

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA COMUNIDAD EUROPEA TRAS EL TRATADO DE AMSTERDAM

Por JULIO BAQUERO CRUZ (*)

I. INTRODUCCIÓN

La discusión sobre los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario ha venido centrándose en ciertos aspectos procedimentales y normativos. Aspectos sin duda importantes, pero que no agotan la problemática que presentan dichos derechos. Tanto la doctrina como el TJCE han dedicado menor atención al contenido de los derechos protegidos y, en particular, a los derechos sociales. No obstante, dada la naturaleza de los objetivos de la Comunidad parece más probable que su actuación infrinja derechos sociales que derechos civiles o políticos. A veces se olvida que en materia de derechos fundamentales importa más su efectividad que la mayor o menor perfección de la construcción normativa concreta: resulta esencial asegurar una protección adecuada de todos ellos, incluidos los sociales. Los aspectos formales, como la elaboración de un elegante edificio jurídico que permita tenerlos en cuenta, son accesorios. Según Clapham,

«las violaciones de derechos humanos por la Comunidad no son especialmente visibles. La Comunidad no cuelga, tortura o mete

(*) Doctorando - Instituto Universitario Europeo (Florencia); LL.M. en Derecho Comunitario Europeo - Colegio de Europa (Brujas); Abogado. Quisiera agradecer a Philip Alston y a Bill Nardini sus comentarios sobre una versión anterior de este artículo.

a gente en prisión, ni tiene un historial de genocidio, esclavitud o discriminación racial sistemática» (1).

«Ya que la Comunidad confiere principalmente derechos *económicos* a actores económicos, debería encargarse principalmente de proteger los derechos *sociales* de sus ciudadanos [...]» (2).

Esta segunda idea apunta a aspectos de los derechos fundamentales que se mantienen en estado embrionario en el Derecho comunitario. La escasa atención recibida por los derechos sociales resulta también paradójica porque, a pesar de que muchos de los Estados miembros se definen en sus constituciones como Estados sociales, la Comunidad sigue siendo una Comunidad de Derecho (*Rechtsgemeinschaft* (3), el equivalente de *Rechtsstaat* o Estado de Derecho), como si se tratara de un Estado liberal del siglo pasado, y en tales términos ha sido definida por el TJCE en *Les Verts* (4). Es evidente que la Comunidad es una Comunidad de Derecho, pero no puede quedarse ahí a menos que se la quiera usar como mecanismo para volver a estadios anteriores del desarrollo del Estado contemporáneo occidental. Para evitarlo, las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y algunos instrumentos internacionales habrían de inspirar una extensión de la protección de los derechos fundamentales a los derechos sociales, ya que son estos los que más peligran ante un Derecho comunitario de cariz neoliberal. Dicha protección debería entrañar la posibilidad de controlar judicialmente, a la luz de los derechos sociales, toda actuación dentro de ámbitos de competencia comunitaria.

El respeto de los derechos sociales por la Comunidad es aun más importante hoy en día, al ser previsible un aumento de su influencia en la elaboración de las políticas sociales. Esta incipiente dimensión social de la Comunidad, especialmente enfocada al problema del desempleo, debe verse reflejada en la protección de los derechos sociales de los ciudadanos europeos. La jurisprudencia ya consolidada del TJCE sobre derechos fundamentales, en colaboración con las jurisdicciones nacionales, podría

(1) A. CLAPHAM, *Human Rights and the European Community: A Critical Overview*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, p. 61 (traducción del autor siempre que la fuente no sea española).

(2) *Ibid.*, p. 20 (itálicas en el original).

(3) La expresión es de W. HALLSTEIN, «Die EWG - eine Rechtsgemeinschaft», in T. OPPERMANN (ed.), *Hallstein, Europäische Reden*, Stuttgart, 1979, p. 341.

(4) Asunto 294/83, *Les Verts*, Rec. 1986, p. 1339, par. 23; asimismo, Dictamen 1/91, Rec. 1991, p. I-6079, par. 21.

ser aplicada a los derechos sociales con resultados satisfactorios. Los cambios introducidos en esta materia por el Tratado de Amsterdam podrían avalar tal extensión.

Antes de continuar hay que aclarar algo sobre las cuatro libertades de circulación de factores económicos (mercancías, servicios, trabajadores y capitales). Las mismas no son derechos fundamentales —aunque sean *fundamentales* a los efectos de alcanzar los objetivos comunitarios— porque no constituyen un fin en sí mismas, sino que están dirigidas a crear un mercado único. Se trata de derechos instrumentales que el Tratado concede a los individuos para asegurar la eficacia del proceso de integración económica (5). Los derechos sociales, por el contrario, se conceden a los individuos en su propio beneficio, y no para alcanzar otros fines que pueden serles ajenos.

Dado que las cuatro libertades —junto a las reglas de competencia— conforman el Derecho constitucional económico comunitario, sería importante que los derechos sociales fueran considerados al mismo nivel, de modo que no acaben siempre por ceder —o, lo que es más grave, por no ser tenidos en cuenta— ante las libertades económicas de signo liberal. Desde luego que la efectividad de los derechos sociales dependerá en buena medida de estructura de cada uno de los derechos en cuestión. La libertad sindical o el derecho a la educación son más fáciles de proteger en sede jurisdiccional que otros como el derecho al trabajo. No es que derechos como este último carezcan de cualquier sustancia y no puedan recibir protección. Lo que ocurre es que algunos derechos sociales tienen un alto grado de indeterminación, y para hacerlos efectivos la intervención del poder judicial y su intromisión en la configuración de estos derechos —o su falta— por el legislador han de ser mayores, probablemente excediendo los límites de la acción tradicional de la judicatura. Pero precisamente el TJCE ha tenido siempre un papel muy activo en cuanto a la defensa de los derechos de los ciudadanos comunitarios. ¿Por qué no habría de defender también los derechos sociales?

Los dos problemas más importantes que hemos de afrontar son el tradicional de la difícil superación de la consideración de los derechos sociales como meramente programáticos, y el particular de la Comunidad, don-

(5) «La vigilancia de los individuos interesados en la protección de sus derechos constituye una supervisión efectiva junto a aquélla confiada [...] a la diligencia de la Comisión y de los Estados» (Asunto 26/62, *Van Gend en Loos*, Rec. 1963, p. 13, traducción del autor).

de las materias sociales han sido guardadas celosamente por los Estados. En lo que sigue se verá, por un lado, que ciertos derechos sociales, en el seno de algunos ordenamientos jurídicos estatales, han salido o están saliendo de la categoría de programáticos, y, por otro, que es previsible un crecimiento de la competencia y actividad comunitarias en materia social.

Lo anterior sirve para situar este artículo en su contexto. El apartado II presenta el debate sobre los derechos sociales en el ámbito del constitucionalismo económico. A continuación se efectúa una breve recapitulación de la jurisprudencia del TJCE sobre derechos fundamentales, que podría inspirar su actitud futura ante los derechos sociales (III). El apartado IV describe los instrumentos internacionales existentes en la materia, y el escaso uso que el TJCE ha hecho de los mismos. En el apartado V se repasa el papel de los derechos sociales en el Derecho constitucional de dos Estados miembros (Francia y España), que pudiera tener algunas repercusiones para la protección de los mismos a nivel comunitario. La nueva redacción del artículo 136 (antiguo 117) TCE, reformado por el Tratado de Amsterdam, será analizada en último lugar a fin de determinar si ha introducido algún cambio sustancial (VI). La conclusión (VII) trata de sopesar equilibradamente todos estos elementos, avanzando una propuesta para superar el actual estado de cosas y alcanzar una protección adecuada de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico comunitario.

II. DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO, CONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS SOCIALES

El Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea se compone de las disposiciones del TCE que se dirigen al establecimiento de un mercado único e imponen ciertos límites y condiciones al desarrollo del proceso económico dentro de sus fronteras (6). El núcleo de esta rama del Derecho comunitario lo forman las cuatro libertades —dirigidas a los Estados— y las normas de competencia —dirigidas a los particula-

(6) Cf. L.-J CONSTANTINESCO, «La constitution économique de la CEE», *Revue trimestrielle de Droit européen* (1977), p. 244. No he adoptado el concepto «Constitución económica» por estimar que uno de los rasgos de toda Constitución es su carácter total. Puede hablarse de un Derecho constitucional económico o de las cláusulas económicas de la Constitución, pero es erróneo referirse a una «Constitución Económica». La Constitución no puede ser meramente económica como tampoco puede ser simplemente política o social.

res (7). Tanto el Derecho derivado comunitario como todo el Derecho estatal han de respetar las disposiciones del Tratado, que se constituye así, en virtud de los principios de primacía y de jerarquía normativa interna del Derecho comunitario, en norma suprema del ordenamiento económico. El Derecho derivado contrario al Tratado será declarado nulo por el TJCE (8). Es por ello indudable que el TCE es la *Constitución interna* de la Comunidad, y así lo ha afirmado el Tribunal de Luxemburgo (9). Por otra parte, en virtud del principio de primacía, las normas nacionales contrarias al Tratado o al Derecho derivado —que ha de ser a su vez conforme al Tratado— no podrán ser aplicadas por los jueces y tribunales nacionales (10). No pudiendo entrar aquí en las posibles —si bien infrecuentes— discordancias de las jurisdicciones nacionales con respecto a este sistema de fuentes, lo cierto es que, desde el punto de vista comunitario, el Derecho del Tratado está en lo más alto de la jerarquía de todos los grupos normativos en juego (comunitario y estatales). De este modo, en el ámbito de sus competencias y en la medida en que se respete por las jurisdicciones nacionales el principio de primacía del Derecho comunitario, el TCE, aun siendo formalmente un Tratado internacional, es materialmente una Constitución y en términos prácticos funciona como tal.

Algunas disposiciones del TCE han recibido interpretaciones expansivas por parte del TJCE a fin de favorecer el proceso de integración —objetivo principal de la Comunidad— y de llenar las lagunas que el sistema del Tratado presenta en su aplicación práctica. Sin la actuación decidida del TJCE muchas de estas normas podrían haber recibido una aplicación mucho más tímida, pero el Tribunal de Luxemburgo ha cumplido la labor que tenía encomendada trazando los límites de lo que es jurídico o no de acuerdo con el Tratado. Algo parecido ocurre con los derechos sociales en los Derechos constitucionales en que éstos existen, porque si los tribunales encargados de su protección evitan trazar los límites que la norma impone a los particulares y al Estado, el derecho en cuestión seguirá siendo considerado como *programático* (adjetivo eufemístico usado frecuentemente para expresar que dicho derecho no es tal).

Desde su creación, la Comunidad Europea ha tenido como objetivo

(7) Cf. J. GIRÓN TENA, *Tendencias actuales y reforma del Derecho mercantil (estudios)*, Civitas, 1986, p. 160.

(8) EL TJCE tiene el monopolio en relación a esta declaración de nulidad, como ha decidido en el Asunto 314/85, *Foto Frost*, Rec. 1987, p. 4199.

(9) En el Dictamen 1/76, Rec. 1977, p. 741.

(10) El principio de primacía está recogido, entre otros, en el Asunto 6/64, *Costa / Enel*, Rec. 1964, p. 585, y en el Asunto 106/77, *Simmenthal*, Rec. 1978, p. 629.

fundamental la creación de un mercado único, que comprendía una unión aduanera pero iba en algunos aspectos mucho más allá de este estadio de integración económica. De hecho, la consecución de la unión monetaria sirve como colofón de tal proceso. La Comunidad goza del marco jurídico propio de las uniones económicas, salvo en lo fiscal. Dicho marco jurídico formal, con el tiempo, permitirá la integración material de los procesos económicos estatales en uno solo. Muchas de las disposiciones del Tratado sirven directamente a ese fin, tratándose de libertades económicas diversas (libre circulación de factores económicos) o normas prohibitivas de conductas contrarias al mercado (competencia). En cualquier caso se trata de una normativa económica de un claro signo liberal o, si se quiere, neoliberal. Dichas libertades económicas, que parecen diferentes concreciones de un derecho general, a nivel comunitario, de iniciativa económica privada, libertad de empresa y libre comercio entre los Estados, han sido completadas por otras —principalmente derechos económicos, civiles y políticos— que el TJCE ha protegido como principios generales del Derecho comunitario.

Frente a esta realidad encontramos una evidente laguna en lo que respecta a los derechos sociales, que son la contrapartida lógica de los derechos liberales clásicos, y podrían limitar alguno de sus efectos perversos (11). Este problema ha sido puesto de manifiesto por Clapham, en relación con las cuatro libertades: «mientras no haya una guía sobre cómo podrían ser limitadas [las cuatro] libertades para proteger los derechos humanos, existe el peligro de que los derechos humanos fundamentales sean vulnerados fácilmente sin que se pueda obtener protección jurídica» (12). Se puede tratar de comprender esta laguna del Tratado analizando la génesis histórica de los derechos sociales, y se evolución al hilo de la historia del constitucionalismo contemporáneo.

Produce un cierto estupor comprobar que las primeras Constituciones que introdujeron en su articulado los derechos sociales fueran la mejicana de 1917 (Estado que no se caracteriza precisamente por un alto grado de justicia social), la soviética de 1918 (13) (sistema político que tampo-

(11) Según L.-J CONSTANTINESCO (cit. nota 6, p. 276) uno de los principios de la —entonces— Comunidad Económica Europea es el principio social, principio que encontraba reflejado en la libre circulación de trabajadores y el Fondo Social. Los derechos sociales parecen una consecuencia lógica del principio social, pero este autor no los contemplaba.

(12) CLAPHAM, cit. nota 1, p. 22.

(13) El Título I de la Constitución soviética de 5 de julio de 1918 incorporaba la declaración de derechos de los trabajadores de enero de 1918 (cf. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, 1970, p. 160).

co se caracterizaba por la libertad de que gozaban sus ciudadanos) y la alemana de Weimar de 1919 (que propició el encumbramiento «constitucional» de Hitler y el advenimiento del III *Reich*). Detrás de esta inclusión hay razones de peso, como son el signo político de aquellos tiempos, y la influencia del marxismo y del socialismo en el momento de sus respectivas redacciones. Conceptualmente, no obstante, los derechos sociales son hijos de los procesos revolucionarios de 1848 (14), aunque fue necesario un cierto tiempo para que aparecieran en un texto constitucional, y aún más para que tuvieran efectos en el entramado social.

Tras esta génesis, el constitucionalismo occidental muestra ciertas líneas maestras en la evolución de los derechos sociales. Tras la Segunda Guerra Mundial, los mismos reaparecen en algunas constituciones, y se generalizan con las nacidas durante la guerra fría. Esto debe ponerse en relación con la emergencia de dos modelos opuestos de sociedad: capitalista y comunista. El intento de algunos Estados de encontrar una vía intermedia les llevó a introducir derechos sociales que atenuaran el carácter liberal de las constituciones del siglo anterior. La presencia de derechos sociales en las constituciones era un signo indiscutible de que se trataba de un Estado social, o de bienestar (*Welfare State*, *État providence*), de economía mixta, es decir, basado en un liberalismo económico atemperado por la labor correctora del Estado (15).

En segundo lugar, en muchos casos los derechos sociales (tales como el derecho al trabajo, o la protección del desempleado) quedaron en una mera declaración de intenciones sin efectos jurídicos reales, porque la situación cambiante de la economía no permitía asegurar las prestaciones por un tiempo indefinido, y éstas se condicionaban siempre a la prosperidad de la economía nacional. Y en caso de que la economía permitiera su satisfacción, el Derecho se encargó de vaciarlos de contenido, afirmando su carácter programático, variable, coyuntural, dependiente tanto de la si-

(14) Como anécdota puede citarse un fragmento de la novela de G. FLAUBERT, *Bouvard et Pécuchet*, situada en 1848: «—La charité? Merci!, s'écria Gorgu. A bas les aristos! Nous voulons le droit au travail!

C'était la question de l'époque. Il s'en faisait un moyen de gloire. On applaudit.» (Gallimard, 1997, p. 235). Recuérdese asimismo el discurso de A. DE TOCQUEVILLE, «Discours prononcé à l'assemblée constituante le 12 septembre 1848 sur la question du droit au travail», *Œuvres complètes d'Alexis de Tocqueville*, París, 1866, Vol. IX, p. 546.

(15) Cf. M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, 1985.

tuación económica como de la política que siguiera el gobierno de turno. De este modo, fueron a menudo concebidos como guías de la actuación de los órganos del Estado (en la Constitución española es deudora de esta concepción la expresión «principios rectores de la política social y económica»), que no conferían derechos subjetivos a los ciudadanos, y que serían realizados sólo en la medida en que las condiciones sociales lo permitieran (16). Ciertamente algo de protección podía obtenerse a través del principio de igualdad: las mismas ventajas sociales han de concederse a los ciudadanos que se encuentren en la misma situación. Esta igualdad formal es, sin embargo, un derecho liberal preexistente, que no supone ningún progreso en relación a la situación anterior. De esta manera, los derechos sociales venían a depender de decisiones políticas, careciendo de verdadera sustancia jurídica.

En un tercer momento, y en el contexto de algunos Estados especialmente desarrollados en términos económicos, se persiguieron políticas keynesianas de expansión de la demanda y pleno empleo que permitieron el aseguramiento efectivo de muchos de los derechos sociales. Este triunfo parcial trajo consigo un Estado altamente burocratizado, y una Administración diferente de la clásica, pues el aseguramiento de tales prestaciones exige un aparato estatal complejo y extenso (17). Las últimas crisis económicas y el fenómeno de la estagflación (*stagflation*: desempleo + inflación) han llevado a políticas de estabilidad (especialmente en materia monetaria, reflejadas en los famosos criterios de convergencia). El fenómeno es de sobra conocido. La reacción conlleva recetas económicas de más competencia, liberalización de sectores, y desmantelamiento de la economía mixta. El proyecto económico de la Comunidad está en el centro de todo este proceso. La complicación estriba en mantener en lo posible las conquistas en materia de derechos sociales —para los que pensamos que los mismos son un índice de progreso y de una sociedad más justa— y el aparato estatal necesario para su aseguramiento, a la par de

(16) Esta concepción se encuentra en la obra clásica de C. SCHMITT, *Verfassungstheorie* (cit. nota 13, p. 169). Para este autor —que prefería hablar de derechos *socialistas*, y no sociales— es equívoco referirse a los derechos sociales como derechos fundamentales, a causa de su diversa estructura lógica y jurídica. Concibe los derechos fundamentales *genuinos* como absolutos, frente a los sociales, que son relativos. Es indudable que su concepción respondía en parte a prejuicios ideológicos. Prejuicios que, lamentablemente, comparten no pocos constitucionalistas de nuestro tiempo.

(17) Cf. J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, Trotta, 1998, pp. 516 y ss.

este proceso económico de signo contrario. Es, sin duda, un difícil equilibrio, pero no imposible.

Por último añadir que tras el desvanecimiento del modelo opuesto que hizo a gran parte de los Estados occidentales buscar una tercera vía lejos tanto del comunismo como del capitalismo anglo-americano, quizá no haya una buena razón para mantener los derechos sociales. Algunos podrían pensar que el triunfo indiscutible de las sociedades capitalistas justificaría un desmantelamiento total del Estado social y, con él, de los *sospechosos* derechos sociales. Este paradigma neoliberal, lógica reacción al derrumbe de las democracias populares, va ganando terreno en parte de la opinión pública europea mientras los derechos sociales van perdiendo sustancia con los sucesivos recortes presupuestarios. Los ciudadanos asisten en silencio a este proceso, porque se trata a fin de cuentas de derechos programáticos que no son invocables ante la jurisdicción.

Desde esta reflexión histórica tendría, para algunos, sentido que la Comunidad evite recrear contra el signo de los tiempos su propio sistema de derechos sociales. Otra idea extendida es ver a la Comunidad como un instrumento de los Estados para debilitar o desmantelar el Estado social. Los gobiernos de los Estados miembros harían juntos lo que no pueden hacer uno a uno, evitando de paso el incómodo control de los parlamentos nacionales, y echando la culpa de medidas obviamente impopulares a la Comunidad —cuando en el fondo se trata de ellos mismos. Una Comunidad de Derecho (liberal) reemplazaría en lo económico a quince Estados sociales, de economía mixta.

Pero lo cierto es que tras la crítica marxista del Estado liberal parece importante no pararse en las formas en cuestión de derechos, porque es la capacidad económica de los ciudadanos la que da verdadera sustancia a los derechos (18). Los derechos liberales son injustos porque son iguales para todos. A veces sólo la desigualdad es justa, porque corrige las injusticias de las sociedades liberales clásicas y contemporáneas (19). Los derechos sociales están llamados a desempeñar este papel.

Los derechos sociales —que benefician a muchos— podrían servir en la Comunidad de contrapeso a las libertades económicas —que favorecen a aquellos que intervienen en el proceso económico, comerciantes y empresarios— reforzando de paso la legitimidad material y la justicia de su

(18) Cf. MARX, *Early Political Writings*, Cambridge, 1994, pp. 10 y ss.

(19) K. MARX, «Crítica del programa de Gotha» (1875), en *Manifiesto comunista y otros escritos*, Sarpe, 1983, p. 231.

sistema jurídico. En la medida en que las condiciones económicas lo permitan, la Comunidad debería preservar la herencia constitucional que deriva de las tradiciones jurídicas de sus Estados miembros, y de ciertos instrumentos internacionales, evitando así el retroceso a un sistema jurídico iusprivatista liberal, basado exclusivamente en la propiedad y el contrato.

III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO COMUNITARIO

La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario fue en parte una respuesta a decisiones de algunos tribunales constitucionales —en concreto, el alemán y el italiano— que amenazaron con controlar la legislación comunitaria que violara derechos fundamentales mientras su protección no fuera garantizada por el TJCE a niveles comparables con los existentes en los sistemas constitucionales estatales. Pero en parte se trataba también de una exigencia propia del Derecho comunitario. Este proceso ha sido relatado en tantas ocasiones que resulta innecesario hacerlo de nuevo (20).

Lo que importa poner de relieve es que el TJCE ha elaborado una jurisprudencia en virtud de la cual los derechos fundamentales han de protegerse en el marco de la estructura y objetivos de la Comunidad, como principios generales del ordenamiento jurídico comunitario, encontrando inspiración en las tradiciones constitucionales de los Estados y los tratados internacionales de que son parte. Entre estos últimos, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH) tiene gran importancia, pero el TJCE define sus niveles de protección de forma autónoma y uniforme. Dicha protección tiene lugar únicamente en materias de competencia comunitaria, ya sea la Comunidad —a través de legisla-

(20) CLAPHAM, cit. nota 1; J. H. H. WEILER, «Eurocracy and Distrust», *Washington Law Review* (1986), p. 1103, «The European Court at a Crossroads: Community Human Rights and Member State Action», en CAPOTORTI (ed.) *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, p. 821; PESCATORE, «The Protection of Human Rights in the European Communities», *Common Market Law Review* (1972), p. 15; J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, París, 1994, pp. 133 y ss.; G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, «The Protection of Fundamental Rights in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities», *Columbia Journal of European Law* (1995), p. 169.

ción o de acción directa— o los Estados —trasponiendo directivas o implementando políticas comunitarias— quienes actúen (21).

Esta delicada construcción jurídica ha planteado numerosos problemas y críticas, como los relacionados con el control de medidas nacionales en el ámbito de competencias comunitarias (22), el nivel de protección (23), los sedicentes motivos ocultos que el Tribunal pudiese tener al proteger dichos derechos (24) y las posibles soluciones de incluir una lista de derechos en el Tratado (25) o que la Comunidad llegue a ser parte de la CEDH (26).

La cuestión que nos interesa es la posibilidad de que los derechos sociales sean protegidos según el mismo esquema cuando son violados dentro de un ámbito de competencia comunitaria. Por el momento, los derechos protegidos mediante esta figura jurídica han sido derechos de la primera generación, aunque a veces se han invocado —con escasa fortuna— derechos sociales ante el TJCE o el TPI, como veremos. Se han protegido, por poner algunos ejemplos, los derechos de propiedad (27), el

(21) Este párrafo resume los principios establecidos en las siguientes sentencias: Asunto 29/69, *Stauder*, Rec. 1969, p. 419, Asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rec. 1970, p. 1125, Asunto 4/73, *Nold*, Rec. 1974, p. 491, Asunto 44/79, *Hauer*, Rec. 1979, p. 3727, Asuntos 60 y 61/84, *Cinéthèque*, Rec. 1985, p. 2605, Asunto 12/86, *Demirel*, Rec. 1987, p. 3719, y Asunto 2/92, *Bostock*, Rec. 1994, p. I-955.

(22) Cf. M. WAELBROEK, «La protection des droits fondamentaux à l'égard des États membres dans le cadre communautaire», en *Mélanges Fernand Dehousse*, Vol. 2, 1979, p. 323.

(23) Cf. J. H. H. WEILER, *The Jurisprudence of Human Rights in the European Union: Integration and Disintegration, Values and Processes*, Harvard Jean Monnet Working Paper 2/96.

(24) Según J. COPPEL y A. O'NEILL, «The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?», *Common Market Law Review* (1992), p. 669, el TJCE trata sobre todo de avanzar el proceso de integración y afirmar su propia competencia, más que de proteger los derechos por el propio interés de los justiciables; véase la respuesta de J. H. H. WEILER and N. LOCKHART, «'Taking Rights Seriously' Seriously: The European Court of Justice and its Fundamental Rights Jurisprudence», *Common Market Law Review* (1995), pp. 51 y 579.

(25) K. LENAERTS, «Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue», *European Law Review* (1991), p. 367.

(26) Dictamen 2/94 (CEDH), Rec. 1996, p. I-1759, comentado por G. GAJA en *Common Market Law Review* (1996), p. 973; F. G. JACOBS, «European Community Law and the European Convention on Human Rights», en D. CURTIN y T. HEUKELS (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration*, Martinus Nijhoff, 1994, p. 561.

(27) Asunto *Hauer*, cit. nota 21.

derecho al juez (28), la libertad de expresión (29), el derecho al libre ejercicio de una actividad económica (30), y otros de la primera generación. La libertad sindical, derecho de un cierto carácter social, ha sido reconocida en una sentencia (31), pero se trata de un derecho de abstención, íntimamente ligado a la libertad de asociación, de modo que no resulta tan lejano de los derechos de primera generación. Ningún derecho social de carácter prestacional ha sido reconocido entre los principios generales protegidos por el TJCE.

Por otra parte, el debate sobre la extensión y los límites de la competencia comunitaria resulta de la mayor importancia, porque sólo podrán ampararse derechos afectados por actuaciones o disposiciones dentro de los límites de dicha competencia. En palabras de Lenaerts, «el concepto comunitario de lo que se exige para el respeto de los derechos fundamentales no debería —como tal— vincular a los Estados en materias que no afecten al Derecho comunitario» (32). Si una situación determinada no tiene que ver con el Derecho comunitario, el mismo no protegerá los derechos fundamentales, porque no entra en juego. Esta distinción no es tan clara, porque la competencia comunitaria es dinámica y expansiva por la propia naturaleza de la Comunidad y del proceso de integración (33). Concretamente en materias sociales es posible que la competencia comunitaria aumente en el futuro, aunque de momento es muy fragmentaria, y se ve afectada por la problemática subsidiariedad (34), incluso tras la reciente reforma debida al Tratado de Amsterdam (35).

(28) Asunto 222/84, *Johnston*, Rec. 1986, p. 1651.

(29) Asuntos 43 y 63/82, *VBVB y VBBB*, Rec. 1984, p. 19.

(30) Asunto 230/78, *Eridiana*, Rec. 1979, p. 2749.

(31) Asunto 36/75, *Rutili*, Rec. 1975, p. 1219.

(32) K. LENAERTS, cit. nota 25, p. 374.

(33) Cf. CLAPHAM, cit. nota 1, pp. 29 y ss.

(34) Según P. DAVIES, «Market Integration and Social Policy in the Court of Justice», *Industrial Law Journal* (1995), p. 49, la competencia comunitaria en materias sociales es «*by no means comprehensive*» and «*hedged about by notions of subsidiarity*».

(35) Véase *infra*, sección VI.

IV. LOS DERECHOS SOCIALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU RECEPCIÓN POR EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO

Hemos visto como, en su jurisprudencia sobre derechos fundamentales, el TJCE encuentra inspiración y a menudo cita textos de Derecho internacional; fundamentalmente el CEDH, Convenio que vincula plenamente a los Estados parte y cuenta con un aparato jurisdiccional muy avanzado y efectivo. Los textos internacionales sobre derechos sociales, sin embargo, han tenido una eficacia bastante limitada. Esto resulta evidente en el caso de la Convención Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales (36), pero también es cierto de otros acuerdos regionales celebrados a nivel europeo.

La Carta Social, elaborada en el marco del Consejo de Europa (Turín, 1960) ha sido criticada por su «débil mecanismo de supervisión» (37). A diferencia del CEDH, también celebrado en el seno del Consejo de Europa, la Carta Social no ofrece a los individuos la posibilidad de presentar una queja, y sólo establece débiles mecanismos de control basados en informes de los Estados parte. Su escasa efectividad podría explicar la reticencia del TJCE a incorporar la Carta Social como criterio inspirador de su jurisprudencia (38), emulando lo que hizo con el CEDH.

En cuanto a la Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores (1989) (39), documento de dudoso status jurídico elaborado en el seno de las instituciones comunitarias, es importante señalar, aparte de la exclusión expresa de Gran Bretaña —que no se avino a firmarla— que sus artículos 27-30 debilitan su efectividad, ya que «[l]a garantía de los derechos sociales fundamentales de la presente Carta, así como la apli-

(36) Cf. H. STEINER y Ph. ALSTON, *International Human Rights in Context*, Oxford, 1996, pp. 256 y ss.

(37) C. FLINTERMAN, «The Protection of Economic, Social and Cultural Rights and the European Convention on Human Rights», en *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe, Essays in Honour of H. G. Schermers*, Vol. III, M. Nijhoff, 1994, p. 173.

(38) CLAPHAM, cit. nota 1, p. 63.

(39) Cf. B. BERCUSSON, «The European Community's Charter of Fundamental Social Rights of Workers», *Modern Law Review* (1990), p. 624; B. HEPPLÉ, «The Implementation of the Community Charter of Fundamental Social Rights», *Modern Law Review* (1990), p. 643.

cación de las medidas sociales indispensables para el buen funcionamiento del mercado interior en el marco de una estrategia de cohesión económica y social, competen a los Estados miembros de conformidad con las respectivas prácticas nacionales, en particular mediante su legislación y convenios colectivos» (artículo 27). El papel de la Comisión queda reducido a realizar propuestas al Consejo (artículo 28) y redactar un informe anual sobre su aplicación (artículo 29), informe que «se transmitirá al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social» (artículo 30). Sobre todo, el considerando 11 (*in fine*) de su Exposición de Motivos, deja claro que «la aplicación de la Carta no puede tener como consecuencia una ampliación de las competencias de la Comunidad definidas por los Tratados». Pero si la competencia de los Estados permanece intacta es difícil ver cómo podrían ser protegidos estos derechos en un ordenamiento jurídico con una competencia incidental en materias sociales. Todo ello demuestra que la Carta comunitaria es «un instrumento inapropiado para la actualidad» (40), una declaración política con poca sustancia jurídica que no se compadece con el carácter obligatorio y efectivo del Derecho comunitario.

Las predicciones de los que esperaban en 1990 que la Carta comunitaria fuera a revolucionar el Derecho comunitario en el sentido de incorporar todos esos derechos sociales (41) han sido negadas por la fuerza de los hechos.

En estas condiciones no resulta sorprendente que el TJCE haya usado tímidamente estos instrumentos, dada su poca efectividad, y por carecer del carácter supranacional que únicamente el CEDH comparte con el Derecho comunitario.

En *Defrenne*, el Tribunal declaró que el «respeto de los derechos fundamentales de la persona es uno de los principios generales del Derecho comunitario, teniendo [el TJCE] la obligación de velar por su observancia» (42). Seguidamente se refirió a la existencia de ciertas normas relevantes de Derecho internacional: «Es más, los mismos conceptos [eliminación de la discriminación por razón de sexo] se exigen por la Carta Social Europea de 18 de noviembre de 1961 y por la Convención n.º 111

(40) R. BLANPAIN, B. HEPPLÉ, S. SCIARRA, M. WEISS, *Fundamental Social Rights: Proposals for the European Union*, Lovaina, 1996, p. 9.

(41) B. HEPPLÉ, cit. nota 39, p. 643.

(42) Asunto 149/77, Rec. 1978, p. 1365, par. 26 (discriminación por razón de sexo de azafata aérea; traducción del autor).

de la [OIT] de 25 de junio de 1986 [...]» (43). El Abogado General Capotorti había ignorado en su opinión dichos textos. El Tribunal ni siquiera los usó como una ayuda interpretativa, sino que simplemente los mencionó de pasada, como sugiere el comienzo del párrafo.

En *Blaizot*, tras analizar las normas del Tratado y las disposiciones de algunos Derechos estatales, el Tribunal utilizó nuevamente un artículo de la Carta Social Europea (artículo 10) en apoyo de su decisión, recordando que casi todos los Estados eran partes de la misma —hoy lo son todos (44).

Las sentencias precedentes son los únicos ejemplos en los que el TJCE ha tenido en cuenta la Carta Social, encontrando apoyo o confirmación de su propia resolución. Desde entonces el Tribunal no ha vuelto a usar la Carta Social Europea (45), y lo cierto es que nunca ha mencionado la Carta comunitaria. Algunos Abogados Generales los han propuesto posteriormente como herramientas interpretativas, ante el silencio del TJCE (46).

El punto de influencia más bajo de la Carta Social Europea y de la Carta comunitaria en el Derecho comunitario vino con dos sentencias del TPI (47)

(43) *Ibid.*, par. 28 (traducción del autor).

(44) Asunto 24/86, Rec. 1988, p. 379, par. 17 (reintegro de tasas universitarias suplementarias a estudiantes franceses que seguían cursos de formación profesional en Bélgica).

(45) Hay tan sólo dos excepciones a esta tendencia. Una es el Asunto T-45/90, *Speybrouck*, Rec. 1992, p. II-33 (resolución de contrato con el Parlamento Europeo - despido de mujer embarazada). La demandante invocó la Carta Social Europea y las Convenciones n.º 3 y 103 de la OIT (1919 y 1952). La demanda fue desestimada por razones fácticas, pero el Tribunal pareció dar a entender implícitamente que estos instrumentos internacionales de que son parte los Estados han de ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar las disposiciones correspondientes del ordenamiento jurídico comunitario (en el caso, la Directiva 76/207/CEE). El segundo es la sentencia dictada en los Asuntos C-132, 138 and 139/91, *Katsikas*, Rec. 1992, p. I-6600, en la que el TJCE mencionó «los derechos fundamentales del trabajador, que debe ser libre de elegir a su empresario», sin explicar la base u origen de dichos derechos.

(46) Asunto 236/87, *Bergemann*, Rec. 1988, p. 5125 (Opinión del Abogado General Lenz, par. 28, en el sentido de otorgar a la Carta Social Europea un valor interpretativo en relación con el Derecho comunitario directamente aplicable; Asunto C-192/89, *Sevince*, Rec. 1990, p. I-3461 (Opinión del Abogado General Darmon, quien analiza detenidamente el artículo 19 de la Carta Social Europea y concluye que no es aplicable al caso).

(47) Asunto T-96/92, *Comité Central d'Entreprise de la Société Générale des Grandes Sources / Comisión*, Rec. 1995, p. II-1213; Asunto T-12/93, *Comité Central d'Entreprise de la Société Anonyme Vittel / Comisión*, Rec. 1995, p. II-1247.

en las que las partes —trabajadores que debieron haber sido consultados antes de la adquisición forzosa de sus empresas de conformidad con el Derecho comunitario en la materia—alegaron que se habían violado sus derechos sociales fundamentales, en concreto el derecho de información y previa consulta de los trabajadores en los casos en que sus puestos de trabajo están en peligro, citando expresamente tanto la Carta Social Europea como la Carta comunitaria. Los trabajadores alegaban que dichos derechos fueron violados por la Comisión en el momento de autorizar la adquisición de las empresas bajo el Reglamento de concentración de empresas, sin tener en cuenta si los trabajadores habían sido previamente consultados. El TPI se limitó a constatar que la continuidad de los contratos laborales venía asegurada por la Directiva sobre sucesión empresarial y aprobó la actuación de la Comisión. Lo sorprendente es que la sentencia ni tiene en cuenta ni siquiera menciona el argumento sobre la posible violación de los derechos sociales, aunque fuera para declararlo improcedente.

En sede doctrinal se ha mostrado cierta preocupación por el hecho de que las reglas sobre libre circulación, competencia y ayudas de Estado, dirigidas a consecución de un mercado único y competitivo, tengan una influencia negativa en el desarrollo del Derecho del Trabajo (48). Es posible que la actitud del TJCE agudice la importancia del problema, al eludir «entrar a sopesar de forma explícita los valores subyacentes a las políticas sociales de los Estados miembros, frente a los valores subyacentes en las normas comunitarias con los que parecen entrar en conflicto» (49). Esta especie de equilibrio entre las reglas comunitarias y el Derecho del Trabajo estatal (en lo alto de cuya jerarquía se encuentran los derechos sociales) no se ha alcanzado todavía, y los conflictos que surgen no han salido a la luz en la jurisprudencia del TJCE, que se limita a aplicar las normas del Tratado, decantándose tácitamente en favor de estas últimas, y declarando que el resto está fuera de la competencia comunitaria, o que no tiene el efecto de excluir la aplicación de las normas del Tratado. La decisión sobre los límites de la competencia comunitaria podría esconder una decisión sustancial en el sentido de dar prioridad a las normas relati-

(48) Cf. P. DAVIES, «Market Integration and Social Policy in the Court of Justice», *Industrial Law Journal* (1995), p. 50; A. LYON-CAEN, «Droit social et droit de la concurrence», en *Ecrits en l'honneur du Pr. Jean Savatier*, París, 1992; y G. LYON-CAEN, «L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence», *Droit Ouvrier* (1992), n.º 525, p. 313.

(49) DAVIES, cit. nota 48; p. 66.

vas a la integración económica o competencia sobre el Derecho laboral estatal (50).

Las recientes sentencias *Decker* y *Kohll* están en la misma línea (51). El TJCE ha declarado que «el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social». Dichos Estados «deberán sin embargo, en el ejercicio de dicha competencia, respetar el Derecho comunitario» (52). Seguidamente el TJCE ha examinado las medidas nacionales a la luz de las normas de libre circulación (en el primer caso de mercancías, en el segundo de servicios), concluyendo que se trata de medidas contrarias al Tratado que no encuentran justificación en la salud pública —los gobiernos belga, alemán y neerlandés habían invocado el derecho de los asegurados a tener acceso a una asistencia de calidad— ni en razones imperiosas de interés general como pudiera ser el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social. Aparte de las posibles consecuencias que estas sentencias pudieran tener sobre la sanidad en los Estados miembros, puede comprobarse en la argumentación que el TJCE trata el derecho de los asegurados a recibir una sanidad de calidad (un derecho social, en definitiva) como excepción a la libre circulación de factores económicos (salud pública), y como tal recibe una interpretación restrictiva. En lugar de sopesar las normas y valores en juego al mismo nivel, de una forma más imparcial, su razonamiento parece dar a entender que se favorece la libre circulación mientras no impida flagrantemente la realización de los fines de sanidad de los Estados (53). No se trata aquí de criticar estas resoluciones, que considero adecuadas a los casos concretos, sino de mostrar la actitud del TJCE ante derechos sociales, como el derecho a la salud: no se sitúa en un discurso

(50) *Ibid.*, p. 67.

(51) Véanse los Asuntos C-120/95, *Decker*, de 20 de abril de 1998 (incompatibilidad con la libre circulación de mercancías del requisito de autorización previa para reembolso de gastos médicos por compra de gafas en el extranjero), y C-158/96, *Kohll*, de 28 de abril de 1998 (similar, pero sobre libre prestación de servicios de ortodoncia en el extranjero) (aún no publicadas; el texto puede obtenerse en el servidor del TJCE: <http://www.curia.eu.int/>). Asimismo en *Aranzadi Social* (1998-I), pp. 2456 y ss.

(52) *Ibid.*, párrafos 20-25 de *Decker* y 16-21 de *Kohll*.

(53) El párrafo 51 de *Kohll* señala que «el artículo 59 del Tratado permite a los Estados miembros restringir la libre prestación de servicios médicos y hospitalarios, en la medida en que el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional es *esencial para la salud pública, e incluso para la supervivencia de su población*» (itálicas añadidas).

de derechos, sino de excepciones a la libre circulación, que sí es protegida como un derecho individual.

Esto es fruto de un cierto formalismo por parte del TJCE, porque si considerase los derechos sociales como principios generales del ordenamiento jurídico comunitario podría alcanzar el equilibrio deseado, y de forma explícita proceder a sopesar todos los valores y derechos protegidos en ciertos conflictos. Cuando un derecho social —o fundamental, en general— entra en conflicto con una de las cuatro libertades, no parece de recibo analizar el derecho como una excepción a la libertad económica en cuestión, sino efectuar una valoración al mismo nivel del derecho, en cuanto principio general, frente a la libertad económica, y decidir cuál de los dos ha de ceder, y en qué medida. En efecto, una norma cualquiera del Tratado no puede —ontológicamente— ser contraria a un principio general del Derecho comunitario. Por lo mismo, este último no puede ser conceptuado como una excepción a la norma escrita. Se trata de una norma no escrita con la que la libertad comunitaria entra en conflicto. Conflicto que requiere una resolución explícita.

Los ejemplos anteriores muestran que, por el momento, ni el TJCE ni el TPI consideran los derechos sociales como parte del Derecho comunitario, ni siquiera como elementos interpretativos o principios generales. Esta realidad, bastante insatisfactoria de por sí, podría incluso entrar en conflicto con algunos Derechos constitucionales estatales que han alcanzado un cierto grado de protección de los derechos sociales, tal y como se expone en el siguiente apartado.

V. LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS TRADICIONES CONSTITUCIONALES DE FRANCIA Y ESPAÑA

El Derecho comparado muestra una gran variedad y divergencia en materia de derechos sociales, existiendo diversos grados y sistemas de protección (54). En este artículo se examinará el sistema francés —que manifiesta ciertas similitudes con el comunitario al ser producto de una construcción jurisprudencial carente de una base textual vigente— y el español —por razones de proximidad. Los Derechos constitucionales italiano y alemán también presentan sistemas de protección avanzados, aunque no se tratará aquí de ellos.

(54) GREWE and FABRI, *Droits constitutionnels européens*, París, 1995, p. 158; G. S. KATROUGALOS, «The Implementation of Social Rights in Europe», *Columbia Journal of European Law* (1996), p. 277.

La Constitución francesa de 1958 no contiene ninguna referencia a los derechos fundamentales. Sólo su preámbulo nombra la Declaración revolucionaria de 1789 y el preámbulo de la Constitución de la 4ª República (1946). El último contiene una lista de derechos económicos y sociales (55). En una audaz decisión de 16 de julio de 1971, el *Conseil constitutionnel* declaró que era competente para controlar la adecuación de las leyes a la Constitución, incluyendo ésta última el preámbulo, e incorporando a través suyo la Declaración de derechos del hombre de 1789 y el preámbulo de la Constitución de 1946. Esta resolución, comparable a la jurisprudencia sobre derechos fundamentales del TJCE, fue considerada una revolución jurídica dado el carácter formalista que había inspirado el constitucionalismo francés, y criticada por su fundamentación minimalista (56).

Poco más tarde, el 15 de enero de 1975, el *Conseil constitutionnel* decidió que la Ley del Aborto no violaba el derecho de los niños a la salud, otorgando de este modo a los derechos sociales carácter de parámetro de constitucionalidad. Decisiones posteriores trataron de los derechos de participación de los trabajadores en la empresa, derecho de huelga, etc. Dichos derechos están limitados por el interés general, y no pueden prevalecer sobre los derechos civiles y políticos (57). Otros derechos sociales han permanecido en la categoría de *programáticos*, como el derecho al trabajo (58) y el derecho a la vivienda (59).

(55) Que menciona el derecho al trabajo, la libertad sindical, el derecho a la huelga, a la negociación colectiva, etc. Véase el texto en C. LECLERCQ, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 9ª ed., Litec, 1995.

(56) Cf. J. RIVERO, *Actualité juridique* (1971), p. 537: «[E]l preámbulo de la Constitución de 1958 forma parte integrante de la misma. Tiene la misma fuerza jurídica que el resto del texto. El control de constitucionalidad se extiende de este modo a las disposiciones que consagra. Todo ello se apoya en un único considerando... Vista la Constitución, y especialmente su preámbulo... Si el turco es, según el Sr. Jourdain, una lengua que dice muchas cosas en pocas palabras [hace referencia al protagonista de *Le Bourgeois Gentilhomme*, de Molière], el francés de este considerando no tiene nada que envidiarle».

(57) Decisiones del *Conseil constitutionnel* de 20 de julio de 1988 y 25 de julio de 1989.

(58) Decisión del *Conseil constitutionnel* de 28 de mayo de 1983 [*Actualité juridique* (1983), p. 619, comentada por LE BRIS]: el Derecho «fija las reglas [...] a fin de permitir el ejercicio del derecho al trabajo por el mayor número posible de interesados».

(59) Decisión del *Conseil constitutionnel* de 19 de enero de 1995 [*Actualité juridique - droit administratif* (1995), comentada por B. JORION, p. 455]: «resulta de estos principios que la posibilidad de que toda persona disponga de una vivienda adecuada es un objetivo de valor constitucional».

Dos recientes decisiones del *Conseil Constitutionnel* pueden servir como ejemplo de la forma en que el control de constitucionalidad se ejerce en materia de derechos sociales (60). En suma, el Derecho constitucional francés ofrece cierta protección de algunos derechos sociales, gracias a una construcción jurisprudencial de su *Conseil Constitutionnel*.

La Constitución española incluye una lista de derechos económicos y sociales en el capítulo III de su Título I, bajo la rúbrica de «Principios rectores de la política social y económica». Se trata de una concreción de la definición del Estado español como «Estado social y democrático de Derecho» (artículo 1 de la Constitución). Ni siquiera reciben el nombre de derechos, y figuran excluidos del mecanismo del recurso de amparo, debiendo simplemente informar «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos»; y sólo «podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (artículo 53.3 de la Constitución). Además, la redacción dada por las Cortes Constituyentes parece justificar la concepción que hace de ellos una especie de principios programáticos que no pueden conferir por sí mismos derechos subjetivos que los ciudadanos puedan alegar y los tribunales deban proteger sin más, siendo necesaria una configuración legislativa adicional (61).

En cualquier caso, la práctica les ha dado algún valor como criterios interpretativos vinculantes para la aplicación de la legislación que los desarrolle (62). Algunas sentencias del TC, llamadas *aditivas* —figura existente en Derecho constitucional italiano, portugués y alemán— han extendido derechos sociales existentes a categorías de personas no contempladas en principio por la legislación en cuestión, poniendo en juego argumentos de igualdad ante la ley (63). La igualdad formal puede ser usada por los tribunales para dar sustancia a muchos derechos sociales, extendiendo al ámbito objetivo o personal de la aplicación de una ley (64), pero ello exige

(60) Decisiones de 21 de enero de 1997 y 20 de marzo de 1997. Comentadas por F. MELIN SOUCRAMANIEN y L. FAVOREU, en la *Revue française de Droit constitutionnel* (1997), p. 323.

(61) Cf. F. GARRIDO FALLA, «Comentario al artículo 53», en F. GARRIDO FALLA (ed.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, p. 50; F. J. AMORÓS DORDA, «Comentario introductorio al capítulo III del Título I», en O. ALZAGA VILLAAMIL (ed.), *Comentarios a las leyes políticas españolas*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1984, p. 8.

(62) SSTC 19/1982 y 104/1992.

(63) SSTC 103/1983 y 116/1983.

(64) Idéntica construcción ha sido usada por la *Corte costituzionale* italiana. Cf. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

un cierto grado de activismo judicial, que podría ser mal recibido por los otros poderes y producir desequilibrios presupuestarios. Algunos constitucionalistas americanos niegan como cuestión de principio a todos los tribunales, incluida la *Supreme Court*, la facultad de dictar sentencias que impliquen un mayor desembolso presupuestario (65). Pero también es cierto que la posibilidad de tratar estas decisiones judiciales como gastos extraordinarios, dentro de las múltiples excepciones que existen al principio de universalidad del presupuesto, resolvería fácilmente la objeción tradicional. Este tipo de sentencias aditivas son similares a ciertas decisiones del TJCE en materia de libre circulación de trabajadores, que obligan a las autoridades nacionales a conceder todo tipo de ventajas sociales a todos los trabajadores comunitarios.

Otros derechos sociales incluidos en la Constitución española pueden incluso conceder derechos subjetivos que han de ser protegidos por los tribunales (el derecho a la educación o el derecho a la seguridad social) (66), pero son siempre reducidos a su «contenido esencial» intangible para el legislador. Los límites de dichos contenidos esenciales aún no han sido trazados en la mayoría de los casos, pero es posible que sean bastante estrechos, ya que el TC ha afirmado que la realización de los derechos sociales depende de opciones políticas (67), y de una supuesta conciencia social de cada tiempo y lugar (68).

Algunos autores, tratando de superar estas limitaciones, han intentado extender la protección judicial de los derechos sociales conectándolos con otros derechos fundamentales susceptibles de amparo (como el derecho de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución). Podría también proponerse, con apoyo en el Derecho comparado (69), la interesante figura del control de constitucionalidad por omisión como medio para proteger los derechos sociales ante la inacción del legislador. Se trata de corrientes doctrinales interesantes que intentan dotar de sustancia propia a estos «principios rectores», ya que «la justicia constitucional no puede

(65) B. H. SIEGAN, «Constitutional Protection of Property and Economic Rights» *San Diego Law Review* (1992), p. 173.

(66) STC 37/1994.

(67) STC 222/1992.

(68) STC 37/1994.

(69) Cf. F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?», en J. L. IGLESIAS PRADA (coordinador), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Vol. IV, Civitas, 1996, p. 4281.

abdicar de su competencia de configuración sobre los derechos sociales, competencia naturalmente compartida con el legislador, y cuyos límites, sin entrar en la dogmática particular de cada derecho, es imposible trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible definido por la movediza conciencia social» (70).

Este corto recorrido por los Derecho francés y español ha mostrado que los derechos sociales reciben cierta protección en alguno de los Estados miembros. Lo importante para este tipo de derechos no es el nivel de protección, sino la propia existencia de la misma. Por ello, el Derecho comunitario debería garantizar que estos derechos sean protegidos en la medida de lo posible, según la naturaleza de cada derecho. De no ser así, los mismos conflictos que ocurrieron en el pasado en materia de derechos fundamentales —sobre todo entre el TJCE y los tribunales constitucionales italiano y alemán— podrían repetirse en materia de derechos sociales, y el importante principio de uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario se vería de nuevo en peligro. En efecto, los tribunales constitucionales nacionales podrían ejercitar una competencia residual para controlar cualquier normativa comunitaria que violase los derechos sociales conferidos por la constitución estatal correspondiente, ya que en el contexto de la Comunidad estos derechos no reciben una protección jurisdiccional adecuada. Los ciudadanos no pueden ser despojados de sus derechos estatales a causa de la integración europea, sin recibir al mismo tiempo similares derechos del ordenamiento jurídico comunitario. Si el TJCE adopta un nivel alto de protección en materia de derechos sociales es muy posible que los tribunales nacionales siguiesen el mismo camino, y que a la larga se produjera una especie de armonización o *spill-over* judicial, lo que redundaría en beneficio de los derechos del ciudadano y de la garantía de su protección. Tal vez no estuviera de más que el TJCE se anticipase a estos posibles conflictos teniendo en cuenta y protegiendo lo antes posible los derechos sociales cuando entran en peligro en conexión con el Derecho comunitario. La reforma del TCE llevada a cabo por el Tratado de Amsterdam podría abrir el camino.

(70) L. PRIETO SANCHÍS, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», *Revista del centro de estudios constitucionales* (1995), p. 57. En lo referente a España he tenido muy en cuenta este artículo.

VI. LOS DERECHOS SOCIALES Y EL TRATADO DE AMSTERDAM

El Tratado de Amsterdam (71), que aún no ha entrado en vigor (72), ha introducido algunas reformas interesantes en la línea de propuestas anteriores (73). Queda por ver si esta reforma puede justificar un cambio en la actitud del TJCE ante los derechos sociales. Con carácter general hay que expresar una cierta desilusión ante las reformas de Amsterdam en una materia que fue considerada, en el curso de la CIG, como «un problema existencial de la Unión al que se debe dar una solución» (74). Parecida valoración han recibido el resto de las reformas de Amsterdam (75). No obstante, es posible que el nuevo texto sirva al TJCE como un ligero apoyo para proteger de forma efectiva los derechos sociales.

El cuarto párrafo del preámbulo del TUE, reformado en Amsterdam, confirma la adhesión de los Estados «a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989». Esta novedad no podría por sí sola cambiar mucho, porque ya el preámbulo del Acta Única Europea se refería a la Carta Social Europea, a la igualdad y a la justicia social. A pesar de que el artículo 31.2 de la Convención de Viena de 1968 sobre interpretación de los Tratados establece que los preámbulos serán parte del

(71) Tratado de Amsterdam, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, de 2 de octubre de 1997.

(72) El Tratado de Amsterdam, y con él las modificaciones de los demás Tratados, «entrará en vigor el primer día del segundo mes siguiente al depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad» (artículo 14.2). Las ratificaciones por los Estados miembros se harán «de conformidad con sus respectivas normas constitucionales» (artículo 14.1).

(73) S. SCIARRA, *Verso una costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali dell'Unione europea*, EUI Working Paper LAW No. 96/1, p. 27-28. R. BLANPAIN, B. HEPPLÉ, S. SCIARRA and M. WEISS, *Fundamental Social Rights. Proposals for the European Union*, Peeters, 1996.

(74) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Les droits fondamentaux et la révision du traité sur l'Union Européenne», *Cahiers de Droit européen* (1996), p. 612.

(75) Cf. J.-V. LOUIS, «Le traité d'Amsterdam. Une occasion perdue?» (2/1997) *Revue du marché unique européen*, p. 5; F. DEHOUSSE, «Le Traité d'Amsterdam, reflet de la nouvelle Europe» (1997) *Cahiers de Droit européen*, p. 265.

contexto de interpretación de los tratados, y de que el TJCE ha usado el preámbulo del TCE en algunas ocasiones (76), es evidente que la introducción de dicha referencia en el preámbulo del Acta Única Europea ha tenido muy poca repercusión en el Derecho comunitario. A pesar del optimismo de algunos comentaristas que pensaron en aquel entonces que la Carta Social Europea pasaría a formar parte íntegra del Derecho comunitario y que tal paso sería tomado con facilidad por el TJCE (77), nada parecido sucedió. La dificultad estribaba en la precariedad de una competencia comunitaria en materia social. En ausencia de una competencia más extensa es difícil que el TJCE se decida a tomar ese paso.

Otras modificaciones debidas al Tratado de Amsterdam se refieren únicamente a derechos fundamentales y no parece que vayan a afectar a los derechos sociales, de modo que no entraremos a analizarlas (como la introducción del artículo 7 —antiguo F.1— TUE, o las reformas de los artículos 6.2 —antiguo F.2—, y 46 —antiguo L— del TUE).

Más importante podría ser la reforma del artículo 136 (antiguo 117) TCE, cuyo texto, a partir de la ratificación del Tratado, será el siguiente:

«La Comunidad y los Estados miembros, *teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989*, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social y el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

A tal fin, la Comunidad y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad.

(76) Asunto 26/62, *Van Gend en Loos*, Rec. 1963, p. 1 (el Tratado afecta a los pueblos, no sólo a los Estados); Dictamen 1/76, Rec. 1977, p. 741 (el Tratado obliga a los Estados a actuar de forma concertada).

(77) A. J. RILEY, «The European Social Charter and Community Law», *European Law Journal* (1989), p. 80.

Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el presente Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas.» (itálicas añadidas)

¿Cuál va a ser el alcance de esta novedad? Ya en 1991, Lenaerts, comentando una propuesta de reforma similar, arguyó que la misma podría conllevar una ampliación de la competencia comunitaria en materias sociales, e incluso una incorporación —similar al efecto de la enmienda 14 en la Constitución americana— de estos derechos a los ordenamientos jurídicos de los Estados (78). Dicha incorporación obligaría al TJCE a supervisar el respeto de los derechos fundamentales «en áreas que siguen perteneciendo sustancialmente a la esfera de competencia de los Estados miembros (y sin que la Comunidad tenga competencia normativa específica en este respecto)» (79). Su propuesta sería incluso más dinámica que el modelo americano, ya que «los derechos fundamentales incluidos en ella requieren una acción de las autoridades de los Estados miembros, y no simplemente que se abstengan de actuar en contravención de una lista de disposiciones constitucionales» (80).

Quizá tal opinión parezca demasiado arriesgada hoy en día, ya que todo lo relacionado con las competencias ha pasado a ser un tema espinoso en el Derecho comunitario. Parece más bien que la reforma de los artículos 136 y ss. constituye una ampliación *potencial* de la competencia comunitaria en materia social, es decir, que la competencia se mantiene en manos de los Estados en tanto en cuanto no haya sido ejercida por la Comunidad, y que sólo deviene comunitaria cuando es ejercida por la Comunidad mediante la adopción de Derecho derivado, por efecto de la llamada *preemption* (ocupación del campo normativo). Una vez que la Comunidad hubiese actuado en materia social, la misma entraría en el campo de sus competencias, y debería respetar los derechos sociales evocados en la nueva redacción del artículo 136 (antiguo 117) TCE. Lo mismo vale para los Estados que traspongan o ejecuten legislación comunitaria en estas materias. Pero si el TJCE, como parte de la Comunidad que

(78) Cf. LENAERTS, cit. nota 32, pp. 386 y ss., bajo el encabezado «*aspirational fundamental rights*».

(79) Ibid., p. 389.

(80) Ibid., p. 389.

es, tiene en cuenta el respeto de los derechos sociales por las incipientes políticas sociales de la Comunidad, ¿qué razón jurídica de peso podría impedirle que lo haga también en otras materias, como la aplicación de las normas de competencia o libre circulación?

En cualquier caso, la ampliación potencial de la competencia comunitaria en materia social como consecuencia del Tratado de Amsterdam sigue limitada por consideraciones de subsidiariedad (el párrafo 2.º del nuevo artículo 136 habla de respeto de «la diversidad de las prácticas nacionales»), sujeta a los imperativos de la competitividad y del mercado común, y además no puede afectar a ciertas materias delicadas. En efecto, el artículo 137.6 (antiguo 118.6) TCE excluye de la acción comunitaria todo lo relacionado con las remuneraciones, derecho de asociación y sindicación, derecho de huelga y derecho de cierre patronal, que quedan reservados a la mera colaboración entre los Estados (artículo 140 —antiguo 118 C— TCE). Dicha extensión potencial podría conllevar en el futuro una ampliación real de la competencia comunitaria —y consiguientemente de la competencia del TJCE—, pero no puede por sí sola justificar que el TJCE controle la actuación de los Estados en materias sociales donde la Comunidad aún no ha actuado. Por otra parte, que alguno de los derechos sociales queden excluidos de la actuación comunitaria no quiere decir que el TJCE no esté legitimado para protegerlos, sino que la Comunidad no puede legislar o fomentar activamente los mismos. De hecho, puede afirmarse que en materia de competencia comunitaria el TJCE ya tenía legitimidad para proteger los derechos sociales en virtud de su jurisprudencia general sobre derechos fundamentales, de modo que la reforma del artículo 136 operada por el Tratado de Amsterdam únicamente confirma la legitimidad y necesidad de tal control.

VII. CONCLUSIÓN

En la historia del constitucionalismo la igualdad formal es una conquista de la primera generación de derechos, mientras que la igualdad material sería consecuencia de la aparición de los derechos sociales. Estos últimos pueden justificar ciertas desigualdades formales por razones de justicia, desigualdades dirigidas a acercar a las personas en cuanto a sus oportunidades y a tener un efecto dinámico en la estructura de la sociedad. Los argumentos en favor de los derechos sociales no son acepta-

dos por quienes mantienen una concepción liberal de los derechos. Hasta la fecha, la Comunidad Europea ha basado su sistema de derechos (económicos, derivados del proceso de integración, y fundamentales) en un paradigma liberal, más propio del Estado del siglo pasado que de una entidad política contemporánea.

Una cierta dimensión social deriva de las disposiciones sobre libre circulación de trabajadores (81), que sólo garantizan la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y comunitarios. Esta igualdad de trato se refiere a las condiciones de trabajo y demás ventajas sociales de trabajadores nacionales, que han de ser extendidas a los comunitarios, con el fin de crear un único mercado de trabajo en la Europa comunitaria. El efecto real de la libre circulación de trabajadores podría ser también el de reducir, o igualar a la baja, por razones de competencia, los derechos de los trabajadores, sin que se infrinja —mientras haya igualdad de trato— el Derecho comunitario. A ello se refiere el tercer párrafo del nuevo artículo 136 TCE, al afirmar que el «funcionamiento del mercado común [...] favorecerá la armonización de los sistemas sociales». Dicha armonización es previsible, pero la misma puede también incidir negativamente en el contenido sustancial de los derechos.

Más allá del campo de acción de esta igualdad de trato asegurada por la libre circulación de trabajadores, existen ciertos derechos sociales que el Derecho comunitario puede violar. El TJCE debería asegurar su respeto con la misma seriedad que emplea al velar por la efectividad de las libertades económicas consagradas por el Tratado (82). Todos los derechos, sean de la primera o de la segunda o tercera generación, son complementarios e interdependientes. Sacrificar unos a cambio de otros podría producir graves problemas de legitimidad del sistema jurídico comunitario, además de resultados injustos a los particulares.

La nueva redacción dada al artículo 136 (antiguo 117) TCE por el Tratado de Amsterdam, una vez entre en vigor, podría servir al TJCE para

(81) El progreso realizado bajo el artículo 48 TCE ha sido analizado por C. BALL, «The Making of a Transnational Capitalist Society: The Court of Justice, Social Policy, and Individual Rights Under the European Community's Legal Order», *Harvard International Law Journal* (1996) p. 307.

(82) «Los intentos de proteger derechos básicos en el ordenamiento jurídico comunitario han de tener en cuenta el hecho de que, a no ser que dichos derechos operen al mismo nivel que las libertades fundamentales comunitarias recogidas en el [entonces] TCEE, serán casi inútiles, y su valor meramente retórico» (CLAPHAM, cit. nota 1, p. 65).

encontrar una base textual que le impulse incluir a los derechos sociales en la construcción jurídica que ha utilizado para velar por el respeto de los derechos fundamentales. La Carta Social Europea y la Carta comunitaria tendrían un papel similar al que hasta ahora ha desempeñado el CEDH en este campo del Derecho comunitario. En cierto modo, el primer paso —la protección de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario— fue mucho más audaz por parte del TJCE, pues carecía de toda base textual en el Tratado. El nuevo artículo 136 se limita a obligar a la Comunidad a tener presentes los derechos sociales, pero el TJCE también se ve afectado por esta obligación, como parte que es de la Comunidad. Parece por ello necesario que Tribunal comience a considerar los derechos sociales como parte de los derechos fundamentales que protege como principios generales del Derecho comunitario.

La protección de los derechos sociales en el Derecho comunitario sería una forma de evitar futuros conflictos con algunos tribunales constitucionales que sí protejan dichos derechos. Asimismo, se dejaría claro que la Comunidad no trata únicamente de integrar los mercados, asegurar la competencia, y favorecer a empresarios y comerciantes, sino que promueve, aun en conflicto con los principios jurídicos y valores del mercado, otros valores igualmente legítimos reflejados en los derechos sociales, que no deben de ser limitados por la actuación de órganos políticos supranacionales. El Derecho constitucional económico comunitario necesita de los derechos sociales para reflejar de forma sustancial el principio social de la Comunidad y contrarrestar la fuerza expansiva del principio liberal de mercado contenido en las normas de competencia y libre circulación de los factores económicos.