

# Presentación

## Método abierto de interpretación y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Otro nivel prevalente de justicia socio-laboral a medio descubrir

*Lo que nosotros llamamos individuo y comunidad son solo necesarias abstracciones ideales de nuestra razón deficiente para abarcar la totalidad del hombre histórico ... Pero [la regla jurídica] no debe olvidar ... la unidad de fin ...*

O. V. Gierke

La función social del Derecho Privado y otros estudios

---

## Sumario

1. Función social del Derecho humanitario europeo: El creciente protagonismo del TEDH en la justicia multinivel
2. Un ejemplo de activismo judicial: El método abierto de interpretación como modo singular de construcción dialógica o comunicativa de la jurisprudencia del TEDH
3. Las vías de permeabilidad social de los derechos civiles y políticos a través del TEDH. Breve, pero sistemática, selección de casos líder («*leader cases*»)
4. Valoración final: Un cuadro de claroscuros

Para saber más

## 1. FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO HUMANITARIO EUROPEO: EL CRECIENTE PROTAGONISMO DEL TEDH EN LA JUSTICIA MULTINIVEL

En España, la función disruptiva o convulsiva de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la jurisprudencia nacional es bien conocida en el ámbito penal. El hito más relevante y reciente al respecto, impreso en la mente de todos, es el acta de defunción que levantó –STEDH, Gran Sala, de 21 de octubre de 2013, caso *Del Río Prada c. España*– para la célebre «doctrina Parot». Sin embargo, pocos conocen la extraordinaria trascendencia socio-laboral que puede llegar a tener el TEDH (el CEDH fue ratificado por España en 1979). Se cree que su jurisprudencia es propia de un típico «constitucionalismo liberal», donde solo tienen cabida los «derechos civiles y políticos» de los ciudadanos (vida –art. 2 CEHD–, prohibición de torturas y vejaciones –art. 3–, libertad y seguridad –art. 5–, legalidad penal –art. 7–, propiedad, etc.). La otra vertiente del constitucionalismo europeo, la «social», estaría en la «hermana pobre», o más debilitada, del CEDH, la «Carta Social Europea» (CSE) (Turín 1961; versión revisada de 1992), cuyo órgano de garantía –Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)–, combativo y activista, no gozaría todavía del reconocimiento y reputación del TEDH.

Una mayor profundización sobre la experiencia práctica del TEDH desvela una imagen diferente. La dimensión social de los derechos civiles y políticos de los individuos y grupos reconocidos en el CEDH es una realidad presente que, además, bien explorada, tiene unas enormes potencialidades de futuro para hacer evolucionar la protección de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones de trabajo y de protección social. Ciertamente, no conviene creer que puede arrojarse una nueva luz innovadora y garantista, desde el Derecho Humanitario Europeo «civil», para el conjunto del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social. Este riesgo ha sido expresado en más de una ocasión (un ejemplo interesante lo encontrarán en el voto discrepante de la STEDH de 2 de febrero de 2016, caso *Di Trizio c. Suiza*, brillantemente comentada en esta sección por el profesor Jaime CABEZA). Pero también sería inadecuado infravalorar esas perspectivas de renovación. Esta comprensión aperturista y evolutiva es la que plasmó el artículo 219.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en su día, una de cuyas novedades más señeras fue la de *considerar la jurisprudencia del TEDH como doctrina de contraste para abrir el recurso de casación para la unificación de doctrina*. Una innovación legal tan profunda y coherente con la gran influencia reconocida por el Tribunal Constitucional –TC– a la jurisprudencia del TEDH, por virtud de los artículos 10.2 y 96 de la Constitución Española –CE– (SSTC 199/1996 y 119/2001), también en materia laboral, como ignorada en la práctica.

De haberse tenido en cuenta, de seguro la ciudadanía española se hubiese ahorrado los 16.000 euros de la condena del TEDH a España por no proteger de una forma adecuada el derecho de una trabajadora a conciliar la vida laboral y familiar (STEDH de 19 de febrero de 2013, asunto *Gar-*

*cía Mateos c. España*). O tampoco hubiésemos sido condenados al pago de casi 80.000 euros por no reconocer en su día la pensión de viudedad a una mujer casada por «el rito gitano» [STEDH de 8 de diciembre de 2009, caso *Muñoz Díaz* (alias «La Nena») *c. España*], aunque, ciertamente, este recurso influyó de alguna forma en la promoción de una reforma legislativa en materia (*Ley 40/2007*). ¿«Agua pasada, no mueve molino»?

No es una cuestión del pasado, sino de un proceso fluido y cada vez más caudaloso de cuestiones sociales o laborales relevantes que tienen una dimensión transnacional y que no pueden resolverse ya solo con decisiones nacionales, ni político-legislativas ni jurisdiccionales. Es el caso, a título de mero ejemplo, del reconocimiento de los derechos laborales y sociales asociados a la «gestación por sustitución», orillando de forma total –ejemplo *STSJ del País Vasco 885/2016, de 3 de mayo*– o infravalorando unas –*ATS/Sala Civil, de 2 de febrero de 2015*– la jurisprudencia del TEDH (casos *Menesson*, *Labassee* y *Campanelli*), enfatizada, en cambio, por otras –*STSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2015, rec. núm. 2299/2015*; será objeto de comentario específico en esta sección a propósito de aquellos precedentes–. O como el derecho al reagrupamiento familiar de parejas inmigrantes homosexuales, negado por buena parte de los derechos y políticas migratorios, lo que lleva ya varios años propiciando condenas del TEDH, que parece seguir predicando en el desierto, pese a lo cual, insiste una y otra vez. Es el caso de la *STEDH de 23 de febrero de 2016, asunto Pajić c. Croacia*, cuya trascendencia ha sido evidenciada por la profesora Margarita RAMOS, en el sugerente análisis de la misma que hace *ut infra*.

Al respecto, y si bien aquí no podemos adentrarnos mínimamente en estas cuestiones de carácter institucional, es útil recordar que hasta el 31 de octubre de 1998 las demandas eran examinadas, en primer lugar, por la Comisión Europea de Derechos Humanos antes de ser remitidas, en su caso, al TEDH. El 1 de noviembre de 1998 entró en vigor el *Protocolo n.º 11*, reorganizando el mecanismo de control fijado, que volvió a modificarse por el *Protocolo n.º 14* (en vigor el 1 de junio de 2010). Otros dos recientes inciden también en el TEDH, con un impacto más incierto y preocupante, pero no están en vigor todavía. En todo caso, el TEDH se convierte en órgano único y jurisdicción directa –y exclusiva– sobre el control del cumplimiento de las obligaciones de los Estados ratificadores del CEDH a instancia de las demandas –o quejas– de los ciudadanos que sientan lesionados los derechos que aquel les reconoce. Por lo tanto, fallidas las instancias de protección nacional –función subsidiaria–, la visita profesional a la histórico-cultural «Ciudad de la Justicia Humanitaria de Estrasburgo» se revela útil.

## 2. UN EJEMPLO DE ACTIVISMO JUDICIAL: EL MÉTODO ABIERTO DE INTERPRETACIÓN COMO MODO SINGULAR DE CONSTRUCCIÓN DIALÓGICA O COMUNICATIVA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

El CEDH y sus *Protocolos* (16) integran un instrumento vivo, destinado a actualizar en la realidad de cada tiempo los valores que lo inspiran (dignidad, libertad, igualdad, pluralismo), revelándose el TEDH como su principal garantía de éxito (título II del CEDH), derogados algunos,

otros (n.ºs 15 y 16) pendientes de entrar en vigor, dos vigentes, son especialmente relevantes en el ámbito socio-laboral. El resultado ha sido una progresiva extensión de los derechos que garantiza el CEDH más allá de su significado inicial, a la luz de la evolución de la realidad (principio de Derecho evolutivo). De este modo, el TEDH no solo hace de la dignidad humana la esencia del CEDH, sino que le atribuye a esta una existencia material, de libertad e igualdad reales, no solo formales, dando cobertura a demandas de justicia social –y laboral– no previstas por el Convenio (desde la [STEDH de 13 de junio de 1979, caso \*Marckx c. Bélgica\*](#)).

Consecuentemente, sobre la base de la frágil, si no diluida, frontera entre el «deber de respeto» a cargo de los Estados y su «obligación positiva» de promover la efectividad de los derechos y libertades consagrados en el CEDH, el TEDH ha ido forjando una interrelación entre los diferentes derechos fundamentales, poniendo en práctica la crítica doctrinal más reciente a la distinción entre los «derechos libertad» –los derechos civiles– y los «derechos de prestación» –derechos sociales–. Al respecto, es útil recordar que, frente al principio de complementariedad, el Consejo de Estado eligió una regulación separada de ambos –para los primeros, el CEDH; para los segundos la CSE–, fijando un sistema de control de su cumplimiento bien diferente (TEDH y su sistema de reclamaciones individuales, en un caso; CEDS y su dual sistema de informes y reclamaciones de tipo colectivo, en otro). La razón no era «filosófica» ni «científica», sino económica, como casi siempre. Pero El TEDH considera que el CEDH no es una norma internacional más, sino que constituye no solo un todo en sí misma –cada derecho reconocido gana fuerza a través de los otros– cuanto una «unidad jurídica dialógica» con el resto del Derecho Humanitario Internacional, incluyendo su dimensión socio-laboral. También el CEDS ha asumido esta visión. Este claro enriquecimiento interactivo o mutuo entre ambos «Pactos Europeos de la Democracia» (la Civil y Política, propia del CEDH; la Social, propia de la CSE, inicial y revisada), así como de sus respectivos órganos de garantías, el TEDH y el CEDS, ha supuesto un notable reforzamiento de los derechos sociales y laborales fundamentales.

Aunque, en relación con el TEDH, esta progresiva mayor comunicabilidad con la «familia social» –hermana (CSE) y hermano (CEDS)– del «humanismo de Estrasburgo» se concentra en relación con el otro derecho-libertad laboral fundamental, la sindical (art. 11 CEDH), que será objeto de un pormenorizado análisis en el [comentario](#) de la profesora María SALAS, también conoce otras manifestaciones, como sucede respecto del derecho a la no discriminación (art. 14 CEDH). Sin duda, el hito jurisprudencial más relevante fue la [STEDH de 16 de septiembre de 1996, caso \*Gaygusuz c. Austria\*](#), que estima discriminatorio excluir, solo por motivo de la nacionalidad, a un trabajador turco –o de otra nacionalidad no austriaca (o comunitaria)– de prestaciones sociales ligadas al subsidio por desempleo. Posteriormente ha conocido casos análogos ([STEDH de 8 de abril de 2014, caso \*B. Dhahbi c. Italia\*](#)).

Esta creciente comunicación entre «hermanos de derecho humanitario europeo» es recíproca. La Decisión del CEDS, de 7 de septiembre de 2004, Reclamación colectiva 14/2003 (*Federación Internacional de Ligas de derechos humanos c. Francia*), lo expresa así de poético; los derechos de la CSE *no constituyen un fin en sí mismos, sino que complementan los del CEDH*. Este ha de interpretarse «para dar vida y sentido» a los derechos sociales; como estos alimentarán la dimen-

sión existencial de los derechos «civiles» del CEDH. La evolución radical de la jurisprudencia del TEDH en materia de contenidos sociales de la libertad sindical lo acredita.

Muy ilustrativo de este dinamismo interpretativo es el siguiente razonamiento:

«El Tribunal considera que su jurisprudencia relativa a que el derecho de negociación colectiva no constituye un elemento inherente al art. 11 ... ***debe reconsiderarse, para tener en cuenta la evolución ... tanto en el Derecho Internacional como en los sistemas legales internos.*** Mientras que en interés de la seguridad jurídica ... e igualdad ... el Tribunal no debe apartarse, sin una buena razón, de precedentes establecidos ... (*la*) negativa ... de una aproximación dinámica y evolutiva supondría el riesgo de impedir reformas y mejoras» (STEDH de 12 de noviembre de 2008, caso *Demir y Baykara c. Turquía*).

Por eso, siguiendo el «*método de interpretación evolutiva y abierta*» alumbrado por el artículo 31 del Convenio de Viena, sobre el Derecho de los Tratados, el TEDH asume que si un derecho no aparece en el texto del CEDH pero en el Derecho Humanitario Internacional forma parte del contenido esencial del derecho regulado por aquel, deberá examinar «*la demanda en términos del Convenio en el contexto de otros tratados internacionales aplicables*» (STEDH de 27 de enero de 2015, asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*; será objeto de comentario por mi parte *ut supra*). La STEDH de 21 de abril de 2015, caso *ER.N.E. c. España*, sintetiza esta evolución (*vid. comentario* de la profesora María SALAS en esta sección).

De este modo, la única pareja de derechos socio-laborales reconocibles en el texto del CEDH (más bien típicos derechos de libertad, si bien en relación con un paradigma de trabajo más civilizado que el decimonónico), formada por la prohibición de esclavitud y trabajo forzoso *ex* artículo 4 y la libertad de reunión y de asociación *ex* artículo 11, desde 1979 (STEDH de 9 de octubre de 1979, caso *Airey c. Irlanda*) no ha cesado de multiplicarse. Por supuesto, esta expansión no se ha producido reconociendo directamente derechos nuevos, sino mediante la permeabilidad social que el TEDH aprendió, no sin resistencias y retrocesos, a dar a los derechos de libertad, a la luz de las demandas socio-económicas de justicia nuevas (STEDH de 2 de febrero de 2016, asunto *Di Trizio c. Suiza*, analizada por el profesor Jaime CABEZA).

Cierto, el TEDH ni deja de reconocer los específicos condicionantes que presenta esta aplicación socialmente permeabilizada de los derechos civiles ni los riesgos de inseguridad de una comprensión excesivamente expansiva. Así, en el plano del autocontrol, junto al (1) límite del «*margen de apreciación*» –libertad de configuración legal–, que se presta a interpretaciones genéricas y de favor por la «*valoración de proximidad*» (las autoridades nacionales estarían en mejores condiciones que el TEDH para apreciar si, en sus circunstancias socio-económicas, proceden restricciones; STEDH de 2 de febrero de 2010, caso *Aizpurúa Ortiz c. España*), aparece el relativo a la (2) «*situación financiera particular*» de cada Estado, su «*contexto socio-económico*» (STEDH de 28 de noviembre de 1984, asunto *Rasmussen c. Dinamarca*). En el segundo plano, el de los *riesgos de deriva jurisdiccional*, son frecuentes los casos en los que se alerta sobre el riesgo de convertir esta dimensión social de todos y cada uno de los derechos y libertades del CEDH ya sea

en fuente creadora de nuevos derechos, ya en un instrumento para someter a reevaluación continua, desde la lógica humanitaria del CEDH, los enteros sistemas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Una y otra derivas harían perder credibilidad al TEDH como jurisdicción ante los ojos de los Estados Contratantes (*cf.* voto particular del *Juez Myjer* a la STEDH de 8 de diciembre de 2009, caso *Muñoz Díaz c. España*; y el voto disidente de tres magistrados a la citada STEDH de 2 de febrero de 2016, asunto *Di Trizio c. Suiza*).

### 3. LAS VÍAS DE PERMEABILIDAD SOCIAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS A TRAVÉS DEL TEDH. BREVE, PERO SISTEMÁTICA, SELECCIÓN DE CASOS LÍDER («LEADER CASES»)

Todo ello hace que desfilen por el TEDH buena parte de las grandes «cuestiones socio-laborales» de hoy. Agruparemos las principales aportaciones en cuatro categorías. A saber:

#### A) Los derechos humanos («fundamentales») específicos de la «ciudadanía laboriosa», en particular la integración de contenidos colectivos sociales en la libertad sindical

##### a) *La prohibición del trabajo forzoso y las nuevas formas de servidumbre laboral*

El artículo 4 del CEDH (prohibición de la esclavitud y del trabajo forzoso) se invoca para hacer frente a la proliferación de «nuevas formas de servidumbre laboral» –«voluntaria» o no–, en especial para trabajadores inmigrantes extracomunitarios y en el ámbito de ciertos empleos –doméstico–. El precedente pionero está en la STEDH de 26 de julio de 2005, Sala 2.ª, caso *Siliadin c. Francia* (caso de nueva esclavitud doméstica a una mujer inmigrante en situación ilegal). Destacan, para una visión general, dos aspectos. De un lado, el TEDH despliega su doctrina sobre las obligaciones positivas de los Estados para garantizar el disfrute efectivo del derecho (Francia solo contemplaba medidas civiles, no penales; la misma crítica le hará a Reino Unido –STEDH de 13 de noviembre de 2012, Sala 5.ª, caso *C.N. c. Reino Unido*–). De otra, acorde con su método de interpretación abierta y dialógica con el Derecho Humanitario Internacional, cubre la ausencia de doctrina propia con los Convenios de la OIT. Es muy interesante la contundencia de alguno de sus razonamientos: «... *el creciente nivel de exigencia en materia de protección de los derechos humanos ... implica, paralela e ineludiblemente, una mayor firmeza en la apreciación de los ataques a los valores fundamentales de las sociedades democráticas*».

##### b) *Un paradigma de diálogo comunicativo entre el TEDH y el CEDS: La integración de un contenido social de acción colectiva útil en la libertad asociativa sindical*

La doctrina de la comunicación o complementariedad entre los «derechos humanos sociales» y los «derechos humanos civiles» en el sistema del CEDH es clara en el artículo 11 del mismo.

En un principio, el TEDH se desentendió de la «promoción del hecho sindical» (razón de ser de la doctrina del TC en la comprensión del art. 28 CE), anclándose en la concepción civil e individualista de la libertad asociativa. Consecuentemente, se relegaba la tutela del sujeto colectivo a la CSE, que no asumía (STEDH de 27 de octubre 1975, caso *Syndicat National Police Belge c. Bélgica*), por lo que negaba que los medios de acción colectiva integraran el artículo 11 del CEDH, centrándose en la nuda protección de la libertad (positiva o negativa) asociativa (STEDH de 13 de agosto de 1981, caso *Young, James y Webster c. Reino Unido*).

Durante tiempo se mantuvo la primacía del enfoque individualista sobre el colectivo de la libertad asociativa, reapareciendo en diversos precedentes posteriores (STEDH de 2 de julio de 2002, caso *Wilson y Palmer c. Reino Unido*). Pero el TEDH emprenderá un viaje integrador de los derechos sociales de acción colectiva (STEDH de 21 de noviembre de 2006, caso *Demir y Baykara c. Turquía* –negociación colectiva– y 21 de abril de 2009, caso *Enerji Yapi-Yol c. Turquía* –derecho de huelga–) en la libertad de asociación, ahora ya sí convertida en una auténtica libertad sindical, reconocible en el Derecho Sindical más clásico, que ya no abandonará.

Por supuesto, ante una jurisdicción tan compleja y una realidad tan variada como es Europa, no siempre las soluciones parecerán coherentes con esa doctrina consolidada. Así, parece no perturbarse por el tono menor de las medidas restrictivas, primando la protección frente a las represalias sufridas (STEDH de 14 de octubre de 2014, caso *Yilmaz Yildiz y otros c. Turquía*: viola el art. 11 las multas de reducida cuantía aplicadas por desobedecer una orden policial de dispersión en caso de manifestación pacífica no autorizada en la puerta de un hospital). Una doctrina que, por ejemplo, cabría preguntarse si se respeta en la STC 69/2016, de 14 de abril, que establece la responsabilidad extracontractual contra el jefe de un «piquete informativo» de huelga, aunque no consta que fuese el autor directo, propiciando el «efecto desaliento» o disuasorio que la jurisprudencia del TEDH pretende desactivar. En cambio, una prohibición de ciertas modalidades de huelga, como la de solidaridad, pese a reconocer que está cubierta por el artículo 11 del CEDH, es avalada atendiendo a una lectura generosa la doctrina del «margen de apreciación nacional», en este caso, de nuevo, del Reino Unido, pero esta vez no embestirá contra él, sino que lo avalará (STEDH de 8 de abril de 2014, Sala 4.ª, caso *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers (RMT) c. Reino Unido*). Al margen de que pueda ser o no «carne de cañón» para la Gran Sala, acentuando la fraternización con la rama social, llama la atención que justifique su posición restrictiva sobre la doctrina, que ensombrece, del CEDS (Conclusiones XIX-3, 2010).

Asimismo, registramos notables avances en el reconocimiento de la titularidad de la libertad sindical (aunque la STEDH de 16 de junio de 2015, caso *Manole et «Les Cultivateurs Directs de Roumanie» c. Rumania*, confirme la tradicional exclusión de los autónomos, que tienen siempre abierta la puerta bien de la afiliación a sindicatos bien de la creación de asociaciones profesionales, también protegidas por el art. 11 CEDH). A tal fin, el TEDH trata de corregir arraigadas tradiciones excluyentes como sucede respecto de los colectivos en los que sus servicios implican un interés para la seguridad nacional (Fuerzas Armadas, guardias civiles, gendarmes, etc.). Para

el TEDH la prohibición de sindicación constituiría una anomalía, en definitiva, que ahora ya no contaría con el aval del Consejo de Europa, que recomienda reformas –pese a que el CEDS sigue manteniendo la tradición restrictiva–. De ahí su condena contra al Derecho francés (SSTEDH de 2 de octubre de 2014, casos *Matelly* y *Adefdromil* c. Francia; [comentados](#) en esta Revista). España, en cambio, que incluyó una reserva al artículo 11 del CEDH para las Fuerzas Armadas, y que cuenta con prohibición constitucional, no parece darse por afectada; aún menos a tenor del aval dado a la prohibición absoluta de huelga para ciertos colectivos (STEDH de 21 de abril de 2015, caso *ER.N.E. c. España*).

La cuestión dista de estar zanjada y nuevos conflictos darán oportunidad a revisarla. Ciertamente hay países «mejores clientes» del TEDH que España, como Francia y el Reino Unido, incluso Italia, pero vemos que hay algunos que se llevan la palma, como Turquía, fuente de controversias sin fin, evidenciando que quienes dudan de que responda a una «sociedad democrática y segura» no están lejos de la razón. El incumplimiento turco del Derecho Humanitario Sindical europeo es una llama que no cesa. A los casos referidos hay que sumar otros más recientes (SSTEDH de 18 de febrero de 2014, caso *Tiim Bel-Sen c. Turquía*; 26 de mayo de 2015, caso *Doğan Altun c. Turquía*; 22 de septiembre de 2015, caso *Dedekan y Ok c. Turquía*. Esta declara violado el art. 11 CEDH por la movilidad decretada contra dos empleados del Ministerio de Educación que hicieron acto de presencia como representantes de su sindicato en una marcha pacífica por la defensa de la paz mundial, por considerar que ponían en riesgo grave la seguridad y el orden del lugar en que prestaban servicios).

Todos estos casos desnudan una política gubernamental, y por lo tanto jurisprudencial, nacionales, innecesariamente restrictivas en una sociedad ordenada por el principio pluralista propio de un Estado democrático; sin duda alguna. Pero, ¿no se debería sostener una posición análoga de crítica cuando la mayoría –cuenta con un voto particular relevante– de la Sala Militar del Tribunal Supremo [vacía de contenido práctico el derecho de manifestación reivindicativa de los guardias civiles](#), suspendidos de empleo y sueldo por promover una manifestación «en contra de los recortes» y «en favor de la seguridad pública»? Si hay recurso ante el TEDH, aunque no se configure como una «cuarta instancia» –tras el amparo al TC–, se verá, debiéndose alentar a sus asociaciones profesionales que así lo hagan. En suma, siempre hay «cal y arena», como se verá en el [comentario](#) más detenido de la misma al que remitimos.

## B) Los derechos humanos («fundamentales») inespecíficos del trabajador-persona y su valoración como fuente de integración de derechos específicos

La doctrina constitucional nacional viene desarrollando, entre luces y sombras, un intenso activismo a la hora de identificar la vertiente laboral de los derechos fundamentales y de las libertades públicas reconocidos a todas las personas cuando se ejercen en la empresa. La jurisprudencia del TEDH no solo no permanece ajena a esta vertiente socio-laboral de los derechos fundamentales inespecíficos, sino que evidenciará un marcadísimo desbordamiento.

a) *Vertientes laborales del derecho a la vida privada y en familia: Desde la protección directa de derecho civil a la intimidad hasta la tangencial del derecho social al trabajo*

Desde un punto de vista jurídico ortodoxo, típico nacional, sería fácil comprender que el artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada y familiar), análogo, pero no idéntico, al artículo 18 de la CE, se comportara como *un eficaz sistema de límites al ejercicio de las potestades empresariales*, a través de la eficacia horizontal indirecta que deriva de la obligación del Estado de asegurar que todas las personas, también los trabajadores, se mantengan en el disfrute efectivo de su vida privada, incluida su dimensión familiar. Este derecho humano «civil» tendría una actualización laboral especialmente intensa y extensa a raíz de la proliferación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. No sorprenderá, pues, que el artículo 8 del CEDH haya sido invocado por trabajadores europeos *a fin de oponerse a la legitimidad de los test de consumo abusivo de alcohol y drogas realizados por el empresario*.

Conviene advertir de inmediato que el TEDH ha aceptado la licitud de los mismos, lo que pone de manifiesto que no es un «juez de garantías unilateral», sino transaccional, protege también el interés empresarial, si bien, lógicamente evidencia la notoria incidencia de tales pruebas en el derecho a la vida privada. De ahí, el delicado juicio de ponderación, bajo el principio de proporcionalidad, que propone, confirmando una vez más que la solemnidad del reconocimiento formal no conlleva en la práctica su tutela, pues en las dos ocasiones en que se ha pronunciado legitimó el control (SSTEDH de 7 de noviembre de 2002, asunto *Madsen c. Dinamarca* y 9 de marzo de 2004, asunto *Wentlund c. Suecia*). La doctrina del TC, que no cita esta jurisprudencia, resulta más exigente, requiriendo limitaciones previstas legalmente, el conocimiento previo del fin del control, a fin de prever las consecuencias, e indispensables en una sociedad democrática. En la medida en que esta vertiente laboral del CEDH será objeto de detenido análisis al comentar la polémica STEDH de 12 de enero 2016 (caso *Barbulescu v. Rumania*) en relación con la aún más controvertida STC 39/2016, de 3 de marzo, a él remitimos.

Pero si este tipo de proyecciones laborales de derechos de la personalidad no son sorprendentes para el jurista nacional, decía, sí lo será *la integración en el derecho a la vida privada o familiar de derechos ocupacionales y laborales*, como los relativos a la protección de expectativas de acceso a un empleo o frente a ciertas –no cualesquiera– decisiones extintivas arbitrarias, apelando al concepto abierto e integral de vida familiar, interna y externa:

«... una prohibición amplia de obtener un empleo ... afecta a la vida privada. **Lo cual se relaciona particularmente con el texto del art. 1.2 CSE y con las normas adoptadas por la OIT**» (STEDH de 27 de julio de 2004, caso *Sidabras y Dziutas c. Lituania*).

El enfoque argumental es determinante del éxito de la acción, pues. Si se invocan de forma directa derechos sociales como tales –derecho al empleo, derecho al trabajo, derecho a la Seguridad Social...–, que el CEDH no reconoce, el TEDH inadmitirá la queja por falta de com-

petencia material ([STEDH de 7 de septiembre de 2000, asunto \*Jazvinsky c. Eslovaquia\*](#), ante la afirmación de violación de los arts. 3, 6.1, 8, 11, 13 y 14 [CEDH](#), así como del art. 1 [CSE](#); también [STEDH de 2 de febrero de 2016, caso \*Sodán c. Turquía\*](#)). Pero, si se fundamentan las «condiciones de existencia material» exigibles para la «vida personal», como las condiciones de acceso a una profesión ([STEDH de 28 de mayo de 2009, caso \*Bigaeva c. Grecia\*](#)) o las condiciones de pérdida de un empleo, indisociables del derecho a la vida privada y en familia, sí estarán protegidas:

«... el despido [en el caso de juez; pero sirve *mutatis mutandis* para cualquier empleado público] ... afectó un amplio rango de relaciones con otras personas, incluidas relaciones de naturaleza profesional. Del mismo modo, tuvo un impacto en su círculo íntimo, pues la pérdida de su trabajo tuvo consecuencias tangibles para el bienestar material del demandante y de su familia» ([STEDH de 9 de enero de 2013, caso \*Oleksandr Volkov c. Ucrania\*](#)).

De ello se sigue que los despidos pueden suponer una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada ([STEDH de 12 de enero de 2016, caso \*Milojevic y otros c. Serbia\*](#): el despido de dos policías se debió a imputaciones penales luego no probadas; aunque intentaron la readmisión en vía civil, no lo lograron; el TEDH estimó violación del art. 8 [CEDH](#)). Naturalmente, que se reconozca esa injerencia no quiere decir que sea siempre irrazonable, excluyéndose la violación del precepto por ser proporcionada y razonable el margen de apreciación del Estado, como entendió, de forma problemática –por 9 votos contra 8–, la [STEDH, Gran Sala, de 12 de junio de 2014, asunto \*Fernández Martínez c. España\*](#) (confirma la [STEDH de 15 de mayo de 2012](#)): a un profesor de religión católica no se le renueva por publicitar su condición de excusa casado. La [STC 140/2014, de 11 de septiembre](#), cuya mayoría niega el amparo, invoca esta doctrina, que no considera directamente aplicable al caso, pero que de serlo, «a tenor de lo dispuesto por el art. 10.2 CE, habría de tomar en consideración la ... [STEDH de 12 de junio de 2014](#) ... (*Fernández Martínez c. España*)» (FJ 9.º).

No solo las decisiones extintivas –despidos o no renovación–, también las novatorias, como una decisión de movilidad geográfica, pueden afectar a la vida privada y en familia. Es el caso de la muy interesante [STEDH de 2 de febrero de 2016, caso \*Sodán c. Turquía\*](#), que declaró contrario al artículo 8 del [CEDH](#) en relación con su artículo 9 (libertad religiosa) trasladar a un funcionario de centro de trabajo –y ciudad– por los problemas generados al conocerse que su esposa usa velo islámico. El artículo 8 del [CEDH](#) protege aquí la *conciliación de la faceta profesional y la personal*.

#### b) ¿Existe una dimensión laboral específica del derecho a la libertad religiosa? Principio de neutralidad versus deber de adaptación razonable

Este último asunto da pie para adentrarnos en otra cuestión sugerente, cada vez con mayor presencia litigiosa, como es la interacción entre el mundo del trabajo y el ejercicio de la libertad

religiosa, en escenarios de multiculturalidad. La solución a esta difícil cuestión ofrece un nuevo ejemplo del referido dinamismo evolutivo de la jurisprudencia del TEDH, amén de confirmar el constante respeto de la Corte de Estrasburgo al enfoque del «particularismo jurídico razonable» presente en la doctrina del «margen de apreciación nacional».

Respecto a la primera dimensión, la capacidad de adaptación de su jurisprudencia a cada tiempo, la [STEDH de 15 de enero de 2013, caso \*N. Eweida c. Reino Unido\*](#), dará un giro copernicano a su precedente, ya que hasta esa fecha primó el principio de neutralidad –tanto de los poderes públicos como de los empresarios– respecto de la libertad de creencias de los empleados –obligación negativa de respeto–, sin obligación positiva de «ajustes razonables» de la prestación para conciliar obligación laboral y la de culto. Sin embargo, en el [caso \*Eweida\*](#) –azafata de British Airways, cristiana copta, suspendida de empleo y de sueldo al rechazar desprenderse de un colgante con una cruz, incumpliendo la normativa interna de la empresa sobre uniformidad–, concluyó que la facultad empresarial de uniformidad no implica la prohibición de visibilizar signos religiosos, siempre que resulten inocuos para la empresa. El artículo 9 del [CEDH](#) incorpora una obligación positiva, directa para el Estado, indirecta para el empleador.

Ahora bien, esa doctrina no puede afirmarse con carácter general, pues emerge, y es la segunda dimensión relevante, la doctrina del «margen de apreciación nacional». La [STEDH de 26 de noviembre de 2015, caso \*Ebrahimian c. Francia\*](#), no considera violado el artículo 9 del [CEDH](#) por el Estado francés en el caso de una trabajadora social que, prestadora de servicios en un centro público de acogida y cuidados hospitalarios, vio como no se le renovaba el contrato por quejas de algunos usuarios al llevar velo durante el trabajo. Aquí prima el deber de neutralidad religiosa para los empleados públicos. Pero, el TEDH advierte de que su respuesta para los empleados públicos puede diferir según el «contexto histórico-cultural nacional». Así se explicará que la [STEDH, Gran Sala, de 18 de marzo de 2011, caso \*Lautsi c. Italia\*](#), revocando la [STEDH, Sala 2.ª, de 3 de noviembre de 2009](#), acepte la presencia de crucifijos en las aulas, por la tradición cultural-religiosa católica de Italia. En cambio, el TEDH asume que la [STC alemán de 27 de enero de 2015](#) declare inconstitucional cualquier prohibición general de usar el velo por el profesorado público, salvo peligro concreto para la neutralidad pública o la paz escolar.

¿Y para España qué?, se preguntarán los avisados lectores. Aunque en menor grado, de momento, esta problemática no está ausente de la sociedad española y, por lo tanto, de nuestros tribunales. En lo que concierne estrictamente al espacio del trabajo privado, el TC ha venido manteniendo desde hace más de 30 años –[STC 19/1985, de 13 de febrero](#)–, mucho, sin duda, un rígido principio de neutralidad empresarial –para la pública *vid.* [SSTC 101/2004](#) y [38/2007](#)–, que, a mi juicio, debería revisarse a la vista de la «[doctrina \*Eweida\*](#)», de modo que la libertad religiosa asuma esa dimensión positiva de adaptación razonable –garantía del principio de proporcionalidad–. En los espacios públicos, los conflictos se han recrudecido, por los muy diversos intentos de las corporaciones locales de prohibir el uso del velo integral en los espacios y servicios públicos municipales. Aunque por razones de falta de competencia, dado que debería ser una cuestión de legalidad formal, la Sala Contenciosa del Tribunal Supremo ha abortado tal política prohibitiva ([STS, 3.ª, de 14 de febrero de 2013, rec. núm. 4118/2011](#)).

Más recientemente, a medio camino entre lo estrictamente profesional y lo público (judicial), este problema se planteó con toda crudeza en nuestro país por la decisión de una letrada de portar el *yihab* en estrados, siendo expulsada por el presidente de la sala. Tras las quejas en sede nacional, demandó al Estado español ante Estrasburgo por vulneración de los derechos a un juicio justo (art. 6.1 CEDH), al respeto a la vida privada y familiar (art 8 CEDH), a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9 CEDH) y la prohibición general de la discriminación (art. 1 Protocolo 12). Lamentablemente, no hemos tenido un pronunciamiento de fondo, que creo hubiese sido muy interesante pues las razones de la letrada –que nunca se tapó el rostro– son más que atendibles, a mi juicio. El TEDH acaba de declarar inadmisibile la demanda porque siendo procedente el recurso de audiencia en justicia en el plazo legal de cinco días, no se formuló –pena que la letrada no hubiese sido más diligente– (STEDH de 26 de abril de 2016, asunto *Barik Edidi c. España*). Una oportunidad perdida, pero seguro que habrá más.

c) *¿El derecho humano político-civil a la libertad de expresión ampara un específico derecho a la de crítica laboral?*

Como genuino «Código Democrático Liberal», el CEDH no podía dejar de reconocer el derecho a la libertad de expresión (art. 10). Y como era previsible, en línea con lo sucedido en el ámbito nacional, su proyección laboral no se hizo esperar, dando lugar a una jurisprudencia «laboral» del TEDH que ha influido notabilísimamente en la conformación de la doctrina del TC español respecto de la vertiente laboral del artículo 20 de la CE. Dado que este tema es de los más conocidos de la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, aquí tan solo recordaremos, con una brevedad extrema, algunas tendencias recientes.

Y, al respecto, la primera advertencia que hay que hacer es el predominio extremo del «casuismo», que hace que las circunstancias de cada caso determinen el sentido del fallo, dificultando hacer pronunciamientos generales sobre cuál es la línea de política jurisprudencial de la Corte de Estrasburgo respecto del valor de la libertad de expresión en las sociedades democráticas de hoy, cada vez más atenazadas. Para ilustrar esta creciente ambigüedad actual, baste con recordar dos casos. De una parte, la STEDH de 12 de septiembre de 2011, caso *Palomo Sánchez y otros c. España*, se alinea claramente en una dirección restrictiva del derecho, legitimando el despido de trabajadores por considerar ofensivo e injurioso un panfleto informativo publicado en el marco de un conflicto laboral, colocado en el tablón de anuncios de la empresa. La sentencia cuenta con un voto disidente de cinco magistrados. De otra, la STEDH de 6 de octubre de 2011, caso *Vellutini y Michel c. Francia*, en el supuesto de una condena, por difamación de un ciudadano que ostenta cargo público –alcalde– a través del manifiesto repartido a la población, a dos miembros de sindicato policial, *reconoce la existencia de un margen más amplio para la crítica por tratarse tanto de una cuestión pública de interés general* cuanto de un típico conflicto sindical. Cómo no, también este pronunciamiento cuenta con un voto disidente, lo que, en última instancia, evidencia el referido casuismo valorativo.

En segundo lugar, y para el ámbito español, hay que confirmar la especial adhesión de nuestra jurisprudencia, constitucional y ordinaria social, a la doctrina de Estrasburgo que, a diferencia

de otros ámbitos, cita con profusión. Solo por remitir a los pronunciamientos más recientes destacan las SSTC [65/2015](#) y [203/2015](#), que toman como precedente determinante la [STEDH de 24 de febrero de 2015, caso \*Haldimann y otros c. Suiza\*](#), y la [STS 329/2016, 26 de abril](#).

Finalizando con una valoración de conjunto, que decante nuestro juicio por encima de la evidenciada complejidad casuística y ambigüedad de políticas jurisprudenciales, creo que es justo reconocer que la jurisprudencia del TEDH, seguida por la jurisprudencia nacional casi a pie juntillas ahora ya, no solo mantiene el pulso con la evolución social, sino que sigue dando pasos de progreso democrático. De este modo, la interpretación evolutiva de la libertad –casi el deber– de crítica sindical de las políticas sociales y económicas, públicas en general, a la luz de una libertad de expresión valorada como eje cardinal de una sociedad democrática ([STS 329/2016, 26 de abril](#), en relación con la [STEDH de 29 de febrero de 2000, caso \*Fuentes Bobo c. España\*](#)), hace del artículo 10 del [CEDH](#) un instrumento especialmente útil para intensificar el contenido colectivo y social, incluso general, de la libertad sindical. El desarrollo de esta línea abierta en la citada [sentencia \*Demir y Baykara\*](#) se halla en la [STEDH de 25 de septiembre de 2012, Sala 2.ª, caso \*Eğitim c. Turquía\*](#), que favorece la configuración *del sindicato como un activo sujeto socio-político al servicio del pluralismo democrático, más en sociedades cerradas*.

### C) El desbordamiento de la prohibición de discriminación en el ejercicio de los derechos del CEDH hacia un derecho autónomo de igualdad de trato laboral y prestacional

Si en el artículo 14 del [CEDH](#) el derecho a la igualdad de trato mediante una garantía de no discriminación *se circunscribe a los derechos y libertades reconocidos* en él, el [Protocolo n.º 12](#) –ratificado por España en 2008– le da una dimensión mayor, para expandirlo a «*todos los derechos reconocidos por ley*». Además, desde el origen, la prohibición de discriminación, a diferencia de lo que sucede en el Derecho de la UE, según constante jurisprudencia del TJUE ([Sentencia de 11 de abril de 2013, asunto \*Ring\*](#)), que opta por un listado cerrado de motivos o causas, en el sistema de protección del [CEDH](#) tiene una formulación abierta: «*sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*» (como, por ejemplo, la residencia –[STEDH de 4 de noviembre de 2008, caso \*Carson y otros c. Reino Unido\*](#)–, la orientación sexual –[STEDH de 24 de junio de 2010, caso \*Schalk y Kopf c. Austria\*](#)– etc.). Conviene advertir, en todo caso, que este reconocimiento ni perjudica el derecho a acciones positivas –[Protocolo n.º 12](#)–, si cuentan con justificación razonable en cada momento histórico ([STEDH de 12 de abril de 2006, caso \*Stec y otros c. Reino Unido\*](#): asume la legitimidad de la diferencia de edad de jubilación a favor de las mujeres, por compensar una desigualdad social y por tener carácter temporal), ni excluye la tutela de las minorías culturales y sociales ([STEDH de 8 de diciembre de 2009, caso \*Muñoz Díaz c. España\*](#)), con medidas positivas que aseguren su continuidad, si bien con los límites razonables ([STEDH de 18 de enero de 2001, relativa a la política social favorable a continuar la costumbre de nomadismo de los «romaní»](#)).

Por supuesto, la enorme extensión de la vertiente laboral y social de este derecho imposibilita un mínimo detalle, remitiendo para algunos aspectos prestacionales a varios de los magníficos comentarios incluidos en este número monográfico (profesor Jaime CABEZA, profesora Margarita RAMOS). Aquí bastará con evidenciar su existencia, consolidación y nuevas oportunidades de desarrollo, tanto por lo que hace a los derechos laborales, como, sobre todo, los derechos de prestaciones sociales. Como viene afirmando el TEDH desde hace más de dos décadas, aunque el CEDH no implica ni un derecho a percibir prestaciones sociales, del tipo que sea, ni limita la libertad de los Estados Contratantes para decidir el nivel de intensidad de las prestaciones a conceder «*cuando un Estado decide crear un régimen de prestaciones, debe hacerlo de una manera compatible con el artículo 14*» (STEDH, Gran Sala, de 2 de noviembre de 2010, caso *Şerife Yiğit c. Turquía*, Ap. 56). Por no ser coherentes con ello, el Estado español ha sido condenado en varias ocasiones por el TEDH (STEDH, Sala 3.<sup>a</sup>, de 3 de abril de 2012, caso *Manzanas Martín c. España*).

#### D) La garantía de la seguridad social –y de la protección social– como «derecho humano de propiedad» en el sistema del CEDH

Una de las construcciones jurídico-sociales más llamativas y originales de la dilatada e intensa trayectoria del TJUE es la aplicación, a derechos netamente sociales, de una garantía pensada para derechos civil-patrimoniales, como es el derecho de propiedad, previsto en el artículo 1 del Protocolo núm. 1, relativo a la protección de la propiedad (además del derecho a la educación –asume más una vertiente de libertad que social– y a elecciones libres –derecho político–). Una vez más, puesto de relieve lo evidente a primera vista, que esta regulación ni garantiza el derecho a convertirse en propietario de un bien –acceso a una prestación social–, ni el derecho a una pensión de una cuantía determinada –tampoco a su revalorización–, ni el deber de instaurar un régimen de protección social –sí reconocido en los arts. 12 y 13 CSE–, también reafirmará que:

«En cambio, desde que un Estado contratante pone en marcha ... una prestación social –cuya concesión depende o no de cotizaciones previas– ... **supone un interés patrimonial que depende del ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo núm. 1** para las personas que cumplen sus condiciones» (STEDH, Gran Sala, de 5 de noviembre de 2010).

Pero la protección efectiva de los derechos de Seguridad Social en el sistema del CEDH no solo emerge de (1) la *protección sustantiva* de ciertos derechos civiles –junto al Protocolo n.º 1, de los ya referidos arts. 8 y 14 (menos, aunque teóricamente sea posible, de los arts. 2 y 3)–, sino también de (2) la tutela dada a las *garantías procesales*, en particular el derecho a un procedimiento equitativo –art. 6 CEDH–. En todo caso, también aquí, como se dijo respecto de la dimensión social de la libertad sindical, la notable evolución jurisprudencial responde a una creciente interrelación con la CSE, al igual que existe una intensa complementariedad entre el derecho sustantivo y el procesal.

*Respecto al derecho a un proceso equitativo o justo* –que incluye una decisión tomada por jueces imparciales, sin dilaciones indebidas y efectivamente ejecutadas; se relaciona, si bien no se debe confundir con el derecho a un recurso efectivo *ex art. 13 CEDH*–, se entiende que entran dentro del ámbito acotado por «los derechos y obligaciones de carácter civil» todas las relaciones de seguridad social –la de protección y la de cotización– (STEDH de 22 de junio de 2006, asunto *Díaz Ochoa c. España*). Sin en un primer momento, de controversia intensa, se centró en discernir los aspectos públicos y los privados de este tipo de relaciones obligatorias, a día de hoy se admite, con carácter general, su inclusión, también de la asistencia social, siempre que se trate de un derecho efectivamente reconocido.

Muy interesante es la STEDH de 8 de abril de 2014, asunto *B. Dhahbi c. Italia*. El caso era el de un tunecino nacionalizado italiano que, antes de esta nacionalización, solicitó una ayuda familiar –era padre de cuatro hijos– de carácter asistencial, negándosela la autoridad italiana, la administrativa y luego la judicial. En esta decisión –definitiva desde el 8 de julio de 2014–, el TEDH constata la violación por Italia del artículo 6, así como del artículo 14 en combinación con su artículo 8. En efecto, por una parte se constata la violación de la obligación de motivación que incumbía a la Corte de Casación italiana con respecto a su negativa a plantear una cuestión prejudicial al TJUE. Por otra parte, la denegación de la ayuda familiar, concedida a los ciudadanos de la Unión, exclusivamente sobre la base de un criterio fundamentado en la nacionalidad, constituye una discriminación no permitida por la Convención. Así, a pesar de que las «razones presupuestarias» esgrimidas podrían constituir un fin legítimo, el empleo de la nacionalidad como único criterio para denegar el acceso a la ayuda familiar no cumple con la proporcionalidad. Declarada la violación, el trabajador inmigrante tunecino obtendrá no solo la compensación equivalente a las prestaciones (9.400 euros: la prestación durante ese tiempo más el interés legal del dinero), sino una indemnización por daños morales (10.000 euros; conviene evidenciar que se reclamó una indemnización por daño moral, pero no se fijó cantidad, concediéndola el TEDH de forma discrecional).

#### 4. VALORACIÓN FINAL: UN CUADRO DE CLAROSCUROS

Pese a una primera apariencia en contrario, difundida en la experiencia de nuestro país todavía hoy, tanto en los profesionales jurídico-laborales como en los jueces del orden social, que apenas utilizan de forma útil y operativa la jurisprudencia del TEDH, la realidad acreditaría que esta ofrece una abanico rico y novedoso de respuestas a problemas laborales y sociales de hoy que pueden complementar, e incluso corregir, las nacionales más asentadas. Como es natural, cuando un «Derecho Vivo» cuenta con tanto bagaje, la valoración no puede ser lineal ni simplista, pues junto a aspectos positivos, como el método de interpretación evolutiva practicado comúnmente por el TEDH –muy superior al estancado del TJUE–, evidencia otros más negativos. Desde esta perspectiva, no solo presenta deficiencias de carácter fundacional para ocupar el papel estelar que debería tener en la reconstrucción de un constitucionalismo europeo de derechos fundamentales en general, y laborales y sociales en particular, sino que *su jurisprudencia socio-laboral no deja*

*de ser un sucedáneo fragmentario de la falta de la auténtica –esperada y esperable– jurisdicción social europea (insuficiente reforma y evolución de los «hermanos pobres» de la Convención «civil» –derechos de pobres, pobres derechos–).*

Cierto, en los últimos años, como hemos evidenciado, el TEDH ha sido el ejemplo más emblemático de jurisprudencia dialógica, comunicativa, que se construye sobre la interrelación y complementariedad de todo el Derecho Humanitario, también en su rama social. Por tanto, su activismo social haría del sistema de protección del CEDH un instrumento potente para dar mayor firmeza a los derechos fundamentales en el ámbito del empleo, el trabajo y la acción social. No obstante, el balance no puede dejar de evidenciar contradicciones y límites.

Ahora bien, a la luz de lo hasta aquí evidenciado en apretada síntesis, y de lo que se va a ver a partir de este momento en los diversos comentarios específicos y detallados, sería un craso error persistir en la actitud de infraestimación –cuando no lisamente ignorante– del papel informador y conformador del TEDH de un nuevo constitucionalismo socio-laboral europeo, con consecuencias no solo teóricas sino muy prácticas en la experiencia jurisdiccional nacional. No es posible aquí detenerse en tan complejo pero crucial reto jurídico del presente, no ya del futuro próximo. Pero sí es oportuno dejar constancia de algunas tensiones de la evolución de la Ciudad de la Justicia Humanitaria de Estrasburgo para calibrar mejor su relevancia. Y es que la Corte de Estrasburgo representa para los Estados y las jurisdicciones nacionales, también para la Comisión Europea y el TJUE, algo parecido a una «verdad incómoda». Aunque hemos apuntado y verá de inmediato que la jurisprudencia del TEDH es un paradigma de la justicia transaccional entre el interés general –representado por las restricciones a los derechos– y los intereses individuales asociados a estos (da una de cal y otra de arena), exhibe creatividad y progreso protector, también en el plano socio-laboral, en detrimento del principio de ajuste económico total hoy imperante. Consecuentemente, si bien su intervención práctica está a años luz de la contestación de las políticas de reformas presididas por la re-mercantilización de todo (también del trabajo y de la protección social), que sí está sabiendo asumir la «doctrina del CEDS», aunque quede más ignorada en la práctica jurisdiccional nacional, su papel como «juez de garantía de la razón de las personas» sobre las de los «mercados» y los «Estados» no es desdeñable, pronunciándose sobre intereses económicos y políticos considerables.

Buena prueba de ello es que todos los actores del sistema temen su protagonismo. De ahí, el sentido de una parte de las reformas más recientes, todavía *in fieri*, en acto, pues no ha entrado en vigor, para reducir su función de juez de garantías individuales para centrarse solo en aspectos de interés general. Pero también en esta incomodidad que genera el TEDH está la raíz de las resistencias a hacer efectivos claros mandatos legales de progreso en esa, regateándosele la posición más institucionalizada y efectiva –formalizada– en el sistema actual de protección o justicia multinivel europeo para de los derechos fundamentales en general, y sociales y laborales en particular, que tiene destinada (art. 6 TUE).

Brevemente, pues no hay ya espacio aquí para más –aunque en la sección Estudios irán apareciendo pronto análisis en esa senda–, dos referencias ilustrativas. De un lado, hemos visto

en la selección aquí hecha de la jurisprudencia socio-laboral del TEDH que a lo largo de este largo tiempo se ha ido haciendo algunos «enemigos poderosos». No es casual que países como Turquía o el Reino Unido, cuando han presidido el Comité de Ministros del Consejo de Europa, hayan propuesto reformas orientadas a reducir su papel, bajo la excusa de evitar la práctica de mutar a la Corte de Estrasburgo en una «cuarta instancia», revisora de cuestiones de Derecho interno que ya habrían cerrado los más Altos Tribunales internos –incluidos el TS y el TC–. La recurrente inquietud de los Gobiernos –sucedió también con la reforma del recurso de amparo en España– por «aligerar la carga de trabajo» de los tribunales, en especial cuando se trata del «juez de última palabra» –aunque en un sistema de justicia multinivel se diluya este concepto–, suele ocultar la pretensión de esquivar las decisiones más gravosas, por entender que invaden la «soberanía legislativa nacional». Sea como fuere, pendiente de entrar en vigor están dos nuevos Protocolos, 15 y 16, que, al margen del análisis más detenido que merecería, buscan hacer de la intensificación del diálogo entre la Corte de Estrasburgo y las instancias propias de las jurisdicciones nacionales –objetivo loable– una suerte de «renacionalización de la tutela de los derechos fundamentales», difuminando, como ha sostenido doctrina nacional solvente (F. VALDÉS, 2016), la idea raíz que dio sentido al sistema de protección del CEDH: la integración europea mediante un acervo común de garantías jurídicas.

De otro, y en directa conexión con este primer temor de los «poderes nacionales», bien sabido es que el mandato de ratificación de la UE del CEDH, establecido en el artículo 6 del TUE, no solo no se ha cumplido todavía, pese a su claridad, sino que es posible que no se cumpla, o que quede *ad calendas graecas*. Y la principal razón para ello está en las resistencias insuperables del TJUE a perder la centralidad que actualmente tiene en el sistema de Derecho europeo. De ahí que, so pretexto de complejidades técnicas, existentes, pero menores de las que dice, ha puesto de relieve que no se puede cumplir actualmente con el mandato (Dictamen 2/2013, de 18 de diciembre de 2014). Quizás podría predicarse del TJUE aquello tan castizo del «perro del hortelano» –«ni come ni deja comer»–, pues renunciando en gran medida a ser un «juez de derechos fundamentales comunitario», por los obstáculos puestos por él mismo, además de los creados por la propia norma, para avanzar en la aplicación horizontal de la Carta (STJUE de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12), tampoco quiere que otro «ocupe su lugar» (que cantara el malogrado Miguel Gallardo). Pero estoy convencido de que la razón del problema es mayor, en la medida en que la jurisprudencia del TJUE parece querer preservar su paradigma mercantil de las libertades económicas, alejado del más socializado del TEDH.

---

## Para saber más

CABEZA PEREIRO, J. [2015]: «La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el TEDH», *Revista de Derecho Social*, núm. 69.

VALDÉS DAL-RÉ, F. [2016]: *Constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo.

Cristóbal Molina Navarrete  
Director