

anno VI, n. 1, 2016
data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Austeridad y derecho constitucional: el ejemplo portugués

di Mariana Canotilho *

1. Introducción

El impacto de la crisis económica y social que afectó a los países europeos desde el año 2008 fue muy severo en Portugal. Los datos hablan por sí mismos: entre 2008 y 2014, la deuda pública aumentó de manera significativa (de 71.7% a 130.2% del PIB)¹; a lo largo del mismo período, las inversiones han disminuido casi 40% en términos nominales. El país tiene aproximadamente 10 millones de habitantes, y entre 2010 y 2013 en torno de 500.000 empleos han sido eliminados. El paro ha más que doblado entre 2008 e 2014, llegando a un 16.2% (oficial) de parados en 2013 (38.1% de paro para los jóvenes con menos de 25

* Doctora en Derecho. Profesora Asistente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, Portugal. Letrada del Tribunal Constitucional portugués. Artículo sometido a un proceso de revisión por pares mediante el sistema de doble ciego.

¹ Datos disponibles en <http://www.pordata.pt/Portugal/Administracao%20Publica/Deuda%20Publica+em+percentagem+do+PIB-2786>.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

años)². La emigración – la solución para muchos de los parados, especialmente los jóvenes calificados – también ha atingido números impresionantes. Más de 100.000 personas han salido del país en 2011, más de 120.000 en 2012, 128.000 en 2013 y más de 134.000 en 2014³. Números similares solo han existido en los años 1960, período de dictadura, guerra colonial e estagnación económica. La tasa de pobreza ha igualmente aumentado (19.5% en 2014), aunque el descenso de la renta media ha bajado el estándar de pobreza⁴. El número de ciudadanos sin ningún tipo de apoyo estadual/social ha aumentado en más de 250.000 entre 2011 y 2012⁵.

En 2011, el Gobierno portugués negoció ayuda financiera por parte del FMI y de instituciones de la Unión Europea (BCE y Comisión Europea), la *Troika*. A cambio de un préstamo de 78 mil millones de Euros, las autoridades nacionales se han comprometido a implementar una serie de reformas de distintas políticas públicas (sanidad, educación,

² Datos disponibles en <http://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+desemprego+total+e+por+grupo+et%C3%A1rio+%28percentagem%29-553>.

³ Datos disponibles en <http://www.pordata.pt/Portugal/Emigrantes+total+e+por+tipo-21>.

⁴ Datos disponibles en <http://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+de+risco+de+pobreza+antes+e+ap%C3%B3s+transfer%C3%A2ncias+sociais-2399>,

⁵ Banco de Portugal, *A Economia Portuguesa – Relatório do Conselho de Administração do Banco de Portugal*, Lisboa, 2014, in <https://www.bportugal.pt/pt-PT/PublicacoesIntervencoes/Banco/RelatConselhoAdministracao/Biblioteca%20de%20Tumbnails/Relat%C3%B3rio%20-%20A%20Economia%20Portuguesa%20%28vers%C3%A3o%20integral%29.pdf>.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

seguridad social, empleo, etc.) y a proseguir un conjunto de objetivos de naturaleza fiscal. Los acuerdos firmados tienen la forma de *Memorandos de Entendimiento*, que establecen las medidas y reformas económicas, laborales y sociales a adoptar⁶.

2. Políticas públicas y reformas legislativas a lo largo del período de crisis

A partir del año 2011, y en consecuencia de la implementación del programa de asistencia económica y financiera, asistimos a importantes cambios en varias políticas públicas, a los que corresponden, del punto de vista jurídico, profundas reformas legislativas. En ciertos casos, como, por ejemplo, la reforma de las leyes laborales, la crisis y la austeridad no han hecho más que acelerar o profundizar alteraciones iniciadas anteriormente⁷. En otras situaciones, pero, como los recortes de los salarios de funcionarios públicos y de pensiones, y la pérdida de

⁶ El programa de asistencia financiera a Portugal comprende varios documentos, el *Memorandum of Economic and Financial Policies*, disponible en http://www.portugal.gov.pt/media/371354/mefp_20110517.pdf; el *Technical Memorandum of Understanding*, disponible en http://www.portugal.gov.pt/media/371360/tmou_20110517.pdf; y el *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality*, disponible en http://www.portugal.gov.pt/media/371369/mou_20110517.pdf.

⁷ El código laboral – *Código do Trabalho* – ha sido aprobado en 2003 e introducía una serie de cambios paradigmáticos en las relaciones laborales, bien como en los derechos de los trabajadores, que han sido muy contestados, desde el punto de vista jurídico y político.



anno VI, n. 1, 2016
data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

derechos de los mismos funcionarios, las medidas introducidas han sido inesperadas, rompiendo la continuidad de soluciones legislativas con varias décadas, así como constitucionalmente problemáticas.

2.1. Reforma de las leyes laborales

El principal objeto de las reformas exigidas por los Memorandos es el trabajo, tanto en el sector público como en el sector privado, y los derechos con el relacionados, de manera directa y indirecta. Efectivamente, hay fuertes fundamentos para considerar que el derecho al trabajo ha sido el derecho fundamental más afectado, en sus diferentes dimensiones. De hecho, este derecho se ha visto vulnerado como consecuencia directa de la crisis, debido al enorme aumento del desempleo, pero también debido a las medidas de austeridad adoptadas, entre las cuales se cuentan recortes en los salarios públicos y privados, la reducción de las indemnizaciones por despido y el aumento del número de horas de trabajo sin remuneración adicional. Asimismo, la precarización del trabajo es notoria, y a pesar de todas las reformas legislativas y administrativas, el mercado laboral portugués aún presenta muchos problemas⁸.

En materia laboral, la *Troika* exigía a Portugal, como contrapartida de los préstamos y de la asistencia económica concedida: la reducción de

⁸ OIT, *Enfrentar a crise do emprego em Portugal*, Noviembre 2013, disponible en http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/versaofinal_oit_relac_enfrentarcriseemprego_20131101_pt.pdf.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

los gastos con los recursos humanos de la administración pública; la flexibilización de las relaciones laborales individuales; reducción de los costes del trabajo extraordinario; facilitación del despido por iniciativa del empleador y reducción de las indemnizaciones; erosión del derecho colectivo del trabajo y limitación de los mecanismos de extensión de os convenios colectivos; recorte de las pensiones, del subsidio por desempleo y de otras prestaciones sociales⁹.

No siendo posible abordar todas las cuestiones jurídico-laborales problemáticas desde el punto de vista constitucional, se hará mención, por lo menos, a cambios en tres áreas distintas: salarios, normas de despido y tiempo de trabajo / trabajo extraordinario.

En relación con los salarios, el Gobierno ha asumido una serie de compromisos en el Memorando, entre los cuales mantener una política salarial que permita la creación de empleo y la competitividad, para corregir riesgos macroeconómicos. Así, las autoridades aceptaron no aumentar el salario mínimo durante todo el periodo del rescate, que se mantuvo en los 485 euros mensuales, aunque existía un acuerdo previo, firmado en el marco de la concertación social por representantes de los sindicatos y asociaciones patronales, que preveía un aumento para 500

⁹ Véase el *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality*, disponible en http://www.portugal.gov.pt/media/371369/mou_20110517.pdf. Véase también, sobre cuestiones de derecho laboral y respectiva jurisprudencia constitucional, J. Caupers, *O Direito do Trabalho na Jurisprudência Constitucional: desenvolvimentos recentes*, Informe portugués para la 17ª Conferencia de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal, Lisboa, 2015, disponible en http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri20151015/ctri20151015_rel_pt.pdf.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

euros en el año 2011¹⁰. Solo en octubre 2014, después del fin de la intervención directa de la Troika en el país, fue posible aumentarlo a 505 euros.

Al mismo tiempo, ya desde el inicio del año 2011 y antes de la intervención de las instituciones de la Unión Europea y del FMI, los funcionarios públicos y otros empleados del Estado habían sufrido un corte en su salario bruto, de entre un 3,5% y un 10% (5% como media), siempre que ganasen más de 1.500 euros brutos. Este tipo de recortes se ha prolongado, con algunas variaciones, a lo largo de todo el programa de asistencia económico-financiera.

También en el cuadro del Memorando, el Gobierno se comprometió a definir criterios para la extensión de los convenios colectivos de trabajo, entre los cuales deben contarse la representatividad de los sindicatos participantes y las implicaciones que dicha extensión pueda tener en la competitividad de las empresas. La duración y eficacia de dichos convenios se han visto profundamente afectadas por los cambios legislativos en este período, verificándose una disminución clara del número de trabajadores que se benefician de este tipo de instrumento.

En cuanto a las normas de despido, estas han sufrido alteraciones muy relevantes durante el periodo de austeridad. La Constitución prohíbe expresamente el despido sin justa causa (artículo 53), por lo que la liberalización total es imposible dentro del actual marco jurídico-constitucional. En cambio, las reformas legislativas aprobadas

¹⁰ El acuerdo de Concertación social sobre el salario mínimo puede verse en <http://www.ces.pt/download/203/FixEvolRMMG2006.pdf>.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

constituyen un avance posible en esa dirección. Se ha facilitado el despido por razón de la extinción del puesto de trabajo y por razón de inadaptación, y la ley establece ahora una serie de criterios que el empleador debe seguir para determinar, en caso de que exista más de uno, qué puesto extinguir. Estos criterios abren un mayor espacio de subjetividad para la actuación del empleador, basándose en distintos conceptos indefinidos y de amplio alcance, como productividad y calidad del trabajo. El procedimiento disciplinario obligatorio para despedir con justa causa también se ha simplificado, así como las obligaciones legales de las pequeñas empresas que necesiten despedir a sus trabajadores.

Por otro lado, las indemnizaciones por despido han sido fuertemente reducidas. Para los contratos firmados después de noviembre 2011, han pasado, en una primera fase, de 30 a 20 días de salario por año trabajado, con un techo máximo de 12 salarios. Posteriormente, para los contratos firmados después de octubre de 2013, y para el tiempo de duración de contrato transcurrido desde esa data, en caso de firma anterior, la indemnización se ha reducido a 18 días de retribución para los primeros 3 años de trabajo y 12 días para los años adicionales¹¹, según una tendencia, notable desde la segunda revisión del Memorando de la Troika, para atenuar el concepto clásico de compensación en caso de cese de la relación laboral¹².

¹¹ Véase la ley 69/2013, disponible en www.dre.pt.

¹² Véanse las leyes 53/2011 y 23/2012, disponibles en www.dre.pt. Ver también sobre este asunto Observatorio Sobre Crise e Alternativas, *A Anatomia da Crise: identificar os*



anno VI, n. 1, 2016
data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Además, en relación con el trabajo extraordinario, hay que señalar que los valores pagados por el trabajo realizado en esos casos se han reducido a la mitad. Así, el trabajo extra realizado en un día laboral ha dejado de pagarse a 50% para la primera hora y a 75% para las horas siguientes, para ser retribuido solamente al 25% y 37,5%, respectivamente. La remuneración del trabajo extraordinario en días festivos ha bajado del 100% al 50%. Para los trabajadores del Estado, estos recortes han sido todavía mayores, sobre todo si consideramos que a jornada laboral ha pasado de 35 a 40 semanales, sin que por ello haya sido incrementado su salario, lo que equivale, indirectamente, a otro recorte salarial.

Por último, la dimensión colectiva de los derechos de los trabajadores es otra de las perjudicadas por las reformas legislativas de los últimos años. Entre otras medidas, se ha reducido el plazo de caducidad de las convenciones colectivas de 5 a 3 años, previéndose también la posibilidad de su suspensión temporal por acuerdo entre empleadores y sindicatos, en periodos de crisis o por causas relacionadas con el mercado, entre otras situaciones. Con la vigencia de las nuevas reglas, el número de trabajadores que se benefician de contratos o convenios colectivos ha disminuido de forma notoria¹³.

problemas para construir as alternativas diciembre 2013, disponible en http://www.ces.uc.pt/observatorios/crisalt/index.php?id=6522&id_lingua=1&pag=6561.

¹³ Informe de la Confederación General de Trabajadores (UGT – Central Sindical), disponible en <http://www.ugt.pt/Relatorio%20do%201%20Semestre%20de%202014%20final.pdf>.



anno VI, n. 1, 2016
data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

También cabe mencionar que los efectos de los convenios colectivos en vigor han sido frecuentemente suspendidos por las leyes que instituyen medidas de austeridad, cuando sus cláusulas eran incompatibles con dichas medidas. Esto ha sucedido con diversas normas de los presupuestos del Estado, que asumen naturaleza imperativa y establecen su propia prioridad sobre cualquier instrumento de negociación colectiva y sobre cualquier otra norma, las cuales no pueden ser modificadas o revocadas de ninguna manera. Este tipo de previsión ha sido apreciada por el Tribunal Constitucional por lo menos una vez¹⁴, pero no se declaró inconstitucional, por entenderse justificado por la necesidad de asegurar el interés público en materia económica.

2.2. Reforma de las prestaciones sociales

Las medidas de austeridad adoptadas en el contexto de crisis y en obediencia a los Memorandos también han afectado seriamente a las prestaciones y beneficios de la seguridad social, tanto las de base contributiva, como el subsidio por desempleo; como las del sistema de solidaridad, como la prestación por hijo o menor a cargo (*abono de família*) o la renta mínima (*subsídio social de inserção*). Entre 2010 y 2015, es evidente el retroceso en las políticas y prestaciones asistenciales, en particular de las medidas destinadas al combate a la pobreza y a la

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 413/2014, disponible en www.tribunalconstitucional.pt.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

precariedad, justificadas oficialmente con la necesidad de reducir el déficit y el gasto público.

Frecuentemente mencionado en los Memorandos, el subsidio por desempleo ha sido objeto de profundos cambios en los últimos años. Como consecuencia de las reformas¹⁵, que han seguido el guión trazado por la Troika, se ha reducido el periodo de duración máxima (que ahora varía entre 150 y 540 días, dependiendo de la edad e historia contributiva del beneficiario, cuando antes podía llegar a los 900 días, en algunos casos) y el montante máximo que se puede recibir, que es de 1047 euros, independientemente del salario previo del trabajador. También se ha establecido un corte de un 10% del subsidio al cabo de 6 meses. Los únicos aspectos positivos de las reformas normativas han sido la disminución del periodo contributivo necesario para poder cobrar el subsidio de desempleo (de 15 a 12 meses) y la extensión del derecho a ciertas categorías de autónomos. Sin embargo, las consecuencias de las nuevas políticas, en su globalidad, son de nuevo negativas para los ciudadanos: menos de la mitad de los parados reciben cualquier tipo de apoyo del Estado.

El caso de la renta mínima es otro buen ejemplo de las reformas adoptadas en materia de seguridad social¹⁶. Cabe referir, antes nada, que este subsidio es una prestación de solidaridad destinada a mitigar situaciones de extrema pobreza, estando considerada como una verdadera prestación de sobrevivencia. El montante máximo abonado es

¹⁵ Decreto-Ley 220/2006y Decreto-Ley 64/2012, disponibles en www.dre.pt.

¹⁶ Ley 13/2003 y Decreto-Ley133/2012, disponibles en www.dre.pt



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

de 189 euros para el titular, a los que se suman hasta 94 euros por cada adulto adicional en la familia y 57 euros por cada niño. Su percepción obliga a firmar un contrato de inserción social con las autoridades administrativas y al cumplimiento de una serie de obligaciones. Los beneficiarios deben, entre otras cosas, buscar activamente un empleo o realizar actividades socialmente útiles cuando estén en el paro. El gasto total con la renta mínima nunca ha sido realmente significativo en el presupuesto total de la Seguridad Social. Aun así, el régimen jurídico de la prestación fue objeto de grandes reformas entre 2010 y 2012. Se modificaron, primeramente, los requisitos de elegibilidad para recibirla y se bajó el valor máximo de ingresos que una familia puede tener para poder solicitar la renta mínima. Las consecuencias quedan muy claras con un ejemplo: hasta 2012, una pareja con 2 niños podría pedirla si tenía un ingreso inferior a 569 euros al mes; después de las reformas legislativas, la misma pareja solo tendrá derecho al subsidio cuando sus ingresos sean menores a 398 euros. Por otra parte, y al contrario de lo que sucedía en el régimen anterior, la renta mínima solo es debida desde el momento en que se firma el contrato de inserción y no se renueva de forma automática, por lo que depende de nueva petición. Todo esto ha provocado una caída significativa del número de personas beneficiarias de esta prestación y, al mismo tiempo, una reducción de las cuantías recibidas por las familias que la siguen cobrando.

La reducción o recorte total de las prestaciones por hijo o menor a cargo ha sido otra medida de austeridad muy criticada. Con las reformas del régimen jurídico de esta prestación, más de un millón y medio de niños han dejado de recibirla en los últimos 5 años, especialmente debido a los cambios en los criterios de elegibilidad. Por otra parte, el montante de los



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

subsídios para los que mantienen el derecho a recibirlos ha bajado de forma significativa y el cuarto escalón, existente hasta 2010, se eliminó¹⁷.

Los pensionistas, en general, han sido una categoría de ciudadanos muy afectada por la crisis y las medidas de austeridad. La discusión que se genera en torno a las pensiones es difícil, en parte, porque se ha introducido en el discurso político y constitucional una idea de oposición entre generaciones; repitiéndose el argumento de la (in)sostenibilidad del sistema de seguridad social —a pesar de que, antes de la crisis, se había hecho una reforma importante con respecto a los requisitos para obtener el derecho a una pensión, así como la fórmula de cálculo, a la que incluso se añadió un factor de sostenibilidad directamente relacionado con la esperanza media de vida— así como el argumento de la necesidad de protección de las generaciones futuras, se han llevado a cabo nuevos cambios en la legislación sobre pensiones y recortes en las pensiones de los actuales beneficiarios.

En cuanto a los recortes en las pensiones, estos han sido similares a los aplicados a los salarios de los funcionarios públicos. Bajo la forma de una 'Contribución Extraordinaria de Solidaridad', impuesta por primera vez en 2011 a las pensiones de más de 5.000 euros mensuales brutos, se aprobó un corte de un 10% a dichas pensiones. Pero, en los años siguientes dicha contribución fue alargada a un grupo mucho más amplio de pensionistas; las tasas se fijaron entre un 3,5% para las pensiones entre 1.350 y 1.800 euros brutos y un 40% para las cuantías

¹⁷ Véase el Informe del Comité Portugués para UNICEF, *As Crianças e a Crise em Portugal - Vozes de Crianças, Políticas Públicas e Indicadores Sociais*, 2013.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

superiores a 7.545 euros. El dinero se destina al sistema de seguridad social responsable por el pago de cada pensión. Paralelamente, y tal como ha pasado con los salarios, no se han incrementado las pensiones desde 2011, con excepción de la pensión mínima de sobrevivencia (cuyo valor es de 246,36 euros).

La edad de jubilación también ha sido aumentada, y está actualmente en los 66 años. La fórmula de cálculo de la pensión ha sufrido igualmente importantes alteraciones, en sentido desfavorable al trabajador. El montante a recibir depende ahora no solo de la edad e historia laboral y contributiva del ciudadano, sino también de un factor de sostenibilidad, directamente relacionado con la esperanza media de vida, que determina un recorte adicional de las nuevas pensiones. La posibilidad de jubilarse anticipadamente se ha suspendido durante el periodo de asistencia económica y financiera, y cuando se retome traerá consigo una fuerte penalización y respectiva reducción de la pensión.

2.3. Reformas en materia de sanidad

El sector de la salud tiene también un papel importante en el diseño de las reformas jurídicas y políticas exigidas en los Memorandos y implementadas por el Gobierno portugués. Allí se preveía un ahorro de 550 millones de Euros, a través de la reducción del gasto público en prestaciones de sanidad.

Las reformas adoptadas en relación con el Servicio Nacional de Salud portugués han tenido un impacto significativo en su funcionamiento, así como en su capacidad de cobertura universal. El gasto público con el SNS



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

disminuyó visiblemente entre 2009 y 2012, comprometiendo la cantidad y calidad de las prestaciones, y consecuentemente, aumentando la presión sobre los profesionales de la salud¹⁸. Son varios los hechos que nos permiten confirmar esta afirmación, entre los cuales: la disminución del número de consultas en los servicios públicos de salud; la disminución del número de niños hasta 13 años con plan nacional de vacunación al día; la reducción del número de cirugías y de urgencia en varios hospitales, y la reducción de transporte de los enfermos no urgentes¹⁹.

En este contexto, parece natural que la vulneración del derecho a la salud durante el periodo de la crisis sea una de las principales quejas de los ciudadanos, en particular de las personas mayores y de los enfermos crónicos. Los últimos años han estado marcados por el cierre de hospitales y centros de cuidados primarios del Servicio Nacional de Salud. Otra medida muy criticada es la implementación de un nuevo modelo de gestión centralizada de unidades hospitalarias.

Preocupante es el enorme aumento de las tasas de copago en el Sistema Nacional de Salud, aprobado en respuesta a una exigencia del Memorando. El número de exenciones ha disminuido considerablemente a causa de la reducción del número de categorías de ciudadanos exentos del copago. Ahora, solamente los niños hasta 12

¹⁸ PORDATA, *Despesa total e com pessoal ao serviço - Continente - Portugal*, disponible en <http://www.pordata.pt/Portugal/SNS+despesa+total+e+com+pessoal+ao+servico+++Continente-330>.

¹⁹ Véanse Observatório Português dos Sistemas de Saúde, *Relatório de Primavera 2012 - Crise & Saúde - Um país em sofrimento*, 2012, y *Relatório de Primavera 2014 - Saúde, Síndrome de Negação*, 2014.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

años y los desempleados con subsidios inferiores a 650 euros están exentos de la obligación del pago de las tasas de sanidad.

A las reformas anteriores, se añade la fuerte reducción de las ayudas del Estado para el transporte de enfermos no urgentes: al contrario de lo que sucedía antes, en la actualidad el gasto de dicho transporte es costeado, parcialmente, por el paciente, salvo que demuestre que carece de capacidad o disponibilidad económica para ello. Naturalmente, todo esto hace más difícil el acceso a las prestaciones de sanidad, en especial para los ciudadanos que viven en pueblos más aislados, poniendo en duda la efectividad de su derecho fundamental a la salud. La cuestión de la desigualdad en el acceso a la salud (en particular, de las desigualdades territoriales) es un problema discutido a nivel político y jurídico²⁰.

2.4. Reformas en materia de educación

Las reformas adoptadas en materia de educación tienen como objetivo fundamental la disminución del gasto público, a través la

²⁰ Véanse los Informes *Health at a Glance: Europe 2014*, OECD Publishing 2014, en http://dx.doi.org/10.1787/health_glance_eur-2014-en; Observatório Português dos Sistemas de Saúde, *Relatório de Primavera 2012 – Crise & Saúde - Um país em sofrimento*, 2012, disponible en <http://www.observaport.org/sites/observaport.org/files/RelatorioPrimavera2012.pdf>; y Gulbenkian Platform for a Sustainable Health System, *Um futuro para a Saúde – todos temos um papel a desempenhar*, 2014, disponible en http://www.gulbenkian.pt/mediaRep/gulbenkian/files/institucional/FTP_files/pdfs/FuturaSaude2014/RelatorioFuturodaSaudePT2014/index.html.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

disminución de recursos dedicados a esta política pública, especialmente a las escuelas públicas. De hecho, los gastos del Estado con educación sufrieron un recorte abrupto del 4,8% al 3,9% del PIB entre 2010 y 2012, volviendo a aumentar al 4,2% en 2013²¹. Estos recortes están en consonancia con lo acordado en el Memorando de la Troika, que preveía la reducción de costes en el área de la educación, con un ahorro de por lo menos 195 millones de euros, a través de la racionalización de la red escolar, de la reducción de personal, gastos centralizados y recorte de las transferencias para colegios concertados.

Para alcanzar estos objetivos, el Gobierno adoptó una serie de medidas con un serio impacto en la calidad del sistema educativo y en el acceso de los menores a una educación digna y que promueva la igualdad de oportunidades. En consecuencia, se aumentó el número de alumnos por clase (de 24 a 26 en primaria y de 28 a 30 en educación secundaria); se alargaron los horarios de los profesores y muchos fueron despedidos, a causa de la disminución de actividades en las escuelas y de la disminución del apoyo extra prestado a estudiantes con dificultades²².

²¹ PORDATA, Despesas do Estado em educação: execução orçamental em % do PIB – Portugal disponible en <http://www.pordata.pt/Portugal/Despesas+do+Estado+em+educacao+execucao+orcamental+em+percentagem+do+PIB-867>

²² Observatório de Políticas de Educação e de Formação, *O estado da educação num estado intervencionado – Portugal 2014* disponible en <http://www.op-edu.eu/media/O%20ESTADO%20DA%20EDUCACAO%20NUM%20ESTADO%20INTERVENCIONADO.pdf>.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Particularmente problemática desde un punto de vista de los derechos fundamentales es la gran reducción de mecanismos de integración y ayuda a niños y jóvenes con necesidades especiales o discapacidades. Aunque el número de afectados por este tipo de problemas matriculados en el sistema público de enseñanza haya aumentado (de 62.100 en 2012/2013 a 65.000 en 2013/2014), los recursos a ellos dedicados han disminuido de forma notoria. El número de profesores de educación especial en las escuelas públicas ha sufrido un recorte del 6,23% y el número de otros profesionales, tales como logopedas, fisioterapeutas, psicólogos y otros, ha caído un 16,24%²³. Esta situación es dramática, no solo por el perjuicio evidente para el desarrollo armonioso de los menores, sino también desde un punto de vista estrictamente jurídico-constitucional, teniendo en mente la compleja combinación de derechos fundamentales afectados.

3. Derechos fundamentales y mecanismos de garantía

Las medidas descritas han afectado, por veces de forma intensa, un conjunto importante de derechos fundamentales consagrados en la Constitución portuguesa (derecho al trabajo; artículos 53, 58 y 59;

²³ Conselho Nacional de Educação, *Estado da Educação 2013*, disponible en <http://www.cnedu.pt/content/noticias/CNE/Estado-da-Educacao-2013-online-VF.pdf> y datos del Ministerio de Educación y Ciencia, disponibles en <http://www.dgeec.mec.pt/np4/224/>.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

derecho a la seguridad social, artículo 63; derecho a la salud, artículo 64; derecho a la educación, artículo 74, etc.). Teniendo en mente la relevancia jurídico-constitucional y política de las reformas, la oposición y contestación a las exigencias de los Memorandos y a las opciones del Gobierno se hizo en distintos planos: en el Parlamento, a través de frecuentes manifestaciones de la ciudadanía y, finalmente, con recurso a los mecanismos de vigilancia, fiscalización y garantía de derechos fundamentales existentes, en particular, los tribunales.

Un análisis de los resultados de las solicitudes presentadas a cada uno de los mencionados mecanismos de garantía de derechos muestra que estos pueden analizarse a partir de dos dicotomías básicas: la de eficacia/ineficacia, que está acompañada por un eje paralelo de auto-contención/no auto-contención; y la proximidad en relación con el ciudadano, oscilando entre mecanismos de bajo nivel y mecanismos de alto nivel, según la distancia de la ciudadanía. Ahora bien, las decisiones o informes de las instituciones de garantía de derechos con menor grado de eficacia presentan también, en general, un menor grado de auto-contención, identificando con más frecuencia problemas de constitucionalidad en relación con las medidas de austeridad, incluso en el campo de los derechos de igualdad.

Hay riesgos reales que resultan de interponer frecuentemente recursos en los tribunales cuestionando la validez de medidas de austeridad, y ese proceso impone necesariamente dificultades considerables. No se olvida, tampoco, que es indispensable establecer criterios metodológicos que puedan orientar la decisión, y que, de todas formas, siempre se verificarán insuficiencias. No creemos que el recurso al poder judicial sea la respuesta adecuada para todos los litigios



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

político-constitucionales, ya que el diseño y la efectiva realización de políticas sociales eficaces es una tarea de la esfera de la política, que se debe imponer, por fuerza, en ese campo y no a través de procesos judiciales. Pero, la verdad es que los mecanismos jurídicos de garantía de los derechos han tenido un papel relevante e importante de afirmación de la normatividad de las disposiciones constitucionales, en un contexto difícil, y en el cual los argumentos basados en la idea de necesidad insuperable parecían justificar cualquier tipo de medida.

a) El Defensor del Pueblo

El primer ejemplo de una actuación positiva en la defensa de los derechos fundamentales ha sido el Defensor del Pueblo portugués, que identificó problemas de violación del principio de igualdad en situaciones relacionadas con el régimen jurídico relativo a varios derechos sociales, como la salud, la educación y la vivienda. Además, y utilizando sus poderes constitucionales, este órgano ha pedido la fiscalización abstracta de la constitucionalidad de varias normas que implementan medidas de austeridad.

Su recomendación más profundizada tiene por objeto la reforma de leyes sobre el Servicio Nacional de Salud²⁴. El Defensor del Pueblo pide, en primer lugar, atenuar el sistema binario de las tasas de copago, que se

²⁴ Recomendación del Defensor del Pueblo portugués n.º 11/B/2012 proc. Q-1165/12 (A6), *Novo regime de acesso às prestações do Serviço Nacional de Saúde* (11/B/2012), de 13 de septiembre de 2012.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

basa en dos categorías únicas (exento/no exento). Este diseño crea disparidades preocupantes entre personas con rentas muy similares y es completamente ajeno a las circunstancias familiares concretas de los beneficiarios adultos. Por ello, se sugiere la introducción de elementos de progresividad en el sistema de tasas, en analogía con lo que sucede con otras prestaciones sociales aseguradas por el Estado, lo que permitiría atenuar, al menos, las situaciones más perversas o injustas y promover una mayor igualdad sustancial entre los usuarios del Servicio Nacional de Salud. La progresividad implicaría la creación de escalones intermedios de exención parcial o modificaciones en los valores de las tasas.

Por otro lado, y teniendo en cuenta que el copago busca, según el legislador, incentivar un uso responsable y moderado de los servicios de sanidad, evitando así su descontrol, pero sin vetar el acceso a los ciudadanos que realmente los necesitan, el Defensor del Pueblo recomienda el cobro o exención de las tasas de acuerdo con una evaluación estrictamente médica de la justificación clínica para recurrir a los servicios de urgencia. Las reglas concretas de determinación de la renta relevante, que ignoran por completo la constitución de las familias, ya que consideran únicamente las rentas relevantes y la existencia de un adulto o una pareja. Según el Defensor del Pueblo, esta situación viola imperativos de justicia e igualdad al tratar igual a casos concretos claramente distintos, los de ciudadanos solos o en pareja con y sin hijos a su cargo. Estas reglas son más penalizadoras cuanto mayor sea el número de menores dependientes, y afectan en especial a las familias monoparentales, introduciendo una dificultad más en un día a día que ya es, por norma, más difícil que el de las familias con dos adultos.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

b) El Tribunal Constitucional portugués

A pesar de la contribución relevante del Defensor del Pueblo, en lo que respecta a la tutela de derechos fundamentales a nivel nacional, los grandes actores han sido, sin duda, los tribunales, en especial del Tribunal Constitucional.

Efectivamente, es conocido el papel desempeñado por el Tribunal Constitucional portugués durante el periodo de crisis . En general, se señala su papel de intervención y defensa de los derechos fundamentales, contra las medidas de austeridad. Pero, un análisis más ponderado de la designada “*jurisprudencia de la crisis*” permite comprobar que la posición del Tribunal Constitucional ha sido bastante más compleja y que, lejos del activismo judicial del que se le acusa, ha ejercido un notable grado de auto-contención en sus decisiones acerca de las medidas adoptadas por el Gobierno como respuesta a la crisis.

La dicha “*jurisprudencia de la crisis*” incluye un conjunto de decisiones del Tribunal Constitucional adoptadas entre 2010 y 2014. Proferidas en procesos de fiscalización abstracta de la constitucionalidad, estas sentencias tienen por objeto muchos de las principales cambios normativos adoptados como respuesta a la crisis y a las exigencias de los Memorandos: Sentencia 399/2010 (Taja adicional del impuesto sobre personas físicas); Sentencia 396/2011 (Presupuesto del Estado 2011); Sentencia 353/2012 (Presupuesto del Estado 2012); Sentencia 187/2013 (Presupuesto del Estado 2013); Sentencia 474/2013 (“Recalificación” de los funcionarios públicos); Sentencia 602/2013 (Código Laboral); Sentencia 794/2013 (40 horas semanales); Sentencia 862/2013 (Convergencia de sistemas de pensiones); Sentencia 413/2014 (Presupuesto del Estado 2014);



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Sentencia 572/2014 (Contribución Especial de Solidariedad 2014); Sentencia 574/2014 (Recortes salariales 2014-2018); Sentencia 575/2014 (Contribución Especial de Sostenibilidad)²⁵.

Pero, estas decisiones no son las únicas en materias relevantes para el análisis de las medidas de austeridad. En varios casos, y en particular en materia laboral, muchos de los cambios verificados en el período de crisis solo profundizan, como ya se ha dicho, tendencias anteriores que, por veces, ya habían sido fiscalizadas por el Tribunal Constitucional. Véanse, por ejemplo, la Sentencia 632/2008, en la cual se declara inconstitucional la ampliación del período experimental de los trabajadores indiferenciados para 180 días o la Sentencia 338/2010, en la cual se declara inconstitucional la atribución de naturaleza facultativa al procedimiento disciplinar para despido, en ciertas circunstancias. En la misma decisión, la adopción de un banco de horas y otras medidas de flexibilización laboral han sido juzgadas conformes a la Constitución. Finalmente, cabe aún señalar la Sentencia 296/2015, en la cual se declara inconstitucional un cambio legislativo relativo al régimen de la renta mínima que afectaba a los extranjeros: la exigencia, añadida por el legislador en el año 2012, de un plazo de 3 años de residencia legal para poder solicitar dicha prestación social ha sido considerada contraria al principio constitucional de la proporcionalidad.

Teniendo en mente el conjunto de la designada *jurisprudencia de la crisis*, vemos que el Tribunal Constitucional ha sido llamado a atestiguar

²⁵ Toda la jurisprudencia constitucional portuguesa está disponible en www.tribunalconstitucional.pt.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

la constitucionalidad de un número importante de normas sobre tres tipos de materias: legislación sobre el sector público de empleo, en particular normas sobre cortes salariales, alteraciones en la remuneración del trabajo extraordinario y mecanismos de 'recalificación'; en segundo lugar, legislación sobre prestaciones de Seguridad Social, en especial sobre recortes de y contribuciones especiales sobre las pensiones y alteraciones del sistema de cálculo de las pensiones del sector público (convergencia de pensiones); por último, legislación sobre impuestos, tasas y fuentes de financiación estatal (como la contribución especial sobre el subsidio de enfermedad y de desempleo).

Ahora bien, en relación con los recortes salariales y de pensiones el Tribunal ha declarado varias veces la inconstitucionalidad de medidas de este tipo con base a un argumento fundamental: la violación del principio de igualdad, en la dimensión de igualdad ante los gastos públicos. De hecho, el Tribunal Constitucional portugués ha desarrollado una fundamentación de sus decisiones basada en la idea de igualdad proporcional: aunque se puedan admitir, debido a las diferencias de estatus y a la dependencia de los presupuestos públicos, sacrificios adicionales a los funcionarios y pensionistas en función de las necesidades de equilibrio de las cuentas públicas, esos sacrificios no pueden ser demasiado agudos en relación con los objetivos perseguidos, bajo pena de violación del principio de igualdad. Así pues, el Tribunal aceptó los recortes de salarios y pensiones introducidos en 2011 (y que se han mantenido, aunque con una disminución progresiva, hasta 2016), pero ha declarado inconstitucionales todos los recortes adicionales. Además, el Tribunal Constitucional no consideró contrarios al



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

parámetro constitucional todos los recortes (muy significativos) en la remuneración del trabajo extraordinario ni el aumento del horario de trabajo de los funcionarios públicos, que se produjo sin el correspondiente ajuste salarial (lo que equivale, en la práctica, a otro recorte salarial).

Con respecto a la legislación sobre el sistema de pensiones, el Tribunal declaró inconstitucional la llamada “convergencia de pensiones”, que en la práctica representaba una reforma de las pensiones del sector público, bastante perjudicial para los jubilados; la fundamentación de la sentencia se centra en el carácter casuístico de los cambios legislativos, que no constituían una modificación profunda, consensuada y justificada del sistema de pensiones, lo que, si se analiza junto a la disminución significativa de las pensiones actuales, implica una violación del principio de la protección de confianza, comprendido como una consecuencia lógica del principio del Estado de derecho democrático. Pero el Tribunal no declaró la inconstitucionalidad de otras medidas relativas a pensiones, como el caso de la Contribución Especial de Solidaridad —tributo que incidía únicamente sobre pensiones superiores a 1.350 euros mensuales— que fue muy criticado tanto en el plano político como jurídico. El Tribunal portugués declaró que la medida, al ser temporal y excepcional, era necesaria para el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de cara a la consolidación de las cuentas públicas y que, además, presentaba cierto carácter redistributivo, en razón de las tasas progresivas.

Finalmente, en lo que atañe a los cambios en el sistema fiscal y a la creación de nuevos tributos, el Tribunal Constitucional únicamente declaró inconstitucionales las tasas sobre los subsidios de enfermedad y



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

desempleo. El Tribunal consideró que estos tributos afectaban a grupos especialmente vulnerables y que, a pesar de estar en ‘estado de emergencia económica’, el legislador tiene de asegurar un mínimo de garantías destinadas a proteger, ante todo, el derecho a una vida digna; así, la imposición de un tributo adicional a personas en situación extremadamente precaria constituye un límite a su autonomía y vulnera el principio constitucional de proporcionalidad. Todas las otras reformas fiscales, incluyendo medidas de naturaleza evidentemente regresiva, fueron consideradas dentro del margen de libre apreciación del legislador.

Al contrario de lo que los críticos hacen ver, el Tribunal portugués demostró, así, un notable grado de auto-contención en su apreciación de las medidas de austeridad, estando su actuación muy lejos de cualquier tipo de activismo judicial. Además, el Tribunal ha centrado su argumentación no en normas específicas sobre derechos sociales (en las cuales la Constitución portuguesa es especialmente rica), sino en principios constitucionales fundamentales —con especial importancia del principio de igualdad, el principio de proporcionalidad y el principio de protección de la confianza—. Los argumentos presentados contienen elementos interesantes desde el punto de vista de la igualdad sustancial, concretamente la idea de protección especial de los desempleados y enfermos, debido a su especial vulnerabilidad, y la consideración de la naturaleza redistributiva de ciertas medidas fiscales para aceptar su conformidad con la Constitución. Pero, en general, la jurisprudencia constitucional portuguesa presenta un elevado grado de deferencia en relación con las medidas tomadas por el legislador para responder a la crisis económica (es de señalar, además, que no han sido



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

declaradas inconstitucionales la gran mayoría de las reformas de la legislación laboral que benefician al empleador en el equilibrio de fuerzas en la relación de trabajo, en particular las modificaciones y límites a la contratación colectiva)²⁶.

El papel de los tribunales – en particular del Tribunal Constitucional – durante la crisis muestra tanto su inigualable importancia como mecanismo de garantía de derechos fundamentales y control del poder, como las limitaciones y contradicciones inherentes a sus decisiones. Así, para muchos ciudadanos portugueses, los tribunales han sido, de hecho, el único mecanismo del Estado social de derecho que ha funcionado a su favor, asegurándoles la protección y las prestaciones que el pacto constitucional les había atribuido hasta la crisis. Pese a ello, un análisis

²⁶ En este sentido, y desde una perspectiva crítica, véase Pinheiro (2014): *“Entendemos que a “jurisprudência da crise” traduz um “processo negocial” entre a interpretação normativa da Constituição e a necessidade de ceder perante as “exigências das circunstâncias”. O TC socorreu-se da “prosecução do interesse público” dentro de uma ordem “transitória” e “excepcional” para decidir no sentido da não inconstitucionalidade de medidas legislativas que conheceriam outro desfecho não fora o tempo de “crise”. A utilização banal e repetitiva, amiúde sem fundamentação abundante, do “interesse público” serviu de base a uma sequência de decisões do TC em manifesta cedência da normatividade – tal como vinha sendo interpretada – à verdade do mundo”. En sentido idéntico, y sobre las reacciones jurídicas y políticas a las decisiones del Tribunal Constitucional, véase Loureiro (2014): “Even if the idea of state of exception is not used, it is true that some Constitutional Courts – for instance, the Portuguese one – used emergency to justify not having declared some measures unconstitutional, given their temporary and exceptional character. (...) Faced with some constitutional defeats at the Constitutional Court, some voices herald a specific anticonstitutionalism, supporting constitutional amendments or even proposing a new constitution. But with a few exceptions this strategy seems to ignore that fundamental pieces of crisis jurisprudence draw on juridical principles such as protection of confidence, proportionality and equality, that are part of the core of the legal order, imposing themselves even to the constitution-making power”.*



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

objetivo de la jurisprudencia de la crisis muestra también insuficiencias y puntos críticos.²⁷

Así, y de un modo general, el Tribunal Constitucional está bastante limitado en su acción, que depende de las intervenciones concretas que les sean presentadas. A este respecto, hay que señalar la importancia del papel de las minorías parlamentarias en el control de constitucionalidad de medidas lesivas de derechos fundamentales, adoptadas como respuesta a la crisis. Fue el caso de Portugal, con los recortes de salarios y pensiones de 2012 y 2013 o con las tasas sobre los subsidios de enfermedad y de desempleo. Este es un aspecto interesante del posible diálogo entre parlamentos y tribunales y un mecanismo importante de control del poder legislativo.

En segundo lugar, la jurisprudencia —en especial la constitucional, por el alcance y los efectos de sus decisiones— presenta, en regla, un grado elevado de auto-contención en el ejercicio de sus poderes. El

²⁷ Véase, por ejemplo, la crítica de Novais (2014); en el trabajo citado, el autor afirma que el Tribunal Constitucional portugués intenta conciliar dos posiciones imposibles, al garantizar, en la práctica, los derechos sociales, pero con fundamento en la doctrina portuguesa tradicional, muy restrictiva en esta materia: *“o Tribunal Constitucional tem ensaiado nos últimos anos uma verdadeira tentativa de quadratura do círculo: na prática faz, em geral, um controlo intensivo das agressões legislativas aos direitos sociais, mas procede a esse tipo de controlo ao mesmo tempo que rejeita a natureza jusfundamental destes direitos. Ou seja, na sua jurisprudência mais recente, que não na história do Tribunal Constitucional, há, na prática, uma intenção clara de defesa dos direitos sociais, mas essa intenção é traída quando o Tribunal o pretende fazer recorrendo ao arsenal teórico da doutrina tradicional portuguesa dos direitos fundamentais. Então, no espaço aberto por tal contradição, o Tribunal Constitucional acaba por dar involuntariamente alento teórico ao criticismo assente na acusação infundada de activismo judicial”*.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

número de medidas no declaradas contrarias a la constitución es muy significativo. En el discurso jurídico-político, la atención suele centrarse en las declaraciones de inconstitucionalidad, pero estas fueron bastante pocas si tenemos en consideración el universo total de medidas de austeridad, así como las medidas judicialmente cuestionadas. Por otro lado, los propios tribunales han limitado, en ocasiones, los efectos de sus decisiones, por miedo a afectar demasiado al equilibrio de las cuentas públicas perseguido por los poderes ejecutivo y legislativo. Véase la decisión del Tribunal Constitucional portugués de 2012, en la cual se declaró la inconstitucionalidad de la suspensión del pago de las pagas extraordinarias (de vacaciones y Navidad) de los salarios de los funcionarios públicos y de las pensiones, pero los efectos de la declaración se mitigaron de tal forma que, en la práctica, las medidas inconstitucionales se aplicaron en la totalidad.

c) Tutela internacional: del Comité Europeo de los Derechos Sociales al TJUE

A nivel internacional, varios mecanismos y organismos de garantía de derechos han analizado las medidas adoptadas para combatir la crisis económica y sus consecuencias. Efectivamente, organizaciones internacionales como la OIT, así como peritos y órganos de control en el marco de la ONU (como el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres o el Comité sobre los derechos del niño) han expresado su preocupación con relación al respeto de los estándares internacionales de derechos humanos y al



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

impacto jurídico y socio-económico de ciertas medidas de austeridad adoptadas en el contexto de la crisis.

Las decisiones internacionales más importantes en lo que respecta a los derechos sociales, igualdad sustancial y crisis económica son probablemente las del Comité Europeo de los Derechos Sociales. Así pues, en relación con Portugal²⁸, el Comité de Derechos Sociales consideró que el nivel de la prestación social de la renta mínima (que se han rebajado las prestaciones y se ha alterado durante el periodo de crisis) es manifiestamente inapropiado para asegurar un nivel de vida adecuado a sus beneficiarios, ya que no garantiza que estos se sitúen por encima del umbral de pobreza (que equivale a cerca de 350 euros mensuales, lo que es significativamente superior a la prestación media de renta mínima en Portugal, aproximadamente de 90 euros).

Además, el Comité verificó que las alteraciones legislativas que rebajaban los valores del trabajo realizado en días festivos al salario regular más un 50% violaban el artículo 2.2 de la Carta Social Europea. Para el Comité, y pese a reconocer que los Estados tienen margen de apreciación en la materia, no se ha alcanzado un nivel adecuado de compensación para el trabajo prestado en días festivos.

²⁸ El conjunto de las decisiones más recientes del Comité de Derechos Sociales con relación a Portugal se puede encontrar en COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN SOCIAL CHARTER – *European Committee of Social Rights Conclusions 2014 (PORTUGAL)*, 2015, disponible en http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/Prep/Portugal2014_en.pdf.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Asimismo, y en lo que respecta a la remuneración, el Comité examinó las alteraciones al Código del Trabajo que han reducido, de forma significativa, la compensación del trabajo extraordinario, a consecuencia de lo acordado en el Memorando firmado con la Troika. Así, confirmó que el valor pagado por las horas extraordinarias se había rebajado a la mitad de lo que estaba previsto en la legislación anterior y que los mecanismos de flexibilidad previstos en las leyes laborales, como el banco de horas, han tenido como consecuencia que muchas horas de trabajo dejen de ser consideradas como trabajo extraordinario, perdiéndose el derecho a la respectiva compensación. El Comité manifestó dudas sobre la adecuación de este régimen jurídico con la Carta Social Europea y aplazó su decisión hasta recabar más información. Sin embargo, declaró que se violaba el artículo 4.2 de la Carta en el caso de los oficiales de policía, que no reciben compensación por trabajo extraordinario cuando están en prevención activa (fuera del local de trabajo, pero disponibles mediante llamada) o en turnos fuera del horario habitual.

En último lugar, el salario mínimo portugués también fue considerado insuficiente para garantizar un estándar de vida digno. El Comité ha señalado repetidamente que un salario mínimo que pretenda garantizar un nivel de vida decente, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Carta, no puede ser menor al 50% del salario medio líquido. Ahora bien, el salario mínimo en Portugal no alcanza dicho valor por lo que no está en concordancia con el parámetro normativo de la Carta Social Europea.

También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue llamado a pronunciarse varias veces sobre la adecuación de las medidas de austeridad con los parámetros constitucionales de la Unión.



anno VI, n. 1, 2016
data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Uno de los primeros casos apreciados²⁹ parte de un reenvío prejudicial de un tribunal portugués que tiene por objeto la interpretación del artículo 47 de la Carta, a propósito de la aplicación de medidas de austeridad —en especial, de recortes salariales— acordadas con las Instituciones Europeas (en el marco de las negociaciones del programa de rescate con la Troika). Estaba en causa la aplicación del principio de la igualdad de trato a los trabajadores del sector público y la validez de la discriminación por razón de naturaleza pública del vínculo laboral que la legislación sobre los presupuestos del Estado creó al instituir los recortes salariales, problemas que, además, fueron retomados y reformulados en posteriores interpelaciones al TJUE³⁰.

El órgano jurisdiccional remitente tenía en manos un proceso sobre la aplicación de los recortes salariales previstos en el presupuesto del Estado para 2011 a los trabajadores del BPN, un banco nacionalizado en 2008, como consecuencia de la gravedad de su situación financiera. Ante tal situación, los salarios de sus trabajadores fueron objeto de recortes salariales, en condiciones de igualdad con los funcionarios públicos, y en contradicción con lo previsto en el Acuerdo Colectivo de Trabajo para el Sector Bancario, firmado por el banco. Así, el Tribunal nacional planteó al TJUE una serie de cuestiones fundamentales, relacionadas con la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.

²⁹ Auto del Tribunal de Justicia, proc. C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte*, de 7 de marzo de 2013.

³⁰ Auto del Tribunal de Justicia, proc. C-665/13, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*, de 21 de octubre de 2014.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Así pues, el tribunal *a quo* pretendía saber lo siguiente: si el principio de igualdad de trato, del cual emana la prohibición de discriminación, debe ser interpretado en mismo sentido que el de los trabajadores del sector público; si la imposición estatal de reducción de salarios, a través de la Ley del Presupuesto del Estado para 2011, que se aplica únicamente a trabajadores que ejercen sus funciones en el sector estatal o empresarial público, es contraria al principio de prohibición de discriminación, dando lugar a una discriminación por razón de la naturaleza pública del vínculo laboral; si el derecho a condiciones de trabajo dignas, previsto en el artículo 31.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe ser interpretado en el sentido de que se prohíba disminuir la remuneración sin el acuerdo del trabajador, en el caso de que el contrato se mantenga inalterado; si dicho derecho debe ser interpretado como un derecho a una remuneración justa que garantice a los trabajadores y su familia un nivel de vida satisfactorio; si la reducción de salario, no constituyendo la única medida posible, necesaria y fundamental para el esfuerzo de consolidación de las finanzas públicas en una situación de grave crisis económico-financiera del país, es contraria al derecho previsto en el artículo 31.1 de la Carta por colocar en riesgo el nivel de vida y los compromisos de orden financiera asumidos por los trabajadores y sus respectivas familias, antes de esa reducción; y finalmente, si la reducción de salarios impuesta por el Estado portugués sería contraria al derecho a condiciones de trabajo dignas, por no ser previsible ni predecible por los trabajadores.

La interpelación al Tribunal de Justicia, por otra parte, parece tener todo el sentido. Efectivamente, en los términos del artículo 51 de la



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

CDFUE, las disposiciones de la Carta vinculan a las Instituciones de la Unión, así como a los Estados miembros, cuando apliquen derecho comunitario. Así pues, tanto las medidas previstas en los Memorandos de los programas de asistencia económica y financiera, así como las medidas nacionales de implementación y ejecución, deberían estar en concordancia con los estándares europeos de protección de los derechos fundamentales, en especial con el parámetro establecido por la Carta. Recordemos, además, que el propio TJUE siempre ha mantenido una interpretación amplia de la vinculación por parte de los Estados a las exigencias que se derivan de la protección de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario³¹.

La posición del Tribunal de Justicia ha sido, en cambio, bastante distinta. En primer lugar, ha recordado que en el ámbito de un reenvío prejudicial, en los términos del artículo 267, el TJUE puede interpretar únicamente el derecho de la Unión dentro de los límites de competencias atribuidas a la institución. Sin embargo, entendió que la decisión del Tribunal nacional no contenía ningún elemento concreto que permitiera considerar que la Ley del Presupuesto del Estado para 2011 se destinaba a aplicar el derecho de la UE. De esta forma, según el Tribunal de Justicia, no quedó demostrada su competencia para responder a la solicitud de decisión prejudicial, lo que obligó a rechazarla por incompetencia del TJUE.

³¹ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Wachauf*, proc. 5/88, de 13 de julio de 1989.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Con esta decisión y la siguiente³² el Tribunal de Justicia ha decidido no aceptar un principio fundamental de cualquier ordenamiento jurídico que pueda calificarse *de derecho constitucional*: el principio según el cual todas las actuaciones de una Institución de la Unión, a cualquier título, están sujetas a los límites impuestos por el derecho constitucional de la UE, en particular por el parámetro constituido por los Tratados y la CDFUE, prestando especial atención a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es casi incomprensible que pueda entenderse la cuestión de manera distinta. Así pues, por lo menos las medidas consagradas en los Memorandos deberían estar sometidas al control del Tribunal de Justicia, como mecanismo central de garantía de los derechos fundamentales en el marco de la UE, ya que las Instituciones de la Unión son coautoras del documento.

Efectivamente, esta es una cuestión estructural e independiente de la evaluación concreta sobre la adecuación de las normas de los Memorandos con parámetros constitucionales de cualquier tipo. La CDFUE, y en particular el artículo 51 citado, no imponen ningún tipo de exigencias o requisitos en cuanto al contexto de actuación de las Instituciones y órganos de la UE, a efectos de su vinculación a los derechos fundamentales consagrados en la Carta. Esta se aplica en todas las circunstancias, tanto cuando las Instituciones actúen en el marco de la Unión, como cuando actúen en el plano del derecho internacional o de acuerdos intergubernamentales, ejerciendo competencias propias o

³² Auto del Tribunal de Justicia, proc. C-665/13, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*, de 21 de octubre de 2014.



anno VI, n. 1, 2016

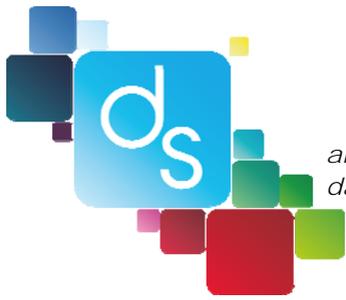
data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

delegadas La admisión de espacios de actuación de la Comisión y del Banco Central Europeo sin cualquier tipo de barrera jurídico-constitucional es bastante preocupante, ya que equivale, en la práctica, a un ejercicio ilimitado del poder, a la negación del propio Derecho Constitucional. Desde un punto de vista académico, habrá pues que profundizar en la reflexión sobre esta paradójica utilización del Derecho en espacios (aparentemente) vacíos de derecho constitucional.

Por otra parte, sería interesante conocer la posición del Tribunal de Justicia, sobre los límites de competencias de la Unión en materias sociales. Una vez más, habría que hacer una reflexión seria sobre la paradoja resultante de la constatación de la incompetencia de la UE en materia de políticas sociales (que genera, en el fondo, la imposibilidad de establecer estándares mínimos de protección social en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos comunitarios) y la posibilidad de hacer exigencias en dichas materias en el marco de los programas de asistencia económica y financiera (exigiendo, frecuentemente, la reforma de los programas sociales existentes y la disminución de las prestaciones aseguradas a la ciudadanía).

Por último, y tal como los reenvíos prejudiciales de los tribunales portugueses pretendían resaltar las medidas de austeridad consagradas en los diversos Memorandos parecen contrarias a varios de los derechos fundamentales consagrados en la CDFUE. La falta de conformidad entre el parámetro y las normas cuestionadas solo podrá afirmarse en el marco de un juicio concreto, con fundamento en una lectura de las disposiciones de derechos fundamentales orientada hacia la realización efectiva de los valores constituyentes y de los objetivos básicos de la Unión, juicio este que el Tribunal de Justicia se ha abstenido, hasta el



anno VI, n. 1, 2016
data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

momento, de hacer³³, renunciando así a una competencia que, en períodos anteriores, había vehementemente afirmado como propia.

4. Conclusiones

La reflexión sobre el ejemplo portugués, en lo que respecta al período de crisis económica y social, a las medidas de austeridad adoptadas para combatirla, a la afectación de los derechos fundamentales, en particular de los derechos sociales por dichas medidas y, por fin, al papel de los Memorandos y de las Instituciones Europeas en el proceso, permite varias conclusiones relevantes.

En primero lugar, y teniendo en mente reformas idénticas adoptadas en otros países, como España, o Grecia, puede comprenderse que los fenómenos descritos presentan claras tendencias comunes a nivel europeo, no obstante las especificidades nacionales. Esas tendencias comunes se refieren al sentido de las reformas legislativas (pérdida de derechos laborales y precarización; recortes en los sectores de la salud y educación; disminución y reorganización de las prestaciones de seguridad social), y al tipo de argumentos jurídico-constitucionales movilizados para contestarlas, fundados en los derechos fundamentales, y en principios como la igualdad o la universalidad.

³³ Catalogando estos mismos fundamentos para la impugnación judicial de las medidas de austeridad, véase Koukiadaki (2014).



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

En segundo lugar, cabe señalar que los tribunales nacionales – en especial el Tribunal Constitucional – han sido, en el caso portugués, un importante mecanismo de garantía de derechos fundamentales. Pero, y pese a las pesadas críticas que le han sido dirigidas, el Tribunal Constitucional está lejos de adoptar una posición militante, de oposición, por principio, a las medidas de austeridad elegidas por el Gobierno y impuestas por la Troika. Es importante tener presente que la grande mayoría de dichas medidas no han sido, siquiera, llevadas a la apreciación de un órgano jurisdiccional.

Por último, el ejemplo fracasado de los intentos de reenvío prejudicial, para el TJUE, por parte de los tribunales portugueses, en materia de medidas de austeridad, muestra la debilidad y las paradojas del sistema europeo de constitucionalismo multinivel, en el contexto del cual tanto los parámetros de validez (la Constitución) cuanto los mecanismos de actuación a nivel nacional se han revelado los más eficaces en la defensa de los derechos del ciudadano, no obstante sus insuficiencias.



anno VI, n. 1, 2016
data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Bibliografía

Balaguer Callejón, F., Azpitarte Sánchez, M., Guillén López, E. y Sánchez Barrilao, J.F. (2015), *El Impacto de la Crisis Económica en las Instituciones de la UE y los Estados Miembros*, Thomson Reuters Aranzadi.

Balaguer Callejón, F (2013), *Una interpretación constitucional de la crisis económica*, en *Revista de derecho constitucional europeo*, 19.

Baptista, E. Correia (2011), *Natureza Jurídica dos memorandos de FMI e a UE*, en *Revista da Ordem dos Advogados*, 71(2).

Canotilho, M. (2015), *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Portugal*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels.

Canotilho, M., Violante, T. Y Lanceiro, R. (2015), *Austerity measures under judicial scrutiny: the Portuguese constitutional case-law*, en *European Constitutional Law Review*, 11, doi:10.1017/S1574019615000103.

Caupers, J. (2015), *O Direito do Trabalho na Jurisprudência Constitucional: desenvolvimentos recentes*, Informe portugués para la 17ª Conferencia de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal, Lisboa, disponible en http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri20151015/ctri20151015_rel_pt.pdf.

Contiades, X. (ed.) (2013), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Farnham: Ashgate.

Coutinho, F. Pereira (2013), *A natureza jurídica dos memorandos da "troika"*, en *Themis*, XIII, 24/25.



anno VI, n. 1, 2016
data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Fischer-Lescano, A. (2014), *Human Rights in Times of Austerity Policy*, Baden-Baden: Nomos.

Freixes Sanjuán, T. y Lladós Vila, J. (2015), *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Spain*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels.

Galera Victoria, A. (2014), *Los derechos Sociales en Tiempos de Crisis Económica*, en *Papeles el tiempo de los derechos*, 19, disponible en <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/wp-19-14.pdf>.

Kilpatrick, C. (2015), *Constitutions, social rights and sovereign debt states in Europe: a challenging new area of constitutional inquiry*, EUI Working Papers LAW 2015/34, disponible en http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/36097/LAW_2015_34.pdf?sequence=1.

Koukiadaki, A. (2014), *Can the austerity measures be Challenged in supranational Courts? The cases of Greece and Portugal, An analysis for the ETUC*, University of Manchester.

Loureiro, J. (2014), *Constitucionalismo, bem-estar e crises*, en *E-pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, 3.

Morais, C. Blanco de (2014), *De novo a querela da "unidade dogmática" entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de "exceção financeira"*, en *E-pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, 3.

Novais, J. Reis (2014), *Em Defesa do Tribunal Constitucional*, Almedina.

Novais, J. Reis (2014), *O Direito Fundamental à Pensão de Reforma em Situação de Emergência Financeira*, en *E-pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, 1.



anno VI, n. 1, 2016

data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Pereira, R.A. (2013), *Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 98.

Pinheiro, A. Sousa (2014), *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)*, en *Observatório da Jurisdição Constitucional*, 7(1).

Ribeiro, G. Almeida y Coutinho, L. Pereira (2014), *O Tribunal Constitucional e a Crise - Ensaio Críticos*, Almedina.

Viala, A., Pinon, S. y Balaguer, F. (2015), *Le droit constitutionnel européen à l'épreuve de la crise économique et démocratique de l'Europe*, Institut Universitaire Varenne.



anno VI, n. 1, 2016
data di pubblicazione: 25 aprile 2016

Saggi

Abstract

Austerity and Constitutional Law: the Portuguese Example

This paper analyses the relationship between austerity measures and constitutional law, focusing especially on the Portuguese example. The economic crisis and the adoption of the Memoranda of Understanding signed with EU institutions and the IMF in exchange for loans, has led to implement laws that were at the foundation of significant economic and social changes, in areas that include health, education, social security and protection of workers. Fundamental rights in these areas are part of the core of the social state under the Portuguese Constitution, which grants them a special and detailed protection.

The work focuses on the mechanisms of protection of fundamental rights, especially on the role of the Ombudsman and the Constitutional Court. The latter has been the main 'constitutional obstacle' to the full implementation of austerity measures; however, and despite the accusation of political engagement or judicial activism, the constitutional jurisprudence during the crisis period was actually quite balanced, and based on fundamental principles rather than on social rights norms.

Keywords: economic crisis, fundamental rights, austerity measures, Constitutional Court, constitutional law.