



Presentación

SUSANA GALERA RODRIGO

SUMARIO*: I. CONSIDERACIONES SOBRE LOS DERECHOS Y LAS INSTITUCIONES EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN. II. LOS DERECHOS —ECONÓMICOS, SOCIALES Y OTROS— Y LOS SISTEMAS DE TUTELA. 1. Sistemas de protección de los derechos económicos y sociales: el marco internacional, los marcos regionales y los marcos nacionales. 2. Los derechos protegidos: avance o retroceso? 3. Reformulación y nuevos derechos en la era digital.

I. CONSIDERACIONES SOBRE LOS DERECHOS Y LAS INSTITUCIONES EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN

Hay una visión muy extendida que identifica la llamada Globalización con el imperio de empresas y grupos de interés multinacionales que imponen sus propias reglas de gobierno económico, en un marco institucional en el que el poder estatal es prácticamente un poder fiduciario de aquellos intereses y que, por lo demás, ha quedado reducido a lo anecdótico.

De acuerdo con este planteamiento, la reciente crisis económica ha acelerado un cambio estructural que ya se reconocía en los procesos liberalizadores y privatizadores de los años 80 del siglo pasado; como resultado de estos últimos, gran parte del sector público económico se ha transferido al sector privado, con el correlativo debilitamiento de aquel en favor de este, es decir, del reforzamiento de las grandes corporaciones internacionales en sectores no solo estratégicos sino esenciales para la calidad de vida de la población. Estos procesos se revistieron de imperativos de eficiencia y exigencias tecnocráticas, aunque en el fondo obedecieron a estrategias ideológicas muy específicas que fueron posibles por la clara connivencia de los intereses privados con las instancias de poder público —cuyos

* Estos trabajos resultan de las actividades realizadas al amparo del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER2012-39170, *Rule of Law en el espacio global*, del que soy investigadora principal.

representantes, a través de puertas giratorias u otros mecanismos—, no permanecieron ajenos a los beneficios privatizadores.

Causa y efecto de estos procesos es el reforzamiento de los ámbitos de decisión supranacionales, donde los Estados casi siempre están representados por agentes gubernamentales, fortaleciendo así las funciones de sus poderes ejecutivos y debilitando correlativamente las que se desarrollan en sus sedes parlamentarias, en particular dos de las más directamente conectadas con las exigencias del Estado de Derecho: por una parte, la función de deliberación y toma de decisiones parlamentarias y por otra parte, los mecanismos de control y responsabilidad que el Estado de Derecho, el principio de división de poderes, vienen asociando al ejercicio legítimo y democrático del poder público¹.

Esta visión se agudiza cuando, además de los sistemas actuales de gobierno económico, se considera la actividad pública desarrollada en los ámbitos de la seguridad, un ámbito siempre en equilibrio inestable respecto a las libertades y garantías ciudadanas, inestabilidad agudizada a partir del rearme que siguió a los atentados del 11 de Septiembre de 2001, iniciado con la llamada Guerra contra el Terror —*War of Terror*²— cuyas derivaciones presentan actualmente singular intensidad.

Con ser incuestionable tan inquietante lectura, creemos sin embargo que una lectura que amplíe el ámbito de análisis y con una perspectiva dinámica arroja resultados diferentes. Esto es, una perspectiva dinámica que considere el conjunto como etapas de un proceso en marcha, que impacta de forma distinta en ámbitos diversos, y está aún lejos de terminar. Desde esta perspectiva, junto a estos elementos, que erosionan el estándar consolidado por la tradición jurídica y democrática, es posible también encontrar otros elementos singulares que enriquecen los modelos tradicionales³, y que deben considerarse también en las construcciones legales sobre la globalización que se encuentran actualmente en discusión.

Es evidente que el poder público estatal se ejerce crecientemente, de forma concertada con otros poderes estatales en instancias supraestatales. En este contexto, el sistema de controles y limitaciones en el ejercicio del poder público diseñado en su día cuando este se ejercía fundamentalmente en el ámbito doméstico no puede resultar ahora igualmente

¹ Desde esta perspectiva, J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Globalización Económica y Estado*, e-book, Kindleedition, 2015.

² Un primer análisis de las medidas que derivaron de las primeras Órdenes Presidenciales del Presidente George Walker Bush y su rápido seguimiento en el ordenamiento canadiense en H. GLASBEEK and J. FUDGE, «War on Terror: Constitutional Governance in a State of Permanent Warfare», *Osgoode Hall Law Journal* (Special Issue on Civil Disobedience, Civil Liberties, and Civil Resistance, 41, 2003) 41, p. 267.

³ Lo que no es exclusivo de ámbitos normativos específicos —como el ordenamiento de los derechos humanos o el ambiental—, sino que pueden también encontrarse en ámbitos de percepción más prejuicios como el Comercio Internacional y la actividad desplegada en el ámbito de la OMC, como pone de manifiesto Cassese en relación con los derechos procedimentales asociados a la aplicación de procedimientos antidumping entre otros ejemplos. *Vid.*, S. CASSESE, *El Derecho Global. Justicia y democracia más allá del Estado*, Global Law Press, Sevilla, 2010, pp. 180 ss.

eficaz si no es objeto de profundas adaptaciones. Un ejemplo de estas adaptaciones —y no adaptaciones— lo encontramos en los sistemas de control parlamentario de la actividad ejercida en el exterior por el poder ejecutivo, que resulta clave y esencial para mantener el equilibrio interno de poderes o, dicho más gráficamente, para paliar el vaciamiento de funciones de los Parlamentos del que correlativamente se benefician los poderes gubernamentales. No basta ya con cláusulas generales de ratificación parlamentaria de Tratados Internacionales: la singularidad de determinadas organizaciones regionales, como la Unión Europea, debe de tener reflejo específico en el sistema constitucional de controles y equilibrio de poderes⁴.

Con el concepto de Globalización se designa un complejo proceso de cambio que presenta elementos muy variados, cambio que ya es reconocible no solo en la sociedad sino también en las instituciones políticas y jurídicas en base a las cuales se organiza, bien porque dichas instituciones se van adaptando al nuevo escenario global por modificaciones en su regulación bien porque, en otro caso, exhiben una obsolescencia notoria.

Quizás al final de este proceso esta base institucional se renueve completamente: de momento, y en esta fase, lo que estamos conociendo es una adaptación de las viejas instituciones alumbradas en el siglo XVIII a una sociedad que desde entonces ha cambiado radicalmente, unas instituciones que estarán en la base de las nuevas formulaciones pero que ya no van a volver a su dicción inicial. Ha quedado atrás el concepto de soberanía estatal entendida como la incondicional primacía del ordenamiento del Estado frente a cualquier otro externo a él, de igual forma que ha quedado atrás un entendimiento de la acción internacional del Estado plenamente respetuosa con este entendimiento, un respeto articulado a través de la ratificación parlamentaria de los acuerdos adoptados más allá de sus fronteras. No hablamos ya tanto de internacionalización como de globalización, al haberse incorporado a la actividad no doméstica o interna del Estado elementos que ya no pueden encajar en el marco dogmático e institucional que venía explicando y encauzando la actividad internacional del Estado⁵.

No es solo el marco institucional clásico lo que está en discusión: tampoco puede permanecer sin adaptaciones la lectura y entendimiento de lo que venimos entendiendo como ordenamiento jurídico. El Sistema Jurídico no puede ya entenderse, sin introducir muchos matices⁶, como una ordenación jerárquica de normas enteramente estructurada a partir de la Constitución, pues ignora las numerosas relaciones horizontales y cola-

⁴ Como se ha hecho con el art. 23 de la Ley Fundamental de Bonn y, en menor medida, con el art. 88.4 de la Constitución francesa, adaptaciones que contrastan con la formulación clásica que sobre el control parlamentario de la actividad exterior luce en los arts. 93 y ss. de nuestra Constitución.

⁵ Replicando las propuestas que afirman la vigencia de las categorías clásicas del Derecho Internacional para explicar este proceso *vid.* J.B. AUBY, *La Globalización, el Derecho y el Estado*, Global Law Press, Sevilla, 2012, pp. 130 ss.

⁶ Algunos de los cuales se explican en G. ZAGREBELSKY, *El Derecho Dúctil, Ley, derechos y justicia*, Ed. Trotta, Madrid, 11.ª ed., 2011, en particular pp. 131 ss. que desarrolla el epígrafe «Los jueces y el Derecho».



borativas, la aplicación efectiva de reglas de carácter no normativo de base pública y/o privada y el cada vez más frecuente recurso a instituciones extranjeras, lo que configura un instrumental con el que actualmente también nos ordenamos. El Derecho no nacional no puede identificarse sin más con el Derecho Internacional que regula la relación entre Estados y que, tras los mecanismos parlamentarios pertinentes se incorporaran luego a los ordenamientos internos, pues dejamos fuera de este esquema no solo el ordenamiento supranacional directamente aplicable sino la innumerable y creciente saga de actos que sin tener categoría de Tratados internacionales se originan en instituciones (y aun meros foros) internacionales y que se aplican y producen efectos jurídicos con normalidad.

Tampoco puede afirmarse ya que la ejecución y desarrollo de los Acuerdos internacionales es una cuestión de competencia interna de los Estados: por el contrario, las organizaciones internacionales desarrollan una intensa actividad administrativa en la que participan, en renovadas formaciones, representantes nacionales, públicos y privados, e institucionales⁷, actividad frecuentemente encauzada por reglas propias de procedimiento y mecanismos también singulares que controlan y tutelan la aplicación de los textos originarios. Un matiz adicional a la actividad tradicional de ejecución lo aportan las entidades infra-estatales, regionales y locales, y su creciente (auto)vinculación al contenido de textos internacionales a través de sus propios instrumentos normativos, al margen de los procedimientos estatales solemnes de incorporación formal.

Comparto la opinión del Profesor Auby que sostiene que la Globalización no es en sí buena ni mala, sino un proceso complejo en el que estamos inmersos, que presenta unas características determinadas y que difícilmente va a retroceder. Ello no obsta a que su análisis pueda incorporar elementos valorativos. Frecuentemente, se hace una lectura negativa atendiendo a regulaciones en ámbitos específicos de la gobernanza económica, como la regulación de los mercados financieros y de los servicios, a los que se imputa buena parte de la responsabilidad de la crisis iniciada en 2008; pero también es posible una lectura en positivo, para la que planteamos que entren en consideraciones las dos siguientes perspectivas.

En primer lugar, y desde una perspectiva no jurídica, son incuestionables las mejoras que la humanidad en su conjunto ha conocido en términos de derechos individuales y colectivos y calidad de vida en el último siglo, y de calidad democrática de su organización política: en todo el mundo, con distinta intensidad claro, se vive más y mejor, lo que es tributario no solo de avances científicos y tecnológicos sino también de la acción combinada de la implantación del Estado social y de su participación en una Comunidad Internacional que actúa a través de Organizaciones Internacionales en ámbitos específicos. En segundo lugar, y volviendo a la perspectiva jurídica, no todo ha resultado en la erosión del sistema jurídico e institucional, sino que han ido apareciendo nuevos ámbitos de regulación que intensifican los valores de solidaridad y justicia social, así como procesos

⁷ S. CASSESE, *El Derecho Global... cit.*, p. 43.

paralelos emprendidos por la ciudadanía que la han hecho conquistar posiciones hasta ahora inéditas en el ámbito supraestatal. Desde esta perspectiva, hay también que considerar la creciente dificultad con la que la Comunidad internacional tolera a los regímenes autoritarios que aún subsisten.

En ese sentido, merece una más amplia visibilidad la progresión en el reconocimiento y ampliación de derechos en el ámbito internacional, así como la mejora de los mecanismos para su aplicación. Esta progresión se queda con frecuencia minusvalorada por argumentos relativos a su aplicación efectiva, lo que a mi entender debe de reconducirse a un plano de debate de distinta naturaleza. En el actual contexto de crisis económica, las medidas nacionales de austeridad en ocasiones han transgredido las obligaciones internacionales, y así se ha declarado por los órganos pertinentes⁸. Que tales transgresiones constatadas queden sin reacción ni consecuencia para sus responsables —es decir, para quienes nos representan en los Parlamentos y en los Gobiernos— tiene menos que ver con el ordenamiento jurídico que con el sistema institucional que ha de aplicarlo, con el sistema de representación que conforma nuestras instituciones y con una ciudadanía, destinataria final del reconocimiento de derechos, poco exigente con sus representantes. Idéntica reflexión se aplica a la propia crisis, una crisis que analizada en perspectiva aparece cada vez más claramente como una crisis evitable, ya que estuvo en última instancia causada por prácticas poco escrupulosas desarrolladas en el régimen de propiedad y en los mercados financieros⁹, y toleradas por nuestros representantes públicos.

Se decía más arriba que el entendimiento del propio ordenamiento jurídico, y sus relaciones con los demás, no puede ser el mismo en la época de la globalización. Con inusitado protagonismo en nuestro sistema jurídico continental emerge la labor de los jueces, y con un protagonismo también creciente la invocación y aplicación de los principios jurídicos¹⁰, ambas fuentes *secundarias*, nos dijeron, de nuestro sistema jurídico. Desde esta perspectiva, hay que referir un elemento más novedoso y también más controvertido, el *Soft-Law*, que se refiere a normas no vinculantes que llegan a producir efectos jurídicos¹¹,

⁸ Nos señala el Profesor Jiménez en este volumen que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha emitido ya seis pronunciamientos de no conformidad en relación con las medidas españolas anticrisis.

⁹ En este sentido D. BILCHITZ, «Socio-economic rights, economic crisis and legal doctrine», *International Constitutional Law Review*, Vol. 12, núm. 3, 2014, pp. 710 ss. Se mantiene aquí en una aproximación positiva que, analizando la doctrina legal, afirma que la situación de crisis no constituye un criterio que permita ignorar el núcleo esencial de los derechos socioeconómicos reconocidos; pero además, el contexto de crisis pone de manifiesto urgentes cuestiones de justicia distributiva y obligaciones de compensación por parte de entidades privadas por los daños que han causado en la esfera socioeconómica de terceros.

¹⁰ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho Dúctil... cit.*, p. 133. En relación con la «aplicación judicial del Derecho».

¹¹ «Disposiciones que poseen la apariencia de norma jurídica pero que carecen de los elementos que creemos necesarios para crear obligaciones vinculantes en los sujetos a los que están destinadas» (trad. propia), B. SHEPPARD, «Norm Supercompliance and the Status of Soft Law», *Buffalo Law Review*, Vol. 62, August-2014, núm. 4, p. 788.

y que es particularmente visible en el ámbito de la Unión Europea¹² (Resoluciones, Guías, Documentos COM, Libros Verdes, Blancos...), donde se ha establecido ya una doctrina que analiza sus efectos jurídicos¹³.

En el ámbito específico de los denominados derechos económicos y sociales, multitud de textos de esta naturaleza (Observaciones, Informes, Conclusiones, Códigos de Buenas Prácticas...) complementan a los textos principales —Tratados, Acuerdos, Pactos, Protocolos...—, conformando un *standard internacional* que, por lo que aquí interesa van a delimitar el contenido de los derechos reconocidos. Es sabido que en nuestro ordenamiento, esta conexión toma como base el art. 10.2 de la Constitución, que remite a los textos internacionales ratificados por España para la interpretación de los derechos protegidos por la Constitución.

Es importante tenerlo presente, particularmente cuando se trata de derechos de configuración legal, quedando para el legislador la concreción específica del derecho. Aunque produce rubor, por doctrina conocida, se quiere insistir en ello: por una parte, el contenido esencial de los derechos garantizados, que está delimitado por estándares internacionales, y que es indisponible para el legislador; y por otra parte, el contenido accesorio de estos derechos, podría reducirse por circunstancias específicas y justificadas, como pueden ser las de recesión económica, si bien tal regresión debe también de sujetarse a unas reglas establecidas por normas y estándares internacionales¹⁴.

La identificación del contenido esencial de los derechos garantizados como límite infranqueable para el legislador constituye doctrina universal —reflejada por el correspondiente Comité de Naciones Unidas, Observación general número 3, de 1979—, protegida además constitucionalmente —en nuestro caso, art. 53.1 CE y doctrina constitucional reiteradamente aplicada desde 1981—.

Desde este planteamiento, aceptado en las obligaciones internacionales y en la formulación constitucional, producen perplejidad los recientes y sucesivos pronunciamientos de nuestra Corte constitucional en relación con algunas de las medidas de austeridad adoptadas por el legislador español. En particular, y en relación con la reforma del Estatuto de los Trabajadores, la STC 8/2015 esgrime sorprendentes argumentos para salvar la constitucionalidad de la norma cuestionada —y que determinó una reforma sustancial del Estatuto

¹² Vid. F. TERPAN, «Soft Law in the European Union-The Changing Nature of EU Law», *European Law Journal*, Vol. 21, núm. 1, January-2015, p. 76, donde se analiza su conformación como categoría autónoma, en la que son distinguibles a su vez distintas categorías que resultan de la combinación de criterios relativos a la naturaleza de la obligación y a los mecanismos de aplicación.

¹³ A mi entender, una poco convincente doctrina, que analicé en Susana Galera Rodrigo, «Los documentos COM y su contribución en la concreción de un modelo europeo de urbanismo sostenible», *Actas de III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Granada, 2008.

¹⁴ Remito a los trabajos de los Profesores Jiménez y Bazán que detallan los límites y condicionantes internacionales para la adopción de medidas que reduzcan el nivel de protección de los derechos económicos y sociales.



de los Trabajadores—. Por una parte: introduce como parámetro de constitucionalidad la propia crisis, ponderándola en relación con los derechos y valores constitucionales expresamente reconocidos (cuando, por el contrario, los estándares internacionales hacen de la crisis un supuesto de excepción que transitoriamente excepcione la no progresión y eventualmente la regresión circunstancial de los derechos). Por otra parte, invoca insistentemente la facultad del legislador («derechos de configuración legal») a quien sin embargo no le señala el límite que deriva del «contenido esencial» de los derechos como parámetro constitucionalizado insistentemente reiterado por la propia doctrina constitucional. En este sentido, véase el Voto particular a dicha Sentencia¹⁵.

Globalización en positivo, se decía más arriba. Las medidas anticrisis que a día de hoy aún estamos sufriendo, han sido de alguna forma contenidas por dos mecanismos: por una parte, un standard internacional—inaplicado en algunas ocasiones pero salvador en otras— y por otra parte a la consideración que del modelo de Estado social consolidado ha realizado la jurisdicción ordinaria, ponderando y modulando con su praxis un ordenamiento positivo feroz¹⁶.

II. LOS DERECHOS —ECONÓMICOS, SOCIALES Y OTROS— Y LOS SISTEMAS DE TUTELA

Los trabajos de este monográfico están todos ellos orientados a analizar bien derechos clásicamente calificados como «económicos y sociales», bien otros derechos que no han recibido aún una calificación generacional, así como a los distintos marcos jurídicos de protección. En todos los casos se parte de una aproximación multinivel de la regulación que se considera. Se ha establecido una estructura que consta de tres partes diferenciadas: en la primera, se reflexiona sobre el marco general de protección de derechos económicos y sociales en los niveles internacional, regionales —Europa y América Latina y nacionales —España y Brasil—; en la segunda, se reflexiona sobre derechos específicos, ya reconocidos o emergentes, y su grado de protección actual; en la tercera, se atiende al impacto de la era digital en algunos derechos clásicos —reformulación— así como a la emergencia de otros nuevos.

1. Sistemas de protección de los derechos económicos y sociales: el marco internacional, los marcos regionales y los marcos nacionales

El Derecho Internacional de los derechos económicos y sociales se viene desarrollando progresivamente, teniendo como referencia esencial —aunque no inicial, recuérd-

¹⁵ Que parcialmente se reproduce en el Apéndice de este número.

¹⁶ Ambos elementos están presentes en la muy importante Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, As. C-415/11, Mohamed Aziz/Caixa Catalunya, respecto a la no conformidad del procedimiento de ejecución hipotecaria español con el ordenamiento europeo de protección de consumidores: de qué forma tan sofisticada se protege el derecho a la vivienda.

dense los textos auspiciados por la Organización Internacional del Trabajo, constituida en 1919— en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1996 y sus sucesivas modificaciones. En esa progresión no solo se ha ampliado la lista de derechos garantizados, sino que se han ido perfeccionando los mecanismos para su aplicación efectiva. Es posible que quede aun recorrido de mejora, pero es innegable tal progresión: en este sentido, no puede dejar de mencionarse la posibilidad reciente (2013) de que los particulares puedan recabar la aplicación de estas garantías, directamente al órgano encargado de su control, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Comité DESC—. De esta forma, se evita aquí un déficit para la ciudadanía no infrecuente en los textos internacionales que mantienen el monopolio estatal de la interlocución. Desde esa fecha, nos indica el **Profesor Jiménez**, se han presentado tres Comunicaciones individuales al Comité, dos de ellas contra España en relación con el acceso a pensiones no contributivas y con el derecho a la vivienda.

Como es lógico, y por influencia de este ordenamiento internacional, los sistemas regionales y nacionales presentan un alto grado de convergencia, como convergentes son también algunas de las conclusiones y opiniones de los autores de los trabajos que se integran en este apartado, de las que destacaría las siguientes.

En primer lugar, hay una reivindicación vehemente de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos como atributos sucesivamente conquistados y reflejados en los textos internacionales de los derechos humanos. Tal posición lleva a cuestionar la rigidez de eventuales divisiones generacionales que, contra de lo declarado como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), implicarán que estos últimos se sitúan al margen del ámbito jurisdiccional, en una lectura maximalista de la progresividad y de la configuración legal que ha de acabar de concretar su contenido.

Entre otros argumentos, nos recuerda el **Profesor Bazán** que los derechos económicos y sociales no solo no suceden a los derechos civiles y políticos (segunda y primera generación, respectivamente, en las divisiones cuestionadas), sino que algunos de aquellos —subsistencia, salud, educación— preceden y son prerequisites para el ejercicio de estos últimos. Es más, la efectividad de derechos tales como la educación y el acceso a la información son presupuestos de un sistema democrático consistente y del acierto en la composición de sus instituciones.

Incumplimientos estatales graves de las obligaciones internacionales en la materia han reposado, por una parte, en esta clasificación de generaciones de derechos y, por otra parte, en el argumento de su coste prohibitivo, falacia esta última que como nos enseña el **Profesor Jimena** no resiste su contraste con el coste de los derechos civiles y políticos. A nadie se le escapa el coste económico de mantenimiento periódico de un sistema representativo, lo que desde luego no es argumento para basar supuestas alternativas de base autoritaria.

En segundo lugar, se insiste en subrayar el carácter progresivo y la regla de no regresión sin causa justificada, que en el actual contexto de crisis económica dominan el debate jurídico y jurisprudencial. El Profesor Jiménez nos indica con claridad las condiciones de la no regresión y su eventual legítima inaplicación, en lo que ha abundado el Comité de

DESC indicando las condiciones de legitimidad de eventuales medidas de ajuste presupuestario. Estos criterios se van abriendo paso en las más altas jurisdicciones de un lado y otro del atlántico, si bien, en ambos casos, aun en estadios tempranos reflejados en los votos particulares de recientes pronunciamientos.

Esta tendencia a la acumulación y consolidación recuerda a una fuente singular del Derecho francés: la tradición republicana consolidada en *Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, cuyo valor constitucional protege aquella tradición de textos legislativos posteriores que la contradigan (véase, por ejemplo, Decisión Constitucional 563-2008, de 21 de febrero). El sistema que aquí se considera no presenta aun similar robustez, pero conviene señalar que las vulneraciones de los derechos convenidos no quedan completamente sin respuesta: nos refiere el Profesor Jiménez los seis pronunciamientos de no conformidad adoptados por el Comité de DESC en relación con las medidas adoptadas por España en el contexto de la crisis económica y relacionadas con las prestaciones sanitarias a inmigrantes —Real Decreto-Ley 2012—, la cuantía de prestaciones de enfermedad y la protección social de las personas ancianas, entre otras. Es obvio que estos pronunciamientos no tienen el valor jurídico de una Sentencia directamente ejecutiva, pero al menos conforman argumentos suficientemente sólidos para basar (eventuales) exigencias en el plano de las responsabilidades políticas.

En el ámbito europeo, además de la vinculación al régimen internacional, se nos recuerda la existencia de un marco bifronte de derechos, el Pacto europeo de democracia política (Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que ya contiene algún derecho de carácter socioeconómico) y el Pacto Europeo de la democracia social (constituida por la Carta Social Europea de 1961 y textos sucesivos), textos del Consejo de Europa que coexisten con el más recientemente adoptado en el marco de la UE, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE, en vigor en 2009). Indica el Profesor Jimena la incoherencia que supone que algunos Estados miembros no hayan ratificado los últimos textos en materia social del Consejo de Europa —Carta Social revisada de 1996— mientras que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) incluye derechos de solidaridad inspirados en la Carta revisada. Recientemente, y en base a estos preceptos de la CDFUE, se ha analizado el tránsito de principios de política social hacia la concreción individualizada (*cognoscibilidad*) de los derechos de carácter económico y social mediante la adopción de actos normativos de desarrollo, con contundentes razonamientos del Abogado General Sr. Cruz, considerado en el trabajo del Profesor Jiménez.

Esta denominada incoherencia no hace sino abundar en las tesis que nos muestra el Profesor Bazán, en el sentido de que los derechos se suceden y sedimentan: nótese que aun cuando Estados de la UE no han ratificado un Convenio social del Consejo de Europa, no pueden sustraerse a su aplicación en tanto tal convenio forma ya parte de la cultura jurídica europea y, como tal, tiene presencia, si bien indirecta, en la CDFUE.

En el sistema regional de la otra orilla atlántica, encontramos la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) cuyo texto ampararía la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, como pone de manifiesto el caso resuelto

por la Corte Interamericana *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*: en el mismo se considera la obligación de progresividad, la prohibición de regresividad no justificada y la justiciabilidad de las medidas infundadamente regresivas. Para el Profesor Bazán, se trata de un paso acertado pero aún insuficiente, propugnando al tiempo la protección directa por la Corte de dichos derechos y, en tanto se consigue, la protección indirecta basada fundamentalmente en el principio de igual y proceso debido.

Por último, se hace una proyección a dos sistemas nacionales específicos, el español y el brasileño, enmarcados en el marco internacional y en los respectivos marcos regionales.

En el caso español, la penetración de estos marcos transnacionales ya quedó referida en el trabajo del Profesor Jiménez: el art. 10 CE no constitucionaliza el Derecho Internacional, pero sí dota a los derechos constitucionalmente reconocidos de un contenido que debe seguir los estándares internacionales que vienen conformados no solo por los textos internacionales sino también por la doctrina generada por los órganos, jurisdiccionales o no, encargados de su aplicación. El matiz es importante, puesto que la alusión a la jurisprudencia internacional refiere, en nuestra época, no solo la doctrina de órganos jurisdiccionales sino también y de una forma más amplia la que establecen los órganos de resolución de conflictos de las principales organizaciones internacionales. Esta nueva acepción, que ya venía siendo utilizada por la doctrina, ya está acogida por nuestra doctrina constitucional (Sentencia 198/2012 que interpreta la *cultura jurídica internacional* que emana del art. 10.2 de la Constitución).

En el marco constitucional español, viene siendo recurrente la afirmación del carácter programático de los derechos económicos y sociales, y sus consecuentes menores posibilidades de protección judicial, en atención a su ubicación constitucional. Frente a tal entendimiento, el **Profesor Triguero** no solo afirma las correspondientes garantías jurisdiccionales, sino que refiere diferentes opciones de intervención —jurisdiccionales, preventivas, sancionadoras o de control— que garanticen su protección. Argumenta para ello dos tipos de razones: en primer lugar, precisamente, el carácter obligatorio de los estándares internacionales de los derechos económicos y sociales que vinculan al Estado español ex artículo 10.2; un segundo argumento se basa en las obligaciones que para estos derechos derivan de la proclamación del Estado social en un triple sentido: de respeto, de protección y de satisfacción, lo que conlleva una intervención normativa que refleja la máxima expresión de la coexistencia e interrelación recíproca entre Estado y sociedad.

Claro es que, tratándose de derechos que requieren una concreción legal, resulta del máximo interés determinar el alcance de su contenido, o lo que es lo mismo, qué facultades y prestaciones pueden quedar al criterio de un legislador frecuentemente condicionado no solo por la ideología sino por las disponibilidades presupuestarias. Y ello en el marco del régimen de progresividad —y sus excepciones— y de no regresión injustificada que imponen los compromisos internacionales.

El trabajo del **Profesor Wunder** abunda en este extremo. La nueva Constitución brasileña de 1988 establece un régimen jurídico específico a los derechos dotados de *fundamentalidad*: por una parte, se reconoce la aplicación inmediata de derechos y garantías



fundamentales, y por otra parte los derechos y garantías individuales integran las denominadas *clausulas pétreas*, que cedan las enmiendas constitucionales que tiendan a eliminar derechos fundamentales del orden jurídico, entre otras materias. Las fuertes divergencias doctrinales sobre los derechos que están sometidos a este régimen jurídico específico, no obsta a la aceptación en el Derecho brasileño, tanto jurisprudencial como doctrinalmente, del concepto de *mínimo existencial* cuando se trata de la exigibilidad judicial de los derechos sociales. El Profesor Wunder, profundiza en el concepto de mínimo existencial, asociado a la dignidad de la existencia humana en los planos físico, espiritual e intelectual. Para ello se remonta a la doctrina alemana de la mitad del siglo pasado, y atiende después a su acomodo en la jurisprudencia brasileña.

2. Los derechos protegidos: ¿avance o retroceso?

Establecido el complejo marco legal que configura el sistema general de protección de los derechos económicos y sociales, se atiende en el siguiente apartado al análisis de derechos específicos, alguno de los cuales no está contenido en el catálogo que establece el Pacto de 1996. Sin embargo, y se argumenta sobradamente en cada una de las contribuciones, tales posiciones subjetivas son imprescindibles, por una parte, para un entendimiento contemporáneo del ordenamiento de los derechos humanos y, por otra parte, para la efectividad no solo de derechos económicos y sociales formalmente incluidos en dicho texto sino también para la de algunos derechos civiles y políticos, además de encontrarse implícitos en el concepto de dignidad humana que nutre dicho ordenamiento. En algunos casos —agua, medio ambiente— se trata de derechos de reconocimiento reciente, y en otros de derechos emergentes propiciados por una sociedad crecientemente urbana y tecnológica —derecho a la energía y derecho de acceso a internet—.

En primer lugar, se encuentran las contribuciones relativas al derecho al agua y al acceso al suministro eléctrico, cuya formulación como derechos es reciente y curiosamente coincidente con el gran tránsito conceptual y regulatorio que ha tenido lugar en gran parte del continente europeo. Esto es, la configuración de estos derechos como posiciones subjetivas ha discurrido en paralelo al desmantelamiento de los antiguos monopolios de servicios de suministro de agua y de electricidad, ahora reconvertidos en mercados de servicios de titularidad privada, eso sí fuertemente intervenidos por su carácter formal de actividades de interés general. El derecho humano al agua es reconocido a nivel universal en 2010 por resolución de la Asamblea de Naciones Unidas —cuyo Comité DESC ya lo había propugnado en 2002—, mientras que el derecho de acceso al suministro eléctrico se está abriendo paso en el ámbito internacional, no aun en resoluciones jurídicamente vinculantes aunque sí en numerosas disposiciones de *soft-law*. Tal nuevo entendimiento está provocando una renovación de los ordenamientos nacionales que clásicamente regulaban ambas materias —suministro de agua potable y suministro eléctrico— en el marco de la legislación de contratos, de servicios públicos y de desarrollo urbanístico.

El **Profesor Menéndez**, autor clásico en el estudio de las cuestiones relacionadas con el dominio público hidráulico y la legislación española de aguas, inicia su trabajo

señalando las dos posibles acepciones que encierran los términos *derecho al agua*, diferenciando el acceso a este recurso para satisfacer las necesidades vitales de alimentación, higiene y salubridad, del derecho al suministro domiciliario de agua potable: este último está clásicamente desarrollada por el ordenamiento español aunque con una formulación que, como nos advierte, puede producir algunas distorsiones en la preferencia absoluta del consumo humano, vinculada a la primera acepción. A partir de los textos internacionales y europeos que, explícita o implícitamente, reconocen el derecho al agua como derecho subjetivo, y con referencias de Derecho comparado —México, Colombia— este trabajo bucea en nuestra centenaria ordenación hidráulica —*usos del agua*— para conceptualizar el contenido del derecho al agua como pretensión subjetiva, enmarcada en el ordenamiento de los derechos humanos. La determinación de este contenido, perfilado ya en el marco internacional aplicable, resulta necesario no solo para un reconocimiento nítido del derecho al agua que priorice el consumo humano sin ambigüedades, sino también para la adecuada aplicación de los más modernos textos normativos —Directiva de aguas— que incorporan nuevas referencias regulatorias como los caudales ecológicos. Resultan muy interesantes las observaciones sobre el camino aun por recorrer de nuestra legislación estatal, así como las referencias a las mejores soluciones avanzadas por alguna legislación autonómica que resultan más consistentes con la moderna regulación multinivel del agua y del derecho subjetivo al agua.

El trabajo de los **Profesores Swora, Buchowska and Skoczylas** aborda el acceso al suministro eléctrico, considerando las medidas legales más comunes en Europa que protegen al consumidor vulnerable —pobreza energética— para luego plantearse si en el marco europeo, empezando por los propios Tratados, hay cabida para el eventual reconocimiento del «derecho a la energía» como derecho individual que implicara la obligación de los Estados miembros de garantizar el acceso a la energía a consumidores vulnerables. La reflexión se lleva luego al marco legal de Polonia.

El punto de partida es la delimitación del concepto de consumidor vulnerable y el problema de la pobreza energética utilizando las construcciones de otras ciencias sociales que se han interesado más por esta cuestión, y en particular la economía y la sociología, en los que luego se basan los conceptos legales. Ello implica explorar previamente las distintas acepciones del concepto de acceso y de pobreza energética, los parámetros a considerar en su medición, o la distinta problemática que plantea el acceso en función del grado de desarrollo, y de urbanización, que presenta el entorno del supuesto que se considera. Resulta del máximo interés las conexiones que se indican del acceso de la energía con derechos humanos reconocidos —lo que envuelve la conocida afirmación de «cenar con velas puede ser romántico, realizar una operación quirúrgica no lo es»— así como con principios y objetivos mucho más generales también legalmente reconocidos como el mantenimiento de la paz y la seguridad o el desarrollo sostenible.

De forma complementaria se incluye un trabajo de las **Profesoras Flores y Santos**, que analizan la evolución normativa del (aun sin consolidar) mercado eléctrico español, que viene arrastrando una dolencia crónica con el máximo impacto en los derechos individuales cual es el déficit tarifario.



La salud es objeto de dos contribuciones desarrolladas en base a dos perspectivas muy distintas. En primer lugar, el trabajo sobre el derecho a la protección de la salud —que no el derecho a la salud— de los **Profesores Bombillar y Pérez** integra tres ámbitos diferentes de los que derivan tres posiciones de garantía pública también distintas: el derecho a la protección de la salud individual y colectiva en sentido estricto, el derecho a la asistencia sanitaria y el derecho a decidir en el ámbito de los tratamientos médicos. Desde este planteamiento, se hace un análisis normativo multinivel y descendente, que parte de los pronunciamientos internacionales, para seguir con un análisis ciertamente rico y diferenciado de los distintos tratamientos constitucionales, que terminan en el ordenamiento español con la regulación estatal y autonómica. La contribución destaca acertadamente que la protección de la salud está estrechamente vinculada con el patrimonio cívico y político europeo, puesto que la generalidad de los Estados miembros de la Unión prevén la protección de la salud de manera autónoma, lo que no impide que pueda también aparecer asociada a ámbitos específicos como el ambiental, el laboral o la tutela del consumidor. Como resulta común en el análisis de derechos socioeconómicos, se pone de manifiesto el margen del legislador para adaptarse a realidades socioeconómicas diversas, si bien se delimita un núcleo mínimo conectado con el derecho a la vida, a la integridad física y moral, y a la dignidad humana.

Muy distinto es el análisis del **Profesor Arenas** centrado en la asequibilidad de los servicios sanitarios que propone basar en el principio de solidaridad social, principio que aunque asociado al mandato fundacional de los derechos humanos no ha merecido igual atención y desarrollo que otros principios como el de igualdad y no discriminación. La asequibilidad —vinculada con las perspectivas de equidad y de universalidad— se considera un criterio inexcusable de distribución de la atención sanitaria. En tanto los textos internacionales de derechos humanos no expresan su preferencia hacia ningún sistema de salud en particular, el planteamiento propuesto conduce al Estado a entender la obligación internacional derivada del derecho a la salud comprendiendo, por una parte, la prohibición de la marquetización en el suministro de la atención sanitaria y, por otra parte, controlando que el acceso a los servicios provistos por los actores privados se fundamente en la necesidad médica, impidiendo que quede condicionado a la capacidad de pago individual («si ventajas comparativas de orden médico aconsejan la presencia privada, el control del Estado debe impedir que el acceso a tales servicios quede restringido a la capacidad individual de pago»).

En este planteamiento el derecho a la salud no está meramente asociado al asistencialismo, sino que es entendido como mecanismo reestructurador del mundo social a través de la eliminación de inequidades en el ámbito de la salud. Subyace una función adicional instrumental de los servicios públicos de salud, que entronca con la función integradora, de encuentro e intercambio de las instituciones públicas, con el vaciamiento del espacio público y en definitiva con la solidaridad que la ciudadanía democrática requiere.

Por último, en esta sección se aborda un derecho que desde su existencia legal ha presentado no pocas dificultades para su concreción, su reconocimiento y su aplicación.

El derecho al medio ambiente, o más precisamente en este caso, los *derechos ambientales*, conocen en el ordenamiento francés sus mayores niveles de reconocimiento y tutela al otorgárseles valor constitucional, lo que es el objeto de la contribución del **Profesor Marrani**. Se analiza aquí la progresión jurídica que ha tenido la Carta Ambiental en Francia, desde su adopción en 2004 y las sucesivas reformas constitucionales que la han afectado, reforzando su efectividad e incrementando la posibilidad de invocación ante el Consejo Constitucional. Resulta extremadamente interesante, para la cultura jurídica europea, la concepción de los derechos que reconoce la Carta de 2004 como un complemento de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como la sistematización del distinto alcance y significado jurídico y constitucional de su contenido —principios y objetivos constitucionales, directamente justiciables los primeros— sentada desde su aparición por el Consejo constitucional.

En este interin, al Principio de Precaución, pieza esencial en el moderno ordenamiento ambiental, se le ha otorgado el máximo reconocimiento jurídico como principio de valor constitucional, directamente aplicable e invocable ante las jurisdicciones, ordinarias y constitucional. Esta última posibilidad fue además reforzada en la reforma constitucional de 2008, que permitió a «todos» instar el control constitucional *ex post*, en relación con leyes aprobadas, para la tutela de los «derechos y libertades garantizados por la Constitución» —lo que se añadió al preexistente control *ex ante* en relación con proyectos legislativos—. Al amparo de este marco de tutela para «derechos y libertades» constitucionales, la invocación del principio de precaución ha determinado varios pronunciamientos constitucionales del máximo interés. Ello probablemente explica que una de las regulaciones pioneras en un ámbito de aun escaso desarrollo —comercialización de productos relacionados con la nanotecnología—, sea precisamente debida al ordenamiento francés, ámbito que plantea enormes incertidumbres para la salud y el medio ambiente y, por ello, requiere de una aplicación contundente del Principio de Precaución.

3. Reformulación y nuevos derechos en la era digital

La tercera parte de este volumen está dedicado a tres contribuciones que, en distinta perspectiva, abordan el *impacto de la era digital en los derechos*. Se inicia con el trabajo del **Profesor Ordoñez** quien señala que los retos trepidantes de la era digital no encuentran el suficiente acomodo en una mucha más lenta adaptación legislativa, que no solo va a remolque de los acontecimientos sino eventualmente también de la jurisprudencia. Es este un análisis de base jurisprudencial europea —con una referencia previa a la jurisprudencia estadounidense—, que atiende a los efectos de la sociedad de internet sobre dos objetos diferentes: por una parte, a la emergencia de nuevos derechos, como la protección de datos personales y los retos para la privacidad, y por otra parte, el impacto en derechos clásicos como la libertad de expresión, y la propiedad, derechos que para el autor requieren una nueva delimitación al verse amenazados de una manera muy seria o al tener que responder a nuevos retos. En ambos casos, se atiende particularmente a la delimitación de un régimen

de responsabilidad de los intermediarios en la prestación del servicio por el menoscabo de los correspondientes derechos. Destaca justamente la contribución de la jurisprudencia a la elaboración de esta doctrina jurídica demandada por la sociedad tecnológica y digital que, ya se ha dicho, se adelanta frecuentemente a las respuestas normativas.

Resulta del mayor interés la identificación que se hace en este trabajo de las coincidencias y divergencias de las dos altas jurisdicciones europeas —Estrasburgo y Luxemburgo— al encarar la delimitación que en los nuevos y preexistentes derechos —privacidad, protección de datos, libertad de expresión y propiedad— plantea el mundo digital, y el marco normativo europeo para la persecución de la ciberpiratería.

El trabajo de la **Profesora Gutiérrez** explora la viabilidad de un *derecho subjetivo de acceso a internet*. Por más innovadora que pueda resultar tal propuesta, lo cierto es que esta pretensión hunde sus raíces, a un lado y otro del Atlántico, en derechos y libertades fundamentales fuertemente asentados en los ordenamientos occidentales. En este sentido refiere algunos ejemplos en los que se le aplica a tan novedosa pretensión el marco dogmático cristalizado por el ordenamiento de los derechos humanos —restricciones admisibles, test de proporcionalidad y necesidad...—. En particular, refiere la ya no tan reciente jurisprudencia americana (1996) en la que se entiende internet como un foro público y democrático donde las libertades de expresión pueden ejercerse y, en el mismo sentido, como los caracteres señalados para el debate público —robusto, amplio y desinhibido— amparados en la primera enmienda constitucional subyacen ahora en la actual formulación del regulador norteamericano para el acceso a internet —acceso a un servicio abierto, robusto y de alta velocidad—. Por parte europea, y de forma similar, en el marco del Consejo de Europa se ha señalado el carácter instrumental de las redes de comunicación para el ejercicio de la libertad de expresión y acceso a la información, pluralismo y diversidad y disfrute de varios derechos fundamentales, reconociendo su valor de servicio público (Recomendación 2007) y propiciando la universalidad y neutralidad en el acceso a internet (Posición Común 2011).

La efectividad de este entendimiento subjetivo, civil y político, requiere unas características concretas de las condiciones de acceso que han cristalizado en el concepto de neutralidad de la red, y que impide que puedan bloquearse contenidos legales y acceso a aplicaciones y servicios o se establezcan discriminaciones en la gestión del tráfico en la red. La Profesora Gutiérrez nos advierte de las amenazas que la gestión de la banda ancha puede representar por la diferenciación de canales de red —canales libres de peaje y restricciones técnicas y canales rápidos de pago— no solo para la competencia, la innovación y la protección del usuario final sino por el riesgo que la ausencia de neutralidad presenta para el ejercicio de derechos fundamentales.

Este apartado se cierra con la consideración de otro derecho específico emergente en la época digital, cual es el *derecho al olvido* —denominación que en la próxima regulación europea se sustituirá por la de derecho de supresión—. El **Sr. Perales** expresa el criterio de la sociedad civil, desde la presidencia de la Asociación de Usuarios de la Comunicación: tras referir el marco regulatorio europeo y español vigente, esta aportación se centra en la



reciente y muy importante Sentencia de 13 de mayo 2014, Google España, en la que se hace una ponderación de bienes jurídicos en conflicto —libertad de información, derecho al honor e intimidad, protección de datos— así como las consecuencias indemnizatorias de eventuales lesiones. Este último aspecto, también considerado por el Profesor Ordoñez, se resuelve de forma coincidente con los planteamientos que viene manteniendo este foro civil, favorable al reconocimiento de la responsabilidad de los buscadores más allá de la que correspondería al editor o al responsable de la página. Sin embargo, nos advierte el Sr. Perales, con esta solución el TJUE podría acabar otorgando, *malgre lui*, un poder excesivo a los buscadores si se concede la supresión de los datos casi por defecto, sin una evaluación adecuada de su relevancia, en previsión de supuestas obligaciones de resarcimiento. Y es que el derecho al olvido ha de coexistir con el derecho a saber, un derecho que es frecuentemente presentado como pretensión que favorece a gobiernos y grandes corporaciones —que son, nos dice, los que menos necesitan reivindicar ese derecho a saber para obtenerlo—; frente a ello, se subraya la necesidad democrática del derecho de las personas a saber y a conocer, a acceder a la información y a recibirla y difundirla de forma veraz.

