

El sexto tranco (Acotaciones a la larga marcha hacia la Europa social)

Manuel Aznar López

«... quod quum ea sit origo civitatum omnium, ut esset in unaquaque earum locus, in quo dandis atque accipiendis beneficiis, et mutua subventione coalesceret caritas, et firmaretur societas hominum».

(Juan Luis VIVES, *De subventione pauperum.*)

SUMARIO: 1. ISAGOGUE SOBRE MITOS Y QUIMERAS.—2. EL MITO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES.—3. LA QUIMERA DEL ESTADO DE BIENESTAR.—4. LOS CINCO PRIMEROS TRANCOS DE LA LARGA MARCHA HACIA LA EUROPA SOCIAL.—5. PROPUESTAS PARA EL SIGUIENTE TRANCO: EL INFORME DEL COMITÉ DE SABIOS.—6. EL SEXTO TRANCO: EL TRATADO DE ÁMSTERDAM.—7. EPÍTOME: HACIA EL SÉPTIMO TRANCO.

1. ISAGOGUE SOBRE MITOS Y QUIMERAS

Mitos y quimeras son una constante en la historia, acaso porque el hombre, de cuando en cuando, necesita engañarse, en mayor o menor medida, para poder sobrevivir. El origen de la identidad de esa pequeña península de Asia, que ha recibido el nombre de Europa, está también vinculado, como es notorio, a un relato mítico.

Hoy, viejos mitos, como el rapto de Europa, han sido sustituidos por otra mitología más acomodada a la altura de los tiempos. Precisamente de un mito y de una quimera, que tienen algo que ver con la nueva Europa en construcción, trata el presente excursus.

En efecto, en la que, evocando un hecho de la historia contemporánea, he denominado en otro lugar la larga marcha hacia los derechos sociales de los ciudadanos europeos¹, dos propuestas para compensar el déficit congénito de lo social en el proceso de integración europea, referida una a los derechos sociales, atinente la segunda a las políticas sociales, parecen concitar especialmente la atención: de un lado, el reconocimiento de los derechos sociales en el marco del Derecho primario de la Comunidad Europea; de otro, el mantenimiento del Estado de Bienestar, modelo al que supuestamente responderían los países miembros de la Unión Europea. Sin embargo, como seguidamente se verá, ello supone proponer un mito y confiar en una quimera.

Se tratará, por tanto, aquí, en primer término, de la conveniencia de situar en sus justos términos el reconocimiento constitucional de los derechos sociales, para procurar más tarde aportar argumentos que puedan contribuir a patentizar la irrealidad presente del Estado de Bienestar. Hecho esto, se recordará sucintamente el trecho ya recorrido en la larga marcha hacia la Europa social, para analizar acto seguido las propuestas contenidas en el llamado Informe del Comité de Sabios, y tomar finalmente el pulso a la situación tras el Tratado de Amsterdam. Por último, a lo largo del *iter* que se propone, se procurará, cuando ello fuera posible, entroncar todo ello con el contexto español.

2. EL MITO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Así pues, el primer mito que es preciso desenmascarar es el de la trascendencia de la constitucionalización de los derechos sociales. Es muy cierto que el reconocimiento constitucional de estos derechos no es asunto desdeñable, pero su importancia debe apreciarse, en todo caso, en términos relativos. Demostración de ello es el caso del Reino Unido, país donde los derechos sociales gozan de amplio arraigo y han alcanzado un notable desarrollo, pese a la naturaleza consuetudinaria y en gran medida no escrita de su Constitución, o el de Francia, cuya Constitución vigente tan sólo tiene una parte orgánica, estando constituida la parte dogmática de sus normas constitucionales por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y por el preámbulo de la Constitución de 1946.

Para no magnificar la importancia de la inclusión del reconocimiento de los derechos sociales en los textos constitucionales conviene reparar en un caso como el alemán. En Alemania, la Constitución de Weimar, de 14

¹ M. AZNAR LÓPEZ: «Los derechos de los ciudadanos y el acceso a los servicios. Perspectivas nacional y comunitaria», en *La Europa social a debate*, Salamanca, Junta de Castilla y León, 1994, págs. 197-208.

de agosto de 1919, reconoció con profusión y generosidad los derechos sociales. Sin embargo, el abismo que separó el énfasis puesto en el texto constitucional en el reconocimiento de estos derechos y su enteca plasmación práctica² aconsejó que la Ley Fundamental de Bonn, con un criterio realista, no contemplara apenas derechos sociales³. El amplio desarrollo de los derechos sociales en Alemania, en contraste con la referida circunstancia, vuelve, de nuevo, a patentizar la relatividad de la importancia del reconocimiento constitucional de aquéllos.

Esta misma relatividad se aprecia si se comparan los mecanismos de garantía de los derechos sociales con los de los derechos civiles y políticos. Un ejemplo paradigmático de ello es precisamente la Constitución española, donde, si bien los derechos sociales son reconocidos con profusión, su nivel de garantía es, salvo alguna excepción —derecho a la educación; derecho de huelga; libertad sindical—, menor que el de la mayor parte de los derechos de contenido civil o político. Muy significativa resulta a este respecto la huida del constituyente, al evitar el expreso uso del término «derecho» al reconocer los de carácter social, para enmascararlos en la vergonzante rúbrica de «principios rectores de la política social y económica».

Este déficit de garantías de los derechos sociales, si se compara con el aplicado a los derechos civiles y políticos, no es, empero, privativo de los textos constitucionales. Los instrumentos internacionales son, en efecto, otro ámbito en el que se opera una decisiva diferenciación entre unos y otros derechos a la hora de establecerse los mecanismos de garantía. Como ejemplo paradigmático de ello pueden traerse a colación los distintos procedimientos de garantía de los instrumentos de la Organización de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa.

En el primero de estos casos, si se comparan las garantías establecidas, respectivamente, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se advertirá que aquél prevé un sistema de control fundamentado en la presentación, por parte de los Estados, de informes sobre las medidas que hayan adoptado y los progresos que hayan logrado, mientras que en el segundo de los instrumentos referidos, el Protocolo Facultativo de dicho Pacto abre la posibilidad de que el Comité de Derechos Humanos pueda incluso recibir y considerar comunicaciones de particulares que aleguen ser víctimas de una violación de los derechos reconocidos.

También la comparación entre los cauces establecidos para garantizar la efectividad de los derechos contemplados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamenta-

² Ya que los derechos sociales eran normas meramente programáticas, sin eficacia práctica ni fuerza de obligar (E. CARMONA CUENCA: «Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica», en *Revista de Ciencias Políticas*, n.º 76, 1992, pág. 104).

³ En tal sentido, la doctrina alemana pone de relieve los inconvenientes que acarrearía una garantía de derechos fundamentales que dependa en gran medida del legislador o del presupuesto estatal (ver K. STERN: «El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 1, 1988, pág. 264).

les, de un lado, y en la Carta Social Europea, de otro, lleva a un resultado análogo. El Convenio Europeo, en efecto, establece un sistema de garantía al que tienen acceso las personas físicas, las organizaciones no gubernamentales y los grupos de particulares que se consideren víctimas de una violación de los derechos reconocidos. Por su parte, la Carta Social Europea prevé un procedimiento de control basado en los informes de las Partes Contratantes, las observaciones a las mismas por parte de las organizaciones de empresarios y de trabajadores y el examen de los informes por un comité de expertos independientes, adoptando el Comité de Ministros, tras el informe del Comité Gubernamental, la resolución correspondiente, que podrá contener recomendaciones a cada una de las Partes Contratantes⁴. El Protocolo Adicional de 9 de noviembre de 1995 recoge un sistema de reclamaciones colectivas, que podrán ser formuladas por organizaciones de empresarios y de trabajadores y por organizaciones no gubernamentales⁵, pero ni uno ni otro procedimiento de control abren la posibilidad de que las personas físicas puedan presentar reclamaciones.

El valor de los derechos está en relación directamente proporcional al valor de sus garantías, por lo que el menor nivel de éstas en el caso de los derechos sociales, comparado con el aplicado a los derechos de contenido civil y político, permite sacar indudables consecuencias respecto de la mayor debilidad de los primeros en relación a los segundos.

Constatada la realidad de la preterición de los derechos sociales, pueden plantearse las causas de la misma. A tal efecto, la primera de ellas podría radicar en la estructura de ambas clases de derechos. En efecto, los de contenido civil o político suelen manifestarse en forma de libertades públicas, mientras que los derechos sociales adoptan usualmente la forma de derechos prestacionales. Es muy cierto, sin embargo, que esta diferenciación no es tan nítida en muchos supuestos, al existir casos en los que el haz de la libertad pública se combina con el envés del derecho prestacional, como tampoco pueden entrelazarse sin más y de modo automático los pares derecho civil-libertad pública y derecho social-derecho prestacional, ya que la distinción se establecerá, más lógicamente, en dos planos diferentes: según el contenido, entre derechos civiles y derechos sociales; y según el modo de satisfacción, entre libertades públicas y derechos prestacionales. En tal sentido, lo usual será que los derechos civiles y políticos se configuren conforme al esquema de las libertades públicas y que los derechos sociales se plasmen en derechos de prestación. Sin embargo, pese a esta regla general, no faltan ejemplos de derechos sociales para cuya satisfacción resultará suficiente una posición de abstención por parte del Esta-

⁴ Artículos 21 a 29 de la Carta Social Europea, según la redacción dada por el Protocolo de 21 de octubre de 1991.

⁵ Con ello se viene a colmar una laguna que la doctrina había advertido (cf. H. C. BARTOLOMEI DE LA CRUZ: «El seguimiento y control de aplicación de los instrumentos normativos del Consejo de Europa: La Carta Social Europea y el Código Social Europeo de Seguridad Social», en *Revista de Seguridad Social*, n.º 39, 1988, pág. 273; M. RODRÍGUEZ PIÑERO: «La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación», en *Revista de Política Social*, n.º 118, 1978, pág. 33).

do (vgr., derecho de huelga), como también existen tanto derechos civiles y políticos, como derechos sociales, que combinan ambas facetas. Así, en el primer caso, puede citarse el derecho a la tutela judicial efectiva, el cual, al lado de la abstención del Estado en orden a poner obstáculos jurídicos o fácticos que impidan el acceso a los tribunales, demanda una acción positiva para permitir dicho acceso a quienes carezcan de medios económicos, a través, entre otros medios posibles, del beneficio de justicia gratuita; y, en el segundo caso, puede traerse a colación el derecho a la educación, en el que, junto al aspecto prestacional, que obliga al Estado a disponer los medios precisos para el efectivo goce del mismo, se contempla la libertad de enseñanza, cuyo ejercicio el Estado debe abstenerse de obstaculizar.

En tal sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 9 de octubre de 1979, dictada en el caso *Airey*, ha dejado claramente sentado que «*si bien el Convenio [Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales] recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social*», de modo que «*no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio*». No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce a la postre las diferencias entre las libertades públicas y los derechos prestacionales, al señalar que «*la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica*».

Por ello, es lo cierto que, pese a no poderse mantener de forma tajante la separación de las libertades públicas y de los derechos prestacionales⁶, todavía puede hablarse de las distintas posiciones del Estado en razón a ambas modalidades de derechos, por cuanto en la mayoría de los derechos civiles y políticos se impondrá tan sólo a los poderes públicos un deber de abstención, mientras que en la mayoría de los derechos sociales los poderes públicos vendrán obligados a desarrollar una acción positiva dirigida a procurar su plasmación práctica⁷. De este modo, bajo la garantía más débil de los derechos sociales subyace, en definitiva, la mayor dificultad y el coste financiero que comporta asegurar su efectivo disfrute⁸. A ello podría añadirse la mayor indeterminación del contenido de los de-

⁶ Lo que ha llevado a propugnar una reformulación integradora de los derechos fundamentales (ver G. PECES-BARBA: «Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales», en *Derechos económicos, sociales y culturales*, Murcia, Universidad de Murcia, 1981, pág. 63).

⁷ Por tanto, hasta el momento en que se establezca la organización necesaria para satisfacer el derecho, éste será únicamente virtual (ver C. A. COLLIARD: *Libertés publiques*, 6.^a ed., París, Dalloz, 1982, pág. 28; J. RIVERO: *Les libertés publiques*, tomo I, 3.^a ed., París, Presses Universitaires de France, 1981, pág. 122).

⁸ También se han traído a colación otras posibles causas para explicar la inexistencia de una teoría jurídico-constitucional capaz de asegurar la protección de los derechos sociales, como es su gran heterogeneidad y su reciente aparición y confusa reglamentación en los textos constitucionales. Sin embargo, incluso cuando se apuntan estas causas, se admite a la postre que, en realidad, la lábil articulación de los derechos sociales está relacionada con circunstancias metajurídicas, como son los recursos financieros de una determinada sociedad, más que con elementos de naturaleza jurídica (cf. F. VALLESPÍN OÑA: «Estado de Bienestar y Constitución», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 1, 1988, pág. 131).

rechos sociales, en su faceta prestacional, por las vías alternativas a las que puede acudir para satisfacer el derecho, lo que proporciona al Estado un amplio margen de discrecionalidad a la hora de escoger dichas vías y de concretar, como consecuencia de ello, el contenido del derecho⁹.

La dicotomía libertades públicas-derechos prestacionales tiene también su reflejo en la esfera de la posición jurídica de los ciudadanos, más debilitada, por lo general, respecto de los derechos prestacionales. A este respecto, la jurisprudencia constitucional española viene a conceptualizar la posición jurídica del ciudadano en relación con el establecimiento de la organización prestacional como un derecho de aplicación progresiva, que no puede ser exigido de forma inmediata, estando su efectividad condicionada a los medios disponibles. Una vez establecida la referida organización, podrá ya reconocerse el acceso a las prestaciones concretas como un derecho subjetivo¹⁰.

Es menester, por tanto, concluir sosteniendo que, tanto por la debilidad de los mecanismos de garantía como por la endeblez de la posición jurídica de los ciudadanos, el reconocimiento constitucional de los derechos sociales tiene una importancia que, sin menospreciarla, es muy relativa en cuanto a su efectividad práctica.

3. LA QUIMERA DEL ESTADO DE BIENESTAR

La segunda operación desmitificadora que es preciso realizar con urgencia atañe al Estado de Bienestar. En efecto, los análisis *à la page*, por muy divergentes que sean, parten de un lugar común, consistente en aceptar como un hecho poco menos que inconcuso la acomodación de la situación existente en los Estados miembros de la Unión Europea al modelo que ha dado en denominarse «Estado de Bienestar». Desde este lugar común, las líneas analíticas divergen, situándose entre dos extremos: aquel en que se atrincheran quienes son calificados por sus oponentes como «neoliberales», los cuales denuncian los inconvenientes de este modelo de Estado y proponen su desmantelamiento; y aquel en que se encastillan quienes asumen la defensa irreductible del mismo. Entre una y otra posición, las posturas pueden ofrecer matices *ad infinitum*.

Este debate interminable y apasionado sobre el Estado de Bienestar es, sin duda, un ejercicio intelectualmente atractivo, pero perfectamente inútil, al versar sobre una quimera. Debatir sobre las bondades o la maldades del Estado de Bienestar es, por tanto, como discutir acerca de la piedra filosofal.

En tal sentido, ha de pararse mientes en que la apreciación sobre el

⁹ Cf. J. RIVERO: *ob. cit.*, pág. 122.

¹⁰ En este sentido, sentencia del Tribunal Constitucional 172/1989, de 19 de octubre, sobre el derecho de los condenados a pena de prisión al trabajo y a la Seguridad Social.

grado de implantación del Estado de Bienestar se realiza usualmente tomando en consideración el nivel de gastos sociales. Así, el discurso predominante viene a establecer una relación directa de proporcionalidad entre gastos sociales y Estado de Bienestar, de modo que a mayor gasto social se correspondería una acentuación de dicho modelo de Estado, y viceversa.

Sostenida por unos por mera impremeditación, mantenida por otros por motivos espurios y reproducida por los más por un mimetismo acrítico, la tesis referida es, empero, insostenible si se analizan los elementos básicos que definen el modelo denominado «Estado de Bienestar». Salir al paso de esta tesis es, por tanto, una tarea tan urgente como inesquivable, desde la perspectiva de la honestidad intelectual.

En efecto, quienes mantienen la tesis denunciada olvidan, en primer término y ante todo, que el principal objetivo del Estado de Bienestar, ya desde su formulación clásica, es el pleno empleo¹¹. Por tanto, aun admitiendo la dificultad de alcanzar plenamente este objetivo, para poder considerar que concurre el requisito *sine qua non* para la existencia del Estado de Bienestar habría de darse la denominada «tasa de desempleo de pleno empleo», es decir, que el desempleo significara un porcentaje de la población activa que, aunque no llegara al 3 por 100 propuesto por BEVERIDGE¹², constituyera una cifra razonable, de la que pueden considerarse alejadas unas tasas de desempleo que, para el caso concreto de España, se situaban, en el año 1997, conforme a los datos de la Encuesta de Población Activa, en torno al 20 por 100 de la misma.

Más sostenible es, en apariencia, la relación directa que se establece entre el incremento de los gastos sociales y la acentuación del Estado de Bienestar y, sin embargo, es una patraña que urge esclarecer. Ningún fundamento tiene, en efecto, esta pretendida relación, de modo que ni es cierto que un aumento de los gastos sociales conlleve por fuerza una mayor implantación del Estado de Bienestar, como tampoco lo es que una disminución de estos gastos implique necesariamente una menor implantación de dicho modelo de Estado. A tal conclusión se llega si, en lugar de limitarse a realizar un examen cuantitativo de la evolución de los gastos sociales, se lleva a cabo un análisis cualitativo. No basta, por tanto, saber cuánto se gasta, sino que también es preciso conocer en qué, para qué y cómo se gasta.

El ejemplo de las prestaciones por desempleo es paradigmático a este respecto. Si, como antes se ha indicado, el pleno empleo es la característica principal del Estado de Bienestar, el incremento del gasto en prestaciones sociales por desempleo estaría indicando precisamente el fracaso de este modelo de Estado. En este sentido, no parece ocioso recordar que,

¹¹ Sobre el pleno empleo como objetivo primordial del Estado de Bienestar, ver N. JOHNSON: *El Estado de Bienestar en transición. La teoría y la práctica del pluralismo de bienestar*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, pág. 17.

¹² *Antología de Beveridge* (compilación K. WILLIAMS y J. WILLIAMS), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, pág. 184.

conforme a los últimos datos disponibles del sistema estadístico *Eurostat Seepros*, correspondientes al año 1993, España ocupaba el primer puesto entre los países de la Unión Europea en los gastos de protección social por desempleo en términos porcentuales respecto de la totalidad de los gastos corrientes en protección social¹³, llevando el análisis de la evolución de estos gastos desde 1980 a 1993 a la conclusión de que su incremento en España durante el citado período fue debido, en un porcentaje muy apreciable y, desde luego, muy superior al promedio de la Unión Europea, al aumento de los gastos en protección por desempleo. Más en concreto, el análisis de esta evolución muestra que el incremento de los gastos sociales en España durante el citado período fue, en porcentaje del PIB, 1,2 puntos superior al conjunto de los Estados miembros de la Unión Europea, pero si se excluyeran los gastos en protección por desempleo el incremento del total de los gastos corrientes en protección social en España habría sido 0,1 puntos inferior al aumento experimentado en el conjunto de dichos países¹⁴. Ello quiere indicar, lisa y llanamente, que el mayor aumento de estos gastos en España respecto del conjunto de la Unión Europea durante el citado período se debió, única y exclusivamente, a la protección por desempleo.

En consecuencia, el análisis de la evolución de los gastos sociales en dicho período permite llegar justamente a la conclusión contraria a la que suele darse por aparentemente inconcusa. En efecto, la reducción de la distancia existente entre el total de gastos sociales en España y el promedio de los mismos en el conjunto de los países miembros de la Unión Europea, en porcentaje del PIB, en el período considerado, al deberse tan sólo al incremento de los gastos en protección por desempleo, indicaba precisamente el alejamiento del Estado de Bienestar, si éste se mide conforme al factor del nivel del gasto social y por comparación al conjunto de dichos países.

No es el gasto en protección por desempleo el único ejemplo al que puede acudir para demostrar que no siempre el aumento de los gastos sociales significa un incremento de la dosis del Estado de Bienestar, pero no parece necesario aludir a otros casos¹⁵ para ilustrar la certeza de una aparente paradoja: no todo crecimiento del gasto social significa un incremento del Estado de Bienestar. Es más, la disminución de los gastos sociales puede significar, por paradójico que pudiera parecer, un refuerzo del Estado de Bienestar, si dicha disminución, por ejemplo, se produjera en los gastos de protección por desempleo, como consecuencia del incremento de la ocupación y del correlativo descenso de la tasa del paro.

¹³ Más en concreto, en el citado año, España dedicaba el 19,9 por 100 de dichos gastos a la función «desempleo», siendo los países que le seguían Irlanda, con un 13,8 por 100, y Dinamarca, con un 12,3 por 100 (ver *La protección social en Europa*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1996, pág. 67).

¹⁴ Ver *La protección social en Europa*, cit., pág. 61.

¹⁵ Me remito, para ello, a mi trabajo «El pretendido Estado de Bienestar en España: Elementos para una evaluación», en *Estado de Bienestar: Perspectivas y límites*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1998, pág. 93.

En suma, lejos de poder afirmarse que todo incremento de los gastos sociales indica una mayor consolidación del Estado de Bienestar, es menester señalar que puede haber casos en que suceda precisamente lo contrario, de modo que a mayor gasto social se corresponda una menor implantación de dicho modelo de Estado.

Otra de las circunstancias que pone en tela de juicio el quimérico Estado de Bienestar es la persistencia de la pobreza. En lo que a España se refiere, las cifras disponibles permiten concluir que se ha producido un acusado descenso de la pobreza severa¹⁶. Sin embargo, pese a que también se ha producido una disminución de la pobreza relativa, su caída ha sido mucho menos significativa, de modo que esta lacra continúa afectando a un amplio segmento de la población española¹⁷.

En consecuencia, la magnitud del desempleo y la persistencia de la pobreza en amplios segmentos de la población me impiden compartir la aparentemente inconscusa opinión sobre la realidad del Estado de Bienestar, al cual, a falta de la concurrencia de una razonable tasa de desempleo de pleno empleo —que no ya de este último— y de la subsistencia significativa de la pobreza, no tengo, por el momento, sino por una quimera.

4. LOS CINCO PRIMEROS TRANCOS DE LA LARGA MARCHA HACIA LA EUROPA SOCIAL

En el mismo lugar en que, como antes he indicado, hablaba de la larga marcha hacia los derechos sociales, comparaba además a la Unión Europea con un inmortal personaje literario de nuestro Siglo de Oro, el diablo cojuelo: diablo, por la complejidad del marco jurídico comunitario; cojuelo, por la congénita cortedad de la extremidad social respecto de la extremidad económica¹⁸. Así pues, el envite no es desdeñable, pues al dilatado trayecto que ha de afrontarse se une el ingénito desequilibrio deambulatorio del caminante.

En el mentado lugar, a modo y manera de la novela de Luis VÉLEZ DE GUEVARA, dividía el itinerario recorrido a la sazón en cinco trancos. El primero de ellos abarcaba la libertad de circulación de los trabajadores. A tal efecto, cabe recordar que el Tratado de Roma, que instituyó la Comunidad Económica Europea, incluyó la libertad de circulación de personas entre los fundamentos del mercado común, en sus vertientes de libertad de circulación, que se refería a los trabajadores por cuenta ajena, y del de-

¹⁶ Tomando como criterio el gasto, la pobreza severa, considerando como tal la situada bajo la línea del 25 por 100 del gasto medio equivalente, descendió, en porcentaje de la población total, del 3,1 al 2,1 por 100 en el período 1974-1991 (ver *La pobreza y la exclusión social en España*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1997, pág. 12).

¹⁷ Siguiendo el mismo criterio, la pobreza relativa descendió desde el 21,6 por 100 en 1974 hasta el 19 por 100 en 1991 (ver *La pobreza y la exclusión social en España*, cit., pág. 12).

¹⁸ M. AZNAR LÓPEZ: «Los derechos de los ciudadanos y el acceso a los servicios: perspectivas nacional y comunitaria», cit., pág. 176.

recho de establecimiento y la libre prestación de servicios, atinentes a los trabajadores no asalariados y a la creación y gestión de empresas.

El desarrollo de la libertad de circulación de los trabajadores por cuenta ajena fue iniciado con presteza, plasmándose en reglamentos y en directivas¹⁹. La libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento han encontrado mayores dificultades para su efectiva implantación que la libertad de circulación de trabajadores asalariados²⁰, pero, en todo caso, uno y otra quedaban limitadas por referirse únicamente a los trabajadores y no a los ciudadanos como tales. En esta época se aprueban, asimismo, importantes disposiciones sobre coordinación en materia de Seguridad Social²¹.

El segundo tranco comenzó con la aprobación, en el año 1974, del primer Programa de Acción Social, por Resolución de 21 de enero de dicho año, cuyo preámbulo atribuyó a la política social una función propia dentro de la Comunidad Europea. En esta etapa, los avances de mayor importancia se produjeron en la igualdad entre el hombre y la mujer en los ámbitos laboral y de la Seguridad Social, con la consiguiente eliminación de los supuestos discriminatorios por razón de sexo que existieran en los ordenamientos de los Estados miembros²².

El tercer tranco se inició, en el año 1986, con el Acta Única Europea, que no aportó modificaciones sustanciales en los fundamentos jurídicos de la política social comunitaria, si bien puso el acento en aspectos tales como la salud y la seguridad de los trabajadores²³, además de prever el establecimiento, antes del 31 de enero de 1992, del mercado interior, en el que estaría garantizada la libre circulación de las personas, lo que dio lugar a que se avanzara hacia la deslaboralización y generalización del derecho de residencia²⁴.

¹⁹ Así, por orden cronológico, Reglamento 15/61, de 16-8-1961; Directiva 64/221, de 25-2-1964; Reglamento 38/64, de 25-3-1964; Directiva 64/240, de 25-3-1964; Reglamento 1612/1968, de 15-10-1968, modificado por los Reglamentos 312/76, de 9-2-1976, y 2432/92, de 27-7-1992; Directiva 68/360, de 15-10-1968; Reglamento 1251/1970, de 29-6-1970; Directiva 72/194, de 18-5-1972; Reglamento 312/76, de 9-2-1976; y Directiva 77/486, de 25-7-1977.

²⁰ No obstante, por aquel entonces se aprobaron las Directivas 73/148, de 21-5-1973; 75/34, de 17-12-1974; y 75/35, de 17-12-1974. Las dificultades principales se referían al ejercicio de las profesiones liberales.

²¹ Reglamento 3/58, de 29-9-1958; Reglamento 4/58, de 3-12-1958; Reglamento 1408/71, de 14-6-1971; y Reglamento 574/72, de 21-3-1972.

²² Directivas 75/117, de 10-2-1975 (retribuciones); 76/207, de 9-2-1976 (acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo); 79/7, de 19-12-1978 (Seguridad Social); 86/378, de 24-7-1986, modificada por la 96/97, de 20-12-1996 (regímenes profesionales de Seguridad Social); y 86/613, de 11-12-1986 (actividades autónomas y protección de la maternidad). Junto a ellas pueden citarse las adoptadas para la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en otros aspectos del Derecho laboral y, más en concreto, las Directivas 75/129, de 17-2-1975, modificada posteriormente por la 92/56, de 24-6-1992 (despidos colectivos); 77/187, de 14-2-1977 (derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas); y 80/987, de 20-10-1980, modificada por la 87/164, de 2-3-1987 (protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario).

²³ Son numerosas las directivas aprobadas en este campo, en especial tras la Directiva marco 89/391, de 12-6-1989.

²⁴ Directivas 90/364, 90/365 y 90/366, todas ellas de 28-6-1990, sustituida la última de ellas por la Directiva 93/96, de 29-10-1993. No obstante, en el ámbito doctrinal se ha resaltado la ambivalen-

El comienzo del cuarto tranco puede fijarse en el año 1989, en que el Consejo Europeo adoptó la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores²⁵. Con independencia de la peculiar naturaleza jurídica de este instrumento²⁶, su propia denominación denota su restricción, al referirse a los trabajadores y no a los ciudadanos como tales²⁷, aunque se abrían en la Carta ciertos resquicios a aspectos extralaborales, como eran, entre otros, la garantía de recursos y prestaciones suficientes y las medidas para favorecer la integración social de las personas con discapacidad. Sin embargo, desde la perspectiva de las garantías, debe resaltarse la imposibilidad de exigir directamente los derechos contemplados en la Carta a través del cauce de los tribunales comunitarios. Se ha señalado, por ello, que la Carta es una declaración de principios vacíos de contenido efectivo, no pasando de ser un documento programático²⁸, y se ha resaltado su carácter jurídicamente no vinculante²⁹, no reconociendo, en estricto sentido jurídico, auténticos derechos sociales como derechos fundamentales³⁰, por lo que no pasa de ser un documento con un valor moral y político³¹. Para la aplicación de la Carta, la Comisión elaboró un programa de acción, cuyo reflejo normativo no ha sido importante³².

cia de estas directivas, ya que, junto al reconocimiento del derecho a la libre circulación de personas no activas, condicionan el derecho de residencia a la disposición, por parte de aquéllas, de suficientes recursos económicos y de la cobertura de un seguro de enfermedad (cf. F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL: *El Derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1994, pág. 94).

²⁵ Consejo Europeo celebrado en Estrasburgo los días 8 y 9 de diciembre de 1989.

²⁶ Ya que no puede ser clasificado en ninguna de las categorías normativas del Derecho internacional o del ordenamiento jurídico comunitario (ver al respecto E. VALDÉS DAL-RE: «La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores», en *El espacio social europeo*, Valladolid, Lex Nova, 1991, págs. 25-29; M. RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO-FERRER: «Los derechos sociales en la dimensión europea»; en *El espacio social europeo...*, cit., pág. 45). De ahí que la Carta haya sido calificada como «instrumento atípico de cooperación europeo de carácter paracomunitario o metacomunitario» [cf. J. L. MONEREO PÉREZ: «Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Caracterización técnica y significación jurídica y política ante el Tratado de la Unión Europea (I)», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 56, 1992, pág. 853].

²⁷ Se ha resaltado, en tal sentido, que el anteproyecto de la Carta, elaborado por la Comisión, se refería a la noción de «ciudadanos», siendo ésta cambiada en el texto definitivo por la de «trabajadores» (ver P. MARTIN: «Le droit social communautaire: droit commun des États membres de la Communauté européenne en matière sociale?», en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 4, 1994, pág. 630).

²⁸ J. M. GALIANA MORENO: «El lento camino de gestación de la política social comunitaria: desde el Tratado de Roma a la cumbre de Maastricht», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 58, 1993, pág. 189. En el mismo sentido, se ha hablado del «entusiasmo programático» de la Carta, calificándola de «texto tan ensalzado en su ambición como corto en su alcance real» (cf. A. MONTÓYA MELGAR, J. M. GALIANA MORENO y A. V. SEMPÉRRE NAVARRO: *Derecho social europeo*, Madrid, Tecnos, 1994, pág. 30).

²⁹ J. L. MONEREO PÉREZ: *ob. cit.*, págs. 854-856.

³⁰ Si bien los proclamaría, según alguna opinión doctrinal, como «valores superiores no positivizados todavía en el Derecho social comunitario, pero susceptibles de tener una virtualidad jurídico-práctica como fuentes de inspiración y orientación» (*Ibid.*, pág. 881).

³¹ Aunque establece, según un criterio doctrinal, «una pauta superior de inspiración e interpretación» [cf. J. L. MONEREO PÉREZ: «Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Caracterización técnica y significación jurídica y política ante el Tratado de la Unión Europea (y II)», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 57, 1993, págs. 61 y 76-77].

³² De las disposiciones jurídicas que están en relación con la Carta puede citarse la Directiva 91/533, de 14-10-1991 (información al trabajador sobre condiciones aplicables a la relación laboral).

El Tratado de la Unión Europea inauguró el quinto tranco, abriendo nuevas perspectivas, al crear la ciudadanía europea. Sin embargo, el Tratado no reconoció a los ciudadanos de la Unión un elenco extenso de derechos, sino, antes bien, una parva gama de ellos, si bien es menester recordar que entre los mismos figuraba el de la libertad de circulación y de residencia, que se reconocía al ciudadano en cuanto tal. Pese a ello, la doctrina ha hecho notar las condiciones restrictivas a que se sujetaba la referida libertad³³. De otra parte, y entre otros extremos, el Tratado estableció la figura del Defensor del Pueblo, como órgano de control de las instituciones y órganos comunitarios.

Junto al Tratado debe citarse el Protocolo relativo a la política social³⁴, en cuyo Acuerdo anexo³⁵ se afirma el propósito de aplicar la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores³⁶.

5. PROPUESTAS PARA EL SIGUIENTE TRANCO: EL INFORME DEL COMITÉ DE SABIOS

Tras el examen de los tres aspectos anteriores, estamos en condiciones de analizar las propuestas recogidas en el informe elaborado por el denominado «Comité de Sabios»³⁷, como consecuencia del trabajo que este Comité desarrolló desde octubre de 1995 hasta febrero de 1996, y dirigidas a la consolidación de los derechos sociales en el marco jurídico comunitario y al refuerzo de la política social comunitaria.

Partía el Comité de Sabios de la inexistencia de una verdadera es-

³³ Hasta el punto de sostener que la libertad de circulación de personas estaba aún lejos de ser una realidad y no una mera apariencia (cf. J. M. CASADO RAIGÓN: «El lento progreso de la ciudadanía europea: las libertades de circulación de personas y trabajadores en el mercado único», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 9, 1993, pág. 64). Sin embargo, alguna opinión doctrinal hizo hincapié en la inadecuación de las tres directivas aprobadas en el año 1990 con los términos en que la libertad de circulación se reconocía en el Tratado de la Unión, lo que obligaría a la revisión de dichas directivas para suprimir restricciones tales como los límites temporales al ejercicio de aquélla y el requisito de la suficiencia económica (ver F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL: *ob. cit.*, págs. 98-99). En relación con los casos que aún quedan excluidos del ejercicio efectivo de la libertad de circulación, ver N. MOLE: «Réflexions sur la circulation des personnes», en *L'avenir de la politique sociale européenne. Options pour l'Union*, Louvain-la Neuve, Presses Universitaires de Louvain U.C.L., 1994, págs. 242-244.

³⁴ Recuérdese que este Protocolo fue suscrito por once de los doce Estados miembros de la Unión Europea por aquel entonces, al quedar desvinculado el Reino Unido.

³⁵ Acerca de las dudas suscitadas sobre la naturaleza jurídica de este Acuerdo, ver F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL: *ob. cit.*, págs. 85-88.

³⁶ De las disposiciones jurídicas de este período pueden citarse las Directivas 93/104, de 23-11-1993 (ordenación del tiempo de trabajo); 94/45, de 22-9-1994 (derecho de información y consulta a los trabajadores en empresas de dimensión comunitaria); 96/34, de 3-6-1996 (permiso parental); y 96/71, de 16-12-1996 (desplazamiento de trabajadores).

³⁷ Un comentario sobre este informe en A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ: «Por una Europa social (Comentario al Informe del Comité de Sabios por una Europa de los Derechos cívicos y sociales)», en *Gaceta Jurídica de la CEE*, n.º 118, 1996, págs. 3-7.

estructura de derechos sociales y civiles en los Tratados de la Unión Europea³⁸. En relación con ello, cabe recordar que desde algunas posiciones doctrinales se ha sostenido que el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea recogía derechos fundamentales de corte social, como son las libertades de circulación, de establecimiento y de prestación de servicios, en conexión todas ellas con el derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad, y la igualdad entre los trabajadores de ambos sexos en materia salarial, los cuales son reconocidos como derechos subjetivos y formarían, a decir de la doctrina, junto con el derecho a la libre competencia, lo que podría denominarse la parte dogmática de la constitución económica de la Comunidad³⁹, si bien para otras posiciones doctrinales las libertades referidas no podrían identificarse, en principio, como derechos fundamentales, a falta de un reconocimiento explícito como tal, lo que obliga a acudir a los principios generales del Derecho⁴⁰.

Entre las propuestas que realizaba el Comité de Sabios destacaba, en primer término, la de ampliar el ámbito de aplicación del artículo F del Tratado de la Unión⁴¹, que para una mejor claridad expositiva convendrá reproducir, en su apartado segundo, en forma literal:

«La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

Este artículo está entroncado con la decantación jurisprudencial de los derechos fundamentales en el ámbito del ordenamiento jurídico comunitario, llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea⁴². En tal sentido, una línea jurisprudencial, iniciada en el año 1969 con la sentencia dictada en el caso *Stauder*, ha construido la protección de los derechos fundamentales a través de los principios generales del Derecho, utilizando la vía de la garantía del respeto del Derecho en la in-

³⁸ *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales. Informe del Comité de Sabios presidido por M.^a de Lourdes Pintasilgo*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1996, pág. 38.

³⁹ Cf. D. LÓPEZ GARRIDO: *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid, Tecnos, 1986, págs. 41, 62, 86-87, 90 y 140-141.

⁴⁰ Ver G. ROBLES MORCHÓN: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid, Ceura, 1988, págs. 35-39.

⁴¹ Hoy, artículo 6 de la versión consolidada de dicho Tratado.

⁴² Sobre la evolución de esta construcción jurisprudencial, ver A. G. CHUECA SANCHO: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Barcelona, Bosch, 1989, págs. 92-108; M. A. DAUSES: «La protección de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario», en *Gaceta Jurídica de la CEE*, n.º 96, 1991, págs. 365-380; D. LÓPEZ GARRIDO: *ob. cit.*, págs. 124-147; A. RALLO LOMBARTE: «Los derechos de los ciudadanos europeos», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 18, 1994, págs. 258-161; G. ROBLES MORCHÓN: *ob. cit.*, págs. 53-83.

interpretación y aplicación del Derecho primario, que encomienda al Tribunal el artículo 220 del Tratado de la Comunidad Europea⁴³, así como los preceptos concordantes de los Tratados de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica⁴⁴. A tal efecto, el Tribunal, tras afirmar que los referidos derechos están comprendidos⁴⁵ en los principios generales del Derecho comunitario⁴⁶, de modo que el respeto a aquéllos forma parte integrante de éste, afirma que la protección de los derechos fundamentales se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros⁴⁷, por lo que no pueden admitirse medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de aquéllos, pudiendo asimismo proporcionar indicaciones al respecto los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que se hayan adherido o en los que hayan intervenido los Estados miembros de la Unión⁴⁸.

En el ámbito social, el Tribunal de Justicia ha calificado como principios⁴⁹ o, incluso, como derechos⁵⁰ fundamentales a las libertades de circulación, establecimiento y prestación de servicios, obligando su carácter fundamental en el sistema de la Comunidad a interpretar restrictivamente las excepciones a las mismas, de modo que aquéllas no pueden tener un alcance que sobrepase la finalidad para la que se incluyó la cláusula de excepción en los Tratados⁵¹. También forma parte de los derechos fundamentales la no discriminación por razón de sexo en materia retributiva, siendo de resaltar que, al razonar este criterio, el Tribunal invoca la Carta Social Europea, así como el Convenio n.º 111 de la Organización Internacional del Trabajo⁵². Por lo demás, el Tribunal ha esclarecido que los objetivos sociales de carácter programático enunciados en las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea no carecen de todo efecto jurídico, pues constituyen elementos importantes para la interpretación de las normas del Derecho primario y del Derecho derivado en el ámbito social, si bien la realización de los objetivos debe ser el resultado de una

⁴³ Versión consolidada (antiguo artículo 164).

⁴⁴ Esta construcción tuvo, en cierto modo, un carácter instrumental, pues su finalidad última parecía radicar en asegurar la primacía del ordenamiento jurídico comunitario sobre el Derecho de los Estados miembros para preservar la aplicación uniforme del Derecho comunitario, cuestión que se planteó en su día con especial gravedad por la amenaza, primero, y por la «tardía rebelión», después, del Tribunal Constitucional alemán, así como del italiano, contra dicha primacía, invocando al efecto la falta de protección de los derechos fundamentales en el sistema jurídico comunitario (cf. A. G. CHUECA SANCHO: *ob. cit.*, págs. 3, 25-31, 106 y 109-146).

⁴⁵ De ahí se desprendería que los derechos fundamentales no serían principios generales, sino el contenido de alguno de ellos (cf. D. RUIZ JARABO: «Técnica jurídica de protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea», en *Revista de Estudios Europeos*, n.º 1, 1990, págs. 169 y 175).

⁴⁶ Sentencia *Stauder*, de 12-11-1969.

⁴⁷ Sentencia *International Handelsgesellschaft*, de 17-12-1970.

⁴⁸ Sentencias *Nold*, de 14-5-1974; *Hauer*, de 13-12-1979; y *National Panasonic*, de 26-6-1980.

⁴⁹ Sentencias *Watson y Belmann*, de 7-7-1976; y *Sotgiu*, de 12-2-1974.

⁵⁰ Sentencia *Emir Gül*, de 7-5-1986.

⁵¹ Sentencia *Reyners*, de 21-6-1974.

⁵² Sentencia *Defrenne II*, de 15-6-1978.

política social, cuya definición compete a las autoridades correspondientes⁵³.

Pues bien, el Comité de Sabios proponía en su informe ampliar el ámbito de aplicación del artículo F⁵⁴, antes transcrito, y las referencias utilizadas por el Tribunal de Justicia para determinar los principios generales del ordenamiento jurídico comunitario, mediante su extensión tanto a la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, que quedaría así incorporada, de modo indirecto, al Tratado, como a los principales pactos internacionales suscritos por los Estados miembros, con lo que el Tribunal enriquecería sus bases, en especial en el campo social, para construir su jurisprudencia, que se aplicaría no ya a los ciudadanos de la Unión, sino también a los residentes⁵⁵.

Junto a ello, el Informe del Comité de Sabios ponía el acento en que el artículo L del Tratado de la Unión⁵⁶ no atribuía explícitamente al Tribunal de Justicia competencia para aplicar el antes mentado artículo F⁵⁷ en todas las acciones de la Unión y, consecuentemente, excluía dicha competencia. Por tanto, el Comité proponía la supresión de esta restricción⁵⁸.

En segundo lugar, el Comité de Sabios, tras valorar las ventajas e inconvenientes de otras fórmulas, postulaba la inclusión de una serie de derechos fundamentales en el Tratado de la Unión.

De este modo, tras un análisis de la evolución de los derechos civiles y sociales en los Tratados de la Unión Europea, a través de sus diversas fases —Tratado de Roma; Acta Única Europea; Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores; y Tratado de la Unión y su Protocolo Social—, el Informe concluía constatando la inexistencia, en los Tratados, de una lista de derechos sociales fundamentales que pudiera ser utilizada por el Tribunal de Justicia para controlar los actos comunitarios, de modo que el Tribunal, como acaba de verse, debe construir los principios generales del Derecho comunitario inspirándose en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. La definición de los derechos sociales no se realiza, en efecto, en los Tratados, además de referirse principalmente a los trabajadores y no a los ciudadanos como tales⁵⁹.

Esta situación ha sido considerada como insatisfactoria por la doctrina⁶⁰,

⁵³ Sentencia *Fernando Roberto Jiménez Zaera*, de 24-9-1987.

⁵⁴ En la actualidad, artículo 6 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea.

⁵⁵ *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales...*, cit., pág. 48.

⁵⁶ Hoy, artículo 46 de la versión consolidada del Tratado.

⁵⁷ En la actualidad, artículo 6 de la versión consolidada, como antes se ha indicado.

⁵⁸ *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales...*, cit., pág. 49.

⁵⁹ *Ibid.*, págs. 37-41.

⁶⁰ A decir de la doctrina, los resultados jurisprudenciales no son importantes, por lo que no puede considerarse que exista un auténtico sistema de protección de los derechos fundamentales de naturaleza social y económica (cf. T. HUERTAS BARTOLOMÉ: «La dimensión social del mercado interior europeo y la construcción de una nueva política social comunitaria», en *Actualidad Laboral*, n.º 25, 1989, pág. 333).

que resalta la ausencia de valor constitucional de la fórmula contenida en el artículo F del Tratado de la Unión⁶¹, antes transcrito, tanto por su continente, ya que el precepto está situado extramuros del Tratado de la Comunidad Europea, como por su contenido, al ser tan sólo principios generales⁶². De otra parte, se ha resaltado la falta de seguridad jurídica que conlleva la solución pretoriana⁶³, aunque esta crítica no ha sido pacífica, puesto que otras opiniones doctrinales han defendido aquélla y han puesto de manifiesto la innecesariedad de elaborar un catálogo de derechos fundamentales⁶⁴, o han sostenido la inexistencia de la pretendida ausencia de seguridad jurídica derivada de la falta de un catálogo específico de derechos fundamentales, ya que ello ni significa que los órganos comunitarios desconozcan cuáles son los que han de respetar, por tener tal carácter, ni que los particulares no puedan también conocerlos, acudiendo a las fuentes en las que el Tribunal de Justicia se inspira para realizar su construcción⁶⁵. En esta línea, se ha mantenido que la construcción jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal de Justicia permite afirmar que la Comunidad Europea dispone de un sistema global de protección de los derechos humanos⁶⁶.

Junto a la falta de certidumbre, se ha resaltado también la fragmentación que conlleva la situación descrita, al depender la construcción jurisprudencial de las demandas que reciba el Tribunal, lo que afecta tanto a la vertiente subjetiva de los derechos fundamentales como a la faceta objetiva, así como, por el criterio utilizado, a la determinación del contenido del derecho, pues el problema no estibaría tanto en si un derecho existe en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, sino principalmente en su alcance, que no suele ser el mismo en todos ellos. Por tanto, se ha señalado que los problemas, más que de orden procesal, puesto que el sistema da una respuesta desde esta perspectiva, son de naturaleza sustantiva⁶⁷.

Sea como fuere, se propugnaba en el documento, como ya se ha indicado, la inclusión de derechos civiles y derechos sociales en el Tratado de la Unión, con lo que el Comité de Sabios venía a unirse a propuestas ante-

⁶¹ Actualmente, artículo 6 de la versión consolidada, como repetidamente se ha señalado.

⁶² Cf. M. RODRÍGUEZ PIÑERO: «Los derechos sociales fundamentales y la Conferencia Intergubernamental», en *Relaciones Laborales*, n.º 6, 1997, pág. 1.

⁶³ Así, A. RALLO LOMBARTE: *ob. cit.*, pág. 274.

⁶⁴ Ver G. ROBLES MORCHÓN: *ob. cit.*, págs. 155-156. Por su parte, M. A. DAUSES, tras aseverar que «el ejemplo del ordenamiento jurídico comunitario ha originado que las garantías de los derechos fundamentales no posean más valor que el correspondiente a la protección jurisdiccional de la que se beneficia el individuo frente a la violación de sus derechos», sostiene que «un sistema jurídico puede prescindir de garantías escritas de los derechos fundamentales sin merma de la eficacia si dispone de un sistema judicial que funcione» (*ob. cit.*, pág. 388).

⁶⁵ A. CHUECA SANCHO: *ob. cit.*, págs. 329-330.

⁶⁶ Cf. J. MORANGE: *Droits de l'homme et libertés publiques*, 2.ª ed., París, Presses Universitaires de France, 1989, págs. 107-108.

⁶⁷ Cf. L. M. DÍEZ PICAZO: «¿Una Constitución sin declaración de derechos? (Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 32, 1991, págs. 144-152.

riores de similar jaez. A tal efecto, el Comité se inclinaba por el tratamiento conjunto de ambas familias de derechos, propugnando, frente a la disociación documental que caracteriza los instrumentos de la Organización de Naciones Unidas (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y del Consejo de Europa (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y Carta Social Europea)⁶⁸, el sistema de lista única⁶⁹, solución que parece preferible, si se atiende a las características básicas del ordenamiento jurídico comunitario, que aconsejan marcar su distancia respecto de los clásicos instrumentos del Derecho internacional, para buscar soluciones más próximas al Derecho de los Estados miembros⁷⁰.

Ahora bien, no cabe confundir la unidad documental y la lista única de derechos con el tratamiento indiferenciado de éstos. Pese a que ello pueda parecer evidente, no puede dejar de esclarecerse este extremo, por cuanto el tenor literal de la propuesta V, que encabeza el documento, podría dar lugar a equívocos, al referirse al tratamiento, «de manera indivisible», de los derechos civiles y de los derechos sociales⁷¹.

Esta indivisibilidad, como deja después claramente establecido el Informe, no atañe, empero, al tratamiento de ambas modalidades de derechos, como parecería desprenderse *prima facie* de la propuesta. En efecto, se aceptan con realismo por el Comité de Sabios las diferencias que separan a la mayoría de las libertades públicas y de los derechos civiles y políticos —«derechos que tienen por objeto limitar los riesgos de intrusión del Estado en la autonomía de las personas o su dignidad», en el léxico del Informe— y a la mayoría de los derechos sociales, en tanto en cuanto derechos prestacionales. Esta distinción, basada en el coste financiero de los segundos frente a la usual limitación del Estado, respecto de los primeros, a una postura de abstención, sin coste —o, al menos, con un escaso coste financiero—, tiene su reflejo correspondiente a la hora de realizar la propuesta de la lista de derechos que deberían incluirse *ab initio* —dentro de la estrategia progresiva que se diseñaba en el Tratado. A tal efecto, se efectúa una distinción fundamentada en torno a un aspecto esencial, como es

⁶⁸ En esta disociación documental subyacería la consideración de los derechos sociales como no inmediatamente aplicables, consistiendo en facultades de exigir prestaciones y siendo su realización progresiva y relativa. En base a ello y a la distinción entre derechos civiles políticos, por un lado, y derechos sociales, por otro, se ha mantenido por la doctrina que la peculiar naturaleza de estos últimos exige instrumentos específicos de promoción y protección (cf. J. A. CARRILLO SALCEDO: «Protección de derechos humanos en el Consejo de Europa: Hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales», en *Revista de Instituciones Europeas*, n.º 2, 1991, pág. 433).

⁶⁹ *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales...*, cit., págs. 41-42.

⁷⁰ Desde otra perspectiva, se indica por la doctrina que la dualidad de ambos tipos de derechos y la tendencia a referirse a generaciones de derechos humanos son peligrosas, al relativizar los derechos civiles y políticos y ser contrarias a la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos (cf. J. A. CARRILLO SALCEDO: *ob. cit.*, págs. 433-434).

⁷¹ *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales...*, cit., pág. 9.

el de la garantía de los derechos reconocidos —recuérdese que las libertades y los derechos valen lo que valen sus garantías⁷²—. De este modo, se distingue entre los derechos fundamentales, que tendrían una eficacia plena e inmediata y que, sin necesidad de ser desarrollados, podrían ser aplicados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, y los derechos que constituirían un objetivo a alcanzar, los cuales no serían inmediatamente aplicables ni podrían dar lugar a recurso ante dicho Tribunal, precisando para su establecimiento disposiciones legislativas o financieras⁷³.

El sistema propuesto, por tanto, se definía por el dualismo en orden a la garantía de los derechos, llevándose a cabo una distinción entre ellos que puede encontrarse en textos constitucionales como el español, si bien, en nuestro caso, son tres los niveles de garantía, aunque, en definitiva, se establezca, en orden al acceso a la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, una diferenciación entre los derechos susceptibles o no de ser protegidos a través de este cauce impugnatorio.

En cuanto a los derechos que, a tenor del Informe, se incluirían en uno y en otro grupo, la lectura de la propuesta permite constatar que los de eficacia diferida e irrecurribles son, todos ellos, derechos sociales. Llama, en cambio, la atención que entre los del primer grupo, es decir, los de eficacia inmediata y susceptibles de impugnación ante el Tribunal de Justicia, figuren en un grado notable derechos de contenido laboral y social, como son el derecho de elección de profesión y de ejercicio de una actividad profesional, el derecho de elección del sistema educativo, el derecho de empresarios y trabajadores a asociarse para defender y promover los derechos, intereses y causas que les afecten, el derecho de negociación entre los interlocutores sociales y el derecho de huelga. La razón de ello estriba, en primer lugar, en que no se trata de derechos prestacionales, y de ahí que, a título de ejemplo, mientras el derecho de elección de profesión o de ejercicio de una actividad profesional y el derecho de elección del sistema educativo figuren en el primer grupo, el derecho al trabajo y el derecho a la educación se incluyan en el segundo. De otra parte, es preciso reparar en que el peso relativo de estos derechos se acentúa ante los numéricamente escasos derechos civiles y políticos que se incluyen en el primero de los grupos citados.

Para finalizar la referencia a la clasificación de los derechos que el Informe realizaba, no deja de sorprender la mención del derecho de asociación como ejemplo de derecho social que no implica un coste financiero, criterio cuando menos discutible, por cuanto parece más adecuada la inclusión de este derecho entre los civiles y políticos⁷⁴, por mucho que enti-

⁷² M. DRAN: *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, París, 1968, pág. 8; H. L. A. HART: *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1975, pág. 176.

⁷³ *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales...*, cit., págs. 42 y 51-55.

⁷⁴ Ver, por ej., en este sentido, L. LÓPEZ GUERRA, E. ESPÍN, J. GARCÍA MORILLO, P. PÉREZ TREMPY y M. SATRÚSTEGUI: *Derecho constitucional*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pág. 249.

dades que actúen en el campo social adopten tal forma de personificación. A este respecto, puede invocarse la inclusión del derecho de asociación tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y no en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Carta Social Europea.

Sin embargo, pese a aceptar a la postre la distinción entre derechos civiles y derechos sociales, el Comité de Sabios realizaba una advertencia que no puede pasar desapercibida, al poner énfasis en la necesidad de evitar una oposición demasiado arbitraria entre ambos tipos de derechos⁷⁵. Esta afirmación, en efecto, parece enmarcarse en la tendencia a relativizar y a difuminar las diferencias entre los derechos civiles y los derechos sociales, para contemplarlos con un sentido integrador, con el consiguiente reflejo en el plano de las técnicas de garantía aplicables a unos y a otros⁷⁶.

No obstante, y en tanto esa tendencia no cristalice, no parece, en lo que atañe a los derechos sociales, que su reconocimiento expreso en la constitución de la Unión Europea⁷⁷, mediante su inclusión en los textos que constituyen la fuente primaria del ordenamiento jurídico comunitario⁷⁸, aun siendo un acontecimiento destacable, pudiera considerarse como una circunstancia trascendente y decisiva. La propuesta del Comité de Sabios seguía, en efecto, el esquema clásico de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y de Constituciones como la española, de forma que la mayoría de los derechos de contenido social quedarían incluidos en el grupo de los no directamente aplicables y no susceptibles de impugnación ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. La debilidad del armazón jurídico de la garantía de estos derechos era, por tanto, notoria.

En consecuencia, todo ello lleva a relativizar la importancia de la posi-

⁷⁵ *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales...*, cit., pág. 42

⁷⁶ Cf. G. PECES-BARBA: *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, págs. 201-202 y 208-209.

⁷⁷ El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha calificado como «carta constitucional fundamental» el Tratado de la Comunidad Europea (sentencia *Parti Écologiste «Les Verts»*, de 23-4-1986), si bien opiniones doctrinales se muestran disconformes con este criterio, sosteniendo que la Comunidad Europea no tiene los elementos suficientes para que su norma suprema pueda ser considerada propiamente como una Constitución (cf. F. DE CARRERAS SERRA: «Análisis del proyecto de Constitución europea», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 18, 1994, págs. 14-15). Otras opiniones doctrinales, si bien reconocen que, si se parte de una noción estricta de Constitución, la misma no puede ser aplicada a la Comunidad Europea, acuden, sin embargo, a aquélla en su significado de ley fundamental de una colectividad (cf. R. BERNHARDT: «Las fuentes del Derecho comunitario: La "constitución" de la Comunidad», en *Treinta años de Derecho Comunitario*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1984, págs. 73-74).

⁷⁸ Me refiero a la inclusión en los textos del Derecho primario y no en este último, por cuanto, como se ha señalado por la doctrina, los principios generales tienen la consideración de Derecho primario (ver D. RUIZ JARABO: *ob. cit.*, págs. 173-174), de modo que los derechos fundamentales comprendidos en ellos formarían ya parte de la fuente primaria del ordenamiento jurídico comunitario.

ble inclusión de los derechos sociales en los textos constitucionales de la Unión Europea.

Desde la perspectiva española, tampoco parece que, a efectos internos, la inclusión de los derechos fundamentales de corte social en los instrumentos del Derecho primario de la Unión Europea pudiera tener unas consecuencias destacables, no ya por la restricción de los efectos del reconocimiento de los derechos al ámbito del ordenamiento jurídico comunitario, abarcando a los actos de la Unión y a los adoptados por los Estados miembros de acuerdo con la normativa comunitaria, pero no a los demás⁷⁹, sino también porque, desde un enfoque indirecto, no parece que pueda tener alguna influencia, ya que el elenco de derechos propuestos para ser incluidos en el Tratado no aportaba apenas ninguna novedad, si el mismo se compara con la gama de derechos reconocidos en la Constitución española.

Acaso una excepción pudiera ser, no obstante, el reconocimiento del derecho a unos ingresos mínimos y el principio de que cada Estado miembro establecería dichos ingresos para las personas que no puedan acceder a un empleo remunerado y no se beneficien de otras fuentes de ingresos⁸⁰. Este principio podría, en efecto, reforzar el soporte jurídico de las rentas mínimas de inserción, cuya implantación en el seno del sistema de Seguridad Social fue rechazada en su día y que han venido siendo establecidas, a partir del año 1990, por las Comunidades Autónomas.

Siendo esta prestación un instrumento jurídico para luchar contra la exclusión social, es menester, en cambio, dejar constancia de la loable, amén de oportuna, preocupación del Comité de Sabios sobre este fenómeno.

La preocupación reseñada no carece, por cierto, de antecedentes en el ámbito de la Unión Europea, pudiendo citarse al respecto, además de los programas de acción en este campo y por limitarnos tan sólo a las normas jurídicas, un instrumento no vinculante, como es la Recomendación de 24 de junio de 1992, sobre los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social, donde se insta a los Estados miembros de la Unión a que reconozcan, dentro de un dispositivo global y coherente de lucha contra la exclusión social, el derecho fundamental de la persona a recursos y prestaciones suficientes para vivir conforme a la dignidad humana⁸¹, dando una serie de principios generales para el reconocimiento del derecho y de orientaciones prácticas para su aplicación. Esta Recomendación figuraba en el plan de acción para la aplicación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fun-

⁷⁹ *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales...*, cit., pág. 51.

⁸⁰ *Ibid.*, págs. 54-55.

⁸¹ De este modo, se ha señalado que la exclusión social es precisamente la negación del respeto a la dignidad humana (B. RANGONI MACHIAVELLI: «La politica sociale della Comunità Europea. Dalla Carta dei Diritti Sociali Fondamentali alla cittadinanza dell'Unione», en *Sociologia del Diritto*, n.º 1, 1993, pág. 165).

damentales de los Trabajadores, en la que se expresaba que las personas excluidas del mercado laboral y que estén desprovistas de medios de existencia deberán poder beneficiarse de prestaciones y de recursos suficientes, adaptados a su situación personal.

Por tanto, no puede sino merecer plácemes, ya dentro de los terrenos de la política social, más que de los derechos sociales, la propuesta de que se prevea de forma explícita la posibilidad de que la Unión lleve a cabo acciones de coordinación en el ámbito de la lucha contra la exclusión social⁸². Ésta, en efecto, aunque ciertamente no agota la cuestión social⁸³, es el fenómeno social más destacable y preocupante en el momento actual, hasta el punto de que, según el criterio del Comité Económico y Social de la Unión Europea, amenaza el progreso social, la unidad europea y nacional y, en suma, la esencia de la democracia⁸⁴. Su complejidad y pluridimensionalidad son elementos que añaden trabas a su erradicación, por la necesidad de articular acciones que atiendan a los distintos factores que producen las situaciones de exclusión, debiendo combinarse, dado el carácter polifacético del problema, medidas sectoriales en ámbitos tales como la cultura, la educación, la vivienda, la salud, el empleo y la protección social, y medidas transversales como es, entre otras, la renta mínima de segunda generación o renta mínima de inserción. La creciente intervención de los órganos comunitarios vendría justificada por la acentuación de los factores que dan a este fenómeno una dimensión supranacional⁸⁵.

Del mismo modo, era muy oportuno el énfasis que el Informe ponía en el empleo, a cuyo efecto realizaba propuestas específicas para permitir a la Unión llevar a cabo una acción más incisiva en este aspecto, respetando, no obstante, los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad⁸⁶. En tal sentido, destacaban las referencias a la necesidad de poner un mayor acento en las políticas activas de empleo⁸⁷, aunque ello ofrece indudables dificultades en países con amplios márgenes de desempleo, como sucede en España, pese a la evolución favorable que viene registrándose desde que, tras alcanzarse la máxima tasa de desempleo en el primer trimestre de 1994, se produjera la inflexión de la tendencia. La persistencia de una elevada tasa de desempleo obliga a dedicar la mayor parte de los recursos a políticas pasivas, y tan sólo la continuidad de la tendencia —acentuada

⁸² *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales...*, cit., pág. 11.

⁸³ P. ROSANVALLON: *La nouvelle question sociale*, París, Editions du Seuil, 1995, pág. 88.

⁸⁴ Esta opinión está expresada en un documento sobre la pobreza (Comité Económico y Social 256/88), elaborado en el año 1988 (ver, sobre ello, *La pobreza y la exclusión social en España...*, cit., pág. 101).

⁸⁵ Ver, al respecto, *Vers une Europe des solidarités: la lutte contre l'exclusion sociale. Europe Sociale supplément 4/93*, Luxembourg, Office des Publications Officielles des Communautés Européennes, 1994, págs. 19-20.

⁸⁶ *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales...*, cit., págs. 60-61.

⁸⁷ En el conjunto de la Unión Europea, sólo se ofrece la posibilidad de reciclaje al 7 por 100 de los desempleados (cf. *Modernización y mejora de la protección social en la Unión Europea*, Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 12 de marzo de 1997, pág. 14).

muy significativamente desde el año 1996— hacia la disminución del paro permitirá liberar recursos para derivarlos hacia la puesta en práctica de políticas activas de empleo.

En este sentido, el Informe resaltaba asimismo la necesidad de no perder jamás de vista el objetivo del empleo, mención de todo punto pertinente. En relación con ello, debe recordarse, sin salir del Derecho primario, que el Tratado de la Comunidad Europea menciona, entre los fines de la misma, el de promover un alto nivel de empleo y que el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero cita el desarrollo del empleo entre los fines de esta Comunidad. De otra parte, el empleo constituye la primera prioridad de la política social europea⁸⁸ y de sus programas de acción⁸⁹, siendo el objetivo primordial del Fondo Social Europeo.

Ahora bien, si la mención del empleo resultaba pertinente, parecía holgar, por el contrario, la advertencia contra el desmantelamiento del Estado de Bienestar⁹⁰. En efecto, si, como antes se ha expresado, no existe Estado de Bienestar sin pleno empleo⁹¹, no resulta posible hablar de prevenir el desguace de lo que, teniendo en cuenta la tasa de desempleo de la Unión Europea⁹², ya está, al menos por el momento, arrumbado. Además, aunque el Informe no lo expresaba de forma explícita, venía a reconocer la práctica imposibilidad de culminar el viaje de regreso al Estado de Bienestar. En efecto, este reconocimiento implícito se infiere de la opinión del Comité de Sabios en torno a la imposibilidad de llegar a restaurar el pleno empleo que existía en la década de los sesenta⁹³, uniéndose así al pronóstico pesimista de otros estudios de ámbito comunitario⁹⁴.

6. EL SEXTO TRANCO: EL TRATADO DE AMSTERDAM

Así las cosas, el Tratado de Amsterdam no ha seguido la línea sugerida por el Comité de Sabios y no ha recogido una lista de derechos funda-

⁸⁸ *Politique sociale européenne. Une voie à suivre pour l'Union*, Luxembourg, Office des Publications Officielles des Communautés Européennes, 1994, págs. 17-23.

⁸⁹ Ver M. GARCÍA JIMÉNEZ: «La nueva política social de la Unión Europea», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 22, 1996, págs. 135-137.

⁹⁰ *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales...*, cit., pág. 31.

⁹¹ En tal sentido, M. AZNAR LÓPEZ: «El pretendido Estado de Bienestar en España: Elementos para una evaluación...», cit., págs. 82-92; I. SOTELO: «Crisis del Estado de Bienestar y consecuencias para 1992», en *Revista de Serveis Socials*, n.º 2, 1989, pág. 48; I. SOTELO: «Estado y sociedad del bienestar», en *El País*, de 31-1-1993; I. SOTELO, en *El futuro de los sindicatos*, Madrid, Fundación Encuentro, 1995, pág. 58.

⁹² Según los últimos datos estadísticos publicados, la tasa de paro para el conjunto de la Unión Europea era del 10,7 por 100 en 1995 (*Eurostat. Estadísticas básicas de la Comunidad*, 33.ª ed., Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1997, pág. 156).

⁹³ *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales...*, cit., pág. 28.

⁹⁴ *Política social europea. Opciones para la Unión*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1993, pág. 17.

mentales⁹⁵. Sin embargo, el citado Tratado incluye algunas novedades dignas de mención en cuanto al reconocimiento de estos derechos y, en concreto, de los de contenido social.

De este modo, en primer término, puede citarse la referencia al respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que, junto con la libertad, la democracia y el Estado de Derecho, se recoge en la nueva redacción del apartado primero del artículo 6 del Tratado de la Unión⁹⁶ y que ya figuraba en el preámbulo del mismo. No obstante, esta novedad no parece que, por su inconcreción, pueda ser trascendente, siempre desde la perspectiva de los derechos sociales y sin que ello deje de significar que el precepto en su conjunto pueda tener virtualidad a otros efectos.

Por otro lado, no ha sido añadida al apartado segundo del citado artículo 6, tal y como postulaba el Comité de Sabios, ninguna mención a la Carta Social Europea y a la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, quedando redactado este precepto en idénticos términos a como lo estaba en el Tratado de Maastricht.

En cuanto a los derechos sociales, son dos las novedades a resaltar. La primera de ellas atañe a la inclusión, en el preámbulo, de un párrafo en el que se expresa la adhesión a los derechos sociales fundamentales, tal y como se definen en la Carta Social Europea y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. No parece, sin embargo, que deba otorgarse, atendida su ubicación, una importancia que vaya más allá de poder constituir un elemento exegético, a la declaración que se efectúa, la cual tiene, por otro lado, un antecedente, respecto del primero de estos instrumentos, en el preámbulo del Acta Única Europea.

Mayor atención merece, en cambio, la segunda de las novedades que afectan a los derechos sociales y que se contiene en el nuevo artículo 136 del Tratado de la Comunidad Europea⁹⁷, cuyo primer párrafo reza literalmente como sigue:

«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, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones».

⁹⁵ Esta omisión es criticada en el informe de la Comisión de Asuntos Institucionales del Parlamento Europeo, de 5-11-1997 (cf. *Informe sobre el Tratado de Amsterdam*, Parlamento Europeo, Documentos de sesión, 5 de noviembre de 1997, pág. 20).

⁹⁶ Versión consolidada. Antiguo artículo F.

⁹⁷ Versión consolidada. Antiguo artículo 117.

De esta forma, se incorpora al texto del Tratado una mención a los referidos instrumentos, si bien con una fórmula —«*teniendo presentes*»— que suena a elusiva y de la que difícilmente puede considerarse que se deriven, en forma directa, derechos subjetivos de los ciudadanos de la Unión, aunque puede abrir nuevas perspectivas a la mayor operatividad de los derechos sociales fundamentales en el marco del ordenamiento jurídico comunitario, al estar el precepto bajo la cobertura del ámbito de competencias del Tribunal de Justicia.

En efecto, al estar incluido el precepto transcrito en el Tratado de la Comunidad Europea, el mismo queda bajo la cobertura competencial del Tribunal, a tenor de lo dispuesto por la letra *a* del artículo 46 del Tratado de la Unión⁹⁸, conforme a la redacción dada por el Tratado de Amsterdam, que incluye en dicha cobertura a las disposiciones por las que se modifica el primero de los tratados citados. A ello debe añadirse que la competencia del Tribunal se extenderá también, según la nueva letra *d* del mencionado artículo 46, al apartado segundo del artículo 6⁹⁹, esclareciéndose acto seguido que aquélla afectará a la actuación de las instituciones en la medida en que el Tribunal sea competente con arreglo a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y al Tratado de la Unión Europea. De este modo, la operatividad del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros como fuentes de derechos fundamentales, reconocidos a título de principios generales del Derecho, vendrá dada por el ámbito de competencias del Tribunal de Justicia.

En resumen, y en materia de derechos fundamentales, no se incluyó en el Tratado de Amsterdam una lista de los mismos, aunque sí se proporcionan al Tribunal de Justicia unos elementos de mayor consistencia para la aplicación de los citados derechos¹⁰⁰.

En otro orden de cosas, y respecto de la libertad de circulación de personas, ésta es citada entre los objetivos de la Unión Europea, añadiéndose al Tratado de la Comunidad Europea un nuevo título dedicado a visados, asilo, inmigración y otras políticas relativas a la libre circulación de personas, en el que se prevé la adopción, en el plazo de cinco años, de medidas

⁹⁸ Versión consolidada. Antiguo artículo L.

⁹⁹ Versión consolidada. Antiguo artículo F. Con ello parece que podrá corregirse el carácter meramente simbólico que la doctrina atribuía al artículo F.2 del Tratado de la Unión Europea (ver R. BLANPLAIN, B. HEPPEL, S. SCIARRA y M. WEISS: «Derechos sociales fundamentales: propuestas para la Unión Europea», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 74, 1995, pág. 875), resaltando que el artículo L privaba de garantía judicial a la proclamación contenida en el artículo F.2 (cf. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «El Proyecto de Constitución Europea», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 45, 1995, pág. 18).

¹⁰⁰ Aunque, a decir de la doctrina, la ausencia de una declaración de derechos no pueda entenderse suplida por la alusión contenida en el artículo 6 (antiguo artículo F) ni por el reconocimiento de una incipiente ciudadanía europea (cf. G. MAESTRO BUELGA: «Los derechos sociales en la Unión Europea: Una perspectiva constitucional», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 46, 1996, pág. 122).

destinadas a garantizar la citada libertad, así como para garantizar la ausencia de controles sobre las personas en el paso de las fronteras interiores, tanto por ciudadanos de la Unión como por nacionales de terceros países, y de medidas sobre el cruce de las fronteras exteriores. Dichas medidas se extenderán también a los ámbitos del asilo, del refugio y de las personas desplazadas y de la inmigración. Las disposiciones del Tratado de Amsterdam se completan con una serie de protocolos, relativos a la integración del acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea; a la posición del Reino Unido y de Irlanda en relación con la libertad de circulación de personas; a la desvinculación de estos dos Estados y de Dinamarca respecto del nuevo título relativo a los visados, al asilo y a la inmigración; al asilo de nacionales de los Estados miembros de la Unión; y a las relaciones exteriores de los Estados miembros respecto del cruce de las fronteras externas.

Por lo que se refiere al principio de igualdad entre los trabajadores de ambos sexos en materia retributiva, son dos las novedades que aporta el Tratado de Amsterdam. De un lado, este principio se extenderá no sólo a un mismo trabajo, sino también a un trabajo de igual valor, recogién dose así en el Derecho primario lo que estaba reconocido en el Derecho derivado¹⁰¹. De otra parte, se expresa que el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro aplicar medidas destinadas a facilitar a las personas del sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales, todo ello con el fin de alcanzar en la práctica la igualdad plena. Esta mención, en la letra del Tratado de la Comunidad Europea, al principio de igualdad sustancial o compensatoria y a la puesta en práctica de acciones positivas para lograr aquélla parece deberse a la controvertida sentencia *Kalanke*, de 17-10-1995.

En el ámbito de las políticas de la Comunidad Europea, resalta la incorporación del Acuerdo anexo al Protocolo n.º 14 del Tratado de Maastricht al título dedicado, dentro del Tratado de dicha Comunidad, a la política social. A ello se une una circunstancia muy destacable, como es la manifestación del Reino Unido de adherirse a las disposiciones en materia social del nuevo Tratado y de aceptar las directivas adoptadas o que puedan, en su caso, adoptarse, en aplicación del Acuerdo anexo del citado Protocolo, antes de que el nuevo Tratado entre en vigor. Con ello, quedará satisfactoriamente resuelto el espinoso problema que había planteado la desvinculación británica del repetido Protocolo.

La incorporación del Acuerdo anexo del Protocolo sobre política social del Tratado de Maastricht al título sobre la materia del Tratado de Amsterdam supone, entre otros extremos, que se ratifique la inclusión de la exclusión social entre los objetivos de la política social de la Comunidad y de los Estados miembros, así como la de la integración de las personas

¹⁰¹ Directiva 75/117, de 10-2-1975.

excluidas del mercado laboral entre las acciones de aquélla, destinadas a apoyar y a complementar las que desarrollen éstos, a cuyo fin podrán adoptarse, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse en forma progresiva, así como medidas de fomento de la cooperación entre los Estados miembros para luchar contra la exclusión.

Resulta, de otra parte, destacable la atención que se presta al empleo. En este sentido, tras citar el logro de un alto nivel de empleo entre los objetivos de la Unión y reiterar idéntico objetivo en relación con la Comunidad Europea, el Tratado de Amsterdam incorpora, entre las políticas y acciones de ésta, el fomento de la coordinación entre las políticas de empleo de los Estados miembros, a fin de aumentar su eficacia mediante una estrategia coordinada para el empleo. Conforme a ello, se adiciona al Tratado de la Comunidad Europea un nuevo título, dedicado específicamente al empleo, donde, entre otros extremos, se define el fomento del mismo como un asunto de interés común; se contempla de modo horizontal el logro de un alto nivel de empleo, al indicarse que este objetivo deberá tenerse en cuenta al aplicar todas las políticas y medidas comunitarias; se alude a la elaboración anual de orientaciones a los Estados miembros para sus respectivas políticas de empleo; se prevé que el Consejo pueda, por mayoría cualificada, formular recomendaciones en la materia, y se abre la posibilidad de que puedan adoptarse medidas que incentiven la cooperación entre los Estados miembros, así como medidas de apoyo a éstos, pero sin que las mismas incluyan ninguna armonización¹⁰². Asimismo, se prevé la creación de un Comité de Empleo, de carácter consultivo.

Para finalizar este balance, necesariamente breve, del Tratado de Amsterdam, puede traerse a colación el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, donde se contemplan los requisitos que una acción comunitaria debe reunir para poder justificarse, conforme al primero de estos principios, dándose pautas a tener en cuenta en el análisis a realizar para constatar si se cumplen estos requisitos y sin que, conforme al segundo de los principios reseñados, ninguna acción de la Comunidad deba exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado, teniendo que legislar la Comunidad tan sólo en la medida de lo necesario y prefiriéndose las directivas a los reglamentos y las directivas marco a las medidas específicas.

¹⁰² El Consejo Europeo Extraordinario sobre el Empleo, celebrado en Luxemburgo los días 20 y 21 de noviembre de 1997, decidió que las disposiciones del nuevo título sobre el empleo tuvieran efectos inmediatos, aplicando anticipadamente las previsiones relativas a la coordinación de las políticas de empleo a partir de 1998. Con este fundamento, la estrategia coordinada de estas políticas se basa en la adopción de unas directrices para toda la Unión, que fijan unos objetivos concretos y que deben ser incluidas en los planes nacionales para el empleo, siendo supervisada la realización de los objetivos según un procedimiento común de evaluación.

7. EPÍTOME: HACIA EL SÉPTIMO TRANCO

A la hora de resumir la situación de los derechos y de las políticas sociales en el marco de la Unión Europea, me remitiré a lo que escribía poco después de que se aprobase el Tratado de Maastricht, tras analizar la trayectoria de unos y de otras desde que se instituyeron las Comunidades Europeas hasta aquel momento, ya que considero que cuanto allí se exponía conserva vigencia¹⁰³. Añadiré, no obstante, como es lógico, a despecho del riesgo de caer en los espejismos hermenéuticos que suele tender ese constante rasgo definitorio del ordenamiento jurídico comunitario que es el zurriburri normativo, las conclusiones que pueden extraerse de la lectura del Tratado de Amsterdam.

Pues bien, en aquel lugar me refería al condicionamiento que, para el reconocimiento y desarrollo de los derechos sociales desde la perspectiva de la ciudadanía comunitaria, se deriva del déficit congénito de estos derechos, al haber sido los mismos contemplados en los Tratados constitutivos como una *ancilla economiae*¹⁰⁴, por la subordinación de los aspectos sociales a los objetivos económicos y el tratamiento de los derechos sociales desde la óptica laboral y con un alcance muy limitado. Indicaba, asimismo, que esta situación inicial había sido objeto de importantes correcciones por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, al acudir a una línea jurisprudencial fundamentada en una interpretación extensiva, y destacaba la aportación del Parlamento Europeo, tan incisiva en las formulaciones como ineficaz en sus resultados, como consecuencia de sus limitadas competencias¹⁰⁵.

Me refería, de otra parte, a los sucesivos instrumentos jurídicos comunitarios, para señalar que, según mi criterio, el Acta Única Europea no había realizado aportaciones sustanciales a los fundamentos de la política social, si bien tras su aprobación se registraron importantes novedades en la generalización de la libertad de circulación de las personas. En cuanto a la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, destacaba lo limitado de su contribución, tanto por motivos de forma como por razones de fondo. Indicaba, por último, que el Tratado de la Unión Europea abría alguna perspectiva más amplia, al crear la ciudadanía de la Unión y reconocer a los ciudadanos comunitarios, en cuanto tales, algunos derechos, como es el de la libertad de circular y de residir

¹⁰³ M. AZNAR LÓPEZ: «Los derechos de los ciudadanos y el acceso a los servicios: Perspectivas nacional y comunitaria», *cit.*, págs. 209-211.

¹⁰⁴ M. AZNAR LÓPEZ: «Seguridad Social y Comunidades Europeas», en *Política Social de las Comunidades Europeas*, Madrid, Acebo, 1986, pág. 65.

¹⁰⁵ Así, el Parlamento Europeo, entre otras iniciativas, aprobó en su día, por Resolución de 12 de abril de 1989, una declaración de derechos y libertades fundamentales, en la que se recogía un extenso elenco de derechos sociales. El preámbulo de esta Resolución invoca el Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea, que fue aprobado por Resolución del Parlamento Europeo de 14 de febrero de 1984, donde se establecía un plazo de cinco años para que la Unión adoptara su propia declaración sobre los derechos fundamentales.

libremente en el territorio de la Unión, además de prever más competencias comunitarias en los campos educativo y de la salud, y de crear la figura del defensor del pueblo, a lo que había de añadirse el Protocolo relativo a la política social y el Acuerdo anexo, en el que se expresaba la voluntad de aplicar la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, se señalaban los objetivos en el campo social y se establecían las competencias de la Comunidad.

Aunque el Tratado de Amsterdam puede abrir nuevas perspectivas para reforzar la operatividad de los derechos fundamentales y, entre ellos, los de contenido social, la Unión Europea continúa sin disponer de su propia lista de derechos fundamentales, tal y como se había venido reclamando. El asunto, no obstante, según mi criterio, debe contemplarse con relatividad, sin proceder a su magnificación, si se atiende a los datos que nos proporciona el análisis de la situación de los derechos sociales en las normas constitucionales de los Estados miembros de la Unión y de las garantías establecidas. Es más, a la vista de experiencias históricas como la Constitución de Weimar, podría incluso plantearse la conveniencia de abstenerse de contemplar derechos en las normas constitucionales cuando los mismos no lleven aparejadas unas garantías suficientes¹⁰⁶. Ello reza especialmente para los derechos prestacionales, cuyo usual déficit de protección y cuya efectividad dilatada en el tiempo puede llevar a frustraciones que convendría evitar. Por tanto, dotar a los derechos sociales, en su faceta prestacional, de estas garantías es el único camino viable para trocar en realidad el mito de la constitucionalización de estos derechos, lo que reza, asimismo, *mutatis mutandis*, para el reconocimiento de los derechos fundamentales en los textos del Derecho primario de la Unión Europea.

Respecto del otro asunto examinado, como es el Estado de Bienestar, el Tratado de Amsterdam se sitúa en la dirección correcta, al poner el acento en los dos aspectos que impiden sostener que dicho modelo de Estado exista realmente en el momento actual: el desempleo masivo y los amplios márgenes de pobreza y de exclusión social. Falta, sin embargo, conocer los efectos de las políticas en estos ámbitos para calibrar hasta qué punto —si bien no parece *prima facie* que la aportación llegue a ser decisiva— pueden contribuir las políticas y acciones comunitarias a que el Estado de Bienestar pase de quimera a realidad, a pesar de la dificultad de regresar al pleno empleo y de erradicar la pobreza y la exclusión social, lo que en el caso concreto de España representa un reto de singular relieve por la extensión del desempleo —pese a la notable mejoría experimentada, en especial a partir de 1996— y la contumacia de la pobreza relativa.

Con todo, y siendo grave el del desempleo, acaso sea el de la pobreza y la exclusión el problema de mayor envergadura que debe afrontarse. En

¹⁰⁶ En tal sentido, se ha resaltado la necesidad de que la pretensión de proteger de forma efectiva un derecho fundamental comprenda, junto con su reconocimiento constitucional y legal, una acción procesal para hacerlo valer ante un tribunal (ver J. GARCÍA MORILLO: *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, págs. 23-24).

1994, el Libro Blanco de la Política Social Europea consideraba la exclusión social como un fenómeno endémico, que amenazaba la cohesión de la Unión y precisaba la movilización de todos, no solamente para solucionar un problema de justicia social, sino también porque la Unión no podía permitirse perder la aportación de los grupos marginados al conjunto de la sociedad¹⁰⁷. Por su parte, el Informe del Comité de Sabios preconizaba la aplicación de políticas innovadoras, más personalizadas y articuladas con las organizaciones no gubernamentales, postulando el reconocimiento y el respeto del papel del voluntariado y exhortando a la organización colectiva de la sociedad para evitar las situaciones de exclusión social¹⁰⁸.

Ésta de la pobreza es, en efecto, una vieja endemia hasta el momento irresoluta. Por ello, las palabras del Libro Blanco y las proposiciones del Informe del Comité de Sabios rememoran añejas propuestas de similar jaez. Así, corría a la sazón el año 1525 cuando un gran europeo y español, Juan Luis VIVES, esclarecido precursor de la moderna intervención pública contra la pobreza y la exclusión, amonestaba amistosamente —«*cura et amica admonitio non improbat*»— a los ediles de la ciudad de Brujas, poniendo de relieve, de forma inequívoca, la inconveniencia de que sociedades prósperas toleren situaciones de miseria —«*sic non convenit, ut in urbe haud prorsus inope, magistratus, ferant cives ullos fame et miseria urgeri*»¹⁰⁹.— Inmediatamente antes de esta admonición, VIVES, tal y como consta en el acápite de este excursus, ponía en relación indisoluble el origen de las ciudades con —en el léxico actual— la ayuda mutua y la solidaridad, de modo que, a su través, se afirmase la sociedad humana¹¹⁰.

No parece que el déficit congénito de lo social permita afirmar que en el origen de la integración europea se encontrara la solidaridad. Por su parte, el trayecto penosamente cumplido, tranco a tranco, hasta el Tratado de Amsterdam lleva a la fatídica conclusión ambivalente que parece obligada cuando se analiza el proceso de integración europea. Si se mira hacia atrás, habrá de convenirse en el avance que suponen aspectos tales como el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, la libertad de circulación, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios y la no discriminación por razón de sexo. Pero si se dirige la vista hacia adelante, podrá vislumbrarse el amplio trecho que aún aguarda para culminar la larga marcha hacia la Europa social.

Enderezar los pasos de la integración europea hacia los caminos de la

¹⁰⁷ *Politique sociale européenne. Une voie à suivre pour l'Union...*, cit., pág. 53.

¹⁰⁸ *Por una Europa de los derechos cívicos y sociales...*, cit., pág. 34.

¹⁰⁹ J. L. VIVES: *Opera omnia*, tomo IV, Valencia, B. Monfort, 1783, pág. 421. Traducción: «Así tampoco parece bien que en una ciudad, no pobre ciertamente, toleren sus magistrados que haya ciudadanos, siquiera sean pocos, que sientan las embestidas del hambre y de la miseria» (*De subventione pauperum*, Barcelona, Hacer, 1992, pág. 37).

¹¹⁰ «Porque el origen de todas las ciudades ha sido el que cada una de ellas fuese un lugar donde, con el intercambio de los beneficios y la reciprocidad de los auxilios, cuajase la caridad y se afirmase la sociedad humana» (*De subventione pauperum*, pág. 37).

solidaridad es una singular responsabilidad de los constructores de la Europa unida, pues como el mismo VIVES indicaba:

«... administratorum civitatis illud debet esse munus, curare et adniti, ut alii aliis auxilio sint, nemo prematur ne nemo gravetur damno per injuriam accepto, et imbecilliori adsit potentior, ut concordia coetus et congregationis civium caritate augeat in dies, ac sempiterna persevere-¹¹¹ret».

Confiemos, por tanto, en que, cuando llegue el séptimo tranco de esta larga e interminable marcha, nos conduzca por las veredas de la solidaridad entre los ciudadanos de la Unión Europea, de forma y manera que las viejas discordias se tornen en perpetua concordia. Mientras así no suceda, Europa, volviendo de nuevo a su mito original, seguirá en cierto modo sequestrada.

¹¹¹ J. L. VIVES: *ob. cit.*, págs. 421-422. Traducción: «Particular desvelo de los administradores de la ciudad debe ser cuidar y poner todo su esfuerzo en que los unos sean socorro de los otros; y nadie sufra agobio ni reciba daño injusto, y al que es más debil el que es más poderoso le asista, a fin de que con la concordia del común y la solidaridad ciudadana se aumente el mutuo amor de día en día y permanezca para siempre» (*De subventione pauperum*, cit., pág. 37).