

LA PROYECCIÓN EXPANSIVA DEL CONVENIO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES

THE EXPANDING REACH OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS OVER SOCIAL RIGHTS

DOI: 10.19135/revista.consinter.00021.38

Recibido/Received 22/07/2025 – Aprobado/Approved 20/11/2025

*Ignacio García Vitoria*¹ – <https://orcid.org/0000-0002-0622-5919>

Resumen

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tutela de manera indirecta los derechos sociales, relativizando la dualidad que originariamente se establecía dentro del sistema del Consejo de Europa entre los derechos civiles y políticos, consagrados en el Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH), y los derechos sociales, en la Carta Social Europea (CSE). El objetivo de este artículo es identificar algunas características de esta jurisprudencia. La pregunta es si se trata de una garantía fragmentaria, de contenidos mínimos, basada fundamentalmente en la doctrina del margen de apreciación nacional, deferente respecto al límite de lo presupuestariamente posible, poco estricta en la aplicación del principio de proporcionalidad y tímida en el desarrollo de las obligaciones positivas. Se compara con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Derechos sociales; Obligaciones positivas.

Abstract

The European Court of Human Rights (ECtHR) indirectly protects social rights, relativising the duality that was originally established within the Council of Europe system between civil and political rights, enshrined in the European Convention on Human Rights (ECHR), and social rights, in the European Social Charter (ESC). The aim of this article is to identify some characteristics of this jurisprudence. The question is whether it is a fragmentary guarantee, with minimal content, based fundamentally on the doctrine of national margin of appreciation, deferential about the limit of what is possible in budgetary terms, not very strict in the application of the principle of proportionality and timid in the development of positive obligations. It is compared with the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: European Court of Human Rights; Social rights; Positive obligations.

Sumario: 1. Introducción; 2. La dualidad protección directa/indirecta; 2.1. La protección directa consolidada: libertad sindical y educación; 2.2. La ampliación de la protección directa; 2.3. La protección indirecta; 3. El control de convencionalidad de la legislación interna; 3.1. Las medidas regresivas; 3.2. La prohibición de discriminación; 4. El reconocimiento de prestaciones sociales a través de la doctrina

¹ Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Miembro del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional, igvitoria@der.ucm.es. <https://orcid.org/0000-0002-0622-5919>.

Declaro para los fines pertinentes que no se ha utilizado inteligencia artificial generativa en la elaboración del presente artículo.

de las obligaciones positivas del Estado; 4.1. La priorización de los gastos sociales como decisión de las autoridades nacionales; 4.2. El reforzamiento de las obligaciones positivas; 5. Consideraciones finales; 6. Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

Una jurisprudencia expansiva... La abundante bibliografía que analiza la jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se debate entre el asombro y la insatisfacción. En un caso, se pone el acento en cómo el TEDH ha ampliado progresivamente las opciones de invocar la restricción de derechos sociales, relativizando la dualidad que originariamente se establecía dentro del sistema del Consejo de Europa entre los derechos civiles y políticos, consagrados en el Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH), y los derechos sociales, en la Carta Social Europea (CSE). La interpretación del TEDH ha transformado profundamente el sentido del Convenio y ha llegado a resultados que seguramente eran inesperados para los signatarios del tratado en 1950.

...¿Pero insuficiente? En el lado contrario, se recuerda que aún queda muy lejana la realización de los postulados teóricos sobre la indivisibilidad de los derechos humanos y la fundamentalidad de los derechos sociales, ciertamente esenciales para la dignidad de la persona. En esta línea, se destaca que el TEDH, salvo contadas excepciones, tutela de manera indirecta los derechos sociales, lo que conduce a la existencia de una jurisprudencia fragmentaria, confeccionada con retales de origen diverso. También que es una garantía de contenidos mínimos, basada fundamentalmente en la doctrina del margen de apreciación nacional, deferente respecto al límite de lo presupuestariamente posible, poco estricta en la aplicación del principio de proporcionalidad y tímida en el desarrollo de las obligaciones positivas.

Una pieza dentro del sistema europeo. El calificativo insuficiente es de carácter relativo, se mide por relación a un elemento de contraste. La jurisprudencia social del TEDH es evidentemente insuficiente si ponemos el objetivo en las exigencias de protección de los derechos sociales en Europa. Es una garantía subsidiaria respecto a la protección que ofrecen las Constituciones y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. No es una alternativa a la Carta Social Europea y a la labor del Comité Europeo de Derechos Sociales². El Tribunal Europeo, en la Sentencia **Beeler contra Suiza**, de 11 de octubre de 2022, ha afirmado que los trabajos preparatorios de la Carta Social indican que este instrumento estaba destinado a constituir un “complemento” de la Convención en el ámbito social (§ 50).

La comparación con la jurisprudencia interamericana. La experiencia interamericana aporta una referencia valiosa³. La Corte Interamericana de Derechos

² PÉREZ ALBERDI, M^a.R., “La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales*, núm 1/2011, pp. 93-105; CARMONA CUENCA, E., “Ejecución e impacto de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N^o. 42, 2024; y CANOSA USERA, R. y CARMONA CUENCA, E. (eds.), *La Europa de los derechos sociales: la Carta Social Europea y otros sistemas internacionales de protección*, Tirant lo Blanch, 2024.

³ Esta es la perspectiva propuesta en SANTOLAYA MACHETTI, P. y DÍAZ RICCI, S., “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en GARCÍA ROCA, J. et al. (ed.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Civitas, Thomson Reuters, 2012, pp. 273-309.

Humanos (Corte IDH) ha desarrollado una jurisprudencia social. La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) también contiene fundamentalmente derechos civiles y políticos, quedando los derechos sociales contenidos en un documento especial: el Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales de 1998, denominado “Protocolo de San Salvador”. Existe, no obstante, una diferencia muy relevante en el catálogo de derechos, que consiste en la ausencia en el Convenio Europeo de un artículo similar a la cláusula de desarrollo progresivo de los derechos sociales incluida en la Convención Americana (artículo 26 CADH).

Las diferencias procesales entre ambos sistemas. Debe tenerse presente en la comparación la diferencia evidente que supone el acceso directo ante el TEDH, resultado de la aprobación del Protocolo 11, en 1998, frente al reparto de funciones entre la Corte IDH y la Comisión. El acceso directo conlleva una multiplicación de las sentencias y, en consecuencia, de los potenciales temas analizados, pero también la sobrecarga de trabajo crónica del TEDH. Una diferencia relacionada con la anterior es la que afecta a la legitimación de las organizaciones no gubernamentales para recurrir. La legitimación es más restrictiva en el Convenio, que exige la condición de víctima (artículo 34 CEDH), y más generosa en el Reglamento de la Comisión Interamericana, que permite presentar peticiones a “cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida (...) en su propio nombre o en el de terceras personas”⁴. Otra diferencia procesal relevante es el desarrollo por el TEDH de la técnica de los casos piloto (*pilot judgments*) para gestionar los problemas estructurales que originan un elevado número de demandas y que ha sido utilizada, por ejemplo, para tratar de corregir la falta de condiciones básicas de salubridad de las cárceles o la inejecución sistemática de sentencias nacionales que reconocían beneficios sociales⁵.

El margen de apreciación nacional. También es diferente el grado de arraigo de la doctrina del margen de apreciación, que está más fuertemente asentada en el sistema europeo. Resulta difícil encontrar alguna sentencia que no mencione este principio, a veces combinándolo con la idea de que las autoridades nacionales se encuentran en mejor posición que el Tribunal para decidir sobre el equilibrio entre ingresos y gastos públicos. Este presupuesto aparece enfatizado por la firma del Protocolo número 15 (2013), mediante el que los Estados han acordado introducir en el Preámbulo una referencia expresa al principio de subsidiariedad y al margen de apreciación nacional.

⁴ El problema se planteó directamente en la Sentencia **Centro de Recursos Legales en representación de Văntin Campeanu contra Rumanía**, de 17 de julio de 2014. La mayoría del tribunal y los votos particulares, especialmente el del juez Pinto de Albuquerque, discreparon acerca de cómo justificar la legitimación de la organización no gubernamental para recurrir, porque resultaba difícil en este caso calificar a la entidad recurrente como víctima, ni siquiera de forma indirecta. Las circunstancias eran particularmente extremas: la muerte de un joven de 18 años, en una situación de vulnerabilidad múltiple (etnia gitana, abandonado por sus padres, con VIH, enfermedad mental) en un hospital psiquiátrico.

⁵ El ejemplo más reciente relacionado con el estado de las cárceles es **Rezmives y otros contra Rumanía**, de 25 de abril de 2017; mientras que sobre la inejecución de sentencias internas puede verse **Olaru y otros contra Moldavia**, de 28 de julio de 2009, en el que las sentencias reconocían el derecho de varios funcionarios a una casa social (previamente también **Burdov contra Russia (No.2)**, de 15 de enero de 2009).

2 LA DUALIDAD PROTECCIÓN DIRECTA/INDIRECTA

2.1 La Protección Directa Consolidada: Libertad Sindical y Educación

Su incorporación al Convenio. El sistema europeo y el interamericano coinciden en extender la garantía judicial a la libertad sindical y al derecho a la educación. Aunque la técnica es distinta. En Europa se han incorporado al texto del Convenio. La libertad sindical se incluyó en la redacción original del Convenio. Recordemos que el artículo 11 CEDH señala que la libertad de asociación incluye el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a los mismos y que el derecho a la educación fue añadido en 1952, en el artículo 2 del Protocolo Adicional 1º. Mientras, en América, los dos derechos forman parte del Protocolo de San Salvador, donde se indica que ambos pueden dar lugar a peticiones individuales, con intervención de la Comisión y de la Corte IDH (artículo 19.6).

La duplicación de los contenidos en el Convenio y la Carta Social. La libertad sindical fue también recogida en la Carta Social (artículo 5 CSE), dando lugar a una reiteración entre ambos tratados. Por el contrario, la Carta Social no reprodujo el reconocimiento del derecho a la educación, sino que añadió elementos complementarios, como la prohibición de que los niños en edad escolar obligatoria sean empleados en trabajos que les priven del pleno beneficio de la educación (artículo 7.3 CSE) y el deber de promover la formación profesional (artículos 7.6 y 10 CSE)⁶.

El derecho a la negociación colectiva y a la huelga. El problema que específicamente plantea la libertad sindical, desde las primeras sentencias, es la extensión de la garantía convencional a la acción sindical. A este respecto se observa una notable evolución de la jurisprudencia, desde una posición restrictiva, representada por la Sentencia **Sindicato Nacional de la Policía Belga contra Bélgica**, de 27 de octubre de 1975. En aquella decisión, el TEDH defendió que el Convenio garantizaba de forma genérica la actuación de los sindicatos, de manera que los Estados tenían el deber de escucharles, pero que disponían de autonomía para decidir los medios a través de los cuales cumplir esta obligación de resultado. Por esta razón, consideró que el sindicato recurrente no tenía un derecho concreto a ser consultado de acuerdo con un procedimiento específico de derecho interno⁷. El cambio jurisprudencial llegó con la Sentencia **Demir y Baykara contra Turquía**, de 12 de noviembre de 2008, en la que se extendió la protección del Convenio, considerando que la negociación colectiva se había convertido en un elemento esencial para la protección efectiva del derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a los mismos. La Sentencia de la Gran Sala resumió el acervo jurisprudencial y anunció

⁶ Podría identificarse un segundo ejemplo de repetición de los contenidos del Convenio y la Carta Social en las garantías de la expulsión de extranjeros que residen legalmente en el territorio de un Estado. Esta cuestión se reguló primero en el apartado 8º del 19 CSE y posteriormente en el artículo 1 del Protocolo adicional 7º, aprobado en 1984.

⁷ El TEDH mantuvo esa posición restrictiva hasta la primera década del presente siglo, como muestra una decisión muy destacada sobre el derecho de huelga: la Sentencia **UNISON contra el Reino Unido**, de 10 de enero de 2002.

expresamente que reconsideraba su doctrina impulsado por la evolución del Derecho Internacional y de los ordenamientos internos⁸.

¿Cómo explicar el cambio de criterio? En la Sentencia **Sindicato Nacional de la Policía Belga** contra Bélgica, se utilizó la Carta Social como argumento complementario para excluir el encaje en el Convenio de la participación de los sindicatos en las decisiones de la empresa a través de los procedimientos de consulta. Se razonó que la Carta Social no contenía un auténtico derecho, sino sencillamente se establecía una obligación muy genérica de favorecer este tipo de procedimientos (artículo 6.1 CSE). Además destacó que la Carta permitía a los Estados elegir si se vinculaban a este artículo. La prudente, o tímida, protección que la Carta atribuía a la consulta a los sindicatos resultaría contradictoria con la extensión de la garantía del artículo 11 CEDH. De ser así, argumentaba el TEDH por reducción al absurdo, la Carta supondría un retroceso respecto al Convenio. Por el contrario, la Sentencia **Demir y Baykara contra Turquía** se dictó en un contexto muy diferente. La cautelosa redacción de la obligación de promover la negociación colectiva en la Carta (artículo 6.2 CSE) se había reforzado mediante la interpretación vigorizante del Comité Europeo de Derechos Sociales. Además, la fundamentalidad de este derecho encontraba respaldo adicional en el Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y las normas constitucionales de los Estados. El TEDH podría haber citado también la jurisprudencia de la Corte IDH, que ya previamente había afirmado que “la libertad de asociación, en materia laboral, no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad”⁹.

El margen de apreciación nacional respecto de la regulación de los convenios colectivos. En la Sentencia **Association of Civil Servants and Union for Collective Bargaining y otros contra Alemania**, de 5 de julio de 2022, el Tribunal enfatizó el margen de apreciación nacional del Estado demandado al valorar la compatibilidad de la legislación alemana con el artículo 11 del Convenio. En este caso, la normativa que impedía la aplicación de convenios colectivos promovidos por sindicatos minoritarios no fue considerada contraria al derecho de libertad sindical, precisamente porque, además de tratarse de una restricción de alcance limitado, respondía a la finalidad legítima de garantizar el buen funcionamiento del sistema de negociación colectiva en beneficio tanto de trabajadores como de empresarios.

El control de la prohibición de huelga de los empleados públicos. En **Humpert y otros c. Alemania**, de 14 de diciembre de 2023, la Gran Sala consideró

⁸ Respecto al derecho de huelga, el cambio se manifiesta en el asunto **Sindicato Nacional de Trabajadores de los Ferrocarriles, la Marina y los Transportes contra el Reino Unido**, de 8 de abril de 2014.

⁹ Véase la Sentencia **Huilca Tecse contra Perú**, de 3 de marzo de 2005, párrafo 70. Cabe matizar que el argumento es utilizado por la Corte IDH con una finalidad distinta a los casos que hemos citado del TEDH. Mientras en los casos europeos, la vinculación entre la libertad de asociación y la acción sindical sirve para examinar restricciones legales a la negociación colectiva o a la huelga, en el caso Huilca Tecse se quiere fundamentar que el asesinato de un líder sindical representa una restricción de las posibilidades de asociarse y simultáneamente un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga.

que no eran contrarias al Convenio las sanciones disciplinarias a profesores con estatuto de funcionario por participar durante su jornada laboral en huelgas organizadas por su sindicato, infringiendo la prohibición constitucional de huelga de los funcionarios. La Sentencia aclaró que la prohibición de huelga no podía juzgarse en abstracto o de forma aislada. Se requería una evaluación de todas las circunstancias del caso, considerando la totalidad de las medidas adoptadas por el Estado demandado para garantizar la libertad sindical, y los medios y derechos alternativos concedidos a los sindicatos y a sus miembros para defender sus intereses. Otros aspectos de las relaciones laborales en el sistema en cuestión, como la negociación colectiva, el sector afectado y las funciones desempeñadas por los trabajadores concretos, también eran relevantes para dicha evaluación.

¿Puede citarse como ejemplo de protección directa de un derecho social la prohibición del trabajo forzado (artículo 4 CEDH)? Discrepamos de la posición bastante extendida de incluir la prohibición del trabajo forzado entre los derechos sociales protegidos directamente en el Convenio¹⁰. Obviamente no lo era en 1950. La redacción del artículo 4 CEDH estaba claramente situada dentro de la órbita de los derechos civiles. Es significativo que este mismo derecho se incluyera en 1966 en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 8). Tampoco nos parece que pueda considerarse que la Sentencia **Siliadin contra Francia**, de 26 de julio de 2005 cree un derecho social. Sin negar la relevancia de este precedente para la construcción de la teoría de las obligaciones positivas, nos parece que la protección que reconoce el TEDH está alejada de los derechos reconocidos en la Carta Social, como el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido y con unas condiciones equitativas (artículos 1.2 y 2 CSE). La Sentencia se atiene a los conceptos de esclavitud y trabajo forzado acuñados en el Derecho Internacional y los aplica a unas circunstancias dramáticas: una menor de Togo que es obligada por su familia a emigrar ilegalmente a Francia para trabajar en una casa en contra de su voluntad, sin documentación de identidad, sin remuneración y sin posibilidad de ir al colegio. Un caso que no está relacionado con las condiciones de trabajo en un Estado social, sino que niega las libertades más básicas que creíamos plenamente implantadas. Un tipo de violación de los derechos humanos que creíamos erradicada.

2.2 La Ampliación de la Protección Directa

Los intentos de ampliar el catálogo de derechos sociales. El alcance de la protección directa está lastrado por la reticencia de los Estados a ampliar la jurisdicción del TEDH a los derechos sociales. Conviene tener en cuenta los inconclusos intentos de ampliar la lista de derechos sociales. La Asamblea Parlamentaria ha propuesto la adopción de un protocolo adicional que incluyera algunos derechos sociales en el sistema del Convenio al menos en dos momentos

¹⁰ Por ejemplo, en el *Draft report of the Steering Committee for Human Rights (CDDH) on the legal framework of the Council of Europe for the protection of social rights*, 24 de marzo de 2017, CDDH-SOC(2017)001, p. 22.

distintos¹¹. Primero, a partir de la Recomendación 838 (1978), de 27 de septiembre, que vino precedida por la entrada en vigor del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Más recientemente, la Recomendación 1415 (1999) de 23 de junio, puso en marcha un nuevo intento, apenas veinte días después de que el Consejo Europeo acordara iniciar la redacción de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, que incorpora derechos económicos y sociales. Sin éxito en ambos casos.

Retos relacionados con la tecnología y el medio ambiente. La Declaración de Reikiavik de mayo de 2023, adoptada por los jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa, subraya el compromiso de renovar y reforzar el Convenio, y específicamente de desarrollar nuevos instrumentos para abordar los retos en materia de derechos humanos relacionados con las nuevas tecnologías y el medio ambiente. Aunque no se traduce de momento en un nuevo protocolo, sí muestra una orientación política clara hacia la ampliación y actualización de la protección de derechos.

La extensión de la jurisdicción de la Corte IDH. Algunos tímidos movimientos se han producido para ampliar la jurisdicción de la Corte IDH respecto a los derechos sociales. La Convención Interamericana sobre los derechos humanos de las personas mayores de 2015 prevé que los Estados puedan reconocer como obligatoria la competencia de la Corte IDH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la misma (artículo 36). Se abre la posibilidad de que la Comisión remita a la Corte asuntos en los que se invoque de forma directa el derecho a la salud, a la seguridad social o a la vivienda, entre otros derechos. No obstante, las primeras ratificaciones no parecen incluir una declaración de los Estados en el sentido de aceptar la jurisdicción de la Corte IDH.

2.3 La Protección Indirecta

Contenidos sociales de derechos civiles. El TEDH ha extendido la garantía convencional a través de la protección indirecta, que no se basa en la proclamación de nuevos derechos sino en el desarrollo de contenidos sociales a partir de los derechos civiles. Tradicionalmente, el TEDH ha desarrollado estos contenidos sociales desde el derecho a la propiedad del artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH¹². Sin embargo, en algunas Sentencias también ha aplicado el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8. Los criterios utilizados para valorar la aplicación del artículo 8 han sido concretados por el Tribunal en la sentencia **Beeler contra Suiza**, previamente citada, que se pronuncia sobre la terminación de la pensión a un viudo. Entre estos factores se incluyen cuestiones objetivas determinadas por el legislador interno como el diseño de la prestación, los objetivos o los criterios de terminación,

¹¹ MORTE GÓMEZ, C. y SALINAS ALCEGA, S., “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Derechos económicos y sociales*, Iustel, 2009, pp. 359-412. Para un análisis de los impedimentos que han bloqueado la ampliación puede verse pp. 369 y 373-377.

¹² HERREROS LÓPEZ, J.M.: “La protección de las prestaciones sociales de carácter económico en la jurisprudencia del TEDH a través del artículo 1 del protocolo núm. 1 CEDH”, en REDE. *Revista española de derecho europeo*, N.º. 86, 2023, págs. 41-72

pero asimismo factores relacionados con las circunstancias particulares del caso concreto y, específicamente, los efectos de la prestación en la vida familiar¹³.

El derecho a la salud. Ni siquiera en el caso de la salud, donde el TEDH ha dictado numerosas Sentencias, se ha producido el reconocimiento de un derecho autónomo. Los casos se resuelven argumentando sobre la afectación del derecho a la vida, a la integridad física o a la vida privada y familia, sin que se haya debatido sobre la oportunidad de transitar hacia una protección más directa del derecho a la salud. Se habla conscientemente de “derechos relacionados con la salud”.

Efectividad de los derechos e interpretaciones evolutiva. Un ejemplo de cómo el TEDH amplía los contenidos sociales de los derechos civiles recogidos en el Convenio a partir de una interpretación evolutiva basada en la efectividad de tales derechos es la muy citada Sentencia **Airey contra Irlanda**, de 9 de octubre de 1979, sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos civiles. Se planteaba si se había vulnerado el derecho de la señora Airey a acceder a los tribunales para obtener una resolución de separación matrimonial debido a su escasez de recursos económicos para contratar a un abogado. La notoriedad de la Sentencia deriva de la fuerza con la que se defiende que el Convenio no protege derechos teóricos o ilusorios, sino prácticos y efectivos. A lo que añade que el Convenio debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales y admite expresamente que la protección de los derechos civiles tiene implicaciones sociales, por lo que el ámbito de aplicación del Convenio puede extenderse al terreno de los derechos económicos y sociales. No son compartimentos estancos.

Minimalismo judicial. La Sentencia también refleja el enfoque pragmático que habitualmente caracteriza a la jurisprudencia del TEDH. Se utilizan argumentos de carácter eminentemente casuístico y de los que resulta difícil extraer conclusiones generales. El TEDH apreció que se había vulnerado el artículo 6.1 del CEDH desde una perspectiva muy centrada en las circunstancias concretas de la demanda. Descartó que pudiera deducirse del Convenio un derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos civiles, pues este derecho únicamente se contempla en el artículo 6.2 para los procesos penales. Matizó además que en el caso concreto no se garantizaba efectivamente el derecho de la señora Airey de acceder a los tribunales mediante la posibilidad de representarse a sí misma en el proceso, debido a la complejidad que las demandas de separación tenían en la legislación irlandesa, pero que podría haber otros procesos en los que esta opción de defensa directa fuera suficiente. No se exigió, en consecuencia, que el Estado estableciera un sistema de asistencia jurídica gratuita para todos los procesos civiles. Maximizando el margen de apreciación del Estado en la elección de los medios para el cumplimiento de la Sentencia, se apuntó la posibilidad de que Irlanda se ajustara al Convenio sin necesidad de ofrecer asistencia gratuita ni siquiera para los casos de separación, pues podría ser suficiente con simplificar el procedimiento judicial para hacer viable la opción de que una demandante interviniera sin representación legal. Un enfoque que subraya el rol esencial del legislador nacional en la configuración del derecho.

¹³ DALLI ALMIÑANA, M.: “El Convenio, Más vivo que nunca: las prestaciones sociales y el artículo 8 del CEDH a raíz de la reciente jurisprudencia del TEDH”, en *Revista General de Derecho Europeo*, N.º. 60, 2023

La elasticidad de los derechos civiles no es infinita. La protección indirecta ha permitido cubrir un amplio espectro de posibles violaciones de derechos sociales. Son pocos los casos en los que se excluye la afectación de los diferentes preceptos del CEDH. La excepción más relevante estaría en las barreras arquitectónicas que afectan a las personas con discapacidad, donde el TEDH ha apreciado de forma estricta la conexión con el derecho a la vida privada y familiar de las demandas sobre la eliminación de barreras arquitectónicas. En **Botta contra Italia**, de 24 de febrero de 1998, consideró que las barreras de acceso a una playa en un lugar de vacaciones no eran un auténtico impedimento para el ejercicio del derecho fundamental, sino una genérica afectación de las relaciones interpersonales¹⁴.

La tesis minoritaria de la garantía interamericana directa de los derechos sociales. La Corte IDH ha seguido la estrategia de proteger indirectamente contenidos sociales interpretando evolutivamente los derechos civiles, como puede verse en el caso **Suárez Peralta contra Ecuador**, de 21 de mayo de 2013. La demandante sufría secuelas graves por un caso de mala práctica médica, que se produjo en una situación estructural de falta de supervisión por parte del Estado de los establecimientos sanitarios. La Corte IDH enfocó la Sentencia como un incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones positivas en relación con el derecho a la integridad personal, de un modo similar a como resuelve este tipo de asuntos el TEDH¹⁵. Sin embargo, el voto particular del Juez Eduardo Ferrer MacGregor planteó la posibilidad de superar la protección indirecta, basada en la conexión con el derecho a la integridad, y abordar el derecho a la salud de manera directa y autónoma desde la perspectiva de la cláusula sobre desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 26 CADH)¹⁶.

Y su conversión en posición mayoritaria. La tesis ha sido acogida por la mayoría de la Corte IDH, con dos votos en contra, en la Sentencia **Lagos del Campo contra Perú**, de 31 de agosto de 2017, en relación con la estabilidad

¹⁴ En la misma línea puede verse el asunto **Zehnalová y Zenhal contra la República Checa**, de 14 de mayo de 2002. La demandante, con una discapacidad física, denunciaba que las autoridades locales incumplían la obligación legal de dotar a los edificios públicos de accesos para personas con movilidad reducida. El TEDH inadmitió la demanda por considerarla demasiado indeterminada, porque no se había especificado cuál era la incidencia que la ausencia de instalaciones adecuadas había tenido para el normal desarrollo de su vida.

¹⁵ Es comparable, por ejemplo, con la Sentencia **Calvelli y Ciglio contra Italia**, de 17 de enero de 2002, en la que el TEDH señaló que el artículo 2 CEDH requiere que el Estado disponga de una legislación que obligue a los hospitales, tanto públicos como privados, a la adopción de medidas adecuadas para proteger la vida de sus enfermos y también de un sistema judicial independiente que determine la responsabilidad en caso de fallecimiento. Sobre la responsabilidad del Estado por una atención médica negligente es muy interesante **Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk contra Turquía**, de 9 de abril de 2013, donde el fallecimiento de la paciente se debió a la falta de atención médica por carecer de recursos para pagar una operación urgente.

¹⁶ Posteriormente, el mismo Juez reiteró su posición a favor de la justicia directa de los derechos sociales en votos particulares sobre la estabilidad en el trabajo (**Canales Huapaya y otros contra Perú**, de 24 de junio de 2015), la salud (**González Lluy y otros contra Ecuador**, de 1 de septiembre de 2015), y la vivienda (**Yarce y otras contra Colombia**, de 22 de noviembre de 2016). Los argumentos del voto concurrente se desarrollan en FERRER-MAC GREGOR E., “La garantía interamericana directa de los derechos económicos, sociales y culturales: un debate abierto”, en SERNA DE LA GARZA, J.M. (coord.), *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, disponible en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (<<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3980/19.pdf>>).

laboral. Será interesante seguir las implicaciones que pueda tener el cambio de planteamiento, desde la anterior protección indirecta a la directa que se abre paso en esta última decisión. Las consecuencias no son perceptibles en el asunto concreto, porque la violación del artículo 26 CADH concurre con la de otros derechos civiles. Es un caso de despido de un líder sindical por denunciar públicamente irregularidades en un proceso electoral interno de la empresa, que podría haberse enjuiciado simplemente desde la perspectiva de las libertades de expresión y de acción sindical. La Sentencia es relevante, se utiliza incluso el adjetivo de histórica, por las posibilidades que abre para el futuro y no por la protección que otorga en el caso¹⁷.

La evolución de la jurisprudencia: el derecho a la salud. En la Sentencia **Poblete Vilches contra Chile**, de 8 de marzo de 2018, la Corte IDH se pronunció por primera vez respecto al derecho a la salud de manera autónoma, como parte integrante de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, en interpretación del artículo 26 de la Convención, así como respecto de los derechos de las personas mayores. La evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la justiciabilidad directa de los derechos sociales no es trasladable automáticamente a Europa, porque el CEDH carece de una cláusula sobre el desarrollo progresivo de estos derechos, pero inevitablemente obliga a reflexionar sobre las carencias que pueda tener la protección indirecta.

3 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN INTERNA

3.1 Las Medidas Regresivas

La proporcionalidad en un control concreto de convencionalidad. Las demandas sobre recortes sociales son un campo decisivo donde medir los avances del control del TEDH y las resistencias que derivan de la doctrina del margen de apreciación. La Sentencia **Kjartan Ásmundsson contra Islandia**, de 12 de octubre de 2004, es la referencia principal para la jurisprudencia posterior. Se denunciaba la supresión de la pensión que cobraba un marinero que había sido declarado incapaz para trabajar en un barco, pero que tenía un trabajo a tiempo completo en tierra. La pérdida de la pensión era el resultado de una modificación legislativa que se justificaba por la necesidad de garantizar la viabilidad financiera del sistema de pensiones en el futuro. El TEDH estimó que la cláusula afectada era la primera del artículo 1 del PA 1º, y no la segunda, que se refiere a las condiciones que deben respetar las “privaciones” del derecho de propiedad. El argumento que llevó al TEDH a considerar desproporcionada la restricción del derecho del recurrente al respeto de sus bienes se caracteriza por adoptar una perspectiva concreta, centrada en las circunstancias del recurrente y que evita un examen general de la reforma del sistema de pensiones. Se valoró especialmente que la reforma legal había afectado

¹⁷ Posteriormente la Corte IDH se ha pronunciado sobre la protección de la estabilidad laboral en las Sentencias: **Trabajadores Cesados de Petroperú y otros contra Perú**, de 23 de noviembre de 2017; **San Miguel Sosa y otras contra Venezuela**, de 8 de febrero de 2018; **Benites Cabrera y otros contra Perú**, de 4 de octubre de 2022.

de manera singularmente drástica a un reducido número de pensionistas, entre los que se encontraba el recurrente. Desde esta perspectiva concreta, se declaró que la supresión completa de la pensión que el recurrente había percibido durante casi veinte años constituía un sacrificio excesivo frente a una progresiva reducción que habían experimentado otros pensionistas.

El control de las medidas de austeridad en contextos de crisis económicas. Los recortes sociales que se han producido durante la Gran Recesión han puesto a prueba el alcance del control. No entra a valorar si las medidas que limitan derechos sociales en contextos de recortes sociales por crisis económicas de gran impacto son las más idóneas. Es suficiente que la medida se encuentre amparada en el interés general y no sea irrazonable¹⁸.

La proporcionalidad en un control abstracto. Una de las decisiones del TEDH que más atención ha merecido es **Koufaki y ADEDY contra Grecia**, de 7 de mayo de 2013, donde se planteó la inconvencionalidad de la reducción del 20% del sueldo y las pensiones de los funcionarios públicos. Su relevancia deriva, al menos en parte, de que venía precedida de una serie de decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales, en las que se declaraba que la legislación griega era contraria al derecho a la seguridad social (artículo 12 CSE). El Comité añadía además que los tribunales nacionales y “otros mecanismos”, una aparente alusión al TEDH, podrían estar mejor situados para examinar los efectos de la legislación en el derecho individual de los pensionistas al respeto de sus bienes¹⁹. Sin embargo, desde un juicio abstracto de convencionalidad, el TEDH aceptó que las medidas cuestionadas se justificaban por la necesidad de mantener el equilibrio presupuestario y la estabilidad monetaria en el contexto de una crisis económica sin precedentes en la historia reciente. El aspecto más controvertido es que el TEDH rehusó entrar a revisar la necesidad de la medida, valorando la existencia de medidas alternativas menos gravosas para los afectados. Confió en el juicio de proporcionalidad realizado por los altos tribunales internos, comprobando que éstos tenían presente la jurisprudencia europea en materia de reducción de los salarios y de las pensiones²⁰. La Sentencia revela serias dificultades para articular un control de proporcionalidad riguroso de los recortes sociales²¹.

¹⁸ MARTÍNEZ ROMPELTEN, S.: “La protección de los derechos sociales y el control de las medidas anti-crisis a través del derecho de propiedad: una visión desde el TEDH”, en *Revista General de Derecho Europeo*, Nº. 57, 2022.

¹⁹ Párrafo 82 de la Decisión de 7 de diciembre de 2012, *Federation of employed pensioners of Greece (IKA-ETAM) contra Grecia* (queja número 76/2012).

²⁰ Siguiendo la misma tendencia, la Decisión **da Silva Carvalho Rico contra Portugal**, de 24 de septiembre de 2015, atribuye un peso decisivo a las sentencias previas del Tribunal Constitucional portugués.

²¹ La jurisprudencia comunitaria no ha ofrecido una versión alternativa del control de las medidas de austeridad derivadas de la crisis económica. La política de reducción del gasto adoptada por las autoridades nacionales viene determinada por la necesidad de acogerse a los programas de asistencia financiera de la Unión Europea. Sin embargo, en la medida en que el Mecanismo Europeo de Estabilidad se ha diseñado desde una lógica intergubernamental, la conexión con el Derecho de la Unión Europea ha quedado difuminada. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha rechazado que las medidas de austeridad adoptadas por los Estados para satisfacer las condiciones impuestas en los programas de rescate conlleven una situación de ejecución del Derecho comunitario. Puede verse el Auto del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 2014, **Caso Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros** (asunto C-264/12).

La garantía de un mínimo vital. La Sentencia **Koufaki y ADEDY** aludió además a que los recurrentes no habían acreditado de manera concreta que la reducción de sus ingresos hubiera puesto en riesgo su subsistencia. Esta idea del mantenimiento de las condiciones mínimas de supervivencia tiene su origen en la decisión **Larioshina contra Rusia**, de 23 de abril de 2002. Entonces, el TEDH dedujo de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH) la idea de que los recortes sociales no podrían poner en riesgo la misma supervivencia de la persona afectada. Una tesis que se planteaba solo de manera hipotética, porque en el caso concreto no se consideró acreditada una afectación de tal gravedad²². La protección de un mínimo vital no debe ser una alternativa a la aplicación completa del principio de proporcionalidad, sino un elemento complementario.

La difícil comparación con la jurisprudencia interamericana. La Sentencia de la Corte IDH en el caso **Cinco Pensionistas contra Perú**, de 28 de febrero de 2003, no llegó a aplicar un juicio de proporcionalidad, situándose en el escalón previo del principio de legalidad. Se declaró violado el derecho de propiedad como consecuencia de una actuación administrativa arbitraria. La administración cambió, al margen de los procedimientos legales, su interpretación de las normas que regulaban la pensión y, posteriormente, desconoció las decisiones judiciales favorables a los intereses de los recurrentes. Aunque no era necesario, la Sentencia esbozó algunas consideraciones sobre las consecuencias del principio de desarrollo progresivo sobre el control de las medidas restrictivas. La Corte IDH sostuvo que los retrocesos en la cobertura de las prestaciones sociales deben medirse “sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”²³. Algo similar sucedió en el asunto **Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) contra Perú**, de 1 de julio de 2009, donde el Estado había incumplido las sentencias de tribunales internos. La Corte IDH aprovechó para señalar que el deber de no regresividad no es absoluto, sino condicionado, exigiéndose una justificación reforzada de las medidas restrictivas.

3.2 La Prohibición de Discriminación

La doble cláusula antidiscriminación. El artículo 14 CEDH establece que debe asegurarse el goce sin distinción alguna de los derechos y libertades “reconocidos en el presente Convenio”. Se puede aplicar la denominación de “cláusula subordinada”, que la doctrina americana utiliza para el artículo 1.1 de la CADH, porque ayuda a resaltar que solo puede invocarse en conexión con los demás derechos convencionales. Mientras, el Protocolo 12 al CEDH extiende la prohibición de discriminación a todos los derechos reconocidos en la ley interna de los Estados. Esta cláusula, igual que el artículo 24 de la CADH, tendría carácter autónomo, porque se aplica a las diferencias de trato normativo frente a cualquier

²² Se destaca la escasa aplicación de la cláusula Larioshina en LÓPEZ GUERRA, L. “Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, número 36, 2015, pp. 399-414.

²³ Véase el voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez.

derecho reconocido por el ordenamiento jurídico interno de un Estado. Un auténtico derecho a la “igualdad ante la ley”. A pesar de la potencialidad del Protocolo 12, su aplicación ha sido excepcional, no habiendo hasta la fecha ningún caso específicamente relacionado con el reconocimiento de derechos sociales²⁴. Además, el TEDH ha considerado que si se ha declarado ya la vulneración de la prohibición de discriminación del artículo 14 CEDH, en relación con otro derecho del Convenio, no es necesario examinar el caso de forma separada desde el punto de vista del Protocolo número 12.

Las categorías sospechosas de discriminación. El TEDH mantiene una jurisprudencia clara respecto de las diferencias de trato basadas en las categorías expresamente mencionadas en las cláusulas antidiscriminación, como el sexo, la raza o la pertenencia a una minoría nacional. En **Beeler contra Suiza**, a la que ya hemos aludido, el Tribunal considera contrario a los artículos 8 y 14 del Convenio la diferencia menos favorable al hombre en la terminación de la pensión de viudedad. Afirma la Sentencia que el avance de la igualdad de género es un objetivo primordial en los Estados miembros del Consejo de Europa. Esto supone que habría que aducir razones de mucho peso para que una diferencia de trato basada en el sexo pudiera considerarse compatible con el Convenio, por lo que el margen de apreciación de que disponen los Estados para justificar tal diferencia es estrecho, siendo insuficientes las referencias a tradiciones, suposiciones generales o actitudes sociales predominantes en un país concreto.

La discriminación en el ámbito educativo. El TEDH ha considerado una discriminación indirecta la escolarización de los menores de origen gitano en centros educativos o en clases especiales (con diferencias relevantes entre los asuntos **D.H. y otros contra la República Checa**, de 13 de noviembre de 2007; y **Oršuš y otros contra Croacia**, de 16 de marzo de 2010). También ha aplicado la prohibición de discriminación para amparar los derechos educativos de las personas con discapacidad, como en **Çam contra Turquía**, de 23 de febrero de 2016, donde se considera injustificada la denegación de la solicitud de admisión de una menor ciega en una academia de música de referencia nacional. Dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH, puede destacarse la Sentencia **González Lluy y otros contra Ecuador**, de 1 de septiembre de 2015, donde se declaró que violaba la prohibición de discriminación y el derecho a la educación la expulsión de una menor con VIH de un jardín de infancia. La Corte IDH descartó que la medida pudiera estar justificada por la protección de la salud de los otros menores aplicando un juicio estricto de necesidad, que se fundamentó en la confluencia “en forma interseccional” de “múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH”.

Las diferencias entre nacionales y extranjeros con residencia legal. El TEDH ha controlado de forma intensa las restricciones en el acceso a las prestaciones sociales por razón de la nacionalidad. Es inevitable citar la Sentencia **Gaygusuz contra Austria**, de 16 de septiembre de 1996. Se combinaron la prohibición de discriminación (artículo 14) y el derecho de propiedad (artículo 1 del

²⁴ El Protocolo número 12 aparece citado en la **Sentencia Savez crkava “Riječ života” y otros contra Croacia**, de 9 de diciembre de 2010, en la que se analiza la imposibilidad legal de que las iglesias reformistas impartan religión en las escuelas. El caso no se analiza desde la perspectiva de la libertad de educación, sino desde la libertad religiosa.

Protocolo 1º) para estimar la demanda de un ciudadano extranjero con residencia legal y al que se había denegado el derecho al seguro de desempleo, a pesar de que había contribuido a la seguridad social durante el tiempo que había trabajado. El TEDH consideró que la diferencia de trato carecía de una justificación objetiva y razonable. Mediante un concepto amplio de bienes, se ha extendido la misma doctrina a las prestaciones asistenciales o no contributivas (**Koua Poirrez contra Francia**, de 30 de septiembre de 2003). Sin embargo, ha tenido en cuenta las particularidades históricas en los países bálticos para admitir diferencias entre ciudadanos y residentes permanentes respecto de las cotizaciones por los periodos de trabajo en otros estados de la antigua URSS (**Savickis y otros contra Letonia**, de 9 de junio de 2022).

La residencia habitual como requisito para acceder a las prestaciones sociales. En la **sentencia X y otros contra Irlanda**, de 22 de junio de 2023, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza el rechazo inicial a conceder la prestación universal por hijo a dos madres inmigrantes debido a que no cumplían el requisito legal irlandés de residencia habitual. El Tribunal concluyó que no hubo violación del artículo 14, en relación con el artículo 1 del Protocolo 1º, al considerar que la condición de residencia habitual era un motivo legítimo de diferenciación, y que las solicitantes no estaban en una situación comparable a la de residentes mientras se determinaba su estatus migratorio. Además, durante el período en que no recibieron la prestación, ambas estuvieron bajo la protección estatal mediante el sistema de asistencia a solicitantes de asilo. Por tanto, el Tribunal decidió que no se produjo una afectación significativa ni discriminación ilícita respecto al derecho a la prestación por hijo.

El restrictivo reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita para los extranjeros en situación irregular. El debate se sitúa en la actualidad en el uso de la residencia legal como criterio de diferenciación entre extranjeros. En la Sentencia **Anakomba Yula contra Bélgica**, de 10 de marzo de 2009, el TEDH apreció que la legislación de este país sobre asistencia jurídica gratuita violaba el derecho a un juicio justo (artículo 6) en combinación con la prohibición de discriminación. La norma interna circunscribía el derecho a la asistencia jurídica gratuita para los extranjeros en situación irregular a los procesos en materia de extranjería. La Sentencia destacó como principio general que la residencia legal era un criterio objetivo y razonable para limitar el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Sin embargo, el TEDH estimó la vulneración de los derechos fundamentales en el caso concreto. La aplicación de la legislación había supuesto que se denegara la asistencia jurídica a una mujer congoleña en una demanda sobre filiación. Estaba separada de hecho de su marido y había tenido un hijo con su nueva pareja y para registrar la paternidad real del niño debía plantear primero una demanda para destruir la presunción de paternidad que establecía la legislación a favor de aquel que seguía siendo su cónyuge. La Sentencia se basó en dos argumentos: la intensa conexión de la demanda civil con el derecho a la vida privada y familiar y la relación entre la demanda de filiación y la petición de regularización que simultáneamente había presentado la recurrente. En el proceso sobre el permiso de residencia se alegaba que el padre biológico del niño era belga. Es interesante completar la lectura de la Sentencia con el procedimiento de cumplimiento, donde se puede ver que Bélgica modificó su legislación para reconocer el derecho a la

asistencia jurídica a los extranjeros que residen ilegalmente en el país con las siguientes condiciones: que hayan intentado regularizar su situación, que su demanda presente un carácter urgente y que el procedimiento esté relacionado con el ejercicio de un derecho fundamental.

¿Hacia un reconocimiento menos condicionado? Nuestro Tribunal Constitucional ha mantenido una posición más clara a favor del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros en situación irregular, en la **STC 95/2003**, de 22 de mayo, en la que se declaró la inconstitucionalidad de una normativa que limitaba el derecho a los procesos sobre extranjería. También la Corte IDH, en la **Opinión Consultiva 18/03**, de 17 de septiembre de 2003, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, se ha manifestado en términos más amplios a favor de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor de los inmigrantes en situación irregular, aunque pensando fundamentalmente en los procesos para reclamar derechos laborales.

A un paso de extender la gratuidad de la enseñanza secundaria para los extranjeros en situación irregular. Otro tema que es estratégico para los derechos de los extranjeros en situación irregular es el acceso gratuito a la enseñanza secundaria. El deber de proveer educación primaria gratuita a todos los menores está firmemente asentado en los sistemas internacionales de garantía de los derechos humanos, como argumenta la Sentencia de la Corte IDH en el caso de las **Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana**, de 8 de septiembre de 2005. El debate está en la educación secundaria. La Sentencia **Ponomaryovi contra Bulgaria**, de 21 de junio de 2011 se quedó a medias entre el control abstracto y concreto de la medida. Los demandantes eran extranjeros sin permiso de residencia a los que el Estado reclamaba el pago de las tasas de su educación secundaria (alrededor de 800 € a cada uno de los demandantes). La Sentencia amagó con un control de convencionalidad de la legislación. Se hizo un análisis comparado, en el que se destacaba que de veintiséis Estados estudiados, en diecisiete la educación secundaria era gratuita y accesible a todas las personas que vivían en el país, con independencia de su situación migratoria. Había un consenso europeo del que Bulgaria estaba manifiestamente descolgada. Se citaba como ejemplo del control de constitucionalidad sobre la legislación que excluye la gratuidad de la educación para los extranjeros que residen irregularmente la **STC 236/2007**, de 7 de noviembre. Los argumentos que se utilizaron en la Sentencia sobre el reconocimiento expreso del derecho a la educación en el Convenio, la función social que tiene en una sociedad democrática y el valor estratégico de la enseñanza secundaria en las sociedades actuales (se recoge incluso el término “sociedad del conocimiento”) parecían abonar el terreno para un escrutinio estricto de la proporcionalidad de los límites.

Para después refugiarse en el control concreto. Pero el TEDH se frenó justo cuando estaba a punto de declarar que la exclusión de los extranjeros en situación irregular era contraria a los artículos 14 del CEDH y 2 del Protocolo 1º. A continuación viró bruscamente para terminar declarando que no iba a resolver si Bulgaria podía excluir a los extranjeros en situación irregular de los derechos educativos, porque no es su función controlar en abstracto la convencionalidad de la legislación nacional. Un jarro de agua fría. El TEDH prefirió declarar la vulneración del Convenio atendiendo a las especiales circunstancias de los recurrentes. Entraron en el país cuando eran menores, junto a su madre, que tenía la residencia legal. Al

llegar a la mayoría de edad tuvieron dificultades para obtener un permiso de residencia independiente. En el momento en el que estaban finalizando su educación secundaria carecían de permiso de residencia, aunque lo obtuvieron posteriormente. Estamos por lo tanto ante una ausencia circunstancial del permiso de residencia. La actitud diplomática hacia el Estado no se ha traducido en un ágil cumplimiento de la Sentencia. El procedimiento de ejecución seguía pendiente en noviembre de 2017. Aunque se aprobó en 2015 una nueva ley de educación, no se extendió la gratuidad de la educación secundaria a los extranjeros en situación irregular. Ni siquiera se incluyó la posibilidad de que las autoridades administrativas eximieran del pago de las tasas teniendo en cuenta las circunstancias personales del estudiante extranjero.

El reducido impacto en la jurisprudencia española sobre la atención sanitaria de los irregulares. En cambio, la ambigüedad de la Sentencia **Ponmaryovi** podría haber privado al TEDH de un mayor impacto en terceros Estados. Una muestra en este sentido es la **STC 139/2016, de 21 de julio**, sobre la reducción de los titulares de la asistencia sanitaria. El Decreto-ley excluía de la asistencia ordinaria, no de la atención de urgencia, a las personas que no tuvieran la condición de asegurado, como los extranjeros en situación irregular. Uno de los motivos que se esgrimen para reformar de manera urgente el sistema de asistencia sanitaria son las exigencias de viabilidad que provienen de la Unión Europea. Aunque en este caso la conexión entre los ajustes internos y los programas europeos no resulta tan directa. El Tribunal Constitucional declara la compatibilidad de la medida con el derecho a la salud previsto en el artículo 43 de la Constitución. La Sentencia razona apoyándose en el artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 13 de la Carta Social Europea. Pero hay que ir al voto particular para encontrar las referencias a la jurisprudencia del TEDH.

4 EL RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES A TRAVÉS DE LA DOCTRINA DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DEL ESTADO

El Tribunal ha extendido la aplicación de la doctrina de las obligaciones positivas a áreas como el derecho a la salud, la vivienda, la protección social o los derechos de las personas con discapacidad. En general, estas obligaciones positivas han sido identificadas de manera cautelosa, sin embargo, en determinados pronunciamientos el Tribunal ha precisado cuáles son estas obligaciones específicas. Esto ha ocurrido, sobre todo, en tres supuestos: cuando los daños sufridos por las personas pueden ser atribuidos directa o indirectamente a la acción u omisión estatal; cuando las víctimas estaban bajo la custodia o tutela del Estado, como sucede con detenidos o internos; y cuando los afectados pertenecían a grupos particularmente vulnerables, como personas con discapacidad o integrantes de minorías étnicas²⁵.

²⁵ CARMONA CUENCA, E.: “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Político*, N° 100, 2017, págs. 1209-1238

4.1 La Priorización de los Gastos Sociales como Decisión de las Autoridades Nacionales

La financiación de programas educativos. El TEDH ha sido extremadamente cauteloso en el reconocimiento de obligaciones positivas a partir del derecho a la educación. La Sentencia sobre el **Régimen Lingüístico de la enseñanza en Bélgica**, de 23 de julio de 1968, abrió la puerta a reconocer obligaciones de los Estados acerca del idioma en que se recibe la educación y a la homologación de los estudios. Sin embargo, esta posible extensión de las obligaciones positivas se enmarcaba en una doctrina general de carácter restrictivo. La Sentencia negaba que el artículo 2 del Protocolo conllevara la obligación de financiar un determinado tipo o nivel de educación. El TEDH se apoyó en la formulación negativa del artículo, “a nadie se le puede negar el derecho a la educación”, y en los trabajos preparatorios para rechazar que el Convenio obligara a los Estados a poner en marcha nuevos programas educativos o a extender la gratuidad de la enseñanza, sino que la finalidad del derecho a la educación en el Convenio era sencillamente garantizar el acceso de los ciudadanos a las instituciones educativas existentes.

La cobertura sanitaria. El TEDH también ha ido con pies de plomo respecto a las prestaciones sanitarias, como muestra la decisión de inadmisión en el asunto **Sentges contra Holanda**, de 8 de julio de 2003. El demandante era un menor que sufría una enfermedad degenerativa y utilizaba una silla de ruedas eléctrica para moverse en casa y en el colegio. El asunto tenía como objeto la denegación por parte del seguro médico de un brazo robotizado que se incorporaría a la silla de ruedas para mejorar su autonomía. La Sentencia destacó la amplitud del margen de apreciación nacional respecto de aquellas decisiones que implican priorizar las necesidades a las que deben asignarse los limitados recursos disponibles. El TEDH inadmitió la demanda porque consideró que el demandante recibía una atención médica estándar y que la decisión sobre la concesión de una prestación más avanzada correspondía a las autoridades nacionales²⁶. El TEDH ha tenido en cuenta las circunstancias reales de cada país, como puede verse en **Valentina Pentiacova y otros contra Moldavia**, de 4 de enero de 2005. Los demandantes, enfermos de riñón, argumentaban que la falta de financiación pública de la hemodiálisis les obligaba a gastar la mayor parte de sus ingresos familiares en el tratamiento, lo que interferiría con su derecho a la vida familiar. El TEDH descartó que pudiera derivarse del artículo 8 del CEDH una obligación para el Estado de facilitar un tratamiento gratuito, con una argumentación en la que destacó los avances que se habían producido con la puesta en marcha de un nuevo sistema de asistencia sanitaria.

El derecho al domicilio y a la vivienda: diferencias. El TEDH ha tratado de separar el derecho de toda persona al respeto de su domicilio, protegido por el artículo 8 CEDH, y el derecho a la vivienda, que no estaría amparado por el CEDH y que forma parte del ámbito de decisión política de las autoridades nacionales. El TEDH ha protegido a aquellos individuos que sufren la pérdida de su vivienda como consecuencia de una decisión administrativa o una orden judicial de desahucio con

²⁶ Puede verse también **Nitecki contra Polonia**, de 21 de marzo de 2002, en un caso en el que el Estado financiaba el 70% de los medicamentos del demandante; y **Hristozov y otros contra Bulgaria**, de 13 de noviembre de 2012, sobre el acceso a tratamientos experimentales.

apoyo fundamentalmente en el art. 8 CEDH, en aquella parte del precepto en que se hace referencia al “derecho al respeto (...) de su domicilio”²⁷.

El origen está en las Sentencias **Buckley contra el Reino Unido**, de 29 de septiembre de 1996, y **Chapman contra el Reino Unido**, de 18 de enero de 2001, en las que familias gitanas con un estilo de vida nómada cuestionaban la negativa de las autoridades locales a autorizar la instalación de caravanas en terrenos rústicos y fuera de los espacios específicamente habilitados para acampar. El TEDH sostuvo que la decisión de las autoridades, que implicaba la obligación de abandonar el terreno y la ejecución forzosa del desalojo, constituía una interferencia legítima en el artículo 8 CEDH. Las dos Sentencias fijaron un criterio procedimental para valorar la necesidad de la actuación pública, que tenía carácter discrecional, y desestimaron la demanda tras comprobar que en el procedimiento administrativo se había dado audiencia a los recurrentes y que la decisión se había basado en informes sobre el valor ambiental de los terrenos y en los que se tenían en cuenta los intereses de los demandantes. Los votos particulares en **Buckley** y **Chapman** consideraron que se debía haber concedido mayor peso a la protección de las minorías vulnerables y haber obligado a la administración a ofrecer alternativas efectivas a los demandantes.

La ambivalencia de la doctrina del margen de apreciación nacional. La atribución de un amplio margen de apreciación respecto del planeamiento urbanístico es coherente con la posición del TEDH en temas próximos. Por ejemplo, con la Decisión de inadmisión del asunto **Nobel contra Holanda**, de 2 de julio de 2013, donde se reconoció al Estado una amplia capacidad de intervención en las rentas de los contratos de alquiler. Frente a la denuncia de dos propietarios a quienes se había limitado la posibilidad de subir el alquiler y de otro al que se había obligado a rebajarlo, el TEDH argumentó que las autoridades nacionales disponen de un amplio margen para poner en marcha políticas sociales para garantizar el acceso a la vivienda²⁸. La decisión es interesante porque reconoce que la vivienda constituye actualmente una necesidad social básica y que el legislador puede optar entre diferentes modelos de control de la propiedad.

4.2 El Reforzamiento de las Obligaciones Positivas

Una amplia casuística. En algunas líneas jurisprudenciales del TEDH se incrementa la obligación de prestar asistencia. La doctrina destaca las obligaciones del Estado en relación con los daños que ha causado, las personas que están sujetas a su custodia y la respuesta frente a situaciones de vulnerabilidad²⁹. Pero la casuística

²⁷ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “La vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión integradora del derecho a la vivienda y el derecho de propiedad”, en *Revista de Derecho Civil*, Vol. 12, Nº. 1, 2025, págs. 1-56.

²⁸ Sobre la proporcionalidad de las cargas que deben imponerse a los propietarios puede verse **Hutten-Czapska contra Polonia**, de 19 de junio de 2006.

²⁹ BINDER, C. y STEINER, E. “The European Court of Human Rights and Social Rights”, en BINDER, C. et al. (eds.), *Social Rights in the Case Law of Regional Human Rights Monitoring Institution*, Intersentia, 2016, pp. 52-59; y CARMONA CUENCA, E.: “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Político*, Nº 100, 2017, págs. 1209-1238.

es más amplia. Por ejemplo, la Sentencia **Chipre contra Turquía**, de 10 de mayo de 2001, analizó las obligaciones positivas de las autoridades en materia de salud y educación de las personas que vivían en el norte de la isla y que se veían afectadas por circunstancias excepcionales de división política. Apreció una vulneración del derecho a la educación por el hecho de que en la parte turcochipriota los niños de origen griego solo tenían asegurada la educación primaria en su idioma, mientras que la enseñanza secundaria se impartiría solo en inglés o en turco.

Daños causados por el Estado. El TEDH ha apreciado mayores obligaciones cuando el Estado ha causado la situación de enfermedad. Por ejemplo, en la Sentencia **Bourdov contra Rusia**, de 7 de mayo de 2002, donde la víctima era una persona que había participado en la operación para hacer frente a la fuga radioactiva en la central nuclear de Chernobyl. También en **Oyal contra Turquía**, de 23 de marzo de 2010, sobre la asistencia sanitaria de personas infectadas por VIH por falta de controles en las transfusiones. Esta segunda es directamente comparable con la Sentencia de la Corte IDH **González Lluy y otros contra Ecuador**, de 1 de septiembre de 2015, que versa sobre una niña que es contagiada con VIH como consecuencia de una donación de sangre que se realiza sin garantías. En un estadio previo, en el que aún no se ha podido precisar el nexo causal entre el daño y la actuación del Estado, es interesante la Sentencia **Roche contra el Reino Unido**, de 19 de octubre de 2005, en la que el TEDH estableció la obligación del Estado de facilitar el acceso a la información a un antiguo militar que sospechaba que sus problemas de salud tenían su origen en los experimentos sobre el uso de armas químicas en los que había participado en la década de 1960.

La atención sanitaria de las personas privadas de libertad. El TEDH tiene una importante línea de jurisprudencia relacionada con la falta de atención médica adecuada en las cárceles o en los hospitales psiquiátricos a personas enfermas o con discapacidad³⁰. Pueden citarse como ejemplos las Sentencias **Price contra el Reino Unido**, de 10 de julio de 2001, y más recientemente **Kaprykowski contra Polonia**, de 3 de febrero de 2009. Este segundo caso es más exigente respecto de la obligación de que la atención médica sea adecuada. El demandante, que padecía de una grave epilepsia, había recibido atención, pero el TEDH consideró que ésta no había sido suficientemente especializada³¹. En el mismo sentido, la Corte IDH también ha impuesto al Estado obligaciones de proveer atención y tratamiento médico a las personas privadas de libertad, en el caso **Chinchilla Sandoval contra Guatemala**, de 29 de febrero de 2016.

³⁰ Es un paso adicional respecto de otra serie de sentencias sobre las condiciones básicas de salubridad de las cárceles, cuya referencia principal es **Kalashnikov contra Rusia**, de 15 de julio de 2002. En esta Sentencia se describían situaciones de detención de extrema dureza, por la falta de espacio, la ausencia de ventilación y la proliferación de infecciones. **Brânduse contra Rumanía**, de 7 de abril de 2009, planteaba un problema parcialmente diferente, porque las malas condiciones de la detención derivaban de un problema medioambiental externo, causado por las emanaciones de una fosa séptica que estaba junto a la cárcel.

³¹ En los informes sobre el cumplimiento de la Sentencia se señala que Polonia ha modificado su legislación sobre la atención sanitaria de los presos. *Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights*, 10th Annual Report of the Committee of Ministers 2016, pág. 168.

La adopción de medidas especiales, incluida la excarcelación. Si dentro de la cárcel no puede ofrecerse una atención médica adecuada a presos que tienen enfermedades graves, la Sentencia **Mouisel contra Francia**, de 14 de noviembre de 2002, obliga a valorar la excarcelación. El demandante fue diagnosticado de leucemia y para recibir tratamiento de quimioterapia era trasladado al hospital con escolta y esposado. El TEDH consideró que cuando se constató que la enfermedad estaba progresando y que la cárcel no estaba equipada para ofrecerle una atención adecuada, las autoridades debían haber adoptado medidas especiales, como ingresar al enfermo en el hospital o trasladarle a otra institución donde pudiera hacerse un seguimiento adecuado.

Programas educativos. Sin embargo, se ha mantenido una posición restrictiva en **Velyo Velev contra Bulgaria**, de 27 de mayo de 2014, en la que se descartó que el CEDH exija que los Estados pongan en marcha programas educativos en las cárceles, limitándose a analizar si la denegación de la solicitud de matrícula en un programa que ya estaba operativo se basaba en criterios objetivos. El TEDH simplemente recordó que el derecho de acceso de los presos a la educación es una recomendación del Comité de Ministros, sin pretensión aparente de incrementar su eficacia jurídica.

El realojo de las personas con discapacidad. El TEDH ha esbozado la posibilidad de reconocer algunas obligaciones de vivienda a favor de personas particularmente vulnerables. La decisión pionera fue **Marzari contra Italia**, de 4 de mayo de 1999, en el caso de una persona con una enfermedad incapacitante que había sido desalojada de su domicilio por falta de pago. Finalmente la decisión fue de inadmisión porque el TEDH consideró que las autoridades locales habían ofrecido alternativas que habían sido rechazadas por el demandante³². Mientras el demandante argumentaba que las opciones propuestas no eran adecuadas para sus necesidades, el TEDH sostuvo que las obligaciones positivas que derivan del artículo 8 del CEDH no se refieren a un tipo específico de vivienda.

Y también de las minorías étnicas. La Sentencia **Yordanova y otros contra Bulgaria**, de 24 de abril de 2012, aplicó un control de proporcionalidad más estricto apoyándose en la situación de vulnerabilidad de la comunidad gitana y en que el asentamiento ilegal había sido tolerado durante décadas. A diferencia de los asuntos contra el Reino Unido, los demandantes no eran nómadas. Como un elemento de ese control de proporcionalidad reforzado, la Sentencia señaló que las autoridades deberían haber valorado el riesgo de los afectados por el desahucio de convertirse en personas sin techo y, en ese caso, ayudarles a obtener alternativas de realojo³³. Este precedente plantea un interrogante sobre el alcance de la protección, que se puso de manifiesto en su recepción por la **STC 188/2013**, de 4 de noviembre, sobre el desalojo de las viviendas ilegales situadas en la Cañada Real Galiana. El Tribunal Constitucional hizo una lectura muy restrictiva de la Sentencia Yordanova, según la cual ésta se basaría en la existencia de una discriminación étnica, para concluir que no era aplicable al caso del que estaba conociendo en amparo, por no existir tal

³² En el mismo sentido **O'Rourke contra el Reino Unido**, de 26 de junio de 2001, respecto a una persona que acababa de salir de la cárcel.

³³ La aplicación de un control reforzado ha sido confirmada en **Winterstein y otros contra Francia**, de 17 de octubre de 2013.

forma de discriminación. Por el contrario, el voto particular sostuvo que el factor étnico no era la clave para activar el control de proporcionalidad, sino la situación de vulnerabilidad social y económica de las personas afectadas por el desalojo. El caso no llegó a ser enjuiciado por el TEDH, porque las autoridades locales llegaron a un acuerdo con los vecinos que permitió poner fin a las demandas que se habían interpuesto contra España³⁴.

La atención sanitaria de las comunidades indígenas. El binomio obligaciones positivas y vulnerabilidad vinculada a la pertenencia a un grupo étnico aparece también en la Sentencia **Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay** de 17 de junio de 2005, en la que la Corte IDH sostuvo que el Estado tiene el deber de adoptar medidas para garantizar el derecho a una alimentación adecuada, el acceso a agua limpia y a la atención de la salud. La Sentencia consideró además que la atención debe ser prioritaria cuando se trata de personas especialmente vulnerables, como menores o ancianos³⁵. Las citas que hace el voto particular del Juez Eduardo Ferrer en el caso **Suárez Peralta** a algunas sentencias de las altas jurisdicciones de los Estados miembros y también de la Corte Constitucional de Sudáfrica parecerían apuntar a una extensión del mandato de tutela reforzada más allá de un listado de categorías de grupos vulnerables para abrirlo a situaciones generales de pobreza.

5 CONCLUSIONES

Protección indirecta no equivale a menor garantía. La comparación de la jurisprudencia social del TEDH con su homóloga interamericana conduce a formular dos preguntas que requerirían de un examen más atento. Las más obvia, aunque posiblemente secundaria, es la concerniente a la disyuntiva entre protección directa e indirecta. A modo de hipótesis, que habría que confirmar mediante un análisis más exhaustivo, negaremos que exista una correlación apreciable entre protección directa de derechos sociales y un mayor nivel de garantía. Si se compara la jurisprudencia europea sobre el derecho a la educación, directamente previsto en el Protocolo 1, y los derechos relacionados con la salud, indirectamente garantizados a partir de otros derechos civiles, no es perceptible en la primera un mayor desarrollo del control de convencionalidad o de las obligaciones positivas.

La protección de personas vulnerables. La clave principal en la evolución de la jurisdicción europea está en el desarrollo de obligaciones de tutela más intensas respecto de determinados grupos por razón de su vulnerabilidad. Sería conveniente explorar las posibilidades de garantía que se deducen de una interpretación sistemática que conectara en mayor medida las categorías sospechosas de discriminación con los grupos para los que la Carta Social y las Constituciones nacionales establecen mandatos específicos de protección.

6 BIBLIOGRAFÍA

³⁴ Decisión **Raji y otros contra España**, de 16 de diciembre de 2014.

³⁵ Algunas decisiones de la Comisión abogan por extender la existencia de especiales obligaciones positivas más allá de la jurisprudencia sobre pueblos indígenas y aplicarlo a menores en situación de necesidad económica. Por ejemplo, en la Resolución 42/2015, asunto **Jessica Liliana Ramírez Gaviria**, de 4 noviembre 2015, que aparece recogida en REY CANTOR, E. y REY ANAYA, G.A., *El Derecho Procesal Constitucional. Un nuevo concepto*, Ediciones Doctrina y Ley, 2ª ed., 2016.

BINDER, C. y STEINER, E. “The European Court of Human Rights and Social Rights”, en BINDER, C. et al. (eds.), *Social Rights in the Case Law of Regional Human Rights Monitoring Institution*, Intersentia, 2016, pp. 52-59

CANOSA USERA, R. y CARMONA CUENCA, E. (eds.), *La Europa de los derechos sociales: la Carta Social Europea y otros sistemas internacionales de protección*, Tirant lo Blanch, 2024.

CARMONA CUENCA, E., “Ejecución e impacto de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de derecho constitucional europeo*, N°. 42, 2024.

CARMONA CUENCA, E.: “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Político*, N° 100, 2017, págs. 1209-1238

DALLI ALMIÑANA, M.: “El Convenio, Más vivo que nunca: las prestaciones sociales y el artículo 8 del CEDH a raíz de la reciente jurisprudencia del TEDH”, en *Revista General de Derecho Europeo*, N°. 60, 2023

FERRER-MAC GREGOR E., “La garantía interamericana directa de los derechos económicos, sociales y culturales: un debate abierto”, en SERNA DE LA GARZA, J.M. (coord.), *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, disponible en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (<<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3980/19.pdf>>).

HERREROS LÓPEZ, J.M.: “La protección de las prestaciones sociales de carácter económico en la jurisprudencia del TEDH a través del artículo 1 del protocolo núm. 1 CEDH”, en *REDE. Revista española de derecho europeo*, N°. 86, 2023, págs. 41-72

LÓPEZ GUERRA, L. “Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia”, *Teoría y Realidad Constitucional*, número 36, 2015, pp. 399-414

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: “La vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión integradora del derecho a la vivienda y el derecho de propiedad”, en *Revista de Derecho Civil*, Vol. 12, N°. 1, 2025, págs. 1-56.

MARTÍNEZ ROMPELTEN, S.: “La protección de los derechos sociales y el control de las medidas anti-crisis a través del derecho de propiedad: una visión desde el TEDH”, en *Revista General de Derecho Europeo*, N°. 57, 2022.

MORTE GÓMEZ, C. y SALINAS ALCEGA, S., “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Derechos económicos y sociales*, Iustel, 2009, pp. 359-412.

PÉREZ ALBERDI, M^a.R., “La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales*, núm 1/2011, pp. 93-105.

REY CANTOR, E. y REY ANAYA, G.A., *El Derecho Procesal Constitucional. Un nuevo concepto*, Ediciones Doctrina y Ley, 2ª ed., 2016

SANTOLAYA MACHETTI, P. y DÍAZ RICCI, S., “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en GARCÍA ROCA, J. et al. (ed.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Civitas, Thomson Reuters, 2012, pp. 273-309.