicas impuestas por regímenes democráticos, los que acarrearán las condenas judiciales, los exigidos en situaciones de fuerza mayor, o los pequeños trabajos comunales<sup>8</sup>. Al trabajo forzoso u obligatorio se le ha asignado, generalmente, un carácter temporal u ocasional, sin que ello suponga que el período de sometimiento haya de ser breve<sup>9</sup>.

El trabajo forzoso está prohibido por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>10</sup>, que en su artículo 5<sup>11</sup> prohíbe el trabajo forzoso, así como por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre<sup>12</sup>, que lo proscribe en su artículo 14<sup>13</sup>.

La prohibición efectuada por la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea admite limitaciones. Estas serán legítimas siempre y cuando sean establecidas por ley, respeten el principio de proporcionalidad y «*sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás, artículo 52.1*».

Esto significa, en efecto, el reconocimiento de que la prohibición de las cuatro prácticas mencionadas forma parte del derecho interna-

8 Artículo 1.3.

9 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto *Siliadin vs. Francia*, de 26 de julio de 2005. Punto 94.

10 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión firmaron y proclamaron el 7 de diciembre de 2000 y que en la actualidad tiene valor jurídico vinculante, del mismo modo que los Tratados internacionales, de conformidad con el artículo 6.1 del, entonces, Tratado de la Unión Europea.

11 «*Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio*».

12 Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948.

13 «*Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes en el empleo. Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y su destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia*».

cional general o consuetudinario vinculante para todos los miembros de la comunidad de naciones.

Volviendo a la definición de trabajo forzoso, la doctrina de la Comisión de Expertos de la OIT indica que el elemento de «*pena cualquiera*» no significa necesariamente una sanción penal, sino que puede tratarse de la privación de cualquier derecho o ventaja<sup>14</sup>.

No obstante, y vistas las lagunas existentes en la aplicación de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, así como la necesidad y urgencia de eliminar el trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas y manifestaciones<sup>15</sup>, se ha aprobado, recientemente, por la Conferencia Internacional del Trabajo el Protocolo núm. 29, relativo al Convenio sobre el Trabajo Forzoso de 1930.

### **3. TRATA DE SERES HUMANOS CON FINALIDAD DE TRABAJO FORZOSO**

Desde otro prisma, el trabajo forzoso constituye una de las finalidades del delito de trata de seres humanos proscrito por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y los Protocolos que la complementan: el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

En el ámbito de la Unión Europea la lucha contra la trata de personas ha sufrido un desarrollo muy complejo estrechamente vinculado a distintos principios que de manera progresiva se han ido configurando desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea hasta la actualidad, fundamentalmente en relación con la libre circulación de personas y la constitución de la Comunidad Europea como un espacio de libertad, seguridad y justicia.

---

14 «Abolición de trabajo forzoso, estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y recomendaciones), párr. 21, 1979, citado y reafirmado en el Informe de la Comisión de Expertos, 2001, párr. 105. En este contexto el término «doctrina» se refiere a los estudios generales sobre distintos temas que presentan en forma sintética la jurisprudencia de la Comisión de Expertos, y el término «jurisprudencia» a las observaciones sobre las denuncias examinadas por la Comisión y publicadas en el informe anual de esta a la Conferencia Internacional de Trabajo.

15 Preámbulo del Protocolo núm. 29 al Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930.

En este ámbito, se ha erigido la lucha contra la trata de seres humanos en objetivo prioritario, hasta el punto de que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 5.3, se ocupa de proscribirla explícitamente.

En el año 2011 fue aprobada la Directiva 2011/36/UE, que derogó la Decisión Marco 2002/629/JAI, del Consejo de 19 de julio de 2002.

El marco normativo en materia de trata dentro de la Unión, se completa con el Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra el tráfico de seres humanos<sup>16</sup>.

En el contexto del ordenamiento jurídico español, y dando cumplimiento a la obligación de incorporar al derecho interno la meritada Directiva 2011/36, la tipificación de este fenómeno se realiza en el artículo 177 bis del Código Penal. Esta finalidad del delito de trata de seres humanos<sup>17</sup> ha sido incorporada al tipo de trata tras la Reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015<sup>18</sup>.

No obstante, no existe en nuestro ordenamiento una definición legal del concepto *trabajo forzoso*, ni en el Título XV del Código referido a los delitos contra los derechos de los trabajadores ni fuera del contexto penal. Por ello, hemos de acudir al ámbito internacional para poder dotar de contenido a esta previsión, y se haría imprescindible que el Protocolo núm. 29 formase parte de nuestro ordenamiento pues, como ya hemos afirmado, este instrumento pretende colmar las lagunas existentes.

---

16 Varsovia el 16 de mayo de 2005.

17 Artículo 77 bis párrafo 1.º: «Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad. b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía. c) La explotación para realizar actividades delictivas. d) La extracción de sus órganos corporales. e) La celebración de matrimonios forzados».

18 De fecha 30 de marzo de 2015.

Pese a la relevancia de la incorporación a nuestro derecho de dicho instrumento internacional, nuestro país no ha procedido a la ratificación del Protocolo núm. 29 de trabajo forzoso. El ejecutivo declaró, en septiembre de 2014<sup>19</sup>, que iniciaría la tramitación del proceso de ratificación de aquel cuanto recibiera la aprobación de las instituciones comunitarias. No obstante, en julio de este año se ha aprobado la Recomendación sobre la propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Protocolo de 2014 del Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 1930, de la Organización Internacional del Trabajo<sup>20</sup>. Pese a ello no se ha ratificado el meritado Protocolo. Desde la aprobación de la Recomendación, no se ha incoado proceso para la ratificación del Protocolo.

#### 4. TRABAJO FORZOSO, TRATA DE SERES HUMANOS Y EMPLEO DOMÉSTICO

Desde el mismo prisma, pero con otra perspectiva, el aproximarnos al fenómeno del trabajo forzoso supone acercarnos al empleo doméstico pues, según la Organización Internacional del Trabajo, este se produce con habitualidad en este sector. Según la OIT, las principales formas de trabajo forzoso incluyen las siguientes «— *la participación obligatoria en proyectos de obras públicas — el trabajo forzoso en la agricultura (sistemas de contratación coercitiva) — los trabajadores domésticos en situaciones de trabajo forzoso — el trabajo forzoso impuesto por los militares — algunos aspectos de trabajo en los establecimientos penitenciarios y de la rehabilitación por medio de trabajo*»<sup>21</sup>.

En ese sentido, la citada organización, arguye<sup>22</sup>: «*El trabajo doméstico en sí no es, por supuesto, trabajo forzoso. No obstante, puede*

---

19 Disponible en línea: <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/2317>.

20 Resolución 06731/2015 – C8-0078/2015 – 2014/0258(NLE).

21 Conferencia Internacional del Trabajo núm. 89. OIT, Informe «Alto al Trabajo forzoso». Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo a reunión 2001.). párr. 6. Las otras prácticas enumeradas son la esclavitud y el secuestro, «el trabajo forzoso en el tráfico de personas» y la servidumbre por deudas.

22 OIT, Informe de la Comisión de Expertos, 2003, párr. 83.

*degenerar en trabajo forzoso cuando hay servidumbre por deudas o trata de personas, o cuando se impide físicamente que los trabajadores salgan del hogar del empleador o se retienen sus documentos de identidad. (...) En las peores situaciones hay violencia, y en ciertos casos se llega hasta la violación y/o la tortura».*

Por ello, la Organización Internacional del Trabajo aprobó el Convenio 189 de 2011, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos.

La situación, en lo que a su ratificación se refiere, es muy similar a la descrita en relación con el Protocolo sobre Trabajo Forzoso. Así, el Parlamento Europeo aprobó una Recomendación<sup>23</sup> sobre la propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011, de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio núm. 189) y la Recomendación 201 sobre Trabajadores Domésticos, 2011, convenio que no ha sido ratificado, a la fecha, por España.

Y ello pese a que en 2013<sup>24</sup> se aprobó, por unanimidad, una enmienda transaccional<sup>25</sup> a la Proposición no de Ley de la Izquierda Plural sobre ratificación del Convenio número 189 de la OIT y la Recomendación número 201 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos.

Con posterioridad se aprobó<sup>26</sup> una Proposición no de Ley para la ratificación del Convenio núm. 189 de la OIT y la Recomendación núm. 201 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos.

---

23 Recomendación de fecha 18 de noviembre de 2013, 11462/2013 – C7-0234/2013 – 2013/0085(NLE).

24 En fecha 8 de mayo de 2013 por la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de los Diputados.

25 Dicha enmienda instaba al Gobierno a: «que en un plazo razonable evalúe la posibilidad de someter a ratificación el Convenio número 189 y la recomendación número 201 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y, en consecuencia, adapte la legislación española en el sentido que regulan los citados textos».

26 Proposición no de Ley aprobada a instancia del Grupo parlamentario IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural. Disponible en línea: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/BOCG-10-D-348.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/D/BOCG-10-D-348.PDF).

En línea con el trabajo en pro de la ratificación, el representante de la OIT compareció ante el Congreso de los Diputados a fin de que la ratificación fuera posible<sup>27</sup>, sin que a la fecha se haya ratificado.

En este momento se está tramitando un Proyecto de Opinión sobre las Trabajadoras domésticas y cuidadoras en la Unión Europea<sup>28</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Pese a la situación descrita en el presente trabajo, hemos de concluir con la etérea, pues no articula las concretas medidas de los Instrumentos que nos han ocupado, esperanza que se desprende de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, aprobada por la Organización Internacional del Trabajo en 1998, cuyo artículo 2 establece que *«Todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir (...) b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil»*.

---

27 Comparecencia del Señor director de la Oficina de la OIT para España (Nieto Sainz), para presentar el informe elaborado por la OIT-España sobre trabajo doméstico y para informar sobre los convenios de la OIT pendientes de ratificación por parte de España. Por acuerdo de la Comisión de Empleo y Seguridad Social. (Número de expediente 219/000608). Disponible en línea: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&QUERY=\(DSCD-10-CO-544.CODI.\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&QUERY=(DSCD-10-CO-544.CODI.))

28 Proyecto de Opinión 2015/2094(INI), 2015.

**MANTÉNGASE INFORMADO  
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbese gratis  
al boletín informativo  
[www.dykinson.com](http://www.dykinson.com)**

**Y benefíciese de nuestras ofertas semanales**