

**LA PROTECCIÓN INDIRECTA
COMO INSTRUMENTO DE EXIGIBILIDAD
DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES
ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

*INDIRECT PROTECTION
AS A TOOL FOR THE ENFORCEMENT
OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS
BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

JORDI BONET PÉREZ
Universitat de Barcelona

Fecha de recepción: 17-6-15
Fecha de aceptación: 12-1-16

Resumen: *La protección indirecta es un criterio interpretativo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que permite extender la protección del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y de sus Protocolos a derechos y libertades que no se encuentran reconocidos en sus disposiciones –entre ellos, los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)– con el fin de garantizar la efectividad de los sí reconocidos. Sus diversas modalidades de aplicación exponen el potencial de la protección indirecta como instrumento que refuerza la exigibilidad de los DESC a escala europea. El análisis de la jurisprudencia del TEDH, sin embargo, refleja los límites jurídicos e interpretativos que mediatizan el alcance jurídico de la extensión –estándares básicos– de la protección obtenida por los DESC.*

Abstract: *Indirect protection is an interpretative criterion of the European Court of Human Rights (ECHR) that allows extending the protection granted by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols to rights and freedoms not included in them--among others, economic, social and cultural rights (ESCR). Its different modalities of application reveal the potential of indirect protection as a tool that strengthen the enforcement of ESCR at the European level. The analysis of the ECHR case-law, however, shows the legal and interpretative limits that*

diminish the importance of the legal reach of the extension---basic standards---of the protection granted under the ESCR.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, protección indirecta, derechos económicos, sociales y culturales, obligaciones positivas, interpretación

Keywords: European Court of Human Rights, indirect protection, economic, social and cultural rights, positive obligations, interpretation

1. INTRODUCCIÓN¹

Partiendo anticipadamente de su consideración como una manifestación jurisprudencial del activismo judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que favorece la consecución de la máxima efectividad de la protección brindada por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) y de sus Protocolos², la protección indirecta permite, en términos generales que más adelante se intentarán precisar, extender la garantía acordada por el CEDH a derechos y libertades que no se encuentran expresamente reconocidos ni en el propio CEDH ni en ninguno de sus Protocolos. En consecuencia, el recurso a la protección indirecta sitúa dentro de la esfera de control jurisdiccional internacional definida por las competencias del TEDH a derechos y libertades que, en principio, quedarían fuera del alcance *ratione materiae* de su labor judicial.

No hay duda de que el TEDH, asumiendo estas coordenadas interpretativas, contribuye a reforzar la exigibilidad jurídica de unos derechos y libertades que, de no ser por su práctica jurisdiccional, carecerían a escala europea de un mecanismo de garantía internacional de naturaleza jurisdiccional y de una jurisprudencia con efectos *erga omnes* susceptibles de fortalecer y elevar su nivel de efectividad. Aun cuando, como se verá, tal oportunidad no se circunscribe a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) no reconocidos en el CEDH o sus Protocolos, el tradicional déficit de exigibi-

¹ La elaboración de este estudio se enmarca dentro del Proyecto de investigación *La exigibilidad jurídica internacional de los derechos económicos, sociales y culturales en periodos de crisis* (DER2012-30652), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

² J. A. CARRILLO SALCEDO, "The European Convention on Human Rights", en F. GÓMEZ ISA and K. DE FEYTER (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*, University of Deusto, Bilbao, 2009, p. 385; como parte de una tendencia dirigida a ofrecer "an evolving, dynamic, and teleological interpretation" del CEDH (*ibíd.*).

lidad jurídica que el ordenamiento jurídico internacional ha venido proyectando sobre los mismos justifica que se destaque y focalice el análisis en la extensión de la protección indirecta en relación con los DESC. Definido el objeto que se pretende analizar, no cabe más que sugerir otros motivos que subrayan el interés de su examen: primero, la constatación de que, en Europa, los mecanismos de garantía de la Carta Social Europea (CSE) no comparten la naturaleza jurisdiccional que sí otorga el CEDH al TEDH³ -por lo que la protección indirecta puede coadyuvar a la *judicialización* internacional de las pretensiones de mayor efectividad de ciertos derechos humanos reconocidos en la CSE o en su versión revisada-; segundo, la pluralidad y diversidad tanto de las modalidades de aplicación mediante las que se implementa la protección indirecta como de la jurisprudencia resultante; y, tercero, la intensidad de las repercusiones de la crisis financiera de 2008 sobre las economías de muchos Estados miembros del Consejo de Europa, que sugiere la relevancia de contar con parámetros jurídicos internacionales que fijen los límites de las políticas regresivas en materia DESC⁴.

Bajo estos parámetros, la aproximación a la introducción y el desarrollo de la protección indirecta por el TEDH, y su incidencia en la exigibilidad jurídica de los DESC, se realizará a través de tres apartados: 1) la delimitación de la *protección indirecta como expresión de la metodología interpretativa del TEDH*; 2) la realización de una *aproximación a las modalidades de aplicación de la protección indirecta*; y 3) la *reflexión sobre el alcance jurídico de la protección indirecta de los DESC en la jurisprudencia del TEDH*.

³ Sin perjuicio de que el ejercicio por el Comité Europeo de Derechos Sociales de su competencia para examinar reclamaciones colectivas conforme a las prescripciones del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, de 9 de noviembre de 1995, y del art. D de la Carta Social Europea (revisada), de 3 de mayo de 1996, le lleve progresivamente a comportarse y emplear un vocabulario próximo al de los órganos jurisdiccionales como el TEDH (C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 251-252).

⁴ A título ilustrativo, y como muestra de su posición respecto a buen parte de los Estados europeos cuyos informes respecto al cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha examinado entre 2012-2015, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) le señaló a España en 2012 “su preocupación por la reducción de los niveles de protección efectiva de los derechos consagrados en el Pacto que ha resultado de las medidas de austeridad adoptadas por el Estado parte, perjudicando de forma desproporcionada al disfrute de sus derechos por las personas y los grupos desfavorecidos y marginados” (CDESC, “Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. España”, *Documento E/C.12/ESP/CO/5*, § 8).

2. LA PROTECCIÓN INDIRECTA COMO EXPRESIÓN DE LA METODOLOGÍA INTERPRETATIVA DEL TEDH

Si, como afirma Abramovich, la falta mecanismos directos de exigibilidad de los DESC puede llevar a plantearse una *estrategia indirecta*, consistente “en reformular las obligaciones justiciables del Estado en materia de derechos civiles y políticos” para hacer discurrir por esa vía la violación de los DESC⁵, su desarrollo no puede sostenerse únicamente en la consolidada afirmación a nivel internacional de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos⁶, sino que las normas jurídicas deben permitir inferir que el “interés tutelado por un derecho civil cubre también el interés tutelado por la definición de un derecho social”⁷. Cobra así sentido la idea de *permeabilidad normativa* sugerida por Scott respecto a los tratados internacionales de derechos humanos⁸: “*the openness of a treaty dealing with one category of human rights to having its norms used as vehicles for (...) protection of norms of another treaty dealing with a different category of human rights*”; sea más o menos perceptible en las disposiciones convencionales y/o fruto de una interpretación conforme con las reglas interpretativas vigentes⁹, su presencia haría factible la protección de derechos y libertades distintos a los formalmente reconocidos en el tratado internacional.

Asimismo, aunque este estudio se focalice en su presencia en la actividad jurisprudencial del TEDH –cuyas competencias le llevan a postularse como garante de un orden público europeo en materia de derechos humanos¹⁰–, lo

⁵ V. ABRAMOVICH, “Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados”, *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 2, 2005, 2, p. 199.

⁶ “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí” (*Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, § 5).

⁷ V. ABRAMOVICH, “Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados”, cit.

⁸ C. SCOTT, “The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 27, 1989, 4, p. 771; el autor, eso sí, está pensando particularmente en la interrelación entre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁹ Las reglas interpretativas contenidas en los arts. 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 (CVDT), expresan el Derecho internacional general en la materia, aunque se admita que una Organización internacional disponga de sus propias *normas pertinentes* (art. 5).

¹⁰ A partir de unas competencias dirigidas a “asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos” (art. 19 CEDH), la práctica del TEDH y de la de hoy extinta Comisión Europea de Derechos Humanos

anterior permite subrayar que la protección indirecta no es una manifestación jurisprudencial privativa del mismo a escala internacional¹¹, ni siquiera ajena a los ordenamientos jurídicos internos¹².

La permeabilidad normativa del CEDH y de sus Protocolos, captada por el TEDH, es perceptible en el que suele considerarse el primer precedente jurisprudencial del desarrollo de la protección indirecta: el *asunto Airey c. Irlanda*. Planteada la vulneración del derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH) debido a las características y el elevado coste del procedimiento de separación ante el Tribunal Supremo, y antes de indicarle al Estado que su libertad de elección de medios le permitía optar por establecer un mecanismo de justicia o asistencia gratuitas¹³ o por simplificar el procedimiento judicial, el TEDH señaló que:

parecen suscribir esta idea, al subrayar que el CEDH es “a constitutional instrument of European public order (ordre public)” (*Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), 23 March 1995, § 75, Series A no. 310); de modo que la función del TEDH sería garantizar la eficacia de ese orden público europeo (*ibíd.*). En torno al debate sobre el CEDH como parte del orden público europeo, es una aportación interesante: M. E. GARCÍA JIMÉNEZ, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del Siglo XXI*, Universidad de Valencia, Valencia, 1998, pp. 33-52. Aunque, como indicara CARRILLO SALCEDO, la existencia de este orden público europeo “does not, however, mean that the Convention’s system constitutes a European human rights *ius commune*” (J. A. CARRILLO SALCEDO, “The European Convention on Human Rights”, cit., p. 641).

¹¹ Esta frase puede resumir probablemente lo que la prolija doctrina especializada entiende la esencia del sistema interamericano al respecto: “the jurisprudence of the Inter-American Court on Human Rights shows that the only adequate way to redress human rights violations is to look at rights in an integrated manner, taking full account of the fact that human rights are indivisible, interdependent, and interrelated” (M. FERIA TINTA, “Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights in the Inter-American System of Protection of Human Rights: Beyond Traditional Paradigms and Notions”, *Human Rights Quarterly*, vol. 27, 2009, 2, p. 459).

¹² “Esta vía resulta de suma importancia en aquellos países, como por ejemplo España y Chile, donde la tutela judicial constitucional a través de acciones tales como la de amparo ha sido restringida a un catálogo cerrado” de derechos fundamentales (V. ABRAMOVICH, “Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados”, cit.); nada de ello puede impedir que existan opiniones que consideran que el Tribunal Constitucional español “ha sido muy parco a la hora de reconducir eventuales violaciones de derechos sociales en vulneraciones de derechos civiles y políticos u otros derechos sociales” (M. DÍAZ CREGO, “El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales”, *LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2012, p. 22). Un amplio panorama comparado respecto a la práctica estatal en varios continentes, por ejemplo, en: M. LANGFORD (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

¹³ El art. 6 CEDH solo hace referencia al asunto de la asistencia letrada gratuita respecto a los procedimientos penales: en su párrafo 3 c), se estipula: “el derecho a defenderse por

“Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The Court therefore considers, like the Commission, that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention [el resaltado es propio]”¹⁴.

Esta percepción jurisprudencial, que recurre a la idea de las *implicaciones de naturaleza social o económica de los derechos civiles y políticos*, junto a la constatación de que el CEDH y sus Protocolos –con alguna excepción– se centran *“almost entirely on the traditional canon of civil and political rights”*¹⁵, son un punto de partida idóneo para analizar la protección indirecta como una manifestación jurisprudencial del TEDH conectada con su metodología interpretativa, mediante una aproximación a su *noción y naturaleza jurídica*, para luego abordar su *fundamento y sus modalidades de aplicación*.

2.1. La protección indirecta en la jurisprudencia del TEDH: noción y naturaleza jurídica

No es fácil definir en qué consiste la protección indirecta si no es, sobre todo, atendiendo a los resultados o efectos jurídicos de su presencia en la práctica jurisdiccional del TEDH. Puede ayudar la opinión de Carrillo

sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan”.

¹⁴ *Airey v. Ireland*, 9 October 1979, § 26, Series A no. 32; parece que la primera opción proyecta una *dimensión prestacional y económica* que aconseja una aproximación interpretativa muy similar o idéntica a la que plantean los que se entienden en sentido estricto como DESC.

¹⁵ E. PALMER, “Protecting socio-economic rights through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights”, *Erasmus Law Review*, vol. 2, 2009, 4, p. 398. Sin perjuicio de que, aun teniendo presentes los criterios taxonómicos propios del Derecho internacional de los derechos humanos, deba apreciarse cómo: a) el derecho a la libertad de asociación sindical tiene un reconocimiento jurídico dual, como derecho civil y político (manifestación del derecho a la libertad de asociación) pero también como DESC; b) el derecho a la instrucción es reconocido en el Protocolo adicional primero al CEDH (art. 2), al tiempo que a escala universal el derecho a la educación lo es en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13); el Protocolo adicional primero al CEDH reconoce el derecho a la propiedad (art. 1), enunciado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17), pero sin desarrollo normativo en ninguno de los dos Pactos Internacionales destinados a tal fin.

Salcedo, para quien la protección indirecta “*has allowed rights not expressly guaranteed in the wording of the aforesaid legal instrument [CEDH y/ o sus Protocolos] to come into its scope of application*”¹⁶; de modo que se ha abierto la posibilidad “*of indirectly protecting rights not expressly recognised in the Convention [o en sus Protocolos]*”¹⁷. De ahí que pueda afirmarse que *funcionalmente* la protección indirecta, según el grado de implicación respecto al derecho o libertad reconocidos expresamente, facilita la inclusión de derechos y libertades no reconocidos ni en el CEDH ni en sus Protocolos dentro del ámbito de aplicación material de estos tratados internacionales, y, consecuentemente, extiende a los mismos la protección convencional otorgada por el CEDH y por sus Protocolos.

Esta doble identidad funcional de la protección indirecta tiene, además, una *proyección teleológica*¹⁸: la protección de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH y sus Protocolos puede resultar inefectiva si no se contemplan las implicaciones que los conectan con otros derechos y libertades no expresamente reconocidos, siempre en función del grado de interdependencia existente, y partiendo, por supuesto, de que la tutela de estos otros derechos y libertades se produce solo en relación con el contenido y alcance jurídicos del derecho o libertad reconocidos. La conectividad teleológica lleva a Brems a entender que la jurisprudencia que sostiene la protección indirecta es aquella por la cual “*a court working with classical civil and political rights nevertheless awards in many cases some (at times limited, at times significant) extent of protection to social rights*”¹⁹.

Sea fruto de un mayor o menor activismo judicial, la práctica jurisprudencial que afirma la protección indirecta debe apoyarse en una metodología interpretativa que permita operar tal extensión jurídica. Así, la *dimensión técnico-jurídica* de la protección indirecta adquiere un doble sentido: primero, la proyección teleológica de la protección indirecta depende de la permeabi-

¹⁶ J. A. CARRILLO SALCEDO, “The European Convention on Human Rights”, cit., p. 675.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ “*La Cour européenne des droits de l’homme perçut rapidement que l’effectivité des droits civils et politiques dont elle avait de garde ne pouvait se concevoir, dans certains cas, qu’à la condition d’admettre les prolongements sociaux de ces droits*” (J-P. COSTA, “La Cour européenne des droits de l’homme et la protection des droits sociaux”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, vol. 82, 2010, p. 210).

¹⁹ E. BREMS, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, en A. BARAK-EREZ and A. GROSS (eds.), *Exploring Social Rights between Theory and Practice*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2007, p. 137.

lidad normativa expresada por los instrumentos convencionales; y, segundo, las reglas de interpretación vigentes permiten la construcción medial de argumentos jurídicos a partir del margen jurídico ofrecido por el CEDH y sus Protocolos para expandir su ámbito de aplicación material a acciones u omisiones que, por su objeto y consecuencias, les resultan en apariencia ajenas *ratione materiae*. Tal extensión es factible puesto que el TEDH “*has developed numerous legal techniques that may be useful also for other (national as well as international) courts and supervisory bodies dealing with human rights law*”²⁰. La práctica del TEDH, mediante herramientas técnico-jurídicas adecuadas, traduce en resultados concretos aquello que la permeabilidad normativa del CEDH parece potencialmente proyectar.

En definitiva, la protección indirecta parece ser un *criterio interpretativo* al que recurre el TEDH con el fin de extender la protección de derechos y libertades que no se encuentran expresamente reconocidos por el CEDH o sus Protocolos, incluida la tutela judicial ejercida por el tribunal, en la medida en que su salvaguardia tenga implicaciones para la efectividad del goce y disfrute de los derechos y libertades sí reconocidos por el CEDH y sus Protocolos.

Esta primera aproximación perfila la necesidad de, al menos, cuatro precisiones al respecto:

- La protección indirecta no se predica como un criterio interpretativo privativo de exclusiva aplicación a los DESC, sino que el TEDH lo ha utilizado también respecto a derechos y libertades, catalogables como civiles y políticos, pero que no se encuentran tampoco reconocidos en el CEDH o en sus Protocolos. Un ejemplo muy significativo es aquella jurisprudencia del TEDH que, desde el *asunto Soering c. Reino Unido*²¹, ha interpretado el artículo 3 CEDH²² “*as including an absolute prohibition on extradition or expulsion where there is a sufficient risk that the complainant will face serious ill-treatment if returned to another state*”²³; al hacerlo, se ha dejado claro en alguna decisión judicial del TEDH que:

*“The right to political asylum is not protected in either the Convention or its Protocols”*²⁴.

²⁰ *Ibid.* p. 136.

²¹ *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, Series A no. 161.

²² “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

²³ E. PALMER, “Protecting socio-economic rights through the European Convention on Human Rights...”, *cit.*, p. 412 (nota 102).

²⁴ *N. v. Finland*, no. 38885/02, § 158, 26 July 2005.

- La protección indirecta, como apunta Warbrick, puede no necesariamente dirigirse a tutelar DESC, sino que puede contribuir de manera genérica a proteger “economic and social interests (whether or not economic and social rights)”²⁵; es decir, la pretensión del demandante puede sustentarse en un interés que, aunque relacionado con expectativas económicas, sociales y culturales identificables con los DESC, no se ha particularizado –o ello no ha sido posible–, como un contenido jurídico propio de un derecho humano (DESC). Así, por ejemplo, en relación con un requerimiento a los demandantes para no informar a mujeres embarazadas sobre la posibilidad de abortar fuera de territorio irlandés, el TEDH realizó un balance de intereses en el que ponderó la salud de estas mujeres sin referir la *implicación* con el artículo 10 CEDH (libertad de expresión) a su derecho a la salud:

*“the injunction has created a risk to the health of those women who are now seeking abortions at a later stage in their pregnancy, due to lack of proper counselling, and who are not availing themselves of customary medical supervision after the abortion has taken place”*²⁶.

- El TEDH, según Sudre, dispone de una *panoplie*²⁷ de medios interpretativos para proteger indirectamente los DESC (u otros derechos y libertades no expresamente reconocidos en el CEDH): “*notions autonomes, protection par ricochet, obligations positives, effet horizontal et même recours au soft law*”²⁸. La protección indirecta, pues, no se instrumenta solo mediante la denominada protección de rebote o por *ricochet* –que no debería confundirse, entonces, con la propia protección indirecta–; la protección de rebote es una creación puramente pretoriana²⁹ que extiende la protección otorgada a un derecho o

²⁵ C. WARBRICK, “Economic and Social Interests and the European Convention on Human Rights”, en M. BADERIN, and R. Mc CORQUODALE (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 247.

²⁶ *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, 29 October 1992, § 77, Series A no. 246-A.

²⁷ F. SUDRE, “La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l’homme: un exercice de «jurisprudence fiction»?”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, Vol 55, 2003, p. 768.

²⁸ J.-P. COSTA, “La Cour européenne des droits de l’homme et la protection des droits sociaux”, cit., p. 211.

²⁹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme*, PUF, 12^e édition refondue, Paris, 2015, p. 869, § 612.

libertad por el CEDH o un Protocolo ponderando la interrelación –“attraction”³⁰– de su contenido jurídico con el de un DESC. La protección indirecta no se encauza exactamente igual si tal extensión se produce, por ejemplo, a través de la delimitación autónoma que realiza el TEDH del alcance jurídico de una de las nociones empleadas en las disposiciones convencionales³¹.

- La tutela jurídica de los DESC o de intereses económicos, sociales y culturales no particularizados como tales se vehicula también como soporte de las finalidades legítimas³², de utilidad pública o de interés general³³ que justifican las limitaciones del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos; es decir, afirmando y reforzando la protección del interés público garantizado por el Estado³⁴. Eso sí, se producen referencias muy (incluso excesivamente) genéricas a los “*interests of social justice*”³⁵, sin perjuicio de que se admita correlativamente que el Estado goza de una amplia discrecionalidad para

³⁰ F. SUDRE, “La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l’homme...”, cit., p. 760.

³¹ Por ejemplo, la protección indirecta de un DESC (o de un interés de naturaleza económica, social o cultural) a través del derecho a un proceso equitativo –art. 6 CEDH– puede depender de interpretar que la noción de *obligaciones de carácter civil* engloba o no las reclamaciones cuyo objeto es un derecho o interés económico, social o cultural –piénsese en una reclamación administrativa respecto a una prestación social–; la operación interpretativa no es igual a la que supone inferir la dimensión DESC de un derecho o libertad expresamente reconocido a partir de las expectativas generalizables que caracterizan su contenido jurídico.

³² Véanse las cláusulas restrictivas operativas respecto a ciertos derechos y libertades, en las que se enumeran una pluralidad de finalidades que legitiman la restricción de los derechos y libertades reconocidos: párrafo 2 de los arts. 8 a 11; o bien, el párrafo 3 del art. 2 del Protocolo n.º 4.

³³ La primera como potencial justificación de la privación de la propiedad y la segunda de la reglamentación del uso de bienes (art. 1 Protocolo adicional primero).

³⁴ A modo de ejemplo, se ha tenido presente al evaluar la admisibilidad de una demanda respecto a los efectos sobre el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) de los ruidos generados por un aeródromo privado, la “*proportion of the employment created by the aerodrome being dependent on such flying*” (*Ashworth and other v. United Kingdom* (dec.), no. 39561/98, § 1, 20 January 2004); al ponderar el carácter discriminatorio o no de la exclusión de los demandantes del ámbito de aplicación de una exención de impuestos, se ha sopesado si esta favorecía o no la transmisión generacional de empresas y la mejora de “*the job market*” (*Ana Maria Francisca Berkovens and Johannes Cornelius Berkovens v. the Netherlands* (dec.), no. 18485/14, § 34, 27 May 2014).

³⁵ Por ejemplo, al evaluar la vulneración del derecho a la propiedad en relación con la adopción de paquetes de austeridad (*N.K.M. v. Hungary*, no. 66529/11, § 65, 14 May 2013).

establecer su política económica y social³⁶. Debe recordarse, asimismo, que la salud es una finalidad legítima contemplada en el CEDH y sus Protocolos para la imposición de limitaciones al ejercicio de algunos de los derechos y libertades reconocidos³⁷; dos relativamente recientes sentencias del TEDH contra la República Checa, por ejemplo, han ponderado a tenor de esta finalidad legítima la adecuación al artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar) de “*some precautionary measures to protect the newborn child's health*”³⁸.

2.2. Fundamento y modalidades de aplicación de la protección indirecta

El carácter afirmativo de la protección indirecta como criterio interpretativo, enlaza necesariamente con una metodología interpretativa que parte de la potencialidad de la *dimensión teleológica* del CEDH³⁹: de su efecto útil como instrumento jurídico cuya finalidad es la protección internacional de

³⁶ *Ioanna Koufaki et ADEDY contre la Grèce* (dec.), nos. 57665/12 et 57657/12, § 39, 7 Mai 2013; el acrónimo ADEDY corresponde a la Confederación de Sindicatos de Funcionarios Públicos helena.

³⁷ Véase Nota 32.

³⁸ *Hanzelkovi v. the Czech Republic*, no. 43643/10, § 79, 11 December 2014; en el mismo sentido: *Dubská and Krejzová v. the Czech Republic*, nos. 28859/11 and 28473/12, §§ 97-101, ECHR 2014 (esta segunda sentencia de la Sala del TEDH ha sido objeto de remisión a la Gran Sala conforme al art. 43 CEDH); en concreto, se examina la duración de la permanencia del neonato en el hospital tras el parto.

³⁹ Téngase presente que el art. 31 CVDT establece como regla interpretativa general (véase Nota 9) que:

“1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

los derechos humanos⁴⁰; en su ya mencionada sentencia sobre el *asunto Airey c. Irlanda*, el TEDH argumenta que el CEDH “*is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective*”⁴¹.

La efectividad del CEDH y de sus Protocolos es inseparable, además, de una percepción *dinámica y evolutiva* de los instrumentos jurídicos respecto a los cuales dispone de competencia el TEDH: “*The European Court of Human Rights interprets the Convention in the light of present-day conditions*”⁴², teniendo presente la evolución de las sociedades europeas respecto a las materias concernidas. El encaje convencional de los DESC o los intereses económicos, sociales y culturales no particularizados como tales hace indispensable una interpretación evolutiva, ya que, según O’Connell, son ámbitos materiales “*that could not conceivably have been within the intention of the drafters of the Convention*”⁴³; afirmación coherente con la realizada por Fernández de Casadevante Romaní, al subrayar que la “consecuencia de esa interpretación evolutiva del Convenio [del CEDH] llevada a cabo por el TEDH ha sido el reconocimiento de nuevos derechos o, en su reverso, el establecimiento de nuevas obligaciones a cargo de los Estados”⁴⁴.

La maximización del alcance de la efectividad del CEDH y de sus Protocolos reclama adicionalmente la concurrencia de otro criterio interpretativo que, de un modo u otro, fundamenta más íntimamente el recurso jurisprudencial a la protección indirecta: la identificación en el CEDH y en sus Protocolos de *obligaciones positivas* que, según MOWBRAY, implican el compromiso estatal de “*to undertake specific affirmative tasks*”⁴⁵:

⁴⁰ Téngase presente que el art. 1 CEDH, en su versión inglesa, afirma que: “*The High Contracting Parties shall secure* [el texto igualmente auténtico en francés emplea el término *reconnaissent* mientras que la versión española usa el término *reconocen*] *to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention*”; el subrayado es propio.

⁴¹ *Airey v. Ireland*, 9 October 1979, § 24, Series A no. 32.

⁴² *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 58, Series A no. 31.

⁴³ R. O’CONNELL, “Social and Economic Rights in the Strasbourg Convention”, en *Rule of Law and Fundamental Rights of Citizens: the American and European Conventions on Human Rights*, Esperia Publications, London, 2009, p. 16; disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1368722> (consulta: 01/05/2015).

⁴⁴ C. FERNÁNDEZ DE CASDEVANTE ROMANÍ, “El sistema europeo: el Consejo de Europa y los derechos individuales (I)”, en: C. FERNÁNDEZ DE CASDEVANTE ROMANÍ (dir.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dilex S.L., 4ª edición, Paracuellos del Jarama (Madrid), 2011, p. 191.

⁴⁵ A. MOWBRAY, “*The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*”, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2004, p. 2.

“A central element in the Court’s use of the ‘practical and effective’ principle of interpretation has been the view that States cannot fulfil their duties under the Convention by simply remaining passive. As we have seen in the cases examined above, various forms of positive obligations have been imposed upon different governmental bodies in order to secure a realistic guarantee of Convention rights and freedoms”⁴⁶.

El CEDH y sus Protocolos contienen expresamente obligaciones de este tenor: *“The dominant group of positive obligations expressly imposed (...) were concerned with different stages of the criminal justice system”⁴⁷*; no obstante, aun cuando el TEDH admita no haber desarrollado una teoría general sobre las obligaciones positivas⁴⁸, interpreta generalmente que el Estado no solo está obligado a abstenerse de interferir en los derechos y libertades reconocidos el CEDH y sus Protocolos: *“in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective”* respeto de los mismos⁴⁹.

La jurisprudencia del TEDH contribuye a pensar, como hace SHUE, que es imposible que un derecho o libertad quede plenamente garantizado sin una acción positiva estatal⁵⁰; además, es un ejemplo de cómo la brecha derechos civiles y políticos/DESC se ha visto reducida al admitirse progresivamente por la doctrina y la práctica internacional que las obligaciones tanto positivas como negativas se integran en las exigencias jurídicas de cualquier

⁴⁶ A. MOWBRAY, “The Creativity of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 5, 2005, 1, p. 78.

⁴⁷ A. MOWBRAY, “The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights...”, cit. p. 222. Sin ánimo de exhaustividad: todo detenido preventivamente deba ser informado, “en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella” –artículo 5,2 CEDH–; o bien, también, el derecho de todo encausado a “ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia” –artículo 6,3 c)–.

⁴⁸ *Plattform “Ärzte für das Leben” v. Austria*, 21 June 1988, § 31, Series A no. 139.

⁴⁹ *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 30, Series A no. 31 (en este caso el respecto al derecho a la vida familiar); quizá, la ausencia de una teoría general jurisprudencial se deba a la diversidad de tipologías de obligaciones positivas presentes en la jurisprudencia del TEDH (A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights...*, cit. p. 2); MOWBRAY las compila tras su estudio de jurisprudencia, incluida la muy relevante obligación jurídica de tomar medidas razonables para proteger al individuo de violaciones del CEDH o de sus Protocolos por otras personas privadas (*ibid.* pp. 225-231).

⁵⁰ H. SHUE, *Basic Rights: Substance, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, Second edition, Princeton (NJ), 1996, p. 53; partiendo de su conceptualización tripartita de las obligaciones jurídicas relativas a los derechos humanos –*avoidance, protection and aid*–.

derecho o libertad⁵¹. Todo ello, sin perjuicio de que el balance entre obligaciones positivas/negativas pueda variar en función del contenido jurídico de cada derecho o libertad reconocidos⁵².

Todo esto convierte en nada desdeñables los llamamientos de autores como Merrills a la cautela interpretativa, pensando precisamente en las obligaciones positivas respecto a los DESC. Entre otras razones, porque un Estado Parte “*may not bargain for is to find itself put to considerable trouble and expense as a result of an obligation to advance particular social or economics which it may not wholly support*”⁵³. La prudencia parece ser la divisa del TEDH al respecto⁵⁴: si bien las obligaciones positivas han facilitado “*to provide for the economic and social needs*”⁵⁵, no es menos cierto que el proceso interpretativo responde a la lógica de los derechos civiles y políticos de los que se infiere tal extensión material⁵⁶. Por ejemplo, está condicionado por la aplicabilidad del espacio de discrecionalidad del que disponen los Estados Partes para adoptar sus decisiones –criterio del *margen de apreciación*⁵⁷–. Estos factores permiten, sin duda, mediatizar el nivel de los estándares alcanzados⁵⁸.

⁵¹ M. SEPÚLVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2003, p. 124; en idéntico sentido: Ch. TOMUSCHAT, *Human Rights. Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, Third edition, Oxford, 2014, p. 148.

⁵² A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights...*, cit. p. 224.

⁵³ J.G. MERRILLS, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, Second edition, Manchester, 1993 [paperback edition 1995], p. 106; MERRILLS entiende que, pese a que las decisiones del TEDH estén muy influenciadas por ciertas características del CEDH –por ejemplo, la evidencia de que contiene obligaciones jurídicas de carácter objetivo–, la aproximación interpretativa del TEDH tiene su base en la CVDT (*ibid.* p. 69).

⁵⁴ E. BREMS, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, cit., p. 164.

⁵⁵ C. WARBRICK, “Economic and Social Interests and the European Convention on Human Rights”, cit. p. 256.

⁵⁶ E. BREMS, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, cit., p. 165.

⁵⁷ Véase Apartado 4.2. Partiendo del carácter subsidiario de su jurisdicción así como de que las autoridades nacionales están en principio mejor situadas para evaluar las necesidades derivadas de la realidad social interna, el TEDH entiende que, al realizarse el balance entre los intereses del individuo y los intereses generales que puedan justificar la adopción de limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos (también cuando se recurre a la cláusula derogatoria del art. 15 CEDH), el Estado goza de un margen de apreciación, más o menos extenso según el caso, respecto a la forma en que pondera los intereses en juego.

⁵⁸ Señala PALMER que, “*despite the well-recognised conceptual inadequacy of the positive-negative dichotomy of rights, its pervasive influence continues to be strongly reflected in the ECtHR’s*

Admitiendo que la práctica jurisdiccional del TEDH reserva, al menos expresamente, “*a rather limited role*”⁵⁹ a la operación de identificación del sentido corriente de los términos empleados en el CEDH y sus Protocolos en el marco de su contexto, como parte del proceso interpretativo⁶⁰, cabe plantearse si la protección indirecta se apoya, dentro de las coordenadas descritas, en una interpretación fundamentada en el principio de integración, de manera que el significado de los términos empleados se encuentre “*in the context of the treaty as a whole (including the text, its preamble and annexes, and any agreement or instrument related to the treaty and drawn up in connection with its conclusion)*”⁶¹.

Aun cuando, como señala Nolte, las referencias al Preámbulo sean la excepción a la “*lack of importance of the context*” en la jurisprudencia del TEDH⁶²,

jurisprudence, especially in socioeconomic complaints concerning access to basic socio-economic provisions” (E. PALMER, “Protecting socio-economic rights through the European Convention on Human Rights...”, cit. p. 424).

⁵⁹ G. NOLTE, “Report 2. Jurisprudence Under Special Regimes Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice”, en: G. NOLTE (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 249.

⁶⁰ Hay ocasiones, por ejemplo, en que los términos en que está redactada la disposición convencional –por ejemplo, el art. 7 CEDH (No hay pena sin ley)– no son tenidos por argumento esencial: “*taking into account the developments mentioned above [nuevos instrumentos jurídicos internacionales], the Court cannot regard that argument as decisive*” (*Scoppola v. Italy* (no. 2) [GC], no. 10249/03, § 107, 17 September 2009). La opinión parcialmente disidente de los jueces NICOLAOU, BRATZA, LORENZEN, JOČIENÉ, VILLIGER y SAJÓ en este asunto sostiene que ninguna interpretación judicial “*however creative, can be entirely free of constraints. Most importantly it is necessary to keep within the limits set by Convention provisions*” (*ibid.* pp. 46-47), apoyándose en la propia jurisprudencia del TEDH: “*the Court cannot, by means of an evolutive interpretation, derive from these instruments a right which was not included therein at the outset. This is particularly so here, where the omission was deliberate*” (*Johnston and Others v. Ireland*, 18 December 1986, § 53, Series A no.112).

⁶¹ J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, 8th edition, Oxford University Press, 2012, p. 381. Lo que concuerda con la idea de que el sentido corriente de los términos empleados en el tratado internacional “*must not be determined abstractly but in their context and by reference to the objective and the purpose of the treaty*” (C. FERNÁNDEZ DE CADAVEANTE Y ROMANÍ, *Sovereignty and Interpretation of International Norms*, Springer, Berlin, 2007, p. 47; del mismo autor: C. FERNÁNDEZ DE CASAVEANTE ROMANÍ, *La Interpretación de las Normas Internacionales*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, p. 84); idea que comparte el juez REES, en una opinión disidente en la que señaló que la determinación del sentido corriente de los términos del tratado internacional “*can only be established from the text as a whole*” (*Vo v. France* [GC], no. 53924/00, § 4 [dissenting opinion of Judge Rees], ECHR 2004 - VIII).

⁶² G. NOLTE, “Report 2. Jurisprudence Under Special Regimes...”, cit., p. 251.

no hay que despreciar aquellos indicadores que pueden permitir interpretar (e integrar) los términos utilizados en el CEDH y sus Protocolos coherentemente con los presupuestos de la protección indirecta; partiendo de que el Preámbulo sostiene la dimensión teleológica que justifica la adopción de la protección indirecta como criterio interpretativo⁶³, existen disposiciones convencionales cuya redacción canaliza potencialmente la protección de derechos y libertades, incluso de intereses, en principio ajenos al CEDH y sus Protocolos⁶⁴. Por ende, la redacción de otras disposiciones convencionales no impide la inferencia de conexiones implícitas con derechos y libertades y/o intereses no particularizados como derechos y libertades que no se encuentran expresamente reconocidos en el CEDH o en sus Protocolos –por ejemplo, el derecho a la vida⁶⁵–, ni que de esas mismas disposiciones convencionales se desprenda que puedan abarcarlos o incorporarlos vía interpretativa para su tutela jurídica⁶⁶.

El desarrollo del criterio de la protección indirecta también puede relacionarse con una interpretación sistémica⁶⁷ del CEDH y de sus Protocolos –más allá de su integración contextual con acuerdos o práctica posteriores acerca de la interpretación del propio tratado internacional (artículo 31,2 CVDT)–, que tenga bien presente todo su *entorno normativo*⁶⁸:

⁶³ Ibid. pp. 251-252.

⁶⁴ Por ejemplo, el derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH) o la prohibición general de la discriminación (artículo 1 Protocolo 12); véase Apartado 3.1. (protección indirecta por conexión explícita).

⁶⁵ Como señala SEPÚLVEDA, la protección del derecho a la vida puede entrañar la necesidad de que un Estado “provide assistance commodities to those deprived of the means to protect their lives through their own efforts”, atendiendo a sus necesidades básicas (M. SEPÚLVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant...*, cit., p. 146).

⁶⁶ Por ejemplo, el derecho a la propiedad (art. 1 Protocolo adicional primero) respecto a las prestaciones de seguridad social.

⁶⁷ En el sentido de un *logical system* entendido como un “set of norms expressed” (U. LINDERFALK, *On The Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, Berlin. pp. 105 y 189); en torno al CEDH y este tipo de interpretación: J. D’ASPROMONT, “Articulating International Human Rights and International Humanitarian Law: Conciliatory Integration under the Guise of Conflict of Norms-Resolution”, en M. FITZMAURICE and P. MERKOURIS (eds.), *The Interpretation and Application of the European Convention on Human Rights. Legal and Practical Implications*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2013, pp. 6 a 16.

⁶⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional. Elaborado por Martti Koskeniemi”, *Documento A/CN.4/L.682*, p. 249, § 430.

- La práctica jurisdiccional del TEDH es significativa en el sentido de acumular “*a sufficient amount of case-law for assessing the relevance of the subsequent practice*”⁶⁹; en este sentido, la jurisprudencia del TEDH parece interpretar el CEDH y sus Protocolos no solo en referencia a la subsiguiente práctica estatal sino también a la subsiguiente práctica social (evolución social)⁷⁰. Particularmente, la existencia o inexistencia de un consenso en la práctica de los Estados Partes, o una tendencia más o menos mayoritaria de la misma, perfilan los términos y el alcance del dinamismo interpretativo y evolutivo del CEDH y de sus Protocolos; en este mismo sentido, el TEDH no ha soslayado la posibilidad de que las disposiciones convencionales puedan, a partir de la práctica estatal, ser enmendadas⁷¹.
- Tras admitir que estos mismos instrumentos jurídicos pueden influir en la práctica estatal, la referencia a otras normas jurídicas internacionales pertinentes que sean aplicables entre las partes (artículo 31,3 c) CVDT) debe, teóricamente, acotarse al empleo de aquella norma jurídica internacional que resulte *relevante*, de manera que “*(and only if) it governs the state of affairs, in relation to which the interpreted treaty is examined*”⁷²; un buen ejemplo es el recurso a la definición que ofrece el artículo 2,1 del Convenio n° 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio (1930) de la OIT, para interpretar

⁶⁹ G. NOLTE, “Report 2. Jurisprudence Under Special Regimes...”, cit. p. 244; de otra parte, este autor señala en su informe que “*it appears that the Court has never actually examined whether an agreement between states parties could be a relevant ‘subsequent agreement’ in the sense*” del art. 31, 3 a) CVDT (*ibid.* p. 246).

⁷⁰ “*The Court accordingly attaches less importance to the lack of evidence of a common European approach to the resolution of the legal and practical problems posed, than to the clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals*” (*Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 85, ECHR 2002-VI); el subrayado es propio. Como señala NOLTE, aunque no sea necesariamente independiente de la evolución de la práctica estatal, en ocasiones puede llegar a desmarcarse de ella (G. NOLTE, “Report 2. Jurisprudence Under Special Regimes...”, cit., pp. 248 y 262).

⁷¹ *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, §§ 162-165, ECHR 2005-IV; el hecho de que solamente tres Estados Partes del CEDH no hubieran aceptado por entonces el Protocolo 13 –abolió de la pena de muerte en cualquier circunstancia–, “*together with consistent State practice in observing the moratorium on capital punishment, are strongly indicative that Article 2 has been amended so as to prohibit the death penalty in all circumstances*” (*Al-Saadoon and Mufidhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, § 120, ECHR 2010).

⁷² U. LINDERFALK, *On The Interpretation of Treaties...*, cit., p. 178.

la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio conforme al artículo 4,2 CEDH⁷³. Nada excluye que el Derecho internacional general u otros tratados internacionales –especialmente los que, como por ejemplo la CSE o el Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), integran el Derecho internacional de los derechos humanos⁷⁴– puedan dar pie a una *interpretación social* de los términos del CEDH y de sus Protocolos, y, por tanto, a una aproximación interpretativa proclive a la protección indirecta de los DESC, sin perjuicio de ser consciente de los límites jurídicos de esta integración –véase Apartado 4.1–.

- Esta potencialidad se acrecienta si se entiende que, a efectos interpretativos, el TEDH realiza una aproximación global a la *práctica jurídica internacional*⁷⁵: no solo porque pueda encontrar referencias para formular sus argumentos en decisiones jurisdiccionales internacionales –por ejemplo, de la Corte Internacional de Justicia⁷⁶–, sino porque las identifica también, a título comparativo y evolutivo, en tratados internacionales no aplicables a las relaciones entre los Estados Partes, como la Convención Americana de Derechos

⁷³ “Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio”.

El art. 2,1 Convenio n° 29 dice lo siguiente: “A los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. Este recurso manifiesta la tendencia, señalada por el propio TEDH, a tener en cuenta los Convenios de la OIT, en la medida en que generalmente “*are binding on almost all of the Council of Europe’s member States*” (*Siliadin v. France*, no. 73316/01, § 115, ECHR 2005-VII) –en este caso, Francia es Parte del Convenio n° 29 de la OIT–.

⁷⁴ Así como también las decisiones de los órganos de expertos que velan por su cumplimiento; así, el TEDH en diversas ocasiones ha tomado, por ejemplo, “*into account elements of international law other than the Convention, such as the European Social Charter, and the interpretation of such elements by competent organs*” (*Berger-Krall and Others v. Slovenia*, no. 14717/04), § 119, 12 June 2014). Una referencia conjunta a diversos tratados internacionales puede verse en: *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, §§ 69-75, ECHR 2008); asimismo, puede encontrarse mención al PIDESC, no ya como referencia normativa, sino como instrumento pertinente a efectos interpretativos (*Ponomaryovi v. Bulgaria*, no. 5335/05, § 57, ECHR 2011).

Véase en el Apartado 4.1. el comentario sobre la especial relación político-jurídica entre el CEDH y la CSE.

⁷⁵ G. NOLTE, “Report 2. Jurisprudence Under Special Regimes...”, cit., p. 259; lo que es perceptible ocasionalmente, pero sin ambages, en la propia argumentación del TEDH (*Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, §§ 69-75, ECHR 2008).

⁷⁶ *Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia* [GC], nos. 43370/04, 8252/05 and 18454/06, § 115, ECHR 2012.

Humanos⁷⁷; o bien, como el TEDH admite respecto a la labor de los órganos del Consejo de Europa⁷⁸, en instrumentos no jurídicamente vinculantes de Organizaciones internacionales.

- A tenor de lo expuesto, la interpretación del lenguaje del tratado internacional parece ser acorde complementariamente con el principio de contemporaneidad, es decir, ateniéndose no solo a las reglas de Derecho internacional vigentes en el momento de su conclusión sino también “a la luz del sentido contemporáneo que posean esos términos”⁷⁹.

Todo lo expuesto no disipa las dudas sobre si la metodología interpretativa que enmarca la emergencia del criterio de protección indirecta se adecua en su construcción a los parámetros de la CVDT. En particular, debido a que, más allá de que el TEDH entienda que la CVDT enuncia “*in essence generally accepted principles of international law to which the Court has already referred on occasion*”, no deja de afirmar que “*for the interpretation of the European Convention account is to be taken of those Articles subject, where appropriate, to ‘any relevant rules of the organization’ –the Council of Europe– within which it has been adopted*” (Article 5 of the Vienna Convention [véase Nota 9])⁸⁰; también el TEDH ha precisado que su labor “*is guided mainly by the rules of interpretation*” de los artículos 31 a 33 CVDT⁸¹. Estas dudas las expresan autores, como pueda ser Mowbray, al asumir que la *doctrina de la efectividad* –referente de partida del criterio de la protección indirecta– es esencialmente fruto de la creatividad del TEDH⁸², lo que parece situarla más como un reflejo de la especificidad interpretativa del CEDH que como un recurso exclusivo al art. 31,1 CVDT; otros autores subrayan la especificidad del tratamiento por el TEDH de la práctica subsiguiente, en comparación, por ejemplo, del realizado por la Corte Internacional de Justicia⁸³.

⁷⁷ *Petropavlovskis v. Latvia*, no. 44230/06, §§ 48 y 81, ECHR 2015.

⁷⁸ *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, § 75, ECHR 2008.

⁷⁹ C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, *La Interpretación de las Normas Internacionales*, cit., p. 84.

⁸⁰ *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, § 29, Series A no. 18.

⁸¹ *Demir and Baykara v. Turkey* [GC], no. 34503/97, § 65, ECHR 2008; el subrayado es propio.

⁸² A. MOWBRAY, “The Creativity of the European Court of Human Rights”, cit., p. 58.

⁸³ G. NOLTE, “Report 2. Jurisprudence Under Special Regimes...”, cit., p. 268; máxime cuando, al mismo tiempo, cuestiona que la interpretación evolutiva derive siempre y necesariamente de una evaluación relacionada con el objeto y fin del CEDH, y no, como

La explicación se encuentre quizá en las palabras de Casadevall, para quien las reglas de la CVDT “no bastan para resolver todas las cuestiones que plantea la aplicación del Convenio Europeo [el CEDH] en su condición de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, ni son el único medio disponible, de tal manera que el TEDH (y ya antes la Comisión) se ha inspirado de otros estatutos y reglas de derecho internacional y ha recurrido a los principios generales del derecho admitidos comúnmente”⁸⁴. En su apoyo, Carrillo Salcedo había ya antes admitido que, aunque el TEDH “has expressly referred to the rules of interpretation set out in Articles 31 to 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, it has, nevertheless, used criteria for interpretation that respond to the specific nature of the European Convention of Human Rights”⁸⁵.

Sea como fuere, la protección indirecta, desarrollada a través de técnicas interpretativas diversas –lo que, como se ha visto, Sudre y Costa entienden como medios interpretativos–, presenta dos modalidades iniciales de aplicación: la protección indirecta por *conexión*, que identifica la existencia de una relación “íntima e inescindible”⁸⁶ entre el derecho o libertad reconocido en el CEDH o en sus Protocolos, y el DESC o el interés económico, social o cultural cuya protección jurídica es pretendida –violándose el derecho o libertad reconocida si no se protegiesen jurídicamente de manera adecuada el DESC o interés económico, social o cultural conexos–; y la protección indirecta por *incorporación*, que integra, como parte del contenido jurídico del derecho o libertad reconocidos en el CEDH o en sus Protocolos, el contenido –o parte del mismo– de un DESC o de un interés económico, social o cultural debido a una operación racional que identifica la lógica agregativa de tal resultado.

La *protección indirecta por conexión*, empero, presenta dos variantes diferenciadas:

- La protección indirecta por *conexión explícita*: la delimitación jurídico-formal del contenido y alcance jurídicos del derecho o libertad reconocidos explicita la base jurídica de la conexión con el DESC

sucede en ocasiones, del análisis de las condiciones o de la situación en la práctica actuales (ibíd. p. 254).

⁸⁴ J. CASADEVALL, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 138.

⁸⁵ J. A. CARRILLO SALCEDO, “The European Convention on Human Rights”, cit., p. 660.

⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-491, de 13 de agosto de 1992, § 2.

o interés económico, social y cultural a proteger. Tal sucede con el derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH), el derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH), la prohibición de la discriminación (artículo 14 CEDH) y la prohibición general de la discriminación (artículo 1 Protocolo 12). Las tres primeras disposiciones presentan una diferencia sustancial con la cuarta: las tres primeras precisan de una operación interpretativa previa que conecte el DESC o interés económico, social o cultural a proteger con o lo incorpore a un derecho o libertad reconocidos en el CEDH o en sus Protocolos; mientras que la configuración jurídica del artículo 1 Protocolo 12 hace a priori innecesaria esa operación ya que parte de un reconocimiento jurídico a nivel interno del derecho o libertad⁸⁷. En este último supuesto, más que en potenciales obligaciones positivas, el fundamento de la protección indirecta reposa en la literalidad del precepto convencional y en sus condiciones.

- La protección indirecta por *conexión implícita*: la conexión con el DESC o interés económico, social y cultural a proteger no es identificable jurídico-formalmente en la disposición convencional: deviene de una conexión material, racional y/o incluso inherente, entre los respectivos contenidos jurídicos que, en cualquier caso, debe identificar el TEDH.

⁸⁷ “1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1”.

SUDRE entiende que la noción de *derechos reconocidos por la ley* incluye todo DESC creado por las fuentes de derecho interno pero también instrumentos jurídicos internacionales de los que el Estado sea Parte, como la CSE o los Convenios de la OIT (F.SUDRE, “La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l’homme...”, cit., p. 770); también, G. CHATTON, “La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta”, *Revista de Derecho Político*, Vol. 73, 2008, p. 304.

En cuanto a la importancia de la interpretación autónoma de la noción de *obligación de carácter civil* del art- 6 CEDH, véase Nota 31; respecto al derecho a un recurso efectivo y a la prohibición de la discriminación (arts. 13 y 14 CEDH) precisan que el DESC o interés económico, social o cultural se entienda previamente conectado a un derecho o libertad reconocidos en el CEDH o en sus Protocolos, pues ambas disposiciones solo son de aplicación respecto a derechos y libertades reconocidos en el CEDH y sus Protocolos.

3. APROXIMACIÓN A LAS DISTINTAS MODALIDADES DE APLICACIÓN DE LA PROTECCIÓN INDIRECTA

Esta aproximación se realizará por separado a las tres modalidades de aplicación de la protección indirecta identificadas; sin pretensión alguna de realizar un estudio exhaustivo, se quieren particularizar las tendencias jurisprudenciales que marcan su respectivo desarrollo en la jurisprudencia del TEDH.

3.1. La protección indirecta por conexión explícita

Esta modalidad de aplicación de la protección indirecta se produce esencialmente respecto a disposiciones convencionales del CEDH y de sus Protocolos que proyectan la necesidad de una efectiva protección jurisdiccional y la protección frente a prácticas discriminatorias.

3.1.1. La protección jurisdiccional (artículos 6 y 13 CEDH)

El “enorme potencial protector”⁸⁸ de las garantías jurisdiccionales, y en particular del derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH), se desarrolla fundamentalmente, a tenor del párrafo 1 del mismo⁸⁹, bajo la premisa de que la acción judicial emprendida o que no se ha podido emprender tiene como objeto procesal *derechos y obligaciones de carácter civil*⁹⁰.

Aun cuando la solución parezca hoy plenamente asentada, esta cuestión no ha sido pacífica en la práctica del TEDH (y de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos) respecto a litigios en materia de seguridad social y otros beneficios sociales⁹¹; no es hasta mediados de los 80 que

⁸⁸ L. JIMENA QUESADA, “El derecho a un proceso equitativo reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su proyección nacional: entre el tiempo para conocer Europa y el tiempo para hacer justicia conforme a los parámetros europeos”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furiol Ferriol*, vol. 50-51, 2005, p. 188.

⁸⁹ “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...)”.

⁹⁰ Un concepto más que el TEDH ha interpretado autónomamente, dentro de su política jurisdiccional de proceder a una “*autonomous interpretation of the legal concepts set out in its provisions*” (J. A. CARRILLO SALCEDO, “The European Convention on Human Rights”, cit., p. 664).

⁹¹ S. G. NAGEL, and F. R. KESSLER, F. R., *Social security law*, Council of Europe, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010 p. 35.

se consolida la percepción de que las reclamaciones en este ámbito tienen el *perfil privado predominante* que exige el artículo 6,1 CEDH: el TEDH dictaminó que una cobertura de “*social security insurance do not affect the essential character of the link between the insured and the insurer*”⁹² –propio y característico de los seguros privados–. El TEDH, además, identifica los dos principales problemas para que la protección del artículo 6,1 CEDH sea eficaz en este ámbito⁹³: la duración razonable o no de los procedimientos administrativos y judiciales⁹⁴; y la inejecución de sentencias o de decisiones administrativas que causan un perjuicio económico que afecta a la calidad de vida del demandante⁹⁵.

La falta de una adecuada ejecución de una decisión judicial se vincula en el *asunto Ekholm v. Finlandia* a un conflicto por exceso de ruidos que provoca la intervención de las autoridades sanitarias. Esta constatación lleva al TEDH a enfatizar la relevancia de los procedimientos administrativos de ejecución: “*Where an administrative authority refuses or fails to comply, or even delays doing so, the guarantees under Article 6 enjoyed by a litigant during the judicial phase of the proceedings are rendered devoid of purpose*”⁹⁶.

En asuntos concernientes a la salud, se han puesto de manifiesto adicionalmente otras deficiencias procesales: la imparcialidad de los órganos administrativos –por ejemplo, un tribunal médico del Ministerio de

⁹² *Deumeland v. Germany*, 29 May 1986, § 72, Series A no. 100; en idéntico sentido: *Feldbrugge v. the Netherlands*, 29 May 1986, § 40, Series A no. 99. La cobertura de seguridad social examinada, vinculada a una relación laboral, se entiende que deriva de y/o se relaciona con el contrato de trabajo (de ahí el *predominio privado* de la relación frente al hecho de que se trata de un mecanismo creado por la legislación estatal). En relación con las pensiones no contributivas (a priori no vinculadas a un contrato laboral sino a decisiones de política social), en la medida en que constituyan un derecho patrimonial conforme al art. 1 del Protocolo adicional primero (véase Apartado 3.3), permiten fundamentar una reclamación cuyo objeto son derechos y obligaciones de carácter civil (*Koua Poirrez v. France*, no. 40892/98, § 56, ECHR 2003-X).

⁹³ A. GÓMEZ HEREDERO, *Social Security: Protection at the International Level and Developments in Europe*, Council of Europe, Strasbourg, 2009, pp. 190-191.

⁹⁴ Por ejemplo, el TEDH observó falta de diligencia por la duración de casi ocho años de un procedimiento para la revisión de una pensión de jubilación (*Szymoński c. Pologne*, no. 6925/02, §§ 37-42, 10 October 2006).

⁹⁵ Aunque puedan existir razones justificativas, el retraso en la ejecución ni puede “*be such as to impair the essence of the right protected*”, ni es admisible “*to a State authority to cite lack of funds as an excuse for not honouring a judgment debt*” (*Burdov v. Russia*, no. 59498/00, § 35, ECHR 2002-III).

⁹⁶ *Ekholm v. Finland*, no. 68050/01, § 73, 24 July 2007.

Defensa para determinar si una enfermedad tiene su origen en la experiencia militar del demandante⁹⁷; o la propia marcha del proceso judicial “as a result of the refusal to provide them [demandantes] with copies of their medical records”⁹⁸.

Los litigios sobre el derecho trabajo también tienen su cabida en la jurisprudencia del TEDH: por ejemplo, la imposibilidad de plantear ante los tribunales internos las razones del despido esgrimidas por el empresario⁹⁹, o la especificidad del ejercicio de la competencia judicial en situaciones tan particulares como las de los despidos de trabajadores al servicio de misiones diplomáticas¹⁰⁰. Es destacable el *asunto García Mateos v. España*, pues la condena a España deriva de la indebida ejecución de las decisiones jurisdiccionales: la demandante ni pudo gozar del derecho a reducir la jornada para cuidar de su hija, que se le había reconocido en amparo constitucional, ni recibió compensación alguna tras la sentencia del Tribunal Constitucional –violación del artículo 6 CEDH combinado con el artículo 14 CEDH–¹⁰¹. Finalmente, aunque se abra la posibilidad de que ciertos litigios relativos al régimen jurídico de los trabajadores públicos queden fuera del ámbito del artículo 6,1 CEDH, el TEDH ha tendido a minimizar el alcance de esta exclusión¹⁰².

⁹⁷ *Placi v. Italy*, no. 48754/11, § 79, 21 January 2014; también ha sucedido respecto a una autoridad decisoria en materia de ayudas a la vivienda: *Tsfayo v. United Kingdom*, n° 60860/00, § 47, 14 November 2006.

⁹⁸ *K.H. and Others v. Slovakia*, no. 32881/04, § 59, ECHR 2009.

⁹⁹ *Koskinas v. Greece*, no. 47760/99, § 30, 20 June 2002.

¹⁰⁰ *Cudak v. Lithuania* [GC], no. 15869/02, ECHR 2010; *Sabeh El Leil v. France* [GC], no. 34869/05, 29 June 2011; *Wallishauser v. Austria*, no. 156/04, 17 July 2012.

¹⁰¹ “The Court observes that the applicant’s initial intention was not to seek compensation but to obtain recognition of her right to work reduced hours in order to be able to look after her son before he reached the age of six. Her claim for compensation only came later, when her son was no longer young enough for her to have the right to work shorter hours” (*García Mateos v. Spain*, no. 38285/09, § 46, 19 February 2013).

¹⁰² “[I]n order for the respondent State to be able to rely before the Court on the applicant’s status as a civil servant in excluding the protection embodied in Article 6, two conditions must be fulfilled. Firstly, the State in its national law must have expressly excluded access to a court for the post or category of staff in question. Secondly, the exclusion must be justified on objective grounds in the State’s interest”, de manera que “no justification for the exclusion from the guarantees of Article 6 of ordinary labour disputes, such as those relating to salaries, allowances or similar entitlements” (*Vilho Eskelinen and Others v. Finland* [GC], no. 63235/00, § 62, ECHR 2007-II); matizando así su clásica toma de posición: *Pellegrin v. France* [GC], no. 28541/95, ECHR 1999-VIII, en la cual, eso sí, quedó claro que tal posición no afectaba a reclamaciones relativas a pensiones (*ibíd.* § 67).

Partiendo de que el artículo 6 CEDH constituye *lex specialis* respecto al artículo 13 CEDH¹⁰³, suele acontecer que si se cumplen las más estrictas exigencias del primero, es difícil que el TEDH examine el mismo supuesto de hecho desde el prisma del artículo 13 CEDH, con excepción de si el problema del procedimiento judicial es la duración razonable o no del mismo¹⁰⁴. No obstante, hay decisiones relevantes relacionadas con el artículo 13 CEDH, como aquella en que se cuestiona si el Estado dispone de estructura jurídica efectiva para asegurar que una reclamación sobre la violación del derecho a la vida de una persona discapacitada y bajo custodia institucional sea examinada por una autoridad imparcial¹⁰⁵; o bien que se haya evaluado la efectividad de los recursos disponibles frente a esterilizaciones forzosas¹⁰⁶.

3.1.2. La protección frente a prácticas discriminatorias

Combinado con otros derechos y libertades reconocidos, el artículo 14 CEDH¹⁰⁷ ha vehiculado parte de las reclamaciones respecto a los DESC o intereses económicos, sociales y culturales susceptibles de ser protegidos. Según Brems¹⁰⁸, el TEDH ofrece una “*very broad interpretation of substantive Convention rights in combination with Article 14*”: no depende de la simultánea violación aislada de ese derecho o libertad, bastando que los hechos sean

¹⁰³ “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

¹⁰⁴ *Arribas Antón v. Spain*, no. 16563/11, § 47, 20 January 2015.

En un caso relativo al largo período de tiempo transcurrido sin que se ejecutase la sentencia judicial que obligaba a proveer de una vivienda a los demandantes tras la declaración de ruina de aquella en que vivían, se constató la falta de recursos efectivos respecto a la violación del art. 6,1 CEDH derivada de ese hecho (*Kopnin and Others v. Russia*, no. 2746/05, § 43, 28 May 2014).

¹⁰⁵ *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania* [GC], no. 47848/08, § 153, ECHR 2014.

¹⁰⁶ *I.G. and Others v. Slovakia*, no. 15966/04, §§ 152-157, 13 November 2012; también: *V.C. v. Slovakia*, no. 18968/07, §§ 106-120, ECHR 2011 y *N.B. v. Slovakia*, no. 29518/10, §§ 74-81, 12 June 2012.

¹⁰⁷ “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

¹⁰⁸ E. BREMS, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, cit., pp. 158-159.

subsumibles en su ámbito de aplicación material para enjuiciar el carácter discriminatorio o no de la práctica estatal. En suma, la protección indirecta no presenta obstáculos si el TEDH tiene clara la conexión con o la incorporación a los derechos y libertades reconocidos por el CEDH o sus Protocolos.

La protección indirecta se extiende a diversos ámbitos materiales dentro de los cuales son apreciables comportamientos discriminatorios:

- La diferencia de trato entre austríacos y no nacionales, sin justificación razonable y objetiva, para gozar de la ayuda de emergencia para parados que hubiesen agotado la prestación de desempleo prevista en la Ley sobre el Seguro de Desempleo de 1977 –se excluía de obtenerla a los no nacionales–, supuso en el *asunto Gaygusuz v. Austria* la condena al Estado Parte por violación del artículo 14 CEDH, combinado con el artículo 1 Protocolo adicional, y es un ejemplo de cómo se aborda el tema de la discriminación en materia de seguridad social u otros beneficios sociales¹⁰⁹; la nacionalidad¹¹⁰, y el sexo u orientación sexual¹¹¹ han acostumbrado a ser los principales motivos discriminatorios analizados. Sin embargo, dos sentencias condenatorias contra España revelan que siempre pueden

¹⁰⁹ *Gaygusuz v. Austria*, 16 September 1996, § 50, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV; particularmente, porque la nacionalidad era la única fundamentación de la diferencia de trato respecto a un trabajador con prolongada vinculación temporal al mercado de trabajo austríaco. Aunque es evidente que un pronunciamiento de este tipo no “determine exactly how far the protection in social security cases extends” (I. LEIJTEN, “From *Stec* to *Valkov*: Possessions and Margins in the Social Security Case Law of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 13, 2013, 2, p. 318); en parecido sentido: M.-B. DEMBOUR, “*Gaygusuz* Revisited: The Limits of the European Court of Human Rights’ Equality Agenda”, *Human Rights Law Review*, vol. 12, 2012, 2, p. 721.

¹¹⁰ Por ejemplo, también respecto a una prestación familiar, combinando arts. 14 y 8 CEDH: *Dhahbi v. Italy*, no. 17120/09, § 54, 8 April 2014; el TEDH no admite en este asunto, como justificación legítima del trato desigual al demandante en razón de su nacionalidad, las motivaciones presupuestarias (*ibíd.* § 53).

¹¹¹ A modo de ejemplos paradigmáticos: *Van Raalte v. the Netherlands*, no. 20060/92, 21 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I; *Wessels-Bergervoet v. the Netherlands*, no. 34462/97, ECHR 2002-IV; *Willis v. United Kingdom*, no. 36042/97, ECHR 2002-IV. Respecto a España, no se admitió una demanda que entendía como trato discriminatorio la no posibilidad de acceder a una pensión de viudedad en virtud del vínculo de pareja de hecho homosexual, debido a la reserva de la misma al vínculo matrimonial a fin de proteger la unidad familiar tradicional (*Mata Estévez v. Spain* (dec.), no. 56501/00, 10 May 2001); diferente fue años después la postura respecto a la denegación de la cobertura de un seguro de salud y de accidentes propio de los trabajadores públicos en favor de la pareja homosexual al analizarlo desde el prisma del art. 1 del Protocolo adicional primero (*P.B. and J.S. v. Austria*, no. 18984/02, §§ 51-52, 22 July 2010).

encontrarse otros motivos: la denegación de una pensión de jubilación por no acreditar el período de cotización mínima al no computarse, a diferencia de los sacerdotes católicos, sus años de ministerio religioso¹¹²; o la denegación de la pensión de viudedad debido al no reconocimiento del rito por el que se contrajo matrimonio a los efectos de adquisición de la prestación¹¹³.

- Combinando el artículo 14 CEDH con el derecho a la vida familiar (artículo 8 CEDH), el TEDH ha abordado el carácter discriminatorio de la denegación del derecho a subrogarse como arrendatario de una vivienda en alquiler de la pareja homosexual del titular tras su defunción, considerándose que ni siquiera el margen de apreciación justificaba la desproporción de una medida dirigida a proteger en teoría la unidad familiar tradicional¹¹⁴.
- En el *asunto G.N. v. Italia*, la diferencia de trato entre personas con enfermedades distintas a la hora de obtener una reparación por la administración de sangre infectada con el virus del SIDA o de la hepatitis C, vincula el artículo 14 CEDH con el derecho a la vida (artículo 2 CEDH) –considerándose una práctica discriminatoria–¹¹⁵.
- El TEDH ha combinado el artículo 14 CEDH en asuntos de índole laboral relativos a prohibiciones de acceso al trabajo o la terminación de la relación laboral (despido o no renovación de contrato), por regla general, con el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH)¹¹⁶ o la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9 CEDH)¹¹⁷.

¹¹² *Manzanas Martín v. Spain*, no. 17966/10, § 57, 3 April 2012.

¹¹³ *Muñoz Díaz v. Spain*, no. 49151/07, § 69, ECHR 2009.

¹¹⁴ *Karner v. Austria*, no. 40016/98, §§ 40-41, ECHR 2003-IX; *Kozak v. Poland*, no. 13102/02, §§ 98-99, 2 March 2010.

¹¹⁵ *G.N. and Others v. Italy*, no. 43134/05, §§ 131-133. 1 December 2009; la ausencia de fondos públicos para un tratamiento compasivo que sí se pautó a personas en situación parecida no fue considerado discriminatorio, entre otras razones, por ser un tratamiento en fase experimental (*Nivio Durisotto v. Italy* (dec.), no. 62804/13, § 48, 6 May 2014).

¹¹⁶ *Boyraz v. Turkey*, no. 26891/02, § 54, 20 May 2008 (razón de sexo); *I.B. v. Greece*, no. 552/10, §§ 88-89, ECHR 2013 (razón de enfermedad viral: SIDA); *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, nos. 55480/00 and 59330/00, ECHR 2004-VIII y *Naidin v. Romania*, no. 38162/07, 21 October 2014 (colaboración con servicios secretos o policía política, respectivamente, del antiguo régimen comunista).

¹¹⁷ *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, §§ 47-48, ECHR 2000-IV; las razones religiosas se encuentran en el transcurso de un despido por la visibilidad de símbolos religiosos (*Eweida*

La potencialidad del artículo del Protocolo 12 CEDH –entrado en vigor el 1 de abril de 2005; para España el 1 de junio de 2008– se sustenta en un ámbito de aplicación material que, teóricamente, *absorbe y desborda* el del Protocolo 14¹¹⁸, pues reconoce un derecho autónomo –cuya alegación no precisa de combinarse con otro derecho o libertad reconocido–; por lo que debería resultar más sencillo reclamar frente a cualquier potencial discriminación en el goce de un DESC legalmente establecido. Aunque las primeras decisiones del TEDH no se hayan orientado en este último sentido¹¹⁹, pueden encontrarse decisiones sobre la discriminación en el acceso a la vivienda¹²⁰ o prestaciones de seguridad social para residentes en el extranjero¹²¹.

3.2. La protección indirecta por *conexión implícita*

Esta conexión es de carácter material y se sustenta en un nexo de efectividad: la relación del derecho o libertad reconocidos en el CEDH o en un Protocolo es tal con el DESC o interés económico, social y cultural a proteger que la vulneración del segundo supondría afectar a la efectividad del derecho o libertad expresamente reconocidos, tomando en cuenta que:

- La conexión, por implícita respecto a la literalidad de la disposición convencional, comporta necesariamente el reconocimiento vía interpretativa de la interrelación material.
- Los límites del alcance jurídico de la conexión –y, por tanto, del alcance jurídico de la protección indirecta– se relacionan con el contenido jurídico del derecho o libertad reconocidos en el CEDH y sus Protocolos tal y como este es interpretado por el TEDH; proyectando generalmente lo que O’Cinneide opina respecto a situaciones de desamparo, esto solo puede dar pie a una protección de naturaleza modesta y limitada¹²².

and Others v. the United Kingdom, nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, § 109, ECHR 2013); también: *Fernández Martínez v. Spain* [GC], no. 56030/07, §§ 54-55, ECHR 2014.

¹¹⁸ F. SUDRE, “La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l’homme...”, cit., p. 769.

¹¹⁹ F. SUDRE, *Droit européenne et international des droits de l’homme*, cit. p. 423, § 273; por ejemplo, el asunto en el cual, respecto a la discriminación en materia de participación política, se establecen paralelismos con el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* [GC], nos. 27996/06 and 34836/06, § 55, ECHR 2009).

¹²⁰ *Stephen Ogden v. Croatia* (dec.), no. 25567/13, 5 March 2015.

¹²¹ *J. C. Ramer and J.M. Van Willigen v. the Netherlands* (dec.), no. 34880/12, 10 February 2015.

¹²² C. O’CINNEIDE, “A Modest Proposal: Destitution, State Responsibility and the European Convention on Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, vol. 14, 2008, 5, p. 604.

- En esta misma dirección, la conexión implícita parte de que no se efectúa el reconocimiento jurídico-formal de ningún DESC sino de su operatividad para ponderar la efectividad de la disposición convencional aludida: el TEDH “begins by observing that there is no right under Article 8 of the Convention to be provided with housing”¹²³.

Esta conexión implícita tiene lugar, básicamente, sin perjuicio de que el análisis sea muy sucinto, con la salud, la vivienda, el trabajo, y la seguridad social y otros beneficios sociales:

3.2.1. El TEDH y la salud

El TEDH conecta la salud, primero, con el derecho a la vida: “*an issue may arise under Article 2 of the Convention where it is shown that the authorities of a Contracting State put an individual’s life at risk through the denial of health care which they have undertaken to make available to the population generally*”¹²⁴.

- El Estado tiene una obligación positiva de prevenir que la vida de los individuos sea puesta en riesgo por razones de salud¹²⁵, tanto de la población en general, como de ciertos colectivos en situaciones especiales: detenidos y condenados a prisión¹²⁶ o personas internadas en centros de protección o psiquiátricos¹²⁷.

¹²³ *Bah v. the United Kingdom*, no. 56328/07, § 40, ECHR 2011.

¹²⁴ *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, § 219, ECHR 2001-IV; aunque se descarte la violación del art. 2 CEDH, pues las dificultades para acceder a ciertas prestaciones médicas de las comunidades grecochipriota y maronita se asocian en este asunto a la falta de libertad de movimiento (art. 8 CEDH).

¹²⁵ *L.C.B. v. the United Kingdom*, 9 June 1998, § 36, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III; en este ámbito del derecho a la vida y los riesgos ambientales para la salud, por ejemplo: *Roche v. the United Kingdom* [GC], no. 32555/96, ECHR 2005-X; *Vilnes and Others v. Norway*, nos. 52806/09 and 22703/10, 5 December 2013; *Brincat and Others v. Malta*, nos. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 and 62338/11, 24 July 2014.

¹²⁶ Partiendo de que “*persons in custody are in a vulnerable position and that the authorities are under a duty to protect them*” (*Renolde v. France*, no. 5608/05, § 83, ECHR 2008), en idéntico sentido: *Keenan v. the United Kingdom*, no. 27229/95, § 92, ECHR 2001-III; *Trubnikov v. Russia*, no. 49790/99, § 70, 5 July 2005. El TEDH ha tenido muy en cuenta la “*lack of any reaction by the authorities*” ante el estado de salud para condenar a un Estado Parte por violación del art. 2 CEDH (*Angelova v. Bulgaria*, no. 38361/97, § 130, ECHR 2002-IV).

¹²⁷ Véase Nota 105; es un caso muy grave también el de la muerte de al menos 15 niños con distintos niveles de discapacidad en una residencia municipal: *Nencheva and Others v. Bulgaria*, no. 48609/06, 18 June 2013.

- La denegación de tratamientos médicos por su coste, u otros motivos, puede poner en balance la disponibilidad de un estándar de atención médica general para la población¹²⁸; por otros motivos, el TEDH ha considerado recientemente que la retirada de la nutrición e hidratación artificiales a un paciente en estado vegetativo no constituía una vulneración del artículo 2 CEDH¹²⁹.
- Estas obligaciones positivas se extienden también a la obligación procesal de investigar las muertes sucedidas cuando la persona está, o debería estar, siendo tratada por profesionales médicos o recibir ciertos tratamientos médicos¹³⁰ –lo que, igualmente, se adentra en el asunto de la potencial responsabilidad de los profesionales de la salud-¹³¹.

Segundo, es conectada con el artículo 3 CEDH, por ejemplo, respecto a los tratamientos médicos forzosos¹³²; la salud de las personas privadas de libertad¹³³; o los límites de la expulsión y/o devolución de extranjeros por cau-

¹²⁸ *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, § 219, ECHR 2001-IV; por ejemplo, no se admitió una demanda por la no asunción del pago del 30% del coste del tratamiento médico que le correspondía al demandante, considerando que ya el Estado Parte venía asumiendo el restante 70% (*Nitecky v. Poland* (dec.), no. 65653/01, § 1, 21 March 2002).

¹²⁹ *Lambert and Others v. France* [GC], no. 46043/14, § 181, 5 June 2015.

¹³⁰ Por ejemplo: *Anguelova v. Bulgaria*, no. 38361/97, § 145, ECHR 2002-IV; *Panaitescu v. Romania*, no. 30909/06, § 37, 10 April 2012; *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, §§ 89-90, ECHR 2004-VIII.

¹³¹ El Estado Parte, además de un sistema judicial capaz de determinar tales responsabilidades, debe disponer de una reglamentación que obligue a los hospitales, públicos o privados, “to adopt appropriate measures for the protection of their patients’ lives” (*Calvelli and Ciglio v. Italy* [GC], no. 32967/96, § 49, ECHR 2002-I).

¹³² Por ejemplo: *Bogumil v. Portugal*, no. 35228/03, 7 October 2008; *Dvořáček v. the Czech Republic*, no. 12927/13, 6 November 2014; *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, ECHR 2006-IX.

¹³³ La inadecuación de un tratamiento médico puede exponer al privado de libertad a un prolongado sufrimiento mental y físico que atente a la dignidad humana (*Kutepov v. Russia*, no. 13182/04, § 62, 5 December 2013). Véase: COUNCIL OF EUROPE, *Factsheet – Prisoners’ health – related rights, February 2015*, disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Prisoners_health_ENG.pdf (consulta: 5/05/2015); ténganse en cuenta recientes sentencias piloto sobre el trato general a personas privadas de libertad: *Ananyev and Others v. Russia*, nos. 42525/07 and 60800/08, 10 January 2012; *Neshkov and Others v. Bulgaria*, nos. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 and 9717/13, 27 January 2015; *Torreggiani and Others v. Italy*, nos. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 and 37818/10, 8 January 2013; *Varga and Others v. Hungary*, nos. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, and 64586/13, 10 March 2015.

sa de enfermedad¹³⁴ –pese a la jurisprudencia favorable, muchas veces tales medidas estatales son avaladas porque el demandante “*is not (yet) very ill*” o disponía en su país de origen el tratamiento o el apoyo familiar precisos¹³⁵–.

Finalmente, el artículo 8 CEDH, permite abordar asuntos relativos a la información sobre riesgos ambientales para la salud¹³⁶ o la confidencialidad de la información clínica¹³⁷; a la vez ha sustentado demandas sobre la denegación de tratamientos experimentales¹³⁸ o del pago del acceso a tratamientos y medicamentos¹³⁹.

3.2.2. El TEDH y la vivienda

Aunque tenga su conexión con el derecho a la vida privada y familiar¹⁴⁰ o el artículo 1 Protocolo adicional primero (véase Apartado 3.2.3.), la más particular interrelación desde el prisma del acceso o disfrute de vivienda es la mantenida con el artículo 3 CEDH: insinuada en el asunto *Akdivar* y otros v. Turquía –destrucción de las viviendas de los demandantes por la acción de las fuerzas de seguridad turcas¹⁴¹–, alcanza su máxima expresión en el asunto *Moldovan v. Rumania* (nº 2): las condiciones de vida de familias de

¹³⁴ Por ejemplo: *D. v. Finland*, no. 30542/04, 7 July 2009; *N. v. the United Kingdom* [GC], no. 26565/05, ECHR 2008; *S.J. v. Belgium (striking out)* [GC], no. 70055/10, 19 March 2015 (por acuerdo amistoso).

¹³⁵ E. BREMS, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, cit., p. 141 (su Nota 27 ofrece una amplia reseña de la práctica del TEDH al respecto).

¹³⁶ Téngase en cuenta, por ejemplo, la perspectiva adoptada en el emblemático *asunto Guerra y otros v. Italia* (*Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I) y, por ejemplo, otros casos posteriores: *Fadeyeva v. Russia*, no. 55723/00, ECHR 2005-IV o *Taşkın and Others v. Turkey*, no. 46117/99, ECHR 2004-X.

¹³⁷ *Avilkina and Others v. Russia*, no. 1585/09, 6 June 2013; *Biriuk v. Lithuania*, no. 23373/03, 25 November 2008; *Konovalova v. Russia*, no. 37873/04, 9 October 2014; *L.H. v. Latvia*, no. 52019/07, 29 April 2014; *L.L. v. France*, no. 7508/02, ECHR 2006-XI; *Panteleyenko v. Ukraine*, no. 11901/02, 29 June 2006.

¹³⁸ Véase Nota 115; y, además: *Hristozov and Others v. Bulgaria*, nos. 47039/11 and 358/12, ECHR 2012.

¹³⁹ Planteándose incluso el balance de intereses entre la compañía de seguros privada y el demandante (*Van Kück v. Germany*, no. 35968/97, § 84, ECHR 2003-VII).

¹⁴⁰ *López Ostra v. Spain*, 9 December 1994, Series A no. 303-C (salud/vivienda familiar); también, por otros motivos: *Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV; *Fadeyeva v. Russia*, no. 55723/00, ECHR 2005-IV; *Prokopovich v. Russia*, no. 58255/00, ECHR 2004-XI.

¹⁴¹ No se examinó finalmente esta cuestión a pesar de que la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos lo había hecho, tal y como se desprende de su informe

etnia gitana tras la destrucción de sus viviendas por habitantes del pueblo –ante la pasividad de las autoridades policiales locales–, junto a la discriminación racial a las que fueron públicamente sometidas por la autoridad pública, afectaron a su dignidad humana constituyendo un trato degradante en el sentido del artículo 3 CEDH¹⁴²; las condiciones de vida, derivadas de la privación de la vivienda, pueden sostener también una demanda respecto a esta disposición convencional¹⁴³.

3.2.3. El TEDH y el trabajo

La conexión con el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH), la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9 CEDH) o la libertad de expresión (artículo 10 CEDH) están muy presentes en la jurisprudencia del TEDH relativa al acceso al trabajo¹⁴⁴ o que la terminación de la relación laboral (despido o no renovación de contrato)¹⁴⁵, más allá de la conexión directa que se ha examinado anteriormente con los artículos 6,1 y 14 CEDH. Dos temas adicionales son de manera reiterada analizados por el TEDH: el riesgo para la vida privada en el contexto laboral –incluida la obtención de información justificativa de un despido¹⁴⁶– y la salud en el trabajo¹⁴⁷.

(*Akdivar and Others v. Turkey*, 16 September 1996, §§ 89-91, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV).

¹⁴² *Moldovan and Others v. Romania* (no. 2), nos. 41138/98 and 64320/01, § 113, ECHR 2005-VII; aunque durante la destrucción de las viviendas los particulares contaron con la aquiescencia o connivencia de los agentes de policía locales, obsérvese que la condena al Estado Parte deriva, no tanto de la destrucción de la vivienda, sino del “*long period in which the State failed to provide satisfactory accommodation*” (R. O’CONNELL, “Social and Economic Rights in the Strasbourg Convention”, cit., p. 12).

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Por ejemplo: *Alexandridis v. Greece*, no. 19516/06, 21 February 2008; *Halford v. the United Kingdom*, 25 June 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-III; *Kosiek v. Germany*, 28 August 1986, Series A no. 105; *Leander v. Sweden*, 26 March 1987, Series A no. 116; *Lombardi Vallauri v. Italy*, no. 39128/05, 20 October 2009.

¹⁴⁵ Véase Nota 117.

Además de lo ya expuesto, es interesante resaltar la existencia de supuestos de hecho examinados por el TEDH por despidos en razón de la orientación sexual: *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, nos. 31417/96 and 32377/96, 27 September 1999 o *Beck and Others v. the United Kingdom*, nos. 48535/99, 48536/99 and 48537/99, § 22 October 2002.

¹⁴⁶ Véase, por ejemplo, un asunto muy relevante en que el TEDH no condenó al Estado Parte en relación con un despido debido a la conducta del empleado captada por las cámaras de vigilancia del supermercado en que trabajaba: *Köpke v. Germany* (dec.), no. 420/07, 5 October 2010.

¹⁴⁷ Véase Nota 125.

3.2.4. El TEDH y la seguridad social y otros beneficios sociales

La hipótesis de que la disponibilidad de una pensión o un beneficio social previstos por la legislación estatal comporte, por incorporación, la aplicabilidad del artículo 1 Protocolo adicional primero no impide que de estas prestaciones puedan inferirse conexiones implícitas:

- El TEDH parece orientarse a asumir que pueden existir obligaciones positivas de prestar asistencia social en relación con el derecho a la vida (artículo 2 CEDH)¹⁴⁸.
- El artículo 8 CEDH, respecto a personas discapacitadas (véase el supuesto de hecho relativo al artículo 2 CEDH), ha sido tenido por no aplicable ante ciertas solicitudes de acción estatal: barreras que impiden acceso a la playa¹⁴⁹ o a edificios¹⁵⁰, o la petición de provisión de un brazo robótico¹⁵¹. La exigencia de un vínculo directo e inmediato con la vida privada y familiar –aun cuando resulte ambiguo e indefinido¹⁵²– recorta la factibilidad conectiva vida privada y familiar/beneficio social aunque no la impida.
- El artículo 3 CEDH ofrece una perspectiva abierta, aunque restringida¹⁵³, a considerar que “*a complaint about a wholly insufficient amount of pension and the other social benefits may, in principle*” constituir un trato inhumano o degradante¹⁵⁴, partiendo de que el derecho a reclamar al Estado asistencia económica para mantener un cierto nivel de vida no está reconocido en el CEDH ni en sus Protocolos, siempre que las condiciones de vida del demandante revistan un cierto

¹⁴⁸ *Salvatore La Parola and Others v. Italy* (dec.), no. 39712/98, § 1, 30 november 2000 (se alega también art. 8 CEDH); concierne a la denegación de un beneficio a una persona discapacitada.

¹⁴⁹ Entendiendo que las obligaciones positivas de este artículo “*where it has found a direct and immediate link between the measures sought by an applicant and the latter’s private and/or family life*” (*Botta v. Italy*, 24 February 1998, § 34, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II).

¹⁵⁰ *Zehnalová and Zehnal v. the Czech Republic* (dec.), no. 38621/97, 14 May 2002.

¹⁵¹ *Nikky Sentges v. the Netherlands* (dec.), no. 27677/02, 8 July 2003.

¹⁵² C. O’CINNEIDE, “A Modest Proposal: Destitution, State Responsibility and the European Convention on Human Rights”, cit., p. 598.

¹⁵³ F. TULKENS, “The European Convention on Human Rights and the economic crisis. The issue of poverty”, *Academy of European Law (AEL) Working Papers*, 2013/08, p. 13.

¹⁵⁴ Admitiendo el TEDH que, en el supuesto de hecho, “no indication that the amount of the applicant’s pension and the additional social benefits has caused such damage to her physical or mental health capable of attaining the minimum level of severity” (*Aleksandra Larioshina v. Russia* (dec.), no. 58869/00, 23 April 2002).

nivel de severidad¹⁵⁵. Más genéricamente se ha considerado como contraria al artículo 3 CEDH la situación de un demandante de asilo por la inacción estatal: “*he has found himself for several months, living on the street, with no resources or access to sanitary facilities, and without any means of providing for his essential needs*”¹⁵⁶.

3.3. La protección indirecta por incorporación

Si bien no es la vía interpretativa preferente, la construcción de una noción autónoma que delimite el alcance jurídico personal o material de una disposición convencional¹⁵⁷ puede también encauzar la incorporación del DESC o interés económico, social o cultural a proteger.

La incorporación por vía interpretativa al contenido jurídico de las disposiciones convencionales es, empero, la habitual; su principal exponente en la extensión jurídica del derecho a la propiedad del artículo 1 Protocolo adicional primero¹⁵⁸, particularmente, respecto a la vivienda y las prestaciones de seguridad social u otros beneficios sociales.

3.3.1. La propiedad y la vivienda

El entendimiento de la vivienda como un bien susceptible de protección tiene un largo recorrido en la jurisprudencia del TEDH¹⁵⁹, tanto respecto a la privación o las restricciones de su goce y disfrute, como a la determinación

¹⁵⁵ *Pancenko v. Latvia* (dec.), no. 40772/98, § 2, 28 October 1999. A una demandante se le indica que ella “*explained that in 2008 her pension was enough for flat maintenance, food, and hygiene items, but was not enough for clothes, non-food goods, sanitary and cultural services, health and sanatorium treatment*” –lo que excluye, junto a otros datos que pueda existir el requerido nivel de severidad– (*Antonina Dmitriyevna Budin v. Russia* (dec.), nº 45603/05, § 3, 18 June 2009).

¹⁵⁶ *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], no. 30696/09, § 263, ECHR 2011.

¹⁵⁷ Por ejemplo, considerando como *relación familiar* (art. 8 CEDH) la existente entre un mayor de edad y sus familiares en razón de su sordomudez y del grado de dependencia que ello le genera (*Nasri v. France*, 13 July 1995, § 46, Series A no. 320-B).

¹⁵⁸ “*Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.*”

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”.

¹⁵⁹ *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, § 38, Series A no. 98.

de la obligación positiva de proteger los intereses del propietario de una vivienda¹⁶⁰; ocasionalmente, el interés general se identifica con fines como evitar la especulación o fines sociales relacionados con la vivienda¹⁶¹. Por otro lado, el no agotamiento de los recursos internos ha evitado que por ahora se haya decidido sobre el desalojo de una vivienda de titularidad pública ocupada por una familia con hijos menores¹⁶².

Asimismo, en el *asunto Teteriny v. Rusia*, el TEDH ha considerado una expectativa legítima la disponibilidad a través de un acuerdo de alquiler social de un piso de determinadas características –y la no ejecución del mismo durante más de diez años una violación de la disposición convencional¹⁶³; obsérvese cómo no se infiere un derecho a obtener una vivienda social en alquiler, sino de que le sea proporcionada aquella asignada legal o judicialmente.

3.3.2. *La propiedad y las prestaciones de seguridad social u otros beneficios sociales*

En relación con este tipo de prestaciones o beneficios, el TEDH (primero la Comisión Europea de Derechos Humanos) ha partido del análisis de los sistemas de pensiones, consolidando unos parámetros interpretativos esenciales –complementados por la casuística– que los incluyen en el ámbito de aplicación material de la disposición convencional: primero, los Estados Partes tienen la libertad de crear o no un determinado mecanismo de seguridad social, o a elegir el tipo o cuantía de sus beneficios –expectativa patrimo-

¹⁶⁰ “In the present case there is no doubt that the causal link established between the gross negligence attributable to the State and the loss of human lives also applies to the engulfment of the applicant’s house” (*Önerildiz v. Turkey* [GC], no. 48939/99, § 135, ECHR 2004-XII).

¹⁶¹ Por ejemplo: *Hutten-Czapska v. Poland* [GC], no. 35014/97, § 166, ECHR 2006-VIII; *Lindheim and Others v. Norway*, nos. 13221/08 and 2139/10, § 82, 12 June 2012; *Mellacher and Others v. Austria*, 19 December 1989, § 47, Series A no. 169; *Mago and Others v. Bosnia and Herzegovina*, nos. 12959/05, 19724/05, 47860/06, 8367/08, 9872/09 and 11706/09, § 100, 3 May 2012; *Scollo v. Italy*, 28 September 1995, § 30, Series A no. 315-C; *Spadea and Scalabrino v. Italy*, 28 September 1995, § 31, Series A no. 315-B; véase última precisión realizada en el Apartado 2.1.

El TEDH, por ejemplo, ha considerado, aunque no respecto a un procedimiento hipotecario, una carga desproporcionada contraria al art. 1 Protocolo adicional primero “the sale of the applicant’s property at public auction, and the ensuing eviction of the applicant from his home, for an enforceable debt that amounted to only SEK 6,721 on the day of the public auction” (*Rousk v. Sweden*, no. 27183/04, § 122, 25 July 2013).

¹⁶² *A.B.M. v. Spain* (dec.), no. 77842/12, §§ 25 y 30, 28 January 2014 (aunque las medidas provisionales adoptadas se sustentaron en los arts. 2 y 3 CEDH).

¹⁶³ *Teteriny v. Russia*, no. 11931/03, §§ 48-51, 30 June 2005.

nial del pago de una prestación¹⁶⁴; segundo, el potencial beneficiario debe cumplir los requisitos de la legislación interna para gozar de la prestación¹⁶⁵; y, tercero, esta expectativa patrimonial se genera tanto si se trata de una prestación contributiva como no contributiva¹⁶⁶.

El TEDH ha debido ocuparse de medidas regresivas en este ámbito¹⁶⁷. Es importante el *asunto Koufaki y ADEDY c. Grecia*, en el cual, pese a que la demanda no es admitida por manifiestamente mal fundada, al hacer referencia a la reducción de pensiones y salarios de trabajadores públicos, admite que también los salarios pueden constituir una expectativa patrimonial –al igual que sucede con la indemnización por despido¹⁶⁸; en esta decisión, eso sí, prima un interés predominante: la existencia de una crisis excepcional y sin precedentes en Grecia de cuya salida son responsables las autoridades estatales¹⁶⁹.

4. REFLEXIÓN SOBRE EL ALCANCE JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN INDIRECTA DE LOS DESC EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

La consolidación de la protección indirecta como criterio interpretativo del TEDH susceptible de reforzar la exigibilidad jurídica internacional de los DESC en el ámbito de sus competencias jurisdiccionales –incluso cuando lo que se tutelan jurisdiccionalmente son intereses económicos, sociales y cultu-

¹⁶⁴ ECHR, *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 53, ECHR 2006-VI.

¹⁶⁵ ECHR, *Gaygusuz v. Austria*, 16 September 1996, § 39, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV.

¹⁶⁶ *Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 54, ECHR 2005-X.

¹⁶⁷ Por ejemplo, no exhaustivamente: *Adriana C. Goudswaard-Van der Lans* (dec.), no. 75255/01, 22 September 2005; *Alpo Aunola v. Finland*, n° 30517/96, 15 March 2001; *Blanco Callejas v. Spain* (dec.), no. 64100/00, 18 June 2002; *Domalewski v. Poland* (dec.), no. 34610/97, ECHR 1999-V; *Hoogendijk v. the Netherlands* (dec.), no. 58641/00, 6 January 2005; *Juhani Saarinen v. Finland*, no. 69136/01, 28 January 2001; *Kjartan Ásmundsson v. Iceland*, no 60669/00, CEDH 2004-IX; *Mamonov v. Russia*, n° 38139/05, 2 March 2006; *MV and U-MS v. Finland*, n° 43189/98, 28 January 2003; *Quiles Gonzalez v. Spain*, no. 71752/01, 27 April 2004; *Valkov and Others v. Bulgaria*, nos. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 and 2041/05, 25 October 2011; *Pravednaya v. Russia*, no. 69529/01, 18 November 2004; *Wieczorek v. Poland*, no. 18176/05, 59, 8 December 2009.

¹⁶⁸ *N.K.M. v. Hungary*, no. 66529/11, 14 May 2013.

¹⁶⁹ *Ioanna Koufaki et ADEDY contre la Grèce* (dec.), nos. 57665/12 et 57657/12, § 36-48, 7 Mai 2013.

rales identificables con los mismos- exige decantar cualquier aproximación que pueda hacerse de su significación político-jurídica: de un lado, la protección indirecta es instrumentalmente una manifestación jurisprudencial que, a través de la lógica de la interdependencia entre los derechos humanos y de las distintas categorías de los mismos desarrolladas en el Derecho internacional de los derechos humanos, contribuye a fortalecer la indivisibilidad de los derechos humanos; pero, de otro lado, esta manifestación jurisprudencial adquiere una dimensión particular cuando se sitúa en la esfera de las competencias del TEDH y de su proyección como garante de un orden público europeo en materia de derechos humanos.

No es de extrañar que el TEDH, aun partiendo apriorísticamente del alcance jurídico de su competencia *ratione materiae* -básicamente derechos civiles y políticos-, haya sido sensible y receptivo al argumento de que, a pesar de las grandes diferencias interestatales, sigue vivo al menos como proyecto direccional el que se desprende de la CSE: la creación de un *espacio social europeo*¹⁷⁰, cuyos parámetros de realización se interrelacionan y repercuten en la efectividad de los derechos civiles y políticos reconocidos en el CEDH y en sus Protocolos. No en vano, la CSE, según su Preámbulo, tiene como objetivo “desplegar en común todos los esfuerzos posibles para mejorar el nivel de vida y promover el bienestar” de las poblaciones de los Estados Partes. Este espacio social europeo, afectado por las sucesivas crisis económicas y financieras que cíclicamente afectan a las sociedades europeas -tal y como sucede hoy tras la crisis financiera de 2008¹⁷¹-, se enfrenta, ante las tendencias socio-

¹⁷⁰ C. DIAZ BARRADO, “La Carta Social Europea: un instrumento válido para el desarrollo de los derechos sociales en Europa”, en F. MARIÑO MENÉNDEZ (dir.), *Política social internacional y europea*, Universidad Carlos III/Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 233. Partiendo, además, dentro de las coordenadas dirigidas a materializar este espacio social europeo, del hecho de que el art. 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sitúa a la CSE como expresión básica de los derechos sociales fundamentales que han de sustentar su política social, hay que tener presente que los Estados miembros de la Unión Europea (y al mismo tiempo del Consejo de Europa) son partícipes de la construcción de un modelo social europeo susceptible de ser visto “como un intento histórico de articular la igualdad de oportunidades con el crecimiento económico” (J. BILBAO UBILLOS, “El modelo social europeo: elementos constitutivos y viabilidad en un contexto adverso”, en *XII Premio de Investigación Francisco Javier de Landaburu - Universitas 2013*, Eurobask, Vitoria, 2014, p. 53).

¹⁷¹ “Ahora bien, aunque la crisis estalló en el sistema financiero, un factor fundamental se había gestado fuera: los frutos del crecimiento se repartieron de manera ineficiente durante el período anterior a la crisis” (R. TORRES, “Las respuestas incompletas a la crisis, su factura socioeconómica y sus consecuencias programáticas”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol.

económicas predominantes en una economía integrada en el espacio global, al *desafío de su sostenibilidad*.

El TEDH, en esta misma línea, parece claramente inclinarse por abogar “*in favour of a reading of the European Convention on Human Rights that is aligned with the necessities of the times*”¹⁷². La evolución del espacio social europeo y las consecuencias, sean más o menos coyunturales o estructurales, de una crisis económica como la actual tienen su impacto sobre la gestión del orden público europeo en materia de derechos humanos: primero, incide sobre las condiciones de vida de los ciudadanos europeos y, en particular, sobre los más vulnerables y/o los amenazados por la pobreza –por lo tanto, personas generalmente deficitarias en su capacidad real de goce y disfrute de sus derechos humanos–; segundo, repercute en las necesidades sociales a las que el Estado Parte debe atender, directa o indirectamente a través del sector privado; y, tercero, perturba la estabilidad del Estado democrático y de derecho. No está de más recordar que la finalidad del Consejo de Europa –Organización internacional dentro de cuyo mandato se adopta el CEDH– es la realización de “una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su *progreso económico y social*” –artículo 1 a) del Estatuto del Consejo de Europa (el resaltado es propio)–.

En definitiva, el TEDH, dentro de sus coordenadas, es tributario a fuerza de ser intérprete de la realidad social europea de la interrelación entre los DESC o los intereses económicos, sociales y culturales no particularizados como tales y la efectividad de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH y sus Protocolos. De ahí que sea perceptible en su jurisprudencia una *vis expansiva* hacia los mismos, que se relaciona con una “*dynamic interpretation of the text of the Convention, which in effect widens the scope of human rights beyond what the member states originally intended (also known as the living instrument doctrine)*”¹⁷³. Sea porque la conexión con los DESC o los intereses eco-

129, 2010, 2, p. 253); la sombra de la desigualdad, forjada entre otras cosas por la moderación salarial de los últimos años, y presente hoy en el discurso de análisis de la realidad socio-económica europea, permitió constatar otra cosa: que la “agravación de las desigualdades de ingresos resultó ser económicamente ineficiente” (*ibid.* p. 255).

¹⁷² F. TULKENS, “The European Convention on Human Rights and the economic crisis...”, *cit.*, p. 18.

¹⁷³ B. ÇALI; A. KOCH and N. BRUCH, “The Legitimacy of Human Rights Courts: A Grounded Interpretivist Analysis of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 35, 2013, 4, p. 966.

nómicos, sociales y culturales a proteger se explicita o no, queda claro que el TEDH cree preciso subrayar la relevancia de las obligaciones positivas de los Estados Partes respecto a la *dimensión social* de los derechos y libertades garantizados en el CEDH y en sus Protocolos en orden a garantizar la efectividad de estos últimos –siendo consciente, por supuesto, de que “*there are financial costs incurred by states in complying with their positive obligations*”¹⁷⁴.

Esta aproximación político-jurídica ya es indicativa de que la labor del TEDH tiene, de hecho y de derecho, sus propios límites¹⁷⁵: tanto en su *dimensión jurídica* como en la *interpretativa*.

4.1. Los límites de la protección indirecta: dimensión jurídica

Tal y como indica O’Connell, la protección indirecta es una herramienta que puede “*to be used imaginatively to give greater protection to social and economic rights*”, lo que depende y dependerá en el futuro “*on lawyers, litigants and citizens making the arguments successfully*”¹⁷⁶ ante el TEDH.

Esta afirmación, sin embargo, debe ser entendida en sus justos términos: el nivel de protección que puede alcanzarse está jurídicamente mediatizado por las disposiciones convencionales del CEDH y sus Protocolos que definen el ámbito jurídico material de su garantía y, por extensión, de la competencia jurisdiccional del TEDH; como bien ha indicado Carrillo Salcedo, toman-

¹⁷⁴ MOWBRAY, “*The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights...*”, cit., p. 230. Para TULKENS, “*compliance with human rights standards is not only even more necessary in times of economic crisis because of increased vulnerability, it also makes a contribution to recovery by establishing the conditions necessary for stability and the proper functioning of the rule of law, both essential for economic growth*” (F. TULKENS, “*The European Convention on Human Rights and the economic crisis...*”, cit., p. 2). Hay autores que apuntan que la actual crisis “*it is an unprecedented opportunity for revitalizing the struggle to make this rights operational in national and global economic policymaking*” (S.-A. WEY, N. LUISIANI and I. SAIZ, “*Economic and Social Rights in the ‘Great Recession’: Towards a Human Rights-Centred Economic Policy in Times of Crisis*”, en E. RIEDEL, G. GIACCA and C. GOLAY (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 110).

¹⁷⁵ Se cree difícil sostener la idea de KOCH, al menos en toda su extensión, a partir precisamente de estos límites: “*The gradual extension in the perception of the character and range of civil and political rights encourages applications raising still more ‘positive’ obligation issues, and future encounters between law and (social) facts might very well lead to an even greater subversion of the two classical categories of human rights in the ECtHR’s jurisprudence*” (E. KOCH, “*Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?*”, *Human Rights Law Review*, vol. 5, 2005, 1, p. 97).

¹⁷⁶ O’CONNELL, “*Social and Economic Rights in the Strasbourg Convention*”, cit., p. 18.

do en consideración la naturaleza jurídica convencional del CEDH y de sus Protocolos:

“the Court, in effect, is not a legislator, and its active role in the progressive development of the rights guaranteed in the Convention and its normative protocols, through a teleological and finalist interpretation of them, cannot displace States from their role as ‘legislators’”¹⁷⁷.

Asumiendo que constituyen acuerdos internacionales celebrados por escrito entre Estados y regidos por el Derecho internacional –artículo 2,1 a) CVDT–, el contenido jurídico del CEDH y de sus Protocolos no reconoce otros derechos y libertades que no sean los incluidos en sus disposiciones.

Sea a través de sus propias reglas interpretativas –artículo 5 CVDT– o de las reglas interpretativas consuetudinarias que reflejan los artículos 31 a 33 CVDT¹⁷⁸, el activismo judicial no puede sobrepasar este límite estructural e interpretativo: aun cuando se fortalezca la dimensión teleológica de su interpretación, el CEDH y sus Protocolos, como manifestaciones normativas del Consejo de Europa, no pueden permitir ser dotados de un alcance jurídico material ajeno a los derechos y libertades reconocidos; además, la propia CSE en su Preámbulo deja claro que mediante el CEDH “los Estados miembros del Consejo de Europa convinieron en garantizar a sus pueblos los derechos civiles y políticos y las libertades especificados en esos instrumentos”¹⁷⁹.

La lógica de estos límites jurídicos puede llevar a admitir, como hace un autor como O’CINNEIDE¹⁸⁰, que la jurisprudencia del TEDH no puede confundirse “*with the development of a full-blown socio-economic rights jurisprudence*”; asimismo, permite sostener lo que se antoja igualmente racional en lo

¹⁷⁷ J. A. CARRILLO SALCEDO, “The European Convention on Human Rights”, cit., p. 674.

¹⁷⁸ Véanse Notas 9 y 39.

¹⁷⁹ Los trabajos preparatorios del CEDH muestran, más allá de la propia literalidad de su redacción, cómo, tras el CEDH, no existía impedimento alguno para que en el futuro el Consejo de Europa tutelase ciertos derechos económicos y sociales; lo que, en el lenguaje del informe preliminar al inicio de los trabajos preparatorios del CEDH o *informe Teitgen*, se identificaron como libertades profesionales y derechos sociales (COMMISSION DES QUESTIONS JURIDIQUES ET ADMINISTRATIVES, “Rapport présenté par M. Teitgen au nom de la Commission des Questions Juridiques et Administratives”, en CONSEIL DE L’EUROPE, *Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Vol. I, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1975, pp. 218-219).

¹⁸⁰ C. O’CINNEIDE, “A Modest Proposal: Destitution, State Responsibility and the European Convention on Human Rights”, cit., p. 604.

político-jurídico: “la insuficiencia de la protección del Convenio [CEDH] en materia de derechos sociales en relación con la CSE”¹⁸¹.

Esta aproximación a sus límites jurídicos permite plantear las siguientes consideraciones:

- La proyección de los DESC o de intereses económicos, sociales y culturales a proteger en la interpretación del CEDH y de los Protocolos –sea advirtiendo conexiones explícitas o implícitas, o mediante la incorporación de parte de su contenido jurídico al del derecho o libertad reconocidos–, bien que sustentada en su implicación con la efectividad del CEDH y de sus Protocolos, genera en la práctica jurisdiccional una *tensión* entre la certeza de la indivisibilidad de los derechos humanos que se pretende plasmar en la interpretación de las disposiciones convencionales y la necesidad del TEDH de responder al imperativo legal de su mandato, es decir, de focalizar su metodología interpretativa en la perspectiva de los derechos civiles y políticos –con un punto de partida que, admitiendo la existencia de obligaciones positivas, asume la especificidad normativa de los mismos–. Como señala BREMS, siempre “*where the line is drawn will be determined not by the logic of the social rights that are indirectly protected, but by the logic of the civil and political rights into which they are incorporated*”¹⁸². En consecuencia, tanto la aproximación integrada o sistemática¹⁸³ o la aproximación constructiva¹⁸⁴ del CEDH y de sus Protocolos que se desprende de la protección indirecta, espe-

¹⁸¹ M.R. PÉREZ REYES, “La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2011, p. 93. La propuesta de MANTOVALOU y VOYATZIS es interesante en orden a superar este límite estructural: una interpretación que integre los DESC en el CEDH y sus Protocolos “*cannot substitute a substantive reform that will aim at a systematic protection of all the rights of the European Social Charter, and not only those that happen to fall within the scope of some ECHR provision*” (V. MANTOVALOU and P. VOYATZIS, “The Council of Europe and the Protection of Human Rights: A System in Need of Reform”, en S. JOSEPH and A. McBETH (eds.), *Research Handbook on International Human Rights Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010, p. 349).

¹⁸² E. BREMS, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, *cit.*, p. 165.

¹⁸³ M. SCHEININ, “Economic and Social Rights as Legal Rights”, en A. EIDE and al. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Kluwer Law International, The Hague, 2001, p. 32.

¹⁸⁴ F. SUDRE, “La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l’homme...”, *cit.*, p. 758.

cialmente respecto a los DESC, está mediatizada y restringida por estos condicionantes jurídicos.

- Pese a declararse incompetente *ratione materiae* “to review governments’ compliance with instruments other than the European Convention on Human Rights and its Protocols, even if, like other international treaties, the European Social Charter”, el TEDH señaló que la misma “may provide it with a source of inspiration”¹⁸⁵. La subrayada complementariedad de ambos tratados internacionales adoptados en el seno del Consejo de Europa¹⁸⁶, a los efectos de la aplicación de sus respectivas disposiciones, parece reconducirse a una *problemática común de garantía*¹⁸⁷, que, entendida como potencial directriz interpretativa, tiende más bien a exigir que el Comité Europeo de Derechos Sociales se fije en la metodología interpretativa y en los criterios interpretativos del TEDH, y no al revés¹⁸⁸. Así, aun cuando se encuentren ejemplos en los fundamentos jurídicos del TEDH que desarrollan la protección indirecta referencias a la CSE (incluida su versión revisada de 1996)¹⁸⁹, no puede tenerse por una práctica generalizada –debilitando la potencialidad de una armonización bidireccional ya a priori “limitada por la letra a veces divergente de los dos convenios”¹⁹⁰–.

¹⁸⁵ *Zehnalová and Zehnal v. the Czech Republic* (dec.), no. 38621/97, 14 May 2002.

¹⁸⁶ El Comité Europeo de Derechos Sociales, por ejemplo, ha señalado que “*The Charter [CSE] was envisaged as a human rights instrument to complement the European Convention on Human Rights. (...) The rights guaranteed are not ends in themselves but they complete the rights enshrined in the European Convention of Human Rights*” (*International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France* (Complaint N° 14/2003), Decision on the merits of 10 July 2010, § 27).

¹⁸⁷ J.-F., AKANDJI-KOMBÉ, “Charte Sociale Européenne et Convention Européenne des Droits de l’Homme: Quelles Perspectives pour les 10 prochaines années?”, en O. DE SCHUTTER (coord.), *The European Social Charter: A social constitution for Europe/La Charte social européenne: Une constitution sociale pour l’Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 151.

¹⁸⁸ Bajo la premisa de un retraso jurisprudencial sustentado en el dato objetivo de los años de acción jurisdiccional/cuasi-jurisdiccional respectiva y en que “*the European Social Charter has been largely overshadowed by the Convention [CEDH], even within specialized circles*”, al menos hasta mediados de los 90 (O. DE SCHUTTER, “The Two Lives of the European Social Charter”, en: O. DE SCHUTTER (coord.), *The European Social Charter: A social constitution for Europe...*, cit., p. 11); el retraso jurisprudencial es también un argumento relevante para CHATTON (G. CHATTON, “La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...”, cit., p. 307).

¹⁸⁹ *Ibid.* pp. 296-301.

¹⁹⁰ *Ibid.* p. 307.

- Todas las anteriores implicaciones parecen orientarse decididamente hacia una última consideración: que el resultado de la protección indirecta comporta, en definitiva, la protección de un núcleo de obligaciones básicas respecto a los DESC *-per se* o por medio de los intereses económicos, sociales y culturales efectivamente protegidos¹⁹¹; es decir, un estándar mínimo europeo¹⁹², mediante el que el TEDH “has been faced with questions concerning the boundaries of state responsibility for meeting basic human needs”¹⁹³.

4.2. Los límites de la protección indirecta: dimensión interpretativa

La protección indirecta es un criterio interpretativo que se incardina a una metodología interpretativa focalizada en la efectividad de los derechos y libertades convencionalmente reconocidos. Mas, si se reflexiona sobre el alcance jurídico de la protección indirecta ofrecida, es difícil hacerlo sin introducir otro vector político-jurídico: la percepción del propio TEDH sobre la legitimidad social de su labor jurisdiccional frente a los operadores jurídicos estatales, y, particularmente, respecto a las autoridades estatales. No es descabellado pensar que el TEDH la asienta en “*a fair compromise between the purposes and the performance of human rights courts and the purposes and performance of domestic institutions*” -lo que significa partir de la “*presumption of complementarity with domestic institutions*” -¹⁹⁴.

En consecuencia, frente a las potenciales expectativas generadas por este criterio interpretativo, la protección indirecta ofrecida a los DESC o a los intereses económicos, sociales y culturales en juego “*will always be unsatisfactory*”¹⁹⁵: primero, porque el compromiso equitativo se traduce en

¹⁹¹ I. CISMAS, “The Intersection of Economic, Social and Cultural Rights and Civil and Political Rights”, en E. RIEDEL, G. GIACCA and C. GOLAY (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, cit., p. 465.

¹⁹² Pues no necesariamente “*has to follow the UN standard as expressed in the General Comment from the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*” (I. E. KOCH, “Social Rights as components in the Civil Right to Personal Liberty: Another Step Forward in the Integrated Human Rights Approach?”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 20, 2002, 1, p. 48).

¹⁹³ E. PALMER, “Protecting socio-economic rights through the European Convention on Human Rights...”, cit., p. 408.

¹⁹⁴ B. ÇALI; A. KOCH and N. BRUCH, “The Legitimacy of Human Rights Courts...”, cit., p. 974.

¹⁹⁵ E. BREMS, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, cit., p. 167.

*“a fair balance between judicial innovation and respect for the ultimate policy-making role of member States in determining the spectrum of rights guaranteed by the Convention”*¹⁹⁶; y, segundo, porque no parece realista pedirle al TEDH que *“it steer away from its own conceptions of the core of rights”*¹⁹⁷ y las reemplace por las que puedan desprenderse de los DESC, tal y como son interpretados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el Comité Europeo de Derechos Sociales.

La jurisprudencia que refleja la protección indirecta ha tendido a sostener, particularmente respecto a los artículos 2, 3 y 8 CEDH¹⁹⁸, lo que pueden entenderse como contenidos o necesidades socio-económicas de carácter básico vinculados a los mismos:

*“a principled jurisprudence has begun to emerge whereby states may be held responsible for extreme socio-economic deficits in circumstances where it can be shown that there are direct and verifiable links between the conduct of the state or its agents and the origins or continuation of conduct that has caused intolerable harm”*¹⁹⁹.

Esta *perspectiva interpretativa* repercute en que el balance equitativo de intereses modere el reconocimiento jurídico de la protección indirecta; por ejemplo, en el *asunto Botta v. Italia*, el beneficio social denegado –garantizar a un discapacitado el acceso a la playa durante sus vacaciones– es percibido como un nivel demasiado extensivo de aquellas potenciales relaciones interpersonales que protege el artículo 8 CEDH²⁰⁰.

Incluso respecto a derechos y libertades que no admiten derogación alguna²⁰¹, la evaluación del respeto de las obligaciones positivas que funda-

¹⁹⁶ A. MOWBRAY, “The Creativity of the European Court of Human Rights”, *cit.*, p. 79.

¹⁹⁷ E. BREMS, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, *cit.*, p. 167.

¹⁹⁸ El art. 1 del Protocolo adicional primero incorpora derechos sobre la vivienda o sobre pensiones y otros beneficios sociales en función de que sea expectativas patrimoniales reconocibles legalmente.

¹⁹⁹ E. PALMER, “Protecting socio-economic rights through the European Convention on Human Rights...”, *cit.*, p. 414; por lo que se revela una preocupación especial por la pobreza y la exclusión social (F. TULKENS, “The European Convention on Human Rights and the economic crisis...”, *cit.*, p. 1).

²⁰⁰ *Botta v. Italy*, 24 February 1998, § 35, *Reports of Judgments and Decisions 1998-II*.

²⁰¹ Por ejemplo, respecto al art. 2 CEDH: “*in the context of the State’s positive obligations, when addressing complex scientific, legal and ethical issues concerning in particular the beginning or the end of life, and in the absence of consensus among the member States, the Court has recognised that*

mentan la protección indirecta o de las medidas que restringen el alcance de la protección indirecta otorgada a un DESC o interés económico, social y cultural –por ejemplo, la disminución de una pensión– comporta un balance de intereses en el que el Estado goza de un cierto margen de apreciación.

Reflejo del principio de subsidiariedad de la jurisdicción internacional frente a la estatal, (véase Nota 57), el margen de apreciación²⁰² concede a las razones esgrimidas por las autoridades estatales para justificar su actuación un lugar preferente en el balance de intereses, según el derecho o libertad afectado, los fines legítimos perseguidos o el nivel de consenso alcanzado entre Estados Partes; puede contrarrestarse, esencialmente, si se demuestra la ausencia de razonabilidad o la desproporción de las medidas estatales. Pese a ser un criterio interpretativo “flexible y polisémico”²⁰³ –y, por ello, poco predecible²⁰⁴–, marca los contornos del compromiso equitativo legitimador de la actividad jurisdiccional y, en consecuencia, puede jugar un papel moderador –si se quiere, restrictivo– del alcance jurídico de la protección indirecta, contribuyendo a su ya limitada operatividad por motivos político-jurídicos, jurídicos y de política jurisdiccional. Por ejemplo, ante la

the latter have a certain margin of appreciation” (Lambert and Others v. France [GC], no. 46043/14, § 144, 5 June 2015).

²⁰² Véase al respecto, por ejemplo: Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerp, 2002; P. GALLAGHER, “The European Convention on Human Rights and the Margin of Appreciation”, *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper*, No. 52/2011, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1982661> (consulta: 2/05/2015); J. KRATOCHVIL, “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29, 2011, 3, pp. 324-357; G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007; R. J. Mc DONALD, “The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, en VV.AA., *International Law at the Time of its Codification, Essays in Honour of Judge Roberto Ago*, Giuffrè, Milan, 1987, pp. 187-208; C.M. ZOETHOUT, C. M., “Margin of Appreciation, Violation and (in) Compatibility: Why the ECtHR Might Consider Using an Alternative Mode of Adjudication”, *European Public Law*, Vol. 20, 2014, 2, pp. 309-330.

²⁰³ F.J. PASCUAL VIVES, “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29, 2013, p. 260.

²⁰⁴ Marcado, ciertamente, como señala GARCÍA ROCA, por “una sensación de inseguridad jurídica y de imprevisibilidad o impredictibilidad del resultado que ponen de manifiesto un exceso de discrecionalidad en la decisión judicial europea” (J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 379).

actual crisis económica y financiera en Grecia se otorgó al Estado un muy amplio margen de apreciación respecto a las sustanciosas bajadas de sueldo y de las pensiones de sus funcionarios, inadmitiéndose las demandas por manifiestamente mal fundadas –artículo 1 del Protocolo adicional primero–; apreciando su utilidad pública, el TEDH no consideró desproporcionadas tales medidas, entre otras cosas, por no suponer una carga excesiva para los afectados al no poner en riesgo su subsistencia²⁰⁵.

5. CONSIDERACIONES FINALES

La protección indirecta es un criterio interpretativo del TEDH vinculado a una metodología interpretativa que se apoya esencialmente en la voluntad de garantizar la máxima efectividad posible de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH y en sus Protocolos; fundamentada, básica que no exclusivamente, en el reconocimiento de la existencia de obligaciones positivas derivadas de este marco convencional, la protección indirecta permite al TEDH, en función de que su salvaguardia tenga implicaciones para la efectividad de los derechos y libertades convencionalmente reconocidos, extender la protección del CEDH y de sus Protocolos a DESC o intereses económicos, sociales y culturales relacionados con los mismos.

En este sentido, en cuanto que manifestación jurisprudencial del TEDH, puede afirmarse que la protección indirecta es un instrumento que fortalece la exigibilidad jurídica de los DESC a nivel europeo, en cuanto que los sitúa dentro de la esfera *ratione materiae* de un tribunal regional como es el TEDH.

²⁰⁵ *Ioanna Koufaki et ADEDY contre la Grèce* (dec.), nos. 57665/12 et 57657/12, § 40-50, 7 Mai 2013; en cambio consideró desproporcionado y una carga excesiva el impuesto aplicado a una indemnización por despido de un trabajador público (*N.K.M. v. Hungary*, no. 66529/11, § 75, 14 May 2013). El Comité Europeo de Derechos Sociales, en una serie de decisiones respecto a las mismas reformas en Grecia, las consideró contrarias al art.12,3 Carta Social Europea (del que se desprende la no conformidad inicial de toda medida regresivas de seguridad social): *Federation of employed pensioners of Greece (IKA-ETAM) v. Greece* (Complaint No. 76/2012), Decision on the Merits of 7 December 2012, pp. 19-20, §§ 77-82; *Panhellenic Federation of Public Service Pensioners (POPS) v. Greece* (Complaint No. 77/2012), Decisions on the Merits 7 December 2012, pp. 16-17, §§ 73-78; *Pensioners' Union of the Athens-Piraeus Electric Railways (I.S.A.P.) v. Greece* (Complaint No. 78/2012), Decision on the Merits on 7 December 2012, pp. 16-17, §§ 73-78; *Panhellenic Federation of pensioners of the Public Electricity Corporation (POS-DEI) v. Greece* (Complaint No. 79/2012), Decision on the Merits of 7 December 2012, pp. 16-17, §§ 73-78; *Pensioners' Union of the Agricultural Bank of Greece (ATE) v. Greece* (Complaint No. 80/2012), Decision on the Merits of 7 December 2012, pp. 16-17, §§ 73-78.

Ahora bien, el alcance jurídico de la extensión otorgada por la protección del CEDH y de sus Protocolos a los DESC –aunque sea tutelando intereses económicos, sociales y culturales vinculados a los mismos– debe ser mediaticada o, si se quiere, relativizada.

En primer lugar, porque el activismo judicial del TEDH tiene sus límites jurídicos: además de no poder realizar un reconocimiento jurídico-formal de ningún DESC, la dimensión teleológica de su metodología interpretativa ni le autoriza a dotar a los DESC de un alcance jurídico material desvinculado de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH y sus Protocolos –básicamente, derechos civiles y políticos–, ni la indivisibilidad de los derechos humanos le faculta a desvincular su metodología interpretativa de la perspectiva material de los mismos.

Y, en segundo lugar, porque la política interpretativa del TEDH, orientada por los presupuestos jurídicos anteriores, tiende a imponer, en aras de la legitimidad social que pretende conservar frente a los Estados Partes, límites a su activismo judicial: primero, asumiendo que el contenido jurídico del CEDH y de sus Protocolos condiciona su metodología interpretativa; y, segundo, porque, cuando se plantea la aplicación de la protección indirecta, el TEDH suele conceder a los Estados Partes un mayor o menor margen de apreciación para delimitar el balance de intereses en juego que, en todo caso, restringe el ámbito expansivo disponible para los DESC a través de la protección indirecta.

Lo anterior no puede, ni debe, llevar a un juicio negativo del alcance jurídico de la protección indirecta en la jurisprudencia del TEDH: es una propuesta muy sugerente para épocas de crisis económica o financiera, aun cuando sea a fuerza de inferir del CEDH y de sus Protocolos estándares básicos de protección a nivel europeo respecto a los DESC a través de su implicación con los derechos y libertades efectivamente reconocidos.

JORDI BONET PÉREZ
Derecho Internacional Público
Facultad de Derecho
Universidad de Barcelona
c/ Diagonal, 684
Barcelona - 08034
e-mail: jbonet@ub.edu