

LOS DERECHOS SOCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA: MERCADO O JUSTICIA

María Luisa ESPADA RAMOS
Universidad de Granada (España).

RESUMEN

Los derechos sociales no han estado incorporados en las Comunidades Europeas, sino como consecuencias de la libre circulación de personas. Poco a poco a través de la política social se han ido asumiendo exigencias sociales que han desembocado en la formulación de derechos sociales denominados hoy “derechos de la solidaridad” en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. No obstante, su efectividad y su justicialidad continúan siendo un interrogante y expresión del déficit de la U.E.

SUMMARY

Social rights were not formally incorporated in the European Communities, but rather have arisen as a consequence of the freedom of mobility for persons. Little by little, through social policies, certain social demands were made that have become social rights. Such rights are called solidarity-rights in the Charter of fundamental rights of the European Union. However, their effectiveness and legal enforceability remain a question, while revealing the extent of the social deficit in E.U.

I. INTRODUCCIÓN

1. Los derechos sociales en la globalización

Los derechos sociales aparecen hoy como una exigencia de justicia en los procesos de la globalización económica¹. O por expresarlo de otra forma, son la dimensión humana del mercado global. Ante las exigencias de eficiencia y competitividad que impone el mercado global de bienes, servicios y comunicaciones, aparecen demandas sociales que deben interpretarse como la exigencia también del ecumenismo humano. Estamos asistiendo a un desarrollo y a un progreso sin límites, ni referentes. Ambos supuestos, están transformando los instrumentos en fines, con una pérdida de horizonte para los valores y necesidades

1. Véanse BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998 y ESTEFANÍA, J., *“La nueva economía: la globalización*, Ed. Debate, Madrid, 1997.

humanas². Se está implantando “una especie de incompatibilidad entre eficiencia/equidad” y se desmantela el Estado del bienestar en aras de una economía imprevisible³.

Ciertamente que el intercambio radicalmente abierto de bienes y servicios es un factor de producción de riqueza, pero habría que preguntarse también si conlleva una mejora generalizada de las condiciones de vida. Es un hecho que la riqueza no se redistribuye espontáneamente, y allí donde el capitalismo está instalado, el bienestar social convive naturalmente con el hecho de la exclusión y la pobreza. Si se cree en el progreso, éste ha de ser económico y *social*. Si se cree que el mercado libre aparece como la vía más plausible, la condición es que el mercado esté bajo la exigencia del respeto y garantía de los derechos sociales.

El proceso de producción no conoce fronteras, está deslocalizado. Es eficiente cuanto mayor sea el grado de libertad en los factores de producción. El trabajo es incuestionablemente uno de ellos. El trabajo debería concitar la máxima libertad, pero también como fruto de la persona humana reclama dignidad y cualidad en las condiciones de su realización. Sin embargo, es paradójico cómo la eficiencia del mercado económico global impone costes sociales que limitan o interfieren con el reconocimiento y garantía de derechos que son fundamentales. Joaquín Estefanía afirma que “la internacionalización masiva del capital conlleva desigualdades, paro, crisis del valor/trabajo y rápida disminución de la cohesión social”⁴. Así mismo se asiste a una desregularización social y de la actividad de los operadores económicos, evitando limitaciones de jornada, mediatizando la edad, la maternidad, las exigencias de salubridad y seguridad etc., por el miedo a rebajar la competitividad. Es una política la búsqueda de bajos costes salariales, que conlleven un mínimo de cobertura social, generalizándose prácticas de *dumping social*. Por idéntica razón, se tiende hacia la deslocalización de las inversiones, a la búsqueda de paraísos rentables, como si el objetivo último fuera la generación de riqueza en sí misma sin el referente del desarrollo y progreso humanos. Asistimos incluso a contradicciones en la práctica de Organizaciones internacionales financieras, que por finalidad deberían ser instrumentos de justicia y cooperación internacional. Ocurre que cuando condicionan las prestaciones financieras a Estados subdesarrollados, a programas de ajuste estructural, la realización de las políticas económicas de ajuste, producen perjuicios para la situación social del individuo, por la mengua de derechos sociales individuales y colectivos. Afirma David Eric que “los PAS entrañan generalmente una degradación grave de las condiciones económicas y sociales de las poblaciones afectadas y por vía consecuencial se llega a violaciones de los derechos económicos y sociales. Generalmente, quedan afectados el derecho al trabajo,

2. ESPADA RAMOS, M. L., “En la era de la globalización: justicia económica, derechos humanos y desarrollo humano y social sostenible”, en *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, 2001, núm. 4, pp. 178 y ss.

3. ESTEFANÍA, J., *op. cit.*, pp. 25 y ss.

4. ESTEFANÍA, J., *op. cit.*, pp. 11 y ss.

el derecho a un salario justo, el derecho a la salud, el derecho a la educación, etc.”⁵.

Hay otra contradicción grave de la globalización, que estaría en el rasgo de universalidad de la economía, de las comunicaciones, de la movilidad humana, de la información etc. y, sin embargo, en el relativismo con que se presentan los derechos de la persona humana como componente de esa estructura social planetaria. Se relativiza el reconocimiento de los derechos civiles y políticos como elementos históricos y culturales y se ignoran, en general, los derechos económicos y sociales como exigencias de segunda generación, no absolutamente vinculadas a la dignidad humana.

Desde otra perspectiva, la garantía de los derechos sociales se han contrapuesto al desarrollo que pretenden los pueblos, porque se ha entendido que el reconocimiento de los derechos sociales como parte indivisible de los derechos humanos relentizaría el desarrollo económico⁶. Este tipo de argumento explica la reacción de los países del Tercer mundo en Seattle en 1999 frente a la OMC y en el 2000 en Praga ante la reunión del FMI. Se afirma también que no se puedan elevar las cotas de protección social, porque con ello se compromete la libertad del Estado y de los operadores privados en la actividad económica⁷. Una argumentación similar se hace con respecto a las cláusulas sociales que se recogen en Programas internacionales o convenios de cooperación para el desarrollo. Se valoran como hipotecas de la libertad económica de los operadores públicos o privados.

Estas contradicciones son hasta cierto punto comprensibles, no justificables, en marcos geo-políticos heterogéneos y con disparidades económicas significativas. No obstante, me parecen incomprensibles y absolutamente injustificadas en marcos regionales homogéneos, con altas cotas de desarrollo y bienestar, donde la exigencia de lo social debería ser un exponente de progreso, por haber superado etapas primarias. Avanzar en mejores condiciones de vida, trabajo, seguridad, salud, etc., presupone la interiorización de esfuerzos colectivos, conquistas sociales, tradición en la interlocución social, y dinámicas de negociación y concertación. En este sentido, como afirma Sciarra, Europa tiene una especificidad propia en su cultura jurídica y social que la sitúa en una posición de ventaja y de exigencia para

5. ERIC, D., “Conclusiones al debate sobre Organizaciones internacionales financieras y derechos humanos”, en *R.B.D.I.*, 1999/1, p. 115. En mismo sentido, KLEIN, P., “Les Institutions financières internationales et les droits de la personne”, en *RBDI*, 1999/1, pp. 97 y ss., y NIYUNGEKO, G., “L’impact du Programme d’ajustement structurel sur le respect des droits économiques et sociaux au Burundi”, en *RBDI*, 1999/1, pp. 8 y ss.

6. FERNÁNDEZ SCRIMIERI, B., “Derechos sociales y globalización: soluciones multilaterales”, en *Información comercial española*, núm.785, 2000, p. 79, y también LANGILLE, B. A., “Eighty Ways to Think about International Labour Standards”, en *Journal of World Trade*, 1997, núm. 4, p. 432.

7. SIGRUM, I. S. K., “Economic and Social Human Rights, Private Actors and International Obligations”, en *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, Ed. M. K. ADDO, 1999, pp. 239 y ss. También SOREL, J-M., “Sur quelques aspects juridiques de la condionalité du FMI et leur conséquences”, en *JEDI*, 1996, p. 43.

los derechos sociales. La búsqueda lenta pero incesante de Europa de su identidad política y cultural, implica la reconsideración de los derechos fundamentales y particularmente de la especificidad de los derechos sociales y exige la adopción de diferentes parámetros jurídicos y una diferente opción de integración positiva, esto es, un modelo de integración política fundamentada también en la dimensión social⁸. Sin embargo, en Europa se reproducen las mismas contradicciones y el camino de lo social ha sido y sigue siendo injustificadamente lento, reticente e insuficiente en su progresión.

A este respecto se podría afirmar que la Unión Europea en cuanto manifestación subregional de la globalización económica es un ejemplo del desequilibrio entre lo económico y lo social. Las actuaciones sociales de la Europa comunitaria, han sido consecuenciales, no directamente buscadas, sino inevitables ante la exigencia de *eficiencia del trabajo*. El proceso productivo es deudor de la libre circulación de los trabajadores y de los derechos y beneficios que la realización de tal libertad requiere. Por tanto, los avances sociales han sido por aluvión, añadidos a los objetivos económicos. Ni aún hoy se plantean como una exigencia de juridificación de relaciones sociales que deben ser un objetivo en el proyecto de construcción política de los pueblos de Europa. Lo que se ha alcanzado socialmente es cuantitativa y cualitativamente poco, y ha costado cincuenta años⁹.

Esta situación se contrapone a la ampliación que han sufrido los derechos sociales en un doble sentido: por una parte por ramificaciones sustanciales de derechos sociales primarios, aquellos que constituían el corazón de lo social; y por otra, porque actualmente engloban los derechos económicos y laborales. Los derechos sociales proyectan así la diversidad de situaciones de la persona en su posición social, ante sus necesidades básicas y en la relación laboral. En los tres supuestos se trata de derechos de crédito que reclaman acciones positivas de mediación estatal. No obstante, es preciso matizar que en la categoría general de derechos sociales hay derechos a... y derechos de... ejercitables directamente por el individuo.

2. Los derechos sociales, un valor en alza

En la actualidad se asiste a una toma de conciencia internacional sobre la importancia e inexcusabilidad de los derechos sociales y económicos. Las razones pudieran ser dos: un mayor grado de sensibilización con respecto a los derechos

8. SCIARRA, S., "From Strasbourg to Amsterdam: Prospects for the Convergence of European Social Rights policy", en *The E.U. and Human Rights*, ed. Ph. ASLTON, Univ. Press, Oxford, 1999, pp. 484 y 486.

9. PAREJO ALONSO, L., "La política y el Derecho sociales de la Unión Europea", en *Política social internacional y europea*, coord. F. MARIÑO y C. FERNÁNDEZ DE LIESA, Universidad Carlos III, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, pp. 263-308.

fundamentales de la persona humana en general, y una mayor percepción de las consecuencias negativas que para individuos y colectivos humanos, se derivan de las prácticas de la globalización económica. Como afirma N. Jacobs, “el respeto efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales, es de manera inherente, deudor de un contexto socio-económico global cuyo control escapa frecuentemente a los actores a los que les incumben precisamente esta tarea, esto es, los Estados”¹⁰. Quizás sea ésta la explicación del lugar marginal y secundario que ocupan los derechos sociales en el conjunto de los derechos del hombre. También es cierto que continúan siendo objeto de debates conceptuales y de reticencias con respecto a su eficacia y exigibilidad, en cuanto hay múltiples dificultades para determinar sus perfiles, alcance jurídico y la autonomía de su ejercicio¹¹. Sin embargo, la doctrina ha acentuado sus esfuerzos de reflexión y hoy se afirma de forma generalizada que son parte integrante e indivisible de los derechos humanos, sin que quepa afirmar la primacía de los derechos civiles y políticos. Históricamente han sido categorías dificultosamente aceptadas, pero a mi juicio constituyen y son preconditiones de los llamados derechos de la primera generación¹². En este sentido fue significativa la afirmación del Programa de Viena de 1993, cuando en su punto 5 estipulaba: “Todos los derechos del hombre son universales, indisociables, interdependientes e íntimamente ligados. La Comunidad internacional debe tratar los derechos reconociéndoles la misma importancia” (Doc. ONU.A/Conf.157/23).

Este principio confirma que los derechos sociales, en cuanto indivisibles de la categoría genérica de derechos humanos, encuentran su fundamento general en la dignidad humana y de modo específico en la contextualización de la realización personal de tal dignidad. Toda persona es deudora de unas necesidades básicas diversificadas: físicas, de supervivencia, económicas, de relación interpersonal, laborales, de seguridad, etc.¹³ Pero “a priori” es difícil determinar los contenidos

10. JACOBS, N., “La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels”, en *RBDI*, 1999/1, p. 20.

11. JACOBS, N., “La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels”, en *R.B.D.I.*, 1999/1, pp. 19 y ss. También SHEININ, M. N., “Economic and Social Rights as legal Rights”, en *Economic, Social and Cultural Rights. A Text Book*, (EIDEA, KRAUSE y ROSAS Eds.), Martinus Nijhoff, Dordrech, 1995, pp. 41 y ss.

12. En este sentido CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía de los Estados y Derechos humanos en Derecho internacional contemporáneo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, y VILLÁN DURÁN, C., “Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la declaración de Viena”, en *R.E.D.I.*, 1994, núm. 2.

13. FIERENS, J. entiende que la diversidad de situaciones está referida a nivel de vida suficiente, seguridad alimentaria, derecho a la protección de la salud, ayuda médica, vivienda digna, medio ambiente sano, ayuda médica, ayuda social, beneficios de la seguridad social, ayuda jurídica, desarrollo social y cultural, derecho al ocio, derecho al trabajo, condiciones de trabajo dignas, saludables y seguras, estabilidad en el empleo, remuneración justa, derecho a la información y consulta, negociación colectiva y, sin pretensión de exhaustividad, también el derecho de asociación y protesta/huelga. En “La violation des droits civils et politiques comme conséquence de la violation des droits économiques, sociaux et culturels”, *RBDI*, 1999/2, pp. 46-47.

mínimos de tales necesidades en orden a la igualdad de oportunidades ante la progresión en el bienestar y la realización personal. Se trataría de un contenido básico identificable, pero histórico y en evolución. Un núcleo de mínimos indispensables para garantizar también el ejercicio real de las dimensiones del *ser persona y ciudadano*, esto es, los derechos civiles y políticos¹⁴. El fundamento, pues, de los derechos sociales está en la dignidad y en la justicia social sin que se discutan tales extremos.

El problema central de los derechos sociales se plantea no con respecto a su legitimación o justificación, sino con respecto a su realización y efectividad. La situación de los derechos sociales individuales o colectivos choca con las prácticas de la economía global, del mercado, de las condiciones de la productividad, con las exigencias de la competitividad para optimizar beneficios, etc. En esta sociedad económica global de libertad y competencia, los derechos sociales reclaman el intervencionismo estatal del Estado del bienestar para contrarrestar los principios y efectos de una economía libre de mercado.

Sin embargo, se ha llegado a negar su carácter jurídico, argumentándose que se trata de principios programáticos para la actividad social y política de los Estados. Desde el punto de vista individual y colectivo se califican de aspiraciones¹⁵. Y en cuanto aspiraciones se trataría de una cuestión de grados y de progresividad. La cuestión de grados dependerá de las posibilidades económicas del Estado y la progresividad estará en las cotas de realización de los derechos y no en las obligaciones que imponen a los Estados. Como afirma Fernández de Liesa, los Estados gozan de discrecionalidad en los medios materiales y en el tiempo, dentro de una temporalidad razonable que contemple el objetivo de su realización eficaz¹⁶. No obstante, es preciso puntualizar que aunque la progresividad es relativa, sí que se exige la *no regresión* con respecto a cotas ya alcanzadas¹⁷. Ello equivale a afirmar la exigencia de actividad positiva estatal para mantener, al menos, el nivel de realización alcanzado. Es cierto que en la mayoría de los derechos sociales se trata de derechos de crédito, que reclaman la intervención o mediatización activa estatal y, por tanto, no son de efecto directo. No obstante, no por ello dejan de ser obligatorios para el legislativo y el ejecutivo, que habrán de adoptar las medidas necesarias para su realización, así como las políticas estatales requeridas para su plena eficacia. El contexto estatal concreto determinará su realización tanto como la voluntad política y, por ello, se podría hablar de obligaciones de geometría

14. FERNÁNDEZ DE LIESA, C. R., "Los derechos económicos, sociales y culturales en el orden internacional", en *Política social internacional y europea*, Univ. Carlos III y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Coords. MARIÑO FERNÁNDEZ, F. y FERNÁNDEZ LIESA, C., Madrid, 1996, pp. 77-78.

15. JACOBS, N., *op. cit.*, p. 27 y también VIERDAG, E., "The legal nature of the Rights Granted by the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", en *N.Y.I.L.*, 1978, pp. 69-105; BOSSUYT, M., "La distinction entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels", en *Rev. des Droits de l'homme*, v. 8, 1975, pp. 783-820.

16. FERNÁNDEZ DE LIESA, C., *op. cit.*, pp. 71-73.

17. FIERENS, J., *op. cit.*, p. 49.

variable. Son derechos universales en su fundamentación, pero sin embargo tienen un carácter relativo en su realización, porque las variables que nacen de la discrecionalidad del Estado refuerzan las incertidumbres¹⁸.

Como se sabe, la cuestión quizás más problemática es la de su efectividad y garantía, que en cierta manera derivan del carácter vago de su formulación. Son derechos poco precisos en su conceptualización y con una gran dosis de indeterminación en sus consecuencias jurídicas. De ello, afirma N. Jacobs, se deriva la falta de juridicidad y por tanto falta de justiciabilidad¹⁹. A nivel interno la eficacia va a depender de que la formulación de un derecho en concreto, sea clara, precisa, completa, así como haya un acceso a la jurisdicción y desde luego estén claramente determinadas las intervenciones estatales positivas. A nivel internacional, el control es aún más precario, dado el margen de discrecionalidad que tienen los Estados en su puesta en práctica. Siendo atrevida, afirmaría que solamente a través de una vía indirecta se podría hablar de jurisdiccionalidad. Se trataría de vincular la eficacia y jurisdiccionalidad de los derechos sociales al respeto de los derechos civiles y políticos. Esto es, la no adopción de medidas positivas de realización, tendría un efecto consecuente y negativo sobre el goce de determinados derechos civiles y políticos que quedarían, por esta vía, conculcados. Así lo expresa cierto sector de la doctrina con referencia al Convenio europeo de derechos del hombre de 1950²⁰.

La eficacia real e inmediata de los derechos sociales está condicionada por los contextos socio-económicos donde pretenden implantarse. En el nivel internacional de las relaciones económicas globales, los derechos sociales se diluyen, disminuyen su interés humano y se limitan en aras de exigencias económicas ciegas. A nivel estatal, los derechos sociales quedan también fuertemente condicionados por las posibilidades económicas y materiales inmediatas y por la presión del desarrollo y crecimiento económico. Nos queda por determinar el grado de suerte que puedan correr en contextos de integración regional, de fuerte capacidad económica y alto nivel de desarrollo. Son escenarios donde los Estados miembros comparten valores, "standars" sociales y políticos, lo que podría facilitar la implantación de una dimensión social, exigente y progresiva de los derechos sociales como derechos fundamentales del hombre y del hombre trabajador. En este sentido me interesan de modo especial los derechos sociales ante el fenómeno de la integración europea. La Europa comunitaria ha ido progresivamente sensibilizándose en esta problemática. De tal modo que arrancó con una falta de preocupación por los derechos humanos en general y específicamente por los derechos sociales. En un segundo momento pasó por un tímido esfuerzo por identificar cuál habría de ser la

18. JACOBS, N., *op. cit.*, p. 36.

19. JACOBS, N., *op. cit.*, p. 31.

20. SUDRE, F., "Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme", en *Revue Universelle des droits de l'homme*, vol. 12, 2000, n.º 1-2, pp. 28 y ss., y JACOBS, N., *op. cit.*, pp. 43-44.

dimensión social del mercado interior y en el momento actual afronta la proclamación de los derechos fundamentales de la Unión y dentro de ellos, los derechos de la solidaridad, en los que quedan incluidos los derechos sociales. Es un momento que se podría valorar como una etapa preconstitucional de la Unión Europea. Actualmente, se han identificado formalmente los tradicionales derechos civiles y políticos. Se han incorporado los derechos de la ciudadanía europea, se han formulado derechos nuevos, impulsados por los avances de la ciencia, la técnica y la información, y se han definitivamente visualizado los derechos sociales. Aparecen bajo la rúbrica de derechos de la solidaridad, concepto que se refiere a la justicia y a la interdependencia, valores a los que irrevocablemente está abocada la Unión Europea.

II. LO SOCIAL EN LOS INICIOS DE LA CONSTRUCCIÓN COMUNITARIA

1. Naturaleza económica de los objetivos de las CC.EE.

En la Europa comunitaria se da una paradoja. Hay cuestiones respecto a las cuales permanece institucionalmente al margen. Así ocurre con la cuestión social. En Europa como región geográfico-política se da una temprana concienciación sobre “standars” laborales y derechos sociales. La mayoría de los Estados Europeos participan en la OIT y van firmando sus convenios básicos y así mismo firman la Carta Social Europea. Sin embargo, en las Comunidades Europeas hay desde el inicio un vacío social, institucional y práctico. Tres pudieran ser las razones: los objetivos de los Tratados constitutivos, CECA, CEEA y CEEE, fueron objetivos económicos; no se dotaron a las Instituciones de competencias en materia social; los Estados mantuvieron competencias reservadas, durante muchos años, en lo social, laboral y la seguridad social, como ámbitos sensibles de su soberanía. Estos ámbitos se han demostrado en la práctica como resistentes y reticentes a la transferibilidad. La posición del Reino Unido han sido un ejemplo paradigmático. Tradicionalmente se ha sostenido que en el ámbito doméstico existía una mayor capacidad para gestionar la eficacia de las demandas sociales, demandas vinculadas a las necesidades de la sociedad civil²¹.

El art. 2 del TCEE, como se sabe, marcó objetivos estrictamente económicos como eran: la aproximación de las políticas económicas, un desarrollo armónico de las actividades económicas, una expansión continua y equilibrada y una elevación acelerada del nivel de vida, instrumentalizando para ello el establecimiento de un mercado común. Los Tratados CECA y CEEA pretendían igualmente el estableci-

21. SCIARRA, S., “From Strasbourg to Amsterdam: Prospects for the Convergence of European Social Rights Policy”, en *EU and Human Rights*, Ed. Ph. ASLTON, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 473 y ss.

miento de sendos mercados sectoriales, pero con idénticas coordenadas económicas²².

El mercado impulsó, en aras de la eficiencia y la competitividad, las libertades económicas y éstas reclamaron progresivamente ciertas libertades sociales como medidas de complementariedad. Así, doctrinalmente se ha mantenido que “el propio funcionamiento del mercado común conduciría a una armonización espontánea de la legislación social, razón por la cual no creyeron necesario dotar de mayor sustancia al ámbito social del proceso de construcción europea”²³. Se ha afirmado que la integración europea salvaguardaría el Estado del bienestar y que incluso se constituiría en un nuevo foro para los derechos sociales, con dificultades en los niveles nacionales debido a la competitividad entre Estados²⁴. No obstante, como señala Robles Carrillo, “el funcionamiento del mercado común, por sí mismo, no ha sido capaz de armonizar los sistemas sociales”²⁵. No obstante, como es posible apreciar en las distintas etapas de la evolución social en la construcción europea, se han ido alcanzado avances y reconocimiento de derechos sociales de alcance consecucional para no distorsionar el funcionamiento de la libre competencia, la eficiencia económica y en definitiva el funcionamiento del mercado común. De aquí la afirmación reiterada de que el proceso de integración europea adolece sustancialmente de un déficit social. Nunca han sido prioritarios los objetivos sociales, han aparecido programas, algunas directivas sociales, cierta evolución en la política social, e incluso cierto compromiso del TJCE. Pero no es gratuito afirmar que los derechos sociales han tenido una posición marginal en los Tratados de Roma y París y que trabajosamente han hecho camino como instrumentos complementarios al servicio de los objetivos económicos constitucionales. Así las libertades sociales, mercantilizadas, han ido configurándose jurídicamente en el espacio comunitario, pero sin acabar de integrarse plenamente en el Derecho comunitario. Ha sido la vía de la armonización la utilizada para crear la aproximación de legislaciones y el art. 100 (ahora art. 94) del TCCE es la única base legal.

En dos momentos del proceso de integración ha habido el intento de configurar una dimensión social comunitaria de mayor envergadura. Ocurrió en 1989 con la Carta de derechos fundamentales de los trabajadores y recientemente con los derechos de la solidaridad recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, proclamada en Niza en el 2000. Pero en ambos momentos faltó y ha

22. SCIARRA, S., puntualiza que en el TCECA hay tímidos esbozos de preocupación social, medidas contra el desempleo del sector y ayudas sociales a la industria del carbón y del acero, todo ello desde una aproximación funcional de servir a los intereses de los Estados. En esos momentos no existe una identificación de intereses sociales comunes. *Op. cit.*, p. 474.

23. ROBLES CARRILLO, M., “La política social comunitaria”, en *Derecho comunitario material*, Ed. MacgrawHill, Madrid, 2000, p. 268.

24. POIARES MADURO, M., “Striking the Elusive Balance between Economic Freedom and Social Rights in the EU”, en *The EU and the Human Rights*, ed. Ph. ALSTON, Oxford Univ. Press, Oxford, 1999, p. 449.

25. ROBLES CARRILLO, M., *op. cit.*, p. 268.

faltado voluntad política para darle eficacia obligatoria. Los derechos sociales parecen estar condenados al simbolismo y tener simplemente una utilidad orientadora y en el mejor de los casos inspirar como acervo social europeo el razonamiento jurisprudencial. Sin embargo, han sido dos momentos importantes, que no se corresponden con lo que pudiéramos denominar evolución y fase final de la marcha hacia lo social comunitario. Son más bien algo puntual en todo un proceso largo en el tiempo, que ha confirmado un déficit social crónico y que incluso ha venido avalado en sus primeras etapas por el quehacer del Tribunal de Justicia comunitario.

2. Libertades económicas frente a derechos sociales en la posición inicial del TJCE

Es conocido que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas fue el motor de la integración. Y en sus inicios, sus pronunciamientos sobre cuestiones comunitarias se proyectaron especialmente, sobre libre circulación de mercancías y servicios y sobre las normas de la competencia. Dos elementos esenciales para la integración del mercado. Con ello se garantizaba el acceso a los mercados nacionales y el funcionamiento del mercado común. No obstante, tales principios económicos tenían consecuencias negativas de desregularización, que a su vez incidían negativamente sobre los derechos sociales. Los Estados venían obligados por las orientaciones comunitarias y decisiones jurisprudenciales a revisar las normas nacionales que pudieran restringir el comercio. Esto ha venido siendo una consecuencia colateral, justificada como una necesidad inevitable de la integración económica. En una primera etapa el Tribunal fue abiertamente proclive a primar las libertades económicas, porque representaban los objetivos constitucionales formulados formalmente en los Tratados constitutivos. En razón de ello, las valorará como prioritarias, y únicamente por la vía de la armonización de las legislaciones internas se podrían mantener determinados niveles de protección social compatibles con las libertades económicas comunitarias. El Tribunal no aceptó en una primera etapa que argumentos sociales de naturaleza económica, pudieran justificar regulaciones nacionales con consecuencias restrictivas para la libre circulación en general y específicamente de mercancías²⁶. El Tribunal ha valorado las normas sobre libre circulación como “libertades fundamentales” para la integración del mercado y como un medio de legitimación del Derecho comunitario. Por todo esto es razonable afirmar que en las primeras etapas de la construcción europea, las libertades económicas han primado sobre los derechos sociales. Ciertamente, ni el Derecho comunitario, ni el Tribunal han impuesto una integración negativa, que desregularizara

26. POIARES MADURO, M., “Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU”, en *The EU and Human Rights*, ed. Ph. ALSTON, Oxford Univ. Press, Oxford, 1999, p. 451

obligatoriamente los mercados nacionales y de trabajo, pero tampoco han aceptado niveles altos de protección social, si tales niveles no venían sustentados por un fuerte respaldo de la mayoría de Estados miembros o podían chocar con exigencias económicas. El Tribunal ha interpretado en alguna ocasión que las libertades económicas cumplían “una función social” y en cuanto tales, ha inducido una armonización progresiva por la vía del ex-art. 117 del TCEE e induciendo así un mínimo equilibrio entre libertades económicas y derechos sociales, pero nunca entendidos como libertades sociales fundamentales²⁷.

La defensa de las libertades comunitarias (económicas) ha sido una guía en el quehacer del Tribunal, pero no ha ocurrido igual con respecto a la libre circulación de personas. Hasta recientemente esta libertad no ha sido valorada como una libertad fundamental para la integración, y por ello ha sido más problemática y lenta su consecución. La libertad de circulación de las personas se ha tenido como un instrumento para el funcionamiento sin distorsiones del mercado común. Una vez alcanzada sería un dato positivo del funcionamiento pleno e integrado del espacio económico europeo, pero no una pre-condición del mismo.

De mayor dificultad ha sido la consecución de la libre circulación de trabajadores (comunitarios y extranjeros). La realización de esta movilidad exigía beneficios y condiciones sociales de protección que eran difíciles de reconocer, porque llevados a un nivel aceptable u óptimo podrían desequilibrar las condiciones de competitividad. De aquí, el cúmulo de dificultades, la falta de competencias del Tribunal para pronunciarse al respecto, la posición reticente de los Estados miembros ante zonas sensibles de poder.

Donde el Tribunal ha sido más explícito y contundente en aspectos sociales, ha sido con respecto al principio de la no-discriminación. Comenzó su andadura con la exigencia de igual salario entre hombres y mujeres, y ha seguido profundizando a propósito de otras formas de discriminación. Es comprensible. Cualquier supuesto que rozara la desigualdad chocaba con la exigencia de la no-discriminación como principio constitucional comunitario. Pero es preciso afirmar que de este principio derivan necesariamente exigencias de justicia distributiva o exigencias sociales. Poiáres Maduro afirma que hay un corazón duro de derechos sociales que tentativamente han sido desarrollados por el Tribunal en diferentes circunstancias y bajo diferentes doctrinas. Detalla el autor cómo, junto a la no-discriminación por razón del sexo, han aparecido en el Tribunal, la libertad de circulación de las personas, la libertad de elección de trabajo y empleo, la participación de los trabajadores en la empresa, la libertad de elección en educación, la defensa de derechos colectivos y la negociación colectiva. Y en este quehacer ha tenido como referente la Carta Social Europea, a modo de Derecho público social europeo²⁸.

27. POIARES MADURO, M., *op. cit.*, pp. 453-54 y 457-58.

28. POIARES MADURO, M., *op. cit.*, pp. 460-61. También HARRIS, D., “The European Social Charter and Social Rights in the European Union”, en *The Protection of Fundamental Social Rights in the European Union*, L. Betten and D. Macdevitt Eds., London, 1996.

En la actualidad, hay un doble elemento de progresión con respecto a la consideración comunitaria de los derechos sociales que habrá de ser inevitable para el Tribunal: por una parte está la referencia formal a la Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores, que sin ser obligatoria deberá inspirar al Tribunal. En este supuesto se trata de derechos estrictamente socio/laborales. En segundo lugar, está la exigencia de la libre circulación con todas las consecuencias que derivan de ser un derecho consustancial a la ciudadanía europea.

Finalmente, quisiera señalar cómo el momento actual es especialmente apto para un discurso progresista del Tribunal sobre los derechos sociales. Ante el avance político de Europa, hay que considerar que los derechos sociales son a la democracia social de un Estado del bienestar, lo que los derechos civiles y políticos son para un Estado democrático de derecho. Por tanto, al Tribunal de Justicia, en cuanto motor de la construcción europea, le compete seguir siendo juez institucional y juez constructor de una Europa en la que se garantice un equilibrio entre la eficiencia del mercado y la justicia distributiva²⁹.

III. DERECHO SOCIAL Y POLÍTICA SOCIAL COMUNITARIOS: NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN

1. Nacimiento y etapas de evolución

En el ámbito comunitario hay dos ejes que han articulado el nacimiento y avance de lo social en un contexto significativamente determinados por principios y exigencias económicas. Éstos han sido el Derecho social comunitario y la política social. Mediante el primero se formalizaron, de modo limitado y precario, algunos derechos sociales especialmente vinculados a la libre circulación de los trabajadores y sus consiguientes exigencias sociales. Se trataba, como hemos señalado ya, de no distorsionar la eficiencia y la estabilidad del funcionamiento del mercado común. Mediante la política social se intentó impulsar la armonización de las políticas estatales y orientar los comportamientos de las Instituciones e interlocutores sociales. En general, se trataba de suprimir o evitar obstáculos a la libre competencia coadyuvando a la movilidad del factor trabajo³⁰. En ningún caso se puede interpretar que las escasas normas obligatorias y lo que hay de política social común, fueron un intento de sustitución de los sistemas sociales de los Estados miembros. En los momentos iniciales y en las etapas sucesivas de ayer y de hoy fueron y sigue siendo, una simple complementariedad entre ámbito comunitario y ámbito estatal. Complementariedad precaria e insuficiente para el objetivo de la integración europea.

29. POIARES MADURO, M., *op. cit.*, pp. 464 y ss.

30. CASAS, F. J., "Política social comunitaria", en AAVV, *Tratado de derecho comunitario europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, T. III, Madrid, 1986.

En relación al Derecho social comunitario es preciso señalar la diferente significación que lo social tuvo en el Tratado CECA y en el Tratado CEE. El Tratado de París de 1951 contenía ya disposiciones sociales relativas a la readaptación de los trabajadores, reconocimiento de la libertad de acceso al trabajo e impulso del empleo. Con relación a su momento histórico, es el Tratado de mayor contenido social. En el Tratado CEEA no hay apuesta social como tal, sino simplemente una voluntad por establecer condiciones de seguridad para la vida y salud de las poblaciones. En el Tratado de Roma, sí que están los dos ejes referidos: normas en sentido estricto y las previsiones de política social. Así los arts. 48 a 51 contienen derechos sociales específicos y en el Título III contiene la política social con dos capítulos, el primero para las disposiciones sociales y el segundo para el Fondo Social Europeo. Ambos conjuntos “no tenían otro papel que el de coadyuvar a la realización de la movilidad de los factores de producción y de la libre concurrencia”³¹.

En concreto, el Derecho social comunitario está referido a la libre circulación de trabajadores “cuyo establecimiento supone la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”³². Estas normas imponían a los Estados miembros obligaciones jurídicas concretas con relación a personas/trabajadoras, con lo cual se formalizaron desde los inicios derechos sociales en sentido estricto. Tales derechos eran garantizados en cierta medida por la Comisión (art. 51) e impulsados por las actuaciones del Fondo Social Europeo que nacía para equilibrar mediante intervención comunitaria la oferta y la demanda en el mercado común (art.123 y ss.) y corregir las incidencias negativas sobre la situación concreta de los trabajadores (art. 125 TCEE).

En cuanto a la política social, arts. ex-117 a ex-122, el objetivo era la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores. Objetivo, que se sustentaba sobre compromisos débiles de colaboración entre Estados miembros en el ámbito social y en obligaciones de mero comportamiento sobre promoción y mejora de la situación laboral. Un modelo clásico de cooperación interestatal como evidencia el art. ex-118, con el objetivo de impulso y mejora que como disponía el propio art. ex-117 derivaría del funcionamiento del mercado común, que favorecería a su vez, la armonización de los sistemas sociales y la aproximación de las disposiciones legales. Estas previsiones deben ser contextualizadas en los procedimientos e instrumentos de los que se van a servir, esto es, la armonización del art. 100 y la exigencia de unanimidad en el Consejo. Así pues, son los Estados los que siguen conservando las competencias en tales ámbitos. La política social no es sino un

31. PAREJO ALFONSO, L., “La política y el Derecho sociales de la Unión Europea”, *Política social internacional y europea*, Univ. Carlos III, coord. MARIÑO, F. y FERNÁNDEZ LIESA, C., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 267.

32. PAREJO ALONSO, L., *op. cit.*, p. 267.

instrumento complementario de la actuación estatal y a su vez viene a reforzar la operatividad del mercado común en un sentido de progreso. Su alcance se podría resumir en base a tres palabras extraídas del art. ex-117: cooperación, armonización, promoción.

En cuanto al Derecho comunitario en sentido estricto, como señala Alfonso Parejo, las competencias atribuidas se concretan en los siguientes ámbitos: la libre circulación de trabajadores; la seguridad social de los trabajadores emigrantes; la igualdad de retribución entre hombre y mujer; la equivalencia de los regímenes de vacaciones retribuidas; la política común de formación profesional y el Fondo Social Europeo³³.

De ambos ejes, Derecho comunitario social y política social, se ha derivado un lento y sinuoso avance social que requirió en estas fechas varios programas de actuación comunitaria (1974-1980, 1980-1986) hasta el Acta Única que plantea dos nuevos objetivos: la dimensión social del Mercado interior y la cohesión económica y social, que es una formulación de objetivos nuevos que contrasta con la parálisis de la política social confinada a la armonización legislativa y a la promoción de las relaciones profesionales art. ex-118A y ex-118B relativo al diálogo social. El momento del Acta Única con el lanzamiento del Mercado interior no es un momento significativo para lo social. En mi opinión, incluso fue pobre en la comprensión de la condicionalidad entre lo económico y lo social. Únicamente tiene significación en esta etapa, pero sin llegar a constituir una apuesta eficaz, la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 9 de diciembre de 1989. Este nuevo instrumento nació carente de valor jurídico obligatorio, y debilitado por la no participación del Reino Unido. No pasó de ser un acto de valor político y su suerte posterior mortecina. La jurisprudencia casi la olvida en sus razonamientos y tampoco ha servido para inspirar normas de posterior desarrollo. Simbólicamente, sin embargo, venía a recoger el compromiso social adquirido en el Preámbulo del Acta Única Europea al referirse a la Carta Social Europea de Turín. Podría interpretarse este instrumento como la transcripción formal de derechos sociales para los trabajadores comunitarios en el ámbito comunitario, fijándose un nivel de principios sociales mínimos, que eran ya conquistas de la Europa política³⁴. Sin embargo, era más bien un entreacto de alcance más simbólico que real. Con ella no se avanza ni en el reconocimiento de nuevos derechos, ni tan siquiera en la vía comunitaria clásica de la armonización de los diferentes sistemas sociales europeos. Desde la perspectiva que dan los años podría haber sido socialmente valiosísima, pero no pasó de ser un instrumento clarificador

33. PAREJO ALONSO, L., *op. cit.*, p. 270.

34. WATSON, P., "The Community Social Charter", en *CMLRev.*, vol. 28, 1991, p. 45 y también HEPPLE, Bob, "The implementation of the Community Charter of Fundamental Social Rights", en *European Community Law*, vol. II, ed. Snyder, Dartmouth, 1993, p. 213 y HARRIS, D., "The European Social Charter and Social Rights in the European Union", en *The Protection of Fundamental Social Rights in the European Union*, eds. L. Betten and D. Macdevitt, 1996.

y de fijación de mínimos sociales en la Comunidad³⁵. Sustantivamente, no todo su contenido es de derechos, ni los que lo son, son fundamentales. Hubiera sido necesaria una proclamación y formulación constitucional, que no existe a nivel comunitario³⁶. La Carta aborda derechos individuales, derechos de prestación y derechos colectivos, pero sin fuerza ejecutoria por sí mismos. Estando impregnados de sentido exhortativo y orientador para programas políticos de acción, en los que es prioritario el compromiso moral y político de las Instituciones y de los Estados miembros como parte del entramado institucional de la Comunidad Europea³⁷.

Este período, el de la década de los 80, tuvo, pues, dos hitos: Acta Única Europea y Carta social comunitaria, respecto de los cuales se puede concluir que la Europa sin fronteras pretendió tener una dimensión comunitaria de lo social y no simplemente, como hasta el presente, una débil dimensión social del mercado interior. “La distorsión de la competencia debería dejar de ser la explicación de la preocupación social. Había que trascender lo económico para plantear una visión social en sí misma, preocupada directamente por la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los ciudadanos comunitarios”³⁸.

2. Etapas de evolución social

Con el *Tratado de Maastricht* de 1992, se inicia una etapa absolutamente contradictoria y con él aparece la Unión. Hay ya una dimensión económica consolidada y una dimensión política por construir, en la que parece contar con fuerza lo social. Se ha afirmado por Catherine Goybet que a partir de 1992 “la cuestión social está en el corazón de Europa”³⁹. Así parece deducirse del Acta final que añade tres Protocolos referidos a la cuestión social: el n.º 3 sobre el art. 119 del TCE, el n.º 14 sobre política social y el n.º 15 sobre la Cohesión económica y social. No obstante, el alcance y profundización del compromiso social se fragmenta al no ser aceptado en la parte de la política social comunitaria por el Reino

35. GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La Carta comunitaria de Derechos sociales fundamentales de los trabajadores”, en *Política social internacional y europea*, eds. F. MARIÑO y C. FERNÁNDEZ DE LIESA. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 313.

36. GONZÁLEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, p. 317.

37. LANDA ZAPIRAIN, J. P., “La Política social comunitaria entre vinculabilidad jurídica y voluntad política”, en *Relaciones laborales*, 1992, t. I, p. 1314. A favor de una aplicación indirecta, por la vía de los principios generales del Derecho comunitario, contruidos sobre la base del Derecho internacional público y de las Constituciones de los Estados miembros, se pronuncia MONEREO PÉREZ, J. L., “Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores”, en *Revista española de Derecho del trabajo*, núm. 57, 1993, pp. 65 y ss.

38. DUREN, J., “La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux devant le Parlement”, *Rev. M. C. et U. E.*, n.º 343, 1991, pp. 19 y ss.

39. GOYBET, C., “La cuestión social en el corazón de Europa”, en *Rev. Marché Commun*, núm. 358, 1992, p. 769.

Unido e Irlanda del Norte. El Protocolo 14, incorpora como anexo un acuerdo de profundización social, porque asume como acervo la Carta social comunitaria de los trabajadores de 1989⁴⁰. En este Protocolo se autoriza a estos once Estados a “que recurran a las Instituciones, procedimientos y mecanismos del Tratado a fin de adoptar entre ellos y aplicar, en la medida en que les afecten, los actos y las decisiones necesarios para poner en práctica el acuerdo mencionado”. Visto en positivo, supone una profundización en la integración por el compromiso de cooperación reforzada y por el mismo contenido sustantivo del acuerdo que ahora referiremos. Visto en negativo, era inquietante, porque suponía una fragmentación del Tratado y una fragmentación de la unidad del proceso de integración europea. Y digo era, porque como es sabido, con posterioridad, en Amsterdam 1997, el Reino Unido aceptó el Protocolo sobre Política social, estando hoy normalizada la situación y con un alcance, a partir de la última ampliación de 1995, a los quince Estados miembros.

Así pues, la situación es positiva en su contenido, y compleja en sus fórmulas de decisión. Podríamos afirmar que cuatro son las cuestiones en que se progresa: en política social, en negociación colectiva, con respecto al diálogo social y con respecto al principio de subsidiariedad.

En política social el art.1º del acuerdo establece como objetivos de la Comunidad y de los Estados miembros, el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones sociales.

Tales objetivos renovados se apoyarán en el principio de subsidiariedad. La Comunidad completaría la acción de los Estados miembros en aquellos ámbitos que pudieran entenderse como de orden público. Así, acciones referidas a la salud y seguridad en el trabajo, a la igualdad de oportunidades entre sexos y a la exclusión social, se podrían reforzar por intervenciones comunitarias, una intervención justificada en aras de intereses comunes que debían estar garantizados por un compromiso colectivo⁴¹. Porque, como afirma Duren, el principio de subsidiariedad no debe ser invocado para dar a lo social un carácter accesorio con relación a lo económico, o para dar un carácter facultativo a la acción social⁴². En determinados supuestos lo social es, como decíamos, una exigencia de orden público.

Otra vía de actuación será la actuación del Consejo a través de directivas, actuación que no deja de ser complicada, dadas las dos velocidades que impone

40. BERCUSSON, B., “Maastricht: a Fundamental Change in European Labour Law”, en *European Community Law*, V, II, ed. F. Snyder, Dartmouth, 1993, p. 225.

41. En este sentido, DUREN, J., “Comment expliquer la Politique sociale de la Communauté”, en *Rev. du Marché Commun*, n.º 358, 1992, p. 383.

42. DUREN, J., *op. cit.*, p. 387. También EIDE, A., “Future Protection of Economic and Social Rights in Europe”, en *Monitoring Human Rights in Europe*, A. BLOED et ALT. (Eds.), Martinus Nijhoff, Dordrech, 1993, pp. 201 y ss.

una situación a doce para materias dependientes del derecho originario, que habrían de sustanciarse por unanimidad, y aquellas otras que sólo implicarían a los once firmantes del acuerdo mediante mayoría⁴³. En definitiva, como afirma la profesora Robles Carrillo, se trata de dos regímenes jurídicos en materia social, que han venido conviviendo según cuestiones detalladas en el articulado del acuerdo, hasta la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, en que el Reino Unido se incorpora al Protocolo n.º 14 y a la normativa adoptada en función de él, siendo posible entonces incorporar todo el contenido del acuerdo al Tratado CE⁴⁴.

Pese a este avance que supone el Protocolo y el acuerdo anexo, hay referentes en su texto tales como “la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad, la consideración de la diversidad de prácticas nacionales y la reserva de la posición de los interlocutores sociales” que hacen que la acción común de la Comunidad, en aras de un objetivo social definitivamente integrado, se debilite. Como afirma Parejo Alonso, de nuevo manifestaciones de la globalización de la economía sirven de contrapeso y corrección a la política social⁴⁵.

Una nueva andadura se inicia con *Amsterdam* donde se consigue, superada la autoexclusión del Reino Unido, una Europa social a quince y con una única velocidad. No obstante, ha sido un momento de corta vida, que habrá de enfocarse desde los resultados de Niza y las prospecciones de la Agenda social para la Europa del 2000.

En concreto y siguiendo la cronología de la evolución social, en el Tratado de Amsterdam hay varias cuestiones relevantes para nuestro análisis. En el art.136 (ex-117), el Tratado adopta un compromiso y un lenguaje directo, en relación a los objetivos sociales de la Unión. Lo hace integrando en el TCE el Protocolo y el Acuerdo anexo sobre Política social. A partir de ello, serán la Comunidad y los Estados miembros los que impulsarán expresamente acciones para alcanzar tales objetivos. Las actividades estarán enmarcadas en el acervo que representan la Carta Social Europea de Turín de 1961, revisada en 1996 y la Carta de derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989. Así, se asume por la Europa política una filosofía social y un patrimonio históricamente acuñado. También se asume un ideal programático de la Europa comunitaria que se diseñó como una guía social en Estrasburgo en 1989⁴⁶.

43. El acuerdo diferencia tres niveles de intensidad en el acuerdo con respecto a la flexibilización de los procesos de decisión: 1) exclusión de competencias comunitarias y, por tanto, reserva estatal con respecto a remuneraciones, derecho de asociación, derecho de sindicación, derecho de huelga y cierre patronal, art.2/6; 2) materias del art 2/1 y 2 que se decidirían con arreglo al art. 189C del TCE, a través del procedimiento de cooperación; 3) materias del art. 2/3 que requieren unanimidad del Consejo, sobre todo con respecto a la seguridad social.

44. ROBLES CARRILLO, M., “La Política social comunitaria”, en *Derecho comunitario material*, *op. cit.*, p. 269.

45. PAREJO ALONSO, L., *op. cit.*, p. 295.

46. La referencia a la Carta Social Europea, así como a la Carta social comunitaria, hay que darle un valor relativo, porque en las disposiciones actuales de política social, especialmente los arts.

Desde otra perspectiva, el párrafo 1º de dicho artículo parece romper con el viejo tópico, de la dinámica positiva del funcionamiento del mercado sobre lo social. No obstante, sorprende que aparezca expresamente en su último párrafo este viejo y rancio razonamiento y se comprueba que, pese a la formulación y propuesta directa de objetivos sociales, éstos se hacen depender de la concepción económica tradicional y de los viejos instrumentos de armonización legislativa. O es una contradicción flagrante o es un estancamiento, porque únicamente se trataba de falsas expectativas.

La mayor innovación social del Tratado de Amsterdam aparece con relación al nuevo objetivo del empleo, al que se le dedica el título VIII. Se formula una política de empleo como instrumento para “lograr los objetivos definidos en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea y en el art. 2 del presente Tratado” (art.125 TCE). Representaría, pues, junto con la Unión económica y monetaria, el tercer elemento estratégico, de contenido sustantivo para completar una dimensión socio-económica del proceso de integración.

Este nuevo objetivo del empleo viene reforzado por la exigencia de máximos en los niveles de empleo y por una estructura institucional formada por un Comité de empleo, que fomentará la coordinación entre los Estados miembros en materia de políticas de empleo y del mercado laboral (art.130). No obstante, y pese a la importancia del nuevo título, “estas disposiciones son, sin embargo, incapaces de traducir la extensión de la actividad comunitaria, que se proyecta con fuerza sobre muy diversos ámbitos de actuación. De este modo, se están consolidando derechos de igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos, se está afirmando el derecho de igualdad de retribuciones, la igualdad de trato en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo, el derecho de información, consulta y participación de los trabajadores en la empresa, los derechos de salud, seguridad e higiene en el trabajo, y los derechos derivados del diálogo social⁴⁷.

Se podría aventurar que después de Amsterdam los derechos sociales caminan hacia una inclusión en la categoría general de los derechos fundamentales de la Unión. De este modo, serían inseparables de ese compromiso asumido por la Unión Europea en el art. 6 del TUE. E igualmente recibirían una garantía por la vía del art. 7 del TUE, donde se prevén sanciones para los supuestos de violaciones graves en el territorio de un Estado miembro. Es preciso advertir ante este diseño de futuro optimista, que cuando los derechos sociales están referidos a instrumentos internacionales, en los que simplemente se inspiraría el juez comunitario, se encuentran expresamente excluidos por el art. 46 del TCE (ex-art.L) de la competencia del TJCE. Por el contrario, la situación es de distinto alcance e intensidad cuando la referencia se hace al Convenio Europeo de Derechos del Hombre de

136 y 137 del TCE, se rebajan derechos sociales que están protegidos en Turín y que también se proclamaron en Strasburgo. Así lo demuestra SCIARRA, S., al analizar la evolución de los derechos sociales desde la Carta de Estrasburgo hasta el Tratado de Amsterdam, *op. cit.*, p. 496.

47. CARRILLO ROBLES, M., *op. cit.*, pp. 271 a 281.

1950. Dicha referencia está ubicada en la parte de las Disposiciones comunes de valor constituyente. En este caso, el apartado d) del art. 46 (ex-L) incluye como competencia del TJCE el apartado 2 del art. 6 con respecto a las actuaciones de las Instituciones y como una nueva área de Derecho comunitario bajo competencia jurisdiccional⁴⁸.

El presente ha sido Niza, donde aparecen tres posicionamientos sociales dispares: por una parte, cierto estancamiento en la Política social, por otra, la fijación de la Agenda Social Europea para la década del 2000, y la formalización de los derechos de la solidaridad en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Con respecto a la política social (arts. 42 y 137 TCE) la situación no cambia, no hay avances ni retrocesos. El Consejo podrá decidir, por unanimidad, que se aplique el procedimiento de codecisión a los ámbitos de la política social en los que actualmente aún se exige la unanimidad. Sin embargo, esta posibilidad no podrá ser utilizada con respecto a la seguridad social. Resta vigente la posibilidad de veto en materia social, como área aún sensible de los Estados, que aplazan el paso a la mayoría. No obstante, sí que pasan a ser decididas por mayoría las medidas para luchar contra la discriminación y la exclusión social.

El segundo punto de consideración es la adopción por los Jefes de Estado y de Gobierno en el Consejo europeo de Niza-diciembre del 2000 de la Agenda Social Europea. En dicha cumbre se invitó formalmente a los Estados a que definieran sus prioridades de acción en el ámbito social. Prioridades, que debían tener su reflejo en las actuaciones individuales y colectivas en el seno de la Comunidad. Con renovado vigor, se invita a una actuación unilateral por un lado y a una acción de cooperación intergubernamental por otro. La única novedad reseñable es la demanda de cooperación para estas prioridades sociales que se hace a otros agentes. Así, se convoca a reflexionar sobre el futuro social, a los interlocutores sociales, al Consejo, a la Comisión, al Parlamento y a las ONGs. Esta convocatoria más abierta y democrática de lo que es habitual en los métodos comunitarios de trabajo, tiene por objeto definir una propuesta social consensuada para los 5 años venideros. Una tarea que no ha resultado ni fácil ni operativa, porque las divergencias de fondo y forma surgieron a lo largo de todas las sesiones de trabajo. No existe concordancia sobre un modelo social europeo, ni sobre los contenidos de lo social, ni tan siquiera sobre los ritmos de avance que han de seguirse. Incluso, en el nivel institucional entran en conflicto el protagonismo que reclama el Consejo, por razones de sensibilidad política de los Estados, con la tendencia comunitarizadora de la Comisión. A su vez, el Parlamento se manifestó con una cierta audacia, reforzando un mínimo social comunitario, que estaría referido al despido individual y al reconocimiento del derecho de huelga a nivel europeo.

Las cuestiones sobre el contenido sustantivo de los derechos sociales se han evitado. El esfuerzo de concertación se proyectó principalmente sobre los métodos

48. SCIARRA, S., *op. cit.*, pp. 494-496.

e instrumentos de trabajo. Una vez más, prevaleció el método de cooperación intergubernamental, evitándose cualquier nivel de obligatoriedad y mostrándose reticencias a cualquier iniciativa legislativa comunitaria. Por el contrario, los sindicatos, los interlocutores sociales y las ONGs propugnaban un mayor intervencionismo comunitario, a través de instrumentos legislativos que dieran efectividad a la protección de los derechos sociales.

Cuando se valora el texto de la Agenda Social, hay que afirmar que en este nuevo intento no se refuerza la Europa social. Únicamente se insiste en la calidad de las condiciones de trabajo y en la necesidad de implicar a los trabajadores en la gestión de las transformaciones laborales. Plantea también de modo preceptivo la lucha contra la pobreza y la exclusión social. Son los únicos aspectos sobre los que hay una mayor fuerza y convicción común para avanzar. Finalmente, con respecto a la cuestión siempre espinosa de la seguridad social, queda confinada una vez más en la cooperación interestatal, tomándose simplemente nota de la necesidad de modernización. Hay también una preocupación generalizada, que atraviesa todo lo social, por las cuestiones de género. Y finalmente, la Agenda presenta como novedad la dimensión externa de lo social. Esto es, que la Unión y sus Estados miembros evidencien y protagonicen una sensibilidad y preocupación social en los foros internacionales tales como la ONU, OIT, OMC y OCDE, etc.⁴⁹

En resumen, la Agenda social parecía ser una propuesta ambiciosa y oportuna para avanzar tras la escasez de Amsterdam y ante la perspectiva de los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La realidad es que han vuelto a aflorar todos los celos de la soberanía de los Estados en ámbitos sensibles a sus intereses nacionales. Permanece la reserva política de los Estados miembros con respecto a lo social, lo que conlleva un estancamiento social preocupante, que resta credibilidad al pacto constituyente por los derechos fundamentales, que se intentó en Niza.

El último dato que se puede aportar está referido a la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de Estocolmo (marzo, 2001), donde ha habido una propuesta de modernización del modelo social europeo. Se ha insistido en el llamado “triángulo estratégico” de la construcción europea: políticas económicas, políticas sociales y empleo. Se propuso una renovación que se proyectaba sobre el fomento de la inserción laboral, mejora de la calidad del trabajo, la función de los interlocutores sociales, la responsabilidad social de las empresas y los sistemas sostenibles y seguros de protección social. Se afirmó que la Europa social existe, pero exige hoy más que nunca una movilización de todos los actores y unas fuertes dosis de convicción y persuasión⁵⁰.

49. Con respecto a la Agenda Social Europea para el 2000, véase PARANNE DE SOUCY, “L’Agenda social européen: feuille de route pour l’Europe sociale”, en *Rev. M.C. et U.E.*, n.º 446, 2001, pp. 158 y ss.

50. SOUCY, A., “Le volet social du Conseil Européen de Stockholm”, en *Rev. M.C. et U.E.*, n.º 448, 2001, pp. 31 y ss.

El balance global de la progresión de lo social en la Europa comunitaria es precario y no concluyente. Lo social iniciaba su andadura en los Tratados constitutivos, sin identidad ni valor propio. No obstante y aunque lentamente, ha conocido una progresión de concienciación moral, política, traducida en logros materiales. Así, “(l)as motivaciones sociales, son fruto de un acervo sustantivo comunitario que ha ido plasmándose en textos de distinto alcance y significado”⁵¹.

A lo largo del proceso de integración se ha ido evidenciando que no se podía rebajar el nivel de protección social de la persona/trabajador por exigencias del mercado. El mercado no podía ser un fin en sí mismo, sino a costa de sacrificar aspectos de la dignidad humana. Por ello se han ido imponiendo exigencias que chocaban con la dinámica economicista de efectividad y de competitividad, pero que cumplían una función emancipatoria. No obstante, al final de este recorrido es preciso reconocer que los derechos sociales como derechos subjetivos, con eficacia y exigibilidad, siguen siendo invisibles jurídicamente hablando. Sin embargo, es preciso tener claro que “Europa no conectará con los ciudadanos si sus objetivos y actividades no se traducen en mejores condiciones de vida, de empleo y de mejores condiciones de trabajo”⁵². Y estas exigencias no son cuestiones ya de voluntad política, sino de derecho. Por ello el momento actual es ilusionante, porque ofrece la oportunidad de cerrar una etapa de vaivenes políticos en lo social, con una definitiva juridificación de los derechos sociales en la Unión Europea. Hoy parece generalmente aceptado que “eficiencia económica y justicia social son indisolubles”⁵³. Por tanto, quizás ha llegado el momento de dar un paso cualitativo aceptando la juridificación de los derechos sociales e incorporándolos a un instrumento de carácter y función constituyente.

IV. LOS DERECHOS DE SOLIDARIDAD EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Los derechos sociales han sido formalmente incorporados como derechos humanos fundamentales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión en diciembre del 2000, en la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de Niza. Es un hecho de fuerte valor simbólico y político, porque constituye un pilar de constitucionalización de la Unión Europea. Aparecen bajo la rúbrica de derechos de la solidaridad, pero también hay algún que otro derecho social ubicado en los capítulos relativos a las libertades y a la igualdad. Desde mi punto de vista, es sorprendente que los derechos sociales se hayan formulado normativamente, si se

51. DUREN, J., “Comment expliquer la politique sociale de la Communauté”, en *Rev. M.C. et U.E.*, n.º 358, 1992, p. 384.

52. GOYBET. C., “La question sociale au coeur de l’ Europe”, en *Rev. M.C. et U.E.*, n.º 358, 1992, p. 769.

53. PARANNE DE SOUCY, *op. cit.*, p. 160.

tiene presente el largo y sinuoso camino que hemos venido analizando: discrepancias, debilidades y reticencias a la hora de aceptar compromisos sociales siquiera de mínimos. Y más sorprendente aún, si se constata que están dentro de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión proclamados solemnemente. En la Unión Europea, un espacio que históricamente ha sido económico, no había ni lugar, ni voluntad política de tomar en consideración derechos y libertades del hombre. Solamente en etapas recientes de su evolución, en que se establecen objetivos políticos, los derechos humanos aparecen como una exigencia lógica de esta nueva dimensión de Europa/Unión política⁵⁴.

El proceso de integración europea ha estado al margen del compromiso con los derechos y libertades del hombre. Fue la jurisprudencia del TJCE la que inició el camino de su consideración e inserción en el ámbito comunitario, utilizando los referentes de instrumentos internacionales específicos (Convenios de la OIT, CEDH, Convenio de Ginebra de 1951, Carta Social Europea, Carta comunitaria de los trabajadores, etc.) y el precedente de la jurisprudencia de Estrasburgo, dándoles entrada en su razonamiento bajo la guía de Principios generales del Derecho comunitario⁵⁵, principios que se conformaban a partir de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y de los tratados internacionales sobre derechos humanos que vinculaban a los Estados europeos, lo que no deja de tener una carácter bastante indeterminado. La situación ha sido calificada por Redor como “una vocación aparente por proteger los derechos fundamentales”. Sin embargo, y pese a la dinámica negativa de la Comunidad al respecto, es el TJCE en su progresiva evolución, el que ha hecho posible la interiorización progresiva de los derechos fundamentales, hasta verlos plasmados en los Tratados de Maastricht y Amsterdam como valores comunes a respetar por la Unión y los Estados miembros en virtud de los arts. 6 y 7 del TUE. La Carta de Derechos Fundamentales y con ella la formulación de los derechos sociales son hoy una realidad jurídica, políticamente proclamada. Un hecho que suscita interrogantes en cuanto a su justificación, contenido y futuro, y que vamos a intentar sucintamente comentar.

54. Como hemos venido repitiendo los textos constitutivos de las CC.EE. contenían únicamente referencias a la libertad de circulación, al principio de no discriminación y a la igualdad de remuneración entre hombre y mujer. El avance se produjo con la progresión de la política social, y la dimensión social del mercado interior y la configuración de algunos derechos nuevos en los arts. 116 y 117 del TCE. Véase REDOR, M.J., *op. cit.*, p. 14. También LENAERTS, K. y SMIJTER, E., “A ‘Bill of Rights’ for the European Union”, en *CMLR*, vol. 38, 2001, pp. 273 y ss.

55. La toma en consideración de los derechos del hombre por el TJCE comenzó con la sentencia Stauder de 12 de nov. de 1969. Antes el Tribunal había rechazado examinar la legalidad de los actos comunitarios con respecto a derechos fundamentales. REDOR, M. J., aporta ésta y otras decisiones para avalar esta afirmación, tales como la sentencia Stork de 4.II.59, Rec. p. 43; sent. Nold de 15 de julio de 1969, Rec., p. 857 y la sent. Sgarlata, de 1 de abril de 1965, Rec., p. 279, en “La vocation de l’Union Européenne à protéger les Droits fondamentaux”, en *L’Union Européenne et les Droits fondamentaux*, ed. Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 21.

1. Contribución de la Carta a la implantación de los derechos sociales en el orden jurídico comunitario

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se ha recogido una variedad heterogénea de derechos sociales, que va desde la enunciación de los derechos sociales tradicionales (condiciones de trabajo, protección de la salud y seguridad etc.), hasta derechos de contenido y formulación novedosa tales como seguridad social y ayuda social, vida familiar y profesional, o medio ambiente. La Carta innova ante la necesidad de responder a demandas de la sociedad y ante los avances científicos y técnicos⁵⁶. No obstante, existía un mandato claro de no determinar ni crear derechos nuevos, sino únicamente hacer visibles los derechos ya cristalizados en las tradiciones de Europa y de los Estados miembros, enraizando cada derecho en fuentes efectivas de referencia⁵⁷. La Carta es también novedosa en todo su proceso de elaboración, porque responde a métodos de trabajo absolutamente inéditos en los foros internacionales. Es original en el ente codificador denominado “Convención”. Y es también excepcional, en cuanto a la transparencia e información que hubo a lo largo de los trabajos. Igualmente es novedosa la fórmula democrática de participación de los diferentes estamentos que han participado en la elaboración del texto⁵⁸.

El grueso de derechos sociales aparece bajo la rubrica de “Solidaridad”, pero también hay algunos derechos sociales en otros capítulos por haberse entendido que primaba en ellos el aspecto de libertad o de igualdad. Así, en relación a la Libertad, se enuncian el derecho de reunión y asociación, libertad de educación y formación profesional, la libertad profesional y el derecho a trabajar. Y relacionados con la Igualdad, el derecho de las persona mayores a participar en la vida social y cultural y la integración de las personas discapacitadas. Curiosamente, y a lo largo de todo el contenido de la Carta, ha desaparecido la referencia a derechos económicos en sentido estricto, quedando a mi parecer absorbidos en distintas partes y rúbricas, sin que sea posible diferenciarlos ni conceptualmente, ni por su contenido o referentes internacionales o estatales.

Los derechos sociales, al igual que con las restantes categorías, se caracterizan como derechos fundamentales de la Unión. Esto hace aflorar quizás cierto matiz retórico en su formulación. Es sabido que derechos fundamentales son aquellos derechos, base de un orden jurídico, que están consagrados a nivel supra-legislativo y van acompañados en principio de una sanción jurisdiccional⁵⁹. Serían dos rasgos

56. Véase DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., “La Charte des Droits fondamentaux de l’Union européenne, quelle valeur ajouté, quel avenir?”, en *Rev. M.C. et U.E.*, n.º 443, 2000, p. 676.

57. Véase JACQUE, J.P., “Le contexte de la Charte des Droits fondamentaux”, *RUDH*, vol. 12, 2000, p. 3.

58. Véase VITORINO, A., “La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, en *Rev. de Droit de l’Union européenne*, 2000, pp. 499-500.

59. Véase REDOR, M-J., “La vocation de l’Union européenne à protéger les droits fondamentaux”, en *L’Union Européenne et les Droits fondamentaux*, ed. Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 13 y espc. nota 2; LENAERTS, K., “Fundamental Rights in the European Union”, *ELR*, vol. 25, 2000, p. 575.

de una concepción positivista, pero precisamente por ello son imposibles de predicar en un contexto no constitucional y donde la protección jurisdiccional (a pesar del Tratado de Amsterdam) aún hoy es limitada, como sucede en el contexto de la Unión Europea. Si se enfoca desde una perspectiva axiológica, estos derechos serían fundamentales por estar basados en unos valores comunes que se garantizan a toda persona en razón de su dignidad humana. Desde ésta se presume una comunidad de valores en la Europa comunitaria, valores que hacen referencia —en relación a los derechos sociales— a la igualdad social, y a la igualdad material ante las necesidades vitales de la persona⁶⁰. El valor añadido de la Carta es que se proclaman, como afirma Akaji-Kombé, como “valores fundadores de la Unión”⁶¹. Así el Preámbulo afirma que “la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad”⁶², valores que garantizarían el provenir de la Unión. Añadidamente, estos valores comunes encontrarían sus raíces en la historia de la civilización europea. Así, se explica y se racionaliza cada derecho en base al CEDH, la Carta Social Europea y la Carta comunitaria de los derechos de los trabajadores, así como en la jurisprudencia del TJCE y del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre.

Refiriéndonos más concretamente a los derechos sociales, éstos aparecen en el capítulo IV *Solidaridad*. Este concepto merece algún tipo de consideración previa, porque entiendo que condiciona la filosofía sobre la que reposan los derechos sociales en la Carta. Este concepto evoca significaciones alejadas de lo jurídico e impregnadas de connotaciones morales. No obstante, podría responder a la idea de un derecho solidario que limitaría los poderes individuales en nombre de intereses comunes, intereses que se imponen por razones de interdependencia y exigencias de justicia. Una justicia compartida que se orienta hacia la igualdad. Justicia e igualdad constituirían los presupuestos de un orden jurídico coherente de valores comunes y principios constitucionales⁶³. Son derechos fruto de una política social asumida y aceptada. Por tanto, hablar de derechos de solidaridad es hablar de compensación y complementariedad en las dimensiones del desarrollo integral de la libertad y de la realización del hombre⁶⁴. Enmarcarlos en una Carta de Derechos Fundamentales hace presuponer que existe un pacto de cooperación subyacente sobre valores comunes, que son ya objetivos de una construcción política. Forma-

60. Véase FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. Trotta, Madrid, 2001, pp. 287 y 333. FERRAJOLI afirma: “El fundamento de los derechos sociales está en los valores y necesidades vitales que se han venido afirmando históricamente en cada momento por las luchas de los oprimidos, como condiciones de unos niveles mínimos de igualdad, democracia, integración y pacífica convivencia”, *ibidem*, p. 352.

61. AKANJI-KOMBÉ, J.-F., “Le développement des droits fondamentaux dans les Traités”, en *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, ed. Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 47.

62. Carta. 4487/00. Covent 50.

63. Véase VIDAL GIL, E., “Solidaridad y Derechos humanos”, en *Diccionario crítico de los derechos humanos.I*, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana, Huelva, 2000, p. 123.

64. Véase CAMPS, V., *Virtudes públicas*, Ed. Espasa Calpe, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 33-34.

lizarlos es un paso más de implicación política, porque ello supone impedir su regresión y orientar la legislación futura, la acción y la justicia comunitarias hacia obligaciones positivas de hacer, obligaciones en el doble nivel, estatal y comunitario.

2. En cuanto al contenido

He de hacer una referencia al contenido formal y al contenido sustantivo, porque la enunciación de los derechos sociales de la solidaridad aparece, en cuanto a su formalización material, de una manera compleja. Esto es, una primera lectura permite diferenciar entre principios y derechos. Añadidamente habrá de reflexionarse sobre los contenidos concretos de cada figura protectora.

Formalmente, se han consignado en la Carta reglas de distinto alcance, distinguiendo la doctrina entre principios y derechos en sentido estricto. La primera categoría estaría constituida por reglas, cuya aplicación está subordinada a la adopción de una intervención previa de los poderes públicos. No significa esto que se trate simplemente de objetivos programáticos, porque el mandato dado a la “Convención” fue “clarificar su importancia y hacerlos visibles como derechos para los ciudadanos de la Unión”. Por tanto, no son justificaciones para los objetivos de acción de los Estados miembros. Sin embargo, no gozan de invocabilidad directa. La posibilidad de justiciabilidad que algún sector les reconoce, únicamente es posible de modo indirecto, acudiendo a métodos de interpretación similares a la fórmula de “Standstill”, interpretación finalista, o la búsqueda del efecto útil, métodos frecuentemente utilizados en el razonamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea⁶⁵. Esta técnica, afirma Oliver de Schutter, ha permitido al juez comunitario superar la oposición binaria entre aplicabilidad directa y efecto directo de una parte, y la ausencia de todo efecto jurídico. En esta interpretación progresista e imaginativa, este autor entiende que con respecto a los principios sociales, el juez comunitario podría incluso “admitir una acción de responsabilidad contra la autoridad que no tradujese, en términos de derechos subjetivos invocables en justicia, los objetivos que se había comprometido a realizar. Tal responsabilidad, entiende este autor, derivaría del daño ocasionado por pasividad⁶⁶. Así, se podrían dar dos ejemplos clarificadores, como la necesaria concreción con respecto al derecho a la seguridad social, o el derecho a la ayuda social. Sin embargo, para otros autores, la justiciabilidad es una posibilidad, que depende de las características de su formulación y redacción. Será la precisión del derecho y la concreción que recibe lo que los hará justiciables⁶⁷.

65. Véase SCHUTTER, O. de, “La contribution de la Charte des droit fondamentaux de l’ Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l’ordre juridique communautaire”, en *RUDH*, vol. 12, p. 42.

66. SCHUTTER, O. de, *op. cit.*, p. 43.

67. Véase JACQUE, J-P, “La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne” (monográfico) en la parte de Debates, de *RUDH*, vol. 12, 2000, p. 13.

En relación a los derechos en sentido estricto, en la medida que el adjetivo sociales los dota de cierta especificidad, se materializan en cuanto derechos de “crédito” a través de una actividad pública. Crean obligaciones de hacer para las autoridades nacionales o comunitarias, y no son únicamente libertades individuales o colectivas. Repiten, en cierta medida, las obligaciones internacionales clásicas de comportamiento, pero corregidas por el imperativo de consumir una posibilidad de acción para el titular. Su límite real está, como afirma Ferrajoli, en que los Estados sólo pueden asegurar su diligencia, porque los derechos sociales tienen límites en los costos que suponen. Por tanto, dependen de la política y de la riqueza de cada país⁶⁸. Su materialización sólo se alcanzará a través de una actuación de exigibilidad pública y por perjuicios directos a los titulares⁶⁹. Por consiguiente, tanto los principios como los derechos, dada su característica de sociales, participan de igual mediatización o intervención. Es una condición “sine qua non” de su realización. La única diferencia entre uno y otro caso, estaría en el nivel de justiciabilidad. En el primer caso (principios) ésta sería indirecta, en el segundo (derechos) sería directa por entenderse como derechos subjetivos o libertades individuales o colectivas. En ambos casos, no se podrían sustraer de responsabilidad ni las Instituciones ni los Estados. Dos ejemplos evidentes serían el derecho de los consumidores y la protección del medio ambiente⁷⁰.

Ciertamente, no todos los derechos sociales, bajo la rúbrica de Solidaridad, adolecen de indeterminación o están mediatizados por la discrecionalidad operativa de la autoridad. Algunos de ellos gozan de un nivel mayor de suficiencia en el ejercicio individual. Así, se podrían mencionar el derecho a elegir y ejercer una profesión, el derecho de asociación y sindicación, la protección contra el despido injusto y sin ser exhaustiva, la igualdad de trato. No obstante, en algún grado se requiere intervención, sea simplemente la determinación o fijación de las condiciones de ejercicio de ese derecho.

Avanzar con respecto a la formulación y proclamación de los derechos sociales entrañaba ciertas dificultades. Era difícil superar el techo establecido por la Carta Social Europea (revisada). Por otra parte, también entrañaba ciertas dificultades alcanzar un consenso político e ideológico sobre contenidos y avances en coherencia con la amplitud de las relaciones humanas, sociales y laborales de hoy⁷¹. Añadidamente, no hay que olvidar la historia de olvidos, lagunas e indiferencias hacia lo social-europeo y hay que tener también presente el contexto comparado

68. Véase FERRAJOLI, L., *op. cit.*, p. 352.

69. Véase DUTHEIL, R. de la, *op. cit.*, p. 667.

70. JACQUE, J-P., “La démarche initiée par le Conseil européenne de Cologne”, en *RUDH*, vol. 12, 2000, p. 5.

71. Véase FERNÁNDEZ SOLA, N., “A quelle nécessité juridique répond la négociation d’une Charte des droits fondamentaux de l’ Union européenne?”, en *Rev. M.C. et U.E.*, n.º 442, 2000, p. 597; Editorial: “The EU Charter of Fundamental Rights still under Discussion”, *CMLR*, vol. 38, 2001, p. 1.

constitucional en Europa, que es un mapa dispar que no permite hablar de un acervo homogéneo social⁷².

Es evidente que los derechos de la solidaridad completan sustanciosamente la Carta de Derechos Fundamentales. En algunos aspectos desbordan a la Carta Social Europea, a la Carta comunitaria de los trabajadores y desde luego, al CEDH, cuyo contenido social era insuficiente⁷³. En este sentido su contenido es clásico en relación a los derechos surgidos de las conquistas sociales históricas del mundo laboral. Es cristizador con respecto a los derechos de diálogo y participación en el trabajo, e innova con respecto a derechos de sectores sociales desfavorecidos o en riesgo de exclusión social. Por ello, creo que los derechos concretos incluidos en la Carta merecen un somero análisis.

3. Los derechos sociales comunitarios al detalle

En el proyecto definitivo de Carta, siendo aún un documento de trabajo (Charte 4487/00 Convent 50), se completaba la formulación de cada derecho con unas explicaciones elaboradas bajo responsabilidad del Praesidium, explicaciones que tenían el objeto de aclarar cada disposición de la Carta, pero que carecían de valor jurídico. En ellas se referían tratados internacionales, europeos o legislación comunitaria, con una utilidad para la valoración de cada derecho en el contexto comunitario. Pese a que asistimos a un resurgir de los derechos sociales⁷⁴, también es cierto que en los trabajos de la “Convención”, los derechos sociales constituyeron uno de los retos más difíciles y controvertidos a lo largo de todo el proceso de elaboración y negociación. Por ello, una vez consolidada la redacción, es muy esclarecedor conocer las fuentes de apoyo sobre las que se ha enunciado cada derecho.

Hemos señalado anteriormente, cómo en el capítulo de los derechos de Solidaridad, no están recogidos la totalidad de los derechos sociales que la Carta formula. También aparecen derechos sociales ubicados en los capítulos sobre la Libertad y

72. Véase el estudio comparado sumamente ilustrativo al respecto de GREWE, C., “Les droits sociaux constitutionnels: propos comparatifs à l’aube de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, en *RUDH*, vol 12, 2000, pp. 85 y ss.

73. Véase SUDRE, F., “Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l’homme”, en *RUDH*, vol. 12, 2000, pp. 28 y ss.

74. En 1996 se reformó profundamente la Carta Social Europea. En el marco de la OIT se adoptan nuevos convenios sociales y laborales. En las Constituciones jóvenes de España y Portugal se constitucionalizan los derechos sociales y en las viejas Constituciones de Francia e Italia se refuerza su posición. Y por lo que respecta al nivel europeo se produce también un doble refuerzo: a través de la jurisprudencia del TEDH de Estrasburgo que desarrolla derechos sociales en conexión y para garantía de los derechos civiles y políticos, y en la Unión Europea forman parte de un texto político de andadura pre-constitucional y con rango de derechos fundamentales. Para la Jurisprudencia del TEDH, puede verse SUDRE, F., “Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l’homme”, en *RUDH*, vol 12, 2000, pp. 28 y ss.

la Igualdad. En cierta manera se ha parcelado el tratamiento de lo social. Así en el capítulo II sobre Libertad están ubicados el derecho de reunión y asociación. Interesa específicamente el de asociación, por su vinculación con el derecho de sindicación positivo o negativo. Estos derechos están referidos en cuanto a su sentido y alcance al SEP, a la Carta comunitaria de derechos de los trabajadores y en correspondencia con el art. 191 del TCE. Así mismo, conectados a este capítulo aparecen los derechos de educación y el acceso a la formación profesional permanente, como derechos universales de toda persona e inspirados en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en el Protocolo adicional 2 al CEDH. De igual modo, se recogen la libertad profesional y el derecho a trabajar de forma que se garantice la elección y aceptación de un trabajo a cualquier persona. No obstante, el párrafo 2 refuerza la posición del ciudadano comunitario al reconocerle el derecho a buscar empleo, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro. Esta disposición tiene un doble alcance: el derecho al trabajo es universal, pero el derecho a ejercerlo en la Comunidad es un derecho de la ciudadanía europea. La libertad profesional es un derecho novedoso, que se viene derivando de la jurisprudencia del TJCE y reforzado por el art. 1 de la Carta Social Europea de 1961 ratificada por todos los Estados miembros.

En relación a derechos sociales que aparecen configurados bajo la rúbrica de Igualdad, están los derechos de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural. Se trata más de un objetivo que de un derecho justiciable y por tanto, preciso. Son titulares un grupo específico de personas, a las que se quiere proteger frente a la marginación social. No obstante, pese a que esta disposición dice inspirarse en la Carta Social Europea y en la Carta social comunitaria, es un precepto empobrecido con relación a tales precedentes y a todas luces insuficiente, pese a su apariencia de progresión social. Con una misma intención aparece configurado el derecho de integración de las personas discapacitadas, integración social y profesional ante el hecho cierto de la exclusión. Se trata igualmente de un objetivo, pero en este caso viene avalado por una fuerte acción y variedad de programas comunitarios que durante años viene impulsando la Comunidad. Su inspiración estaría en la Carta Social revisada, lo que le da una dimensión de compromiso social actual, pero por otra parte hay que tener presente, que no todos los Estados miembros de la Unión la tienen ratificada, lo que supone una falta de consenso al respecto.

Con el capítulo IV de la Solidaridad se entra específicamente en la formulación de los derechos sociales bajo la inspiración de valores solidarios o de interdependencia, lo que les añade connotaciones alejadas de lo jurídico y ciertamente ambiguas. No voy a hacer un estudio pormenorizado de los artículos, sino que me propongo resaltar aquellos derechos que me parecen una novedad o avance social. Los arts. 27 y 28 consagran derechos de los trabajadores en su integración activa en la empresa a través del derecho a la información y consulta, así como mediante la negociación de sus intereses. Con respecto a ambos derechos, es preciso resaltar que en estos ámbitos el acervo comunitario es importante y se fundamenta en los arts. 138 y 139 del TCE. Estos derechos se han visto reforzados con las directivas

sobre despidos colectivos, sobre traspasos de empresas y comités de empresa europeos⁷⁵. En relación a la negociación colectiva es entendida como un elemento del derecho de sindicación según lo configura el art. 11 del CEDH. Una expresión de acciones colectivas sería la huelga, pero en la Carta no está prevista expresamente como un derecho social.

El art. 29 se refiere al derecho de acceso gratuito a los servicios de colocación teniendo su referente en la Carta Social Europea y en el punto 13 de la Carta comunitaria de los trabajadores. El art. 30 es un artículo protector ante el despido injustificado y tiene un fuerte arraigo en Directivas comunitarias ante los supuestos ya experimentados y que pudieran repetirse de traspaso de empresas o por insolvencia de las mismas⁷⁶. Así mismo aparece una norma protectora de los derechos de los menores trabajadores. Se prohíbe como principio el trabajo infantil, asegurando el período de escolaridad obligatoria. Y cuando superado éste, los jóvenes se incorporen al mundo laboral, las condiciones de trabajo deberán estar adaptadas a su edad, ser seguras para su desarrollo físico, mental y moral y en todo supuesto han de estar protegidos contra la explotación económica⁷⁷. Con igual intencionalidad protectora aparece una norma que intenta conciliar la vida familiar con la vida profesional, refiriéndose específicamente a las circunstancias de la maternidad y al permiso parental, como dos exigencias de la protección económica y social de la familia. Con esta disposición no solo se protege la familia, sino que se pretende garantizar el principio de igualdad de oportunidades antes las circunstancias específicas de la maternidad y lactancia, entendiéndola como una categoría de conceptualización comunitaria. Tiene apoyo en Directivas comunitarias que ya han regulado la seguridad y mejora del trabajo de la mujer embarazada, y en el período de lactancia (92/85/CE), así como el permiso parental (96/34/CE).

Hay dos derechos que suscitan toda una serie de interrogantes en cuanto a su dimensión subjetiva y ejercitable. Se trata de la seguridad social y ayuda social. Es sabido que tradicionalmente han sido ámbitos de competencia reservada de los Estados, en los cuales ha sido prácticamente imposible avanzar comunitariamente. En la Carta reciben un reconocimiento expreso como un derecho que se ejercerá según las modalidades establecidas en el Derecho comunitario (de mínimos) y las legislaciones y prácticas nacionales. En concreto, respecto a la ayuda social, ha de entenderse más como un objetivo, que como un derecho. Tal objetivo, estaría dirigido a garantizar una vida digna en la que la pobreza se viera paliada con ayudas para vivienda y con recursos materiales. La Unión debe respetar este objetivo o principio en el ejercicio de competencias que le confieren los arts. 137, apartado 2

75. Directivas 98/59/CE (despidos colectivos), 77/187/CE (traspaso de empresas) y 94/45/CE (comités de empresa europeos).

76. Directivas 77/187 sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas y 80/987 sobre la protección de los trabajadores en caso de insolvencia.

77. Esta norma se basa en la Directiva 94/33/CE relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo y en la Carta Social Europea y en la Carta Comunitaria de los trabajadores.

y el art. 140 del TCE y con base expresa en los Reglamentos sobre prestaciones y beneficios sociales de 1968 y 1971⁷⁸.

A nivel de principio se enuncia la protección de la salud, que se concretaría en el derecho a la prevención y atención sanitarias, según las modalidades establecidas en las legislaciones y prácticas nacionales. La Unión se compromete a garantizar políticas y acciones de alto nivel de protección humana a través de la vía que le abre el art. 152 del TCE.

Finalmente, son curiosos en cuanto principios/derechos sociales el acceso a los servicios de interés económico general y la protección del medio ambiente. Ninguno de los dos crea derechos subjetivos en sentido estricto, sino que vienen a reforzar obligaciones de comportamiento de la Unión en sus políticas y de los Estados miembros en sus prácticas y legislaciones. Son principios prospectivos, mediante los cuales la Unión pretende adelantarse a exigencias de interés general de la ciudadanía.

Hecho este recorrido, es preciso reconocer que con los derechos llamados de Solidaridad, se han reforzado políticas comunitarias y derechos sociales clásicos que constituían un patrimonio social internacional y de Europa. Sin embargo, sorprende que en esta tarea cristalizadora a nivel comunitario se silencie un derecho social clásico, como es el derecho de huelga que, aunque referido en la Carta, no se contempla expresamente como un derecho social. Tampoco se menciona el derecho a la dignidad en el trabajo, ni el derecho a iguales salarios o remuneraciones por igual trabajo. Es insuficiente también la protección social por vía de derechos de las personas mayores, que sólo han merecido en la Carta una referencia a nivel de principio, para evitar su marginación social.

A pesar de la apariencia de novedad con relación a algunos derechos y objetivos, la Carta tiene lagunas y silencios inexplicables desde el punto de la historia social internacional y europea. Como expresión de un derecho social comunitario, el capítulo de la Solidaridad es esperanzador, pero también tímido en su apuesta e ingenuamente innovador. A esta afirmación habría que añadir algún tipo de reflexión somera sobre los límites que tiene la realización de la Europa social. Unos, derivados de la posición de discrecionalidad de los Estados en este ámbito, otros, derivados de la escasez de competencias comunitarias y en último caso, aquellos que son predicables para el conjunto de los derechos fundamentales contenidos en la Carta, porque derivan de su falta de valor jurídico obligatorio y de su no incorporación al Tratado de la Unión, incorporación que les dotaría de exigibilidad pública y de justiciabilidad.

4. Límites a la efectividad de los derechos sociales

En el presente el modelo social de la Unión europea se ha fortalecido y clarificado. A través de sucesivas Cumbres europeas, Lisboa, Niza, Estocolmo, se ha

78. Reglamentos 1408/71 y 1612/68.

ido tomando conciencia de que la evolución de la Unión tiene tres pilares de progresión: las políticas económicas, la dimensión social y la constitucionalización política. Pero sobre todo, para una progresión de cohesión social, se trata de alcanzar un equilibrio entre lo económico y lo social que garantice una construcción política, atenta a un progreso económico, social y humano. No obstante, para evitar eufemismos, hay que desvelar que la efectividad de los derechos sociales fundamentales en la Unión tiene límites que pueden impedir la superación del déficit social congénito. Se podrían indicar los siguientes:

1) Los Estados conservan un amplio margen de discrecionalidad y autonomía en la protección de los derechos sociales. Esto es, pueden incidir en el ámbito social tanto positiva como negativamente, sin imposiciones comunitarias e incluso internacionales, salvo aquellas aceptadas por su consentimiento, según el modelo clásico de los compromisos internacionales.

Desde el nivel comunitario, no están obligados a respetar principios o “standars” sociales, aún menos obligaciones jurídicas directas. Únicamente por vía indirecta, el Derecho comunitario puede incidir sobre conductas de cooperación y armonización de las políticas sociales nacionales. Excepcionalmente, algún tipo de norma comunitaria, parte del acervo originario, derivado o judicial, puede imponer determinados principios u obligaciones de comportamiento. Por tanto, los Estados miembros gozan de un amplio margen de discrecionalidad social y de autonomía de actuación práctica y legislativa. Esta autonomía puede manifestarse tanto positiva como negativamente.

La autonomía positiva se plasma en la competencia para fijar legislativamente el nivel de protección social en su territorio, con mayor o menor grado de protección o de reconocimiento de beneficios sociales. Así mismo, gozan de libertad para asumir “standars” sociales internacionales (Carta Social Europea o convenios de la OIT). La única salvedad estaría en el principio de coherencia, que exigiría que el nivel de protección social interno no implicara restricciones para las libertades económicas de la Comunidad. Concretamente, esto vendría a significar que los Estados miembros no pusieran obstáculos a la competitividad por un exceso de protección social. Como señala Oliver de Schutter, “hay una ausencia de obligación de los Estados miembros de disminuir el nivel de protección de los derechos sociales fundamentales”. En principio, continúa este autor, el Derecho comunitario es neutral en relación a la protección de los derechos sociales por las legislaciones de los Estados miembros⁷⁹. Además, en la medida en que muchas de las legislaciones estatales se fundamentan o completan con obligaciones convencionales internacionales, gozan de una relativa inmunidad con relación al Derecho comunitario⁸⁰. Esto

79. SCHUTTER, O. de, “La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l’ordre juridique communautaire”, en *RUDH*, vol. 12, 2000, p. 36.

80. SCHUTTER, O. de, *op. cit.*, p. 37.

es, no jugaría aquí el principio de primacía comunitaria, porque los tratados sociales internacionales anteceden formal y sustantivamente al escasísimo Derecho social comunitario y no están en igual nivel de exigencia con respecto a la política social común.

La discrecionalidad y autonomía estatal puede manifestarse también negativamente. Esto es, los Estados miembros no están obligados por el Derecho comunitario a proteger socialmente a las personas o trabajadores residentes en su territorio. A nivel comunitario no hay un catálogo de derechos sociales de las personas/trabajadores vinculante⁸¹. En segundo lugar, los Estados pueden disminuir el nivel de protección ya otorgado, porque con ello en nada comprometerían los objetivos económicos de los Tratados. Ciertamente que el art. 2 establece el objetivo de la “elevación del nivel de vida”, pero no se trata sino de un principio inspirador de la integración económica.

O. de Schutter afirma incluso que, en base a la autonomía social negativa, los Estados miembros podrían proceder a una desregularización competitiva. “El establecimiento del mercado interior no exige necesariamente la desregularización social, esto es, suprimir el obstáculo que representa para los intercambios intracomunitarios la coexistencia en un único espacio económico, de una diversidad de legislaciones sociales”⁸². Sin embargo, es indudable que en aras de la competitividad, los Estados tienen libertad, lamentablemente, para realizar *dumping social*, como un incentivo empresarial. Se afirma que, en un espacio económico único, la situación ideal sería la de una protección de mínimos, para proteger mejor todos los intereses que entran en juego.

2) El segundo límite de efectividad es consecuencial al primero: se trata de las escasas competencias de la Comunidad en materia social. La formulación de derechos sociales en el ámbito comunitario, tanto en el momento de la Carta comunitaria de los trabajadores de 1989, como actualmente, con los derechos de la solidaridad de Niza 2000, no implica el nacimiento de Derecho comunitario social. En consecuencia tampoco significa una extensión del ámbito de aplicación de los principios o escasas normas existentes. Igual afirmación es válida con respecto a las competencias. No se amplían los poderes de la Comunidad en el ámbito social. El reparto de poder entre Estados miembros e Instituciones queda inalterado. Se mantiene el nivel de los arts. 136 y 137 del TCE, en los que las palabras promoción cooperación y armonización revelan el alcance de las obligaciones estatales y por

81. Ni la Carta de derechos sociales de los trabajadores de 1989, ni los derechos de Solidaridad enunciados en la Carta de derechos fundamentales de la Unión son fuentes vinculantes. Constituyen meras declaraciones de intenciones políticas. Añadidamente, la política social común, que en su momento, aun siendo un ejemplo de cooperación reforzada supuso un avance, contiene obligaciones para los Estados miembros. Éstos siguen manteniendo sus competencias en materia social. Así se evidencia en el art.136 (ex-117) que induce a promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo y el 137 (ex-118) que alienta a promover la cooperación inter-estatal en los ámbitos sociales.

82. SCHUTTER, O. de, *op. cit.*, p. 39.

tanto de los no-poderes comunitarios. Tres niveles mínimos de compromiso estatal que permiten afirmar la permanencia del déficit social. El referente cierto es la legislación de los Estados miembros, sin que pueda predicarse ni tan siquiera, la existencia de “standars” comunitarios. La doctrina, en base a la jurisprudencia del TJCE, aprecia indicios de extensión indirecta de poderes comunitarios, cuando el Tribunal ha valorado que “un mínimo de protección de derechos sociales sería una condición de efectividad de la libre circulación de personas”⁸³. En todo caso, es una vía abierta por el Tribunal pero a la espera de consolidación. Lo cierto es que, en materia social los poderes son de atribución y limitados. No es posible desbordar el reparto de competencias, ni es invocable el art. 235 del TCE. No están en juego los objetivos de la Comunidad. Por tanto hay límites reales a la progresión protectora en el ámbito social.

3) El tercer límite que percibo es la restricción que pudieran suponer la aplicación de algunas de las cláusulas horizontales contenidas en las disposiciones generales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, contenidas en los arts. 51 a 54. Según Simon, tales cláusulas son límites a los derechos garantizados, porque fijan el campo de aplicación de los derechos contenidos en la Carta y determinan negativamente los derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión⁸⁴. Así, en el art. 51 se fija el ámbito de aplicación de la Carta, estableciéndose en primer lugar la responsabilidad de las Instituciones y órganos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad. Se trata de la lógica correspondencia con la obligación que impone el apartado 2 del art. 6 del Tratado de la Unión de respetar los derechos fundamentales. Ahora bien, con respecto a los Estados miembros, la obligación de respeto impuesta aparece limitada, porque solamente podrán ser invocados los derechos sociales cuando los Estados actúen en el marco del Derecho comunitario. En el marco estatal, central, regional o local, actuarán con arreglo a sus respectivas competencias. Por tanto, no se produce un efecto amplificador de exigibilidad, sino que la exigencia social queda confinada en el escaso marco del Derecho social comunitario, o como expresión de los principios generales del Derecho comunitario.

El art. 52 determina el alcance de los derechos garantizados, estableciendo que sólo por ley se podrán limitar, pero se introduce un elemento de alarma, cuando se dispone también que pudieran introducirse limitaciones, “cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general...”. Objetivos de interés general, constitucionalmente establecidos, son los económicos, el funcionamiento

83. SCHUTTER, O. de, al comentar la sentencia del TJCE en el asunto Bosman de 15 de diciembre de 1995, deduce una tal extensión indirecta. Para la realización de la libertad de circulación, se requeriría la garantía de que en la U.E. se restarían un núcleo de derechos fundamentales que comprenderían necesariamente los derechos sociales. Supondría dar facilidades a la movilidad, *op. cit.*, pp. 45-46.

84. SIMON, D., “Les droits du citoyen de l’Union”, en *RUDH*, vol. 12, 2000, p. 25.

del mercado interior, la unión económica y monetaria, etc. ¿Cabría, pues, sacrificar la invocabilidad de los derechos sociales a exigencias de los objetivos económicos? De nuevo se inclinaría la balanza a favor de lo económico en detrimento de lo social, cuando estábamos empezando a hablar de derechos fundamentales sociales. En segundo lugar, el apartado 2 especifica que los derechos reconocidos en la Carta tienen su fundamento en los Tratados comunitarios y en el Tratado de la Unión Europea y se ejercerán en las condiciones y límites fijados por éstos. Por tanto, la Carta no modifica ningún derecho anterior, ni incluso cuando entraran en colisión con derechos fundamentales. Con ello, queda debilitado el carácter de fundamentalidad y de derechos de vocación constitucional.

El art. 53 fija el nivel de protección en relación al Derecho Internacional de los derechos humanos y a los derechos protegidos por el CEDH. Como señala Simon, esta afirmación debería quitar cualquier recelo a una rebaja del nivel de protección. No obstante, señala este autor que no queda suficientemente claro qué debe entenderse por nivel del Convenio, si la literalidad de su texto, incluidas las reservas que tiene formuladas, o el alcance actual del Convenio tal y como resulta de la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo⁸⁵. Como señala Dutheil de la Roche, con respecto a las cláusulas horizontales subsisten numerosas interrogantes, su significado no se clarificará hasta que el alcance jurídico de la Carta se defina con precisión⁸⁶.

4) El último límite de efectividad al que quiero referirme, es un límite general y consustancial a toda la Carta de Derechos Fundamentales. Es la carencia de carácter jurídico y obligatoriedad. La Carta ha sido proclamada solemnemente a nivel político, pero los Estados no han podido consensuar su obligatoriedad. No se ha podido integrar en el Tratado de la Unión y no forma parte del Derecho comunitario. Por ello, podría correr parecida suerte a la Carta social comunitaria de 1989. Ciertamente que no es un resultado definitivo y que su suerte se ha diferido para el 2004, en que se afrontará como una cuestión definitiva a resolver. Se tratará de su integración comunitaria y por tanto de su justiciabilidad. El Parlamento, la Comisión, el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones, en diversos pronunciamientos, se manifestaron favorables a su inserción en los tratados⁸⁷. Hay una sinergia general que impulsa a transformar la Carta en uno de los pilares de constitucionalización de la Unión Europea.

85. SIMON, D., *op. cit.*, p. 25.

86. DUTHEIL DE LA ROCHE, J., "La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir?", en *Rev. M.C. et U.E.*, n.º 443, 2000, p. 677.

87. VITORINO, A., "La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne", en *Rev. du Droit de l'Union Européenne*, n.º 3, 2000, p. 505; WOLFGANG, D., "Charte des droits fondamentaux et Convention-De nouvelles voies pour réformer l'Union", *Rev. M.C. et U.E.*, n.º 448, 2001, pp. 315 y ss.; WATHELET, M., "La Charte des droits fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue", *Cahiers de Droit Européenne*, 2000, pp. 585 y ss.

V. CONCLUSIÓN

La fecha de 2004 es un reto para la constitucionalización de los derechos humanos en la Unión Europea, dentro del cual es especialmente significativa la formulación de derechos sociales como derechos fundamentales para la persona/trabajador y para la Unión. No obstante, existen aún barreras ideológicas y políticas respecto al contenido y alcance de lo social que se traducen en una especial sensibilización de las soberanías de los Estados, pero el hecho de haberse consensuado un conjunto de derechos sociales comunitarios, tiene en sí mismo un valor añadido a la vigencia. La Unión, no podrá seguir construyéndose en lo económico y monetario sin tomar en cuenta la justicia social. Y pese a que el logro consignado en la Carta presenta debilidades, si los logros se llegaran a consolidar jurídicamente, el déficit social histórico comenzaría a paliarse, o al menos contaríamos con los instrumentos mínimos de progreso y desarrollo.