

DERECHOS SOCIALES. REFLEXIONES SOBRE LA CARTA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES*

SILVANA SCIARRA

*Catedrática de Derecho del Trabajo de la
Universidad de Florencia y del Instituto Universitario Europeo*

EXTRACTO

El estudio de la significación que la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales en el ámbito de la Comunidad Europea pueda representar en el Derecho Social o Derecho del Trabajo de cada uno de los Estados miembros y en el propio acervo comunitario es el tema central o de referencia. Para ello se analiza el singular procedimiento por el que se ha elaborado un texto normativo que aun sin fuerza vinculante está llamado a desempeñar el eje futuro de la verdadera integración europea.

Aspectos realmente conflictivos como la relación entre los dos grandes Tribunales a nivel europeo, el de Estrasburgo y el de Luxemburgo, y entre éstos y los diferentes Tribunales Constitucionales nacionales son apuntados como un espacio deliberadamente abierto en espera de acontecimientos.

Para los derechos sociales, sin embargo, la Carta presenta una innegable virtualidad, en cuanto que fuente de inspiración en la integración e interpretación de los Tratados e, incluso, aunque sólo sea para esperar una reinterpretación a nivel continental de pilares tan básicos como el derecho de asociación.

* El texto reproduce, con el añadido de las notas esenciales de referencia, la lección impartida en Roma, con ocasión del otorgamiento del Premio Chiarelli, el día 27 de Febrero de 2001, en la Biblioteca de la Cámara. Traducción realizada por Tomás Gómez Alvarez. Becario FPI. MEC. Universidad de Sevilla.

ÍNDICE

1. La Carta Europea de Derechos Fundamentales
2. Política Social Comunitaria y Derecho del Trabajo
3. El Título IV de la Carta: Solidaridad
4. Preámbulo y Disposiciones Generales: un enfrentamiento abierto entre los Tribunales

1. LA CARTA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Un sujeto, un ciudadano, una mujer en mi caso, al reflejar sus derechos fundamentales mira a sí mismo y a su proyección real en el mundo de las relaciones sociales y económicas que lo observan, buscando la confirmación de algunos valores fundamentales significativos. Con una intensidad igual, el jurista que camina entre las contradicciones de los ordenamientos jurídicos nacionales contemporáneos, intenta elaborar una teoría de los derechos fundamentales en la que justificar las muchas aspiraciones difusas en el interior de las vastas áreas de la sociedad preocupándose también de sustanciarlas en posiciones jurídicas. El esfuerzo se encuentra en concebir un sistema jurídico en movimiento, orientado hacia nuevas modalidades de emancipaciones sociales¹.

En la reciente reunión del Consejo Europeo desarrollado en Niza, se ha adoptado como declaración solemne la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea². Los vértices de las máximas instituciones europeas –el Presidente del Parlamento Europeo y de la Comisión, además del Presidente al cargo del Consejo– han procedido en concreto a tal Declaración, también el acto formal se ha producido en presencia de los miembros del Consejo³.

Estos detalles no deben parecer excesivamente formalistas. La historia del documento del que nos ocupamos es una historia compleja que tiene su peso en la formulación final del texto. Coherentemente con el fuerte empeño manifestado en muchas ocasiones por el Gobierno alemán sobre el tema del reforzamiento de los derechos fundamentales en el Tratado, el Consejo Europeo de Colonia, que se celebró en Junio de 1999, vio nacer un insólito organismo denominado Convención. En el Consejo Europeo de Tampere, celebrado el 15 y 16 de Octubre de 1999, la composición del órgano –ya sumariamente perfilada en Colonia– se perfecciona con la aprobación de un documento anexo, incorporado a las conclusiones de la presidencia. Se incluyeron 15 representantes de Jefes de Estado y de Gobierno, 16 miembros del Parlamento Europeo, 30 miembros de los Parlamentos nacionales y un Comisario en representación del Presidente de la Comisión Europea. Siempre que sea nece-

¹ En la perspectiva delineada magistralmente en BOBBIO, N.: *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

² Publicada en el DOCE C 364/1, del 18 de Diciembre de 2000.

³ Como ha subrayado B. DE WITTE: "The Legal Status of the Charter: Vital Question or Non-issue?", de próxima publicación en el *Maastricht Journal of European and Comparative Law*.

sario, puede atribuirse la función de observadores a 2 representantes del Tribunal de Justicia y a 2 representantes del Consejo de Europa, uno de los cuales actúa en representación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴.

La Convención, presidida por ROMAN HERZOG, Presidente de la República alemana y anteriormente del Tribunal Constitucional, tuvo la tarea de redactar un documento, después presentado para su examen por las instituciones comunitarias.

Es conveniente detenerse sobre algunas particularidades seguidas en el borrador de la Carta⁵. Durante la duración de los trabajos, de diciembre de 1999 a octubre de 2000, todos los proyectos elaborados estaban puestos a disposición por vía electrónica, con la intención de abrir el texto a un mayor debate. También los países candidatos a la adhesión han sido escuchados durante el trámite de audiencia. Las opiniones expresadas de las asociaciones, sindicatos, organizaciones no gubernamentales fueron agrupadas en una jornada de debates promovida en Bruselas en el Parlamento Europeo⁶.

Con esto se ha intentado establecer un método de trabajo abierto y visible, ya experimentado por la comisión de sabios presidida por MARIA LOURDES PINTASILGO, activa en llevar de gira por Europa su propuesta de ampliación de los derechos fundamentales. Con la intención de influir sobre la Conferencia Intergubernamental, los sabios establecieron en lugares y momentos diferentes una consulta informal de los sujetos representativos de intereses organizados, actuando como referentes de la «sociedad civil»⁷.

Durante la larga fase preparatoria que ha precedido la redacción de la Carta, los ciudadanos europeos en carne y hueso, ya sea a través de los instrumentos informáticos, ya sea por el trámite más tradicional de la representación, han sido repetidamente escuchados.

⁴ La composición de la Convención y su modo de trabajo son, entre otros, delineada por LENAERTS, K.: "Fundamental Rights in the European Union", en *European Law Review*. 2000.

⁵ Para una cuidadosa reconstrucción del proceso de elaboración de la Carta, vid. APOSTOLI, A.: *La «Carta dei diritti» dell'Unione europea. Il faticoso avvio di un percorso non ancora concluso*. Brescia, 2000. En materia de derechos sociales, vid. VENEZIANI, B.: "Sul nome di Erasmo de Rotterdam. La faticose marcie dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario", en *Rivista Giuridica del Lavoro*. 2000.

⁶ Como se recoge también en DUTHEIL DE LA ROCHÈRE: "La Charte des Drois Fondamentaux de L'Union Européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir", en *Revue du Marché Commune et de l'Union Européenne*. 2000. P. 675. Se puede consultar el testimonio de uno de los componentes italianos de la Convención: PAGIOTTI, E.: "La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: una novità istituzionale", en *Teoria politica*. 2001. Pp. 27 y ss.

⁷ COMMISSIONE EUROPEA: *Per un'Europa dei diritti sociali e del cittadino*. Lussemburgo, 1996. La Conferencia Intergubernamental fue precedida de un amplio debate sobre los derechos sociales a incluir en el Tratado, debates que tuvieron lugar en ambientes tanto académicos como sindicales. Basta recordar BLANPAIN, R. y otros: *Fundamental Social Rights. Proposals for the European Union*. Leuven, 1996. BERCUSSON, B. y otros: *A manifesto por Social Europe*. Bruxelles, 1996. BETTEN, L.; MACDEEVIT (Coord.): *The Protection of Fundamental Social Rights in the European Union*. The Hague, London, Boston, 1996.

Sin pretensiones de elevar este método a un experimento de democracia de bases, sucede que se favorece una progresiva concreción de intereses difusos y una especificación de los derechos individuales. La atención asidua de la prensa –también la no especializada– a lo largo de todo el curso de preparación de la Carta demuestra que es oportuno a veces salir de lo cerrado de los informes restringidos y obtener una comunicación directa, explotando donde sea necesario los canales más tradicionales de acceso a la opinión pública.

Después de estas primeras experiencias de difusión de las ideas formuladas por los sabios, la tarea de preparar un estudio más detallado fue encargada a un grupo de expertos de alto nivel. Tal estudio ha quedado como el Informe Simitis⁸. Para todos aquellos que frecuentan la familia europea del Derecho del Trabajo este nombre evoca un fuerte y riguroso empeño reformador, flanqueado de una formación académica poco común. No es difícil deducir de la lectura de ese texto un estilo personal que valora convincentemente los derechos sociales y los incorpora al principio de indivisibilidad de los derechos civiles.

Es conveniente detenerse en el contenido esencial del Informe Simitis, para poder comprender mejor a continuación, la configuración de los derechos sociales en el contenido de la Carta.

El documento propone una distinción entre derechos fundamentales y otros objetivos de las políticas a alcanzar en tal ámbito, más asimilables a derechos instrumentales para la persecución de unas finalidades igualmente fundamentales⁹. Detrás de esta terminología se encuentra, sin demasiado pudor, la dificultad de llegar a una división de competencias entre los niveles decisionales a los que corresponde intervenir. Se remarca también, especialmente por cuanto refiere a la materia social, que algunos derechos sociales de última generación son, por la fuerza de las cosas, añadidos de instrumentos de intervención que no reflejan su diversa naturaleza¹⁰, siendo algunos inmediatamente justiciables, estando otros subordinados a las intervenciones activas por parte de los Estados y de las instituciones comunitarias.

⁸ COMMISSIONE EUROPEA: *Per l'affermazione dei diritti fondamentali dell'Unione europea: è tempo di agire. Rapporto del gruppo di esperti su diritti fondamentali*. Bruxelles (Febrero) 1999. Para una referencia de la doctrina italiana, vid. AZZENA, L.: "Catalogo dei diritti e Costituzione europea: relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali (cd. comitato Simitis)", en *Foro Italiano*. 1999. V. col. 341.

⁹ De "derechos" y "principios" hablaban BLANPAIN, R. y otros: *Fundamental Social Rights ecc.*, Op. Cit. seguidos también en la terminología por los sabios redactores del Informe, *Per un'Europa dei diritti.*, también con anterioridad, remitimos a la nota 7.

¹⁰ Sobre la distinción en el término, vid. en general, BALSASSARRE, A.: "Diritti sociali", en *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1989 (ahora también en Idem: *Diritti della persona e valori costituzionali*, ToOrino, 1997, pp. 123 y ss.) y MENGONI, L.: "Diritti sociali", en *Arg. Dir. Lav.*, 1998, n° 1. Pp. 1 y ss. Ambos autores remarcan, por lo demás, -con la guía de las experiencias constitucionales particularmente abundantes en la materia (como por ejemplo las italianas)- que los límites entre las dos categorías son, al menos y en parte, móviles y relativos, especialmente en los sistemas donde está previsto un examen de constitucionalidad de las leyes.

Las propuestas del Informe Simitis, no por casualidad, recogen las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y los estándares extraídos de otras fuentes internacionales como un terreno fértil sobre el que plantar los nuevos derechos fundamentales estrictamente europeos, también en vistas de la ampliación de la Unión. La clave de lectura se encuentra en el presupuesto principal del documento en cuestión: hacer tales derechos más visibles como forma de hacerlos justiciables¹¹. A tal fin, mejor que hacer referencia a la Convención Europea de 1950 y a los Protocolos alegados en cuanto fuentes externas al ordenamiento europeo, el Informe favorece la solución de incluir algunos en el ordenamiento mismo, y de considerar siempre abierto el proceso de ampliación y consolidación de los derechos fundamentales. No se puede hacer de otra manera, visto que los derechos sociales de alcance colectivo, entre los cuales están los de información y consulta, el derecho de negociación colectiva y el recurso a la autotutela no están bajo la competencia de la Convención de 1950.

Es indicativo que los expertos conducidos por SIMITIS no se hayan pronunciado con rotundidad sobre el tema más controvertido, como es el de la competencia del Tribunal de Justicia. Mientras se confirma la inevitable –y ciertamente deseable– separación de los dos Tribunales, uno soberano en Estrasburgo y el otro en Luxemburgo, se insinúa también la exigencia de hacer siempre más coherentes los criterios interpretativos adoptados. El informe presenta una intuición más que una propuesta perfecta en sí misma y lo hace con el lenguaje diplomático de quién es llamado a dirimir como técnico cuestiones extremadamente delicadas desde el punto de vista político. Se sugiere un procedimiento similar al previsto en el art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea (el viejo y glorioso art. 177) para tener a los dos Tribunales vinculados por un único criterio interpretativo y liberar a cada uno dentro de su propia esfera de competencias.

Aunque sutil y por cierto casi refinada, esta propuesta aparece bastante problemática. El hecho mismo del sujeto que propone el reenvío prejudicial, coloca al Tribunal de Luxemburgo en una posición de dependencia de la de Estrasburgo, dato éste no justificable de ningún modo, visto que las fuentes de interpretación son generadas por diversos procedimientos decisionales y se colocan en dos ordenamientos distintos.

El Informe Simitis ha puesto sobre la mesa cuestiones de gran relevancia y ha creado de tal manera un entorno cultural y jurídico tan rico como para inducir sucesivamente a los intérpretes de la Carta a tener en consideración su

¹¹ Puntos 3 y 4 del Informe Simitis. De ésta, de las indicaciones contenidas en las conclusiones del Consejo de Colonia, y en general de la postura del Gobierno alemán, muy cauto en proponer soluciones más avanzadas y más claras desde el punto de vista de la vinculabilidad de la Carta, quizás por razones tácticas y no técnico-jurídicas. Vid, en particular, las Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Colonia del 3 y 4 de Junio de 1999, en los puntos 44 y ss.

fase de gestión como elemento importante en la valoración de la naturaleza jurídica de la Carta misma. Con esto se quiere sugerir que la Convención conducida por HERZOG, además de haberse inspirado en el Informe Simitis al redactar el texto final, ha confirmado una línea de continuidad entre las varias fases de este largo proceso de reforma de los Tratados.

La solución escogida en Niza, fruto, como a menudo sucede, de un compromiso, no entra en colisión con todo cuanto la fase preparatoria ha conseguido afianzar en términos de conocimiento y de experimentación. Es necesario resaltar con fuerza este punto y remarcar que se está en presencia de un proceso abierto, rico en estímulos innovadores, no obstante las múltiples lagunas interpretativas y las imprecisiones terminológicas dejadas sedimentar en el texto final. La Carta puede todavía hacer germinar alrededor suya útiles iniciativas y encender comparaciones; puede suscitar un clima vivaz e inventivo que desbarate, donde sea necesario, los rituales de la política y agite positivamente a las instituciones¹².

En la redacción de la Carta se ha seguido un procedimiento anómalo de preparación del texto, concebido «como si» debiera y pudiera ser incorporado en los Tratados¹³. Este procedimiento, tan diferente de aquél que sirve de arranque en las Conferencias Intergubernamentales, ciertamente no asimilable a una asamblea constituyente, se revela, como ya se ha dicho, abierto a las contribuciones de la «sociedad civil». En ausencia de fórmulas específicas de legitimación de base y en oposición a métodos marcadamente intergubernamentales que imponen equilibrios institucionales más complejos, la fórmula adoptada por la Convención ha atraído interés y atención, hasta el punto de admitir como hipótesis su reutilización para proceder a futuras innovaciones de los Tratados¹⁴.

El resultado inmediatamente perceptible es el de una discusión muy articulada sobre la naturaleza jurídica de la Carta, que da lugar a una controversia igualmente articulada entre las instituciones y los Gobiernos. La estratificación de varios niveles de integración, más que parecer un dato de ausencia de certeza y de confusión, puede ser tomado en su faceta positiva. Un debate a alto nivel sobre derechos fundamentales que precede la integra-

¹² Vid en tal sentido también MANZELLA, A.: “Un catalogo dei diritti”, en *Il Mulino*. N° 1. 2001-

¹³ Como se especifica en la *Comunicazione della Commissione sulla natura della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, COM (2000) 644, def. de 11 de Octubre de 2000, en el punto 7, en consonancia con cuanto fue declarado por HERZOG al inicio de los trabajos de la Convención.

¹⁴ Este punto parece estar presente en el debate político actual, en cuanto particularmente querido por la presidencia sueca. Una sugerencia en tal sentido se recoge en la propuesta contenida en *Second Report on the Reorganization of the European Union Treaties*, Firenze, (Julio) 2000, redactado por cuenta de la Comisión del Centro Schumann del Instituto Universitario Europeo de Florencia. También, para un primer comentario en caliente, DE BURCA, C.: “The drafting of the EU Charter of Fundamental Rights”, en *European Law Review*. 2001. P. 126.

ción política o quizás prescinde de esta última, pero ciertamente predispone un tejido conectivo de gran interés.

2. POLÍTICA SOCIAL COMUNITARIA Y DERECHO DEL TRABAJO

Antes de analizar los derechos sociales y su situación en la Carta, es oportuno detenerse sobre una precisión lingüística y también metodológica. Las políticas sociales comunitarias, en la breve historia que han atravesado, de los años setenta en adelante, han englobado progresivamente el punto de vista del Derecho del Trabajo en una óptica muy amplia.

En tanto que el lenguaje del Derecho del Trabajo se esfuerza en ser preciso y delimitado, el de las políticas sociales comunitarias parece oscilar entre dos polos. De un lado se encuentra el polo bastante firme de la igualdad de tratamiento entre hombres y mujeres, consolidándose alrededor de un verdadero y propio derecho justiciable ante los Tribunales nacionales, el cual se encuentra en el art. 119 del Tratado constitutivo de la CEE¹⁵. En el otro lado se encuentra el polo de las meras expectativas, de derechos «aspiracionales» como se denominan con un desabrido neologismo¹⁶, derechos a prestaciones positivas por parte de los Estados, cuya plena efectividad requiere el empleo de medios, la previsión de gastos, las indicaciones de prioridad y modalidad.

La óptica del Derecho europeo, especialmente en sus manifestaciones más recientes, obliga a conjugar estos dos polos, como se observa, por ejemplo, en el campo de las políticas de empleo.

Incluso no estando sancionado un derecho al trabajo, se recoge en los Tratados el objetivo de promover «un elevado nivel de ocupación»¹⁷. En ausencia de un derecho fundamental al trabajo, las políticas de empleo requeridas a los Estados miembros según las previsiones del Título VIII del Tratado de Amsterdam indican prioridades respecto de las cuales cada Gobierno señala las propias modalidades de acercamiento a parámetros comunes.

Se amplía en este contexto la técnica de la coordinación de las políticas nacionales hacia un objetivo supranacional común, técnica que puede surtir efectos significativos sobre el camino de una integración de los derechos nacionales, que no es otro que el acercamiento de los objetivos comunes a perseguir¹⁸.

¹⁵ Existe sobre esta materia una literatura extensísima: me limito a remitir, también para las oportunas referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el volumen colectivo dirigido por HERVEY, T. K.; O'KEEFFE, D.: *Sex Equality Law in the European Union*. Chichester, 1996.

¹⁶ LENAERTS, K.: "Fundamental Rights to Be Included in a Community Catalogue", en *European Law Review*. 1991, pp. 367 y ss, especialmente p. 386.

¹⁷ Como se enuncia en el art. 2 TUE y en el art. 2 TCE.

¹⁸ Vid. SCIARRA, S.: "Integration Through Coordination: the Employment Title in the Amsterdam Treaty", en *Columbia Journal of European Law*. 2000. Pp. 209 y ss.

Una reflexión original sobre los derechos sociales fundamentales, aquellos que más se identifican con la cultura y la práctica del Derecho del Trabajo, puede por lo tanto ser acumulada con las observaciones de cuanto está sucediendo en la actuación del Título VIII del Tratado CE, introducido en Amsterdam. Sobre aquel terreno es visible la separación de las competencias entre centro y periferia y también el continuo desafío entre los dos polos a los que nos hemos referido. La actuación práctica de las políticas activas para el empleo, traducidas en planos nacionales y locales, no pueden separarse del respeto de los principios fundamentales, el primero de los cuales es el principio de igualdad de tratamiento entre hombre y mujer.

Si se observa otra norma incluida en el Tratado de la CE, el art. 13 en materia de lucha contra la discriminación, no queda sin relieve que está tomando cuerpo una normativa comunitaria de tutela efectiva de los derechos de igualdad. Aunque sea con una cautela que puede parecer exasperante a los observadores más impacientes, la reciente directiva que intenta combatir las discriminaciones con respecto a raza se orienta en el sentido de traducir un principio de norma fundamental¹⁹.

Pero si se intenta acercar a la unidad un proyecto tan amplio y diferenciado, de un lado se vislumbra la búsqueda de los derechos fundamentales por «constitucionalizar», por el otro se vislumbra el empeño del *soft law* de mostrar su impacto sobre los sistemas nacionales. De un lado se propone la expresión al máximo nivel de los derechos, de otro se persigue la actuación paso a paso de las políticas, sin un esquema de referencia como normas vinculantes, como es típico en el *soft law*.

Las políticas sociales, complementarias de los derechos sociales, confluyen en la compleja y fascinante formación de un derecho supranacional del trabajo que tiene características propias. No actúa como la suma de los sistemas nacionales de Derecho del Trabajo, no persigue el desgarrador resultado de contraponer esquemáticamente técnicas regulativas diversas –armonización, estandarización, mutuo reconocimiento.– Tanto menos este nuevo derecho supranacional se resigna a recoger los restos de aquella *race to the bottom* que se tiene algún pudor en traducir como «carrera para rebasar» los estándares de tutela.

Esto que hay que reafirmar es que exista –está todavía por redescubrir– una teoría «emancipadora» de los derechos sociales fundamentales que va más allá de esto que ha sido definido con autoridad como «patriotismo constitucional»²⁰, propiamente porque se propone definir los contornos de un nuevo orden normativo.

¹⁹ Vid. la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de Junio de 2000, que recoge el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de la raza y del origen étnico. Vid también la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de Noviembre de 2000, que establece un cuadro general para la igualdad de tratamiento en materia de empleo y de condiciones de trabajo.

²⁰ HABERMAS, J.: “Per una idea razionale di patria”, en *Micromega*. 1987. Nº 3. P. 121. Y más reciente, con referencia a la arena supranacional, Id. “Cittadinanza e identità nazionale”, *ivi*. 1991. Nº 5. P. 123.

Pero cuanto más insatisfactorias pueden parecer las modificaciones introducidas en el Tratado de Amsterdam²¹, éstas tratan de demostrar que existe una especialidad del derecho europeo respecto a otras fuentes internacionales dotadas de una más amplia esfera de eficacia. Se piensa en particular en las fuentes del Consejo de Europa, en la Convención Europea de los Derechos del Hombre de 1950 y en la Carta Social Europea de 1961.

La teoría «emancipadora» parte del presupuesto de que existen áreas abiertas a la intervención de un derecho social que combate las exclusiones sociales y presta tutela a los sujetos todavía demasiado débiles. Se basa sobre una modalidad que quisiera definir como ampliación de los principios contenidos en las más importantes fuentes internacionales, a través de la reiteración de los mismos, pero también siempre a través de la especificación puntual de los objetivos a alcanzar. Si se deja «contaminar» de los principios del derecho internacional, la teoría «emancipadora», especialmente en el campo de los derechos sociales, no se limita a absorber acriticamente cuanto emerge de fuentes dispersas, sino que diseña, repropone, reelabora constantemente los estándares de tutela.

El Tratado de Amsterdam suministra la primera muestra de una circulación producida desde algunos importantes estándares internacionales; no obstante la fuerte toma de posición del Tribunal de Justicia que cierra la puerta a una adhesión de la Comunidad europea a la Convención europea de los derechos del hombre²². Ya sea con las contradicciones de que son demostradas respecto de muchas partes²³, la elección hecha en Amsterdam señala la exigencia de mantener siempre una observación muy coherente de tales estándares a través de un diálogo entre tribunales transnacionales.

Es necesario, de hecho, recordar que la competencia del Tribunal de Justicia tal como se precisa en el art. 46 d) del Tratado de la Unión Europea,

²¹ Remito a SCIARRA, S.: "Individuals in Search of Fundamental Social Rights. Current Proposals in the EU", en SIMON, D.; WEISS, M. (Coord.): *Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis*. Baden Baden. 2000. Pp. 377 y ss.

²² La referencia se hace al conocido Parecer n° 2/94, examen emitido por el Tribunal de Justicia el 28 de Marzo de 1996 respecto del art. 228.6 del TCE (eb Racc., 1996, I, p. 1759), en el que se especifica que el ingreso de la Comunidad Europea en un orden jurídico distinto, consecuencia inevitable de una eventual adhesión a la Convención, significará marcha adelante respecto de los límites indicado en el art. 235 (actual 308) del Tratado constitutivo. No hay duda que tal opinión haya influenciado la elección de la Conferencia Intergubernamental, contraria a introducir una modificación tan significativa en el Tratado de Amsterdam.

²³ Remito a SCIARRA, S.: *Individuals in search ecc. Op. Cit.* En particular por la incongruencia que se encuentra en la explícita exclusión de algunas materias –derecho de asociación, derecho de huelga y cierre patronal, retibución- de la competencia del Tratado.

se expande hasta abarcar las materias que se incluyen en el art. 6.2, norma que hace referencia expresamente a los derechos fundamentales garantizados en la Convención de 1950 y a aquellos que resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros en cuanto principios generales del derecho comunitario²⁴. Sin querer sobrevalorar una de tales innovaciones, que no trastorna la práctica precedente del Tribunal de Justicia, está asentado que los derechos fundamentales reenviados al art. 6.2 figuran entre las fuentes escritas en las que el Tribunal se inspira. No existe una incorporación de los derechos de la Convención en los Tratados, ni se puede hablar de su vinculabilidad en sentido estricto. Se puede afirmar sin embargo, que se constriñe al Tribunal a una más fuerte coherencia interpretativa en cuanto a los principios en los que debe inspirarse, ya sea en los límites precisamente señalados en el art. 46 d), o sea de una intervención restringida a la «actividad de las instituciones» y dentro de los límites rigurosos de su competencia.

Pero volvamos al Derecho del Trabajo y a otro aporte de beneficios que viene esta vez de la más avanzada doctrina constitucionalista.

En el último *Annuario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*²⁵, se recogen ensayos de gran interés, que allanan el camino a una reconstrucción más allá que limitada dentro de los confines de una sola óptica disciplinar. Se demuestra, por ejemplo, que el mercado, especialmente después de las reformas de los años noventa, no es otra cosa que un estadio de la integración europea, ciertamente no el único ni el último, y que es preciso alcanzar un «nivel más profundo de integración», para permitir al mercado un espacio abierto de «comunicación pública», según una terminología utilizada por HABERMAS²⁶.

La aportación de la ciencia constitucionalista es central en la consolidación de la base de un orden legal comunitario. Cuantos más valores fundacionales de tal naturaleza son diferenciados, tanto más se compone armónicamente con los sistemas jurídicos nacionales y se hace resistente respecto a la alternación de los Gobiernos nacionales y de las orientaciones políticas prevalentes en cada ocasión. Un mercado regulado refleja valores constitucionales inherentes a cada aspecto de la vida social: la libertad de

²⁴ Es innecesario resaltar que la referencia a la Carta Social del Consejo de Europa realizada en otra parte de los Tratados (art. 136 TCE), se omite en el reenvío que el art. 46 TUE hace al art. 6.2. Más allá de una minuciosa y quizás formalista interpretación sobre esta materia de la Carta Social, ésta refleja las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, que es preciso confirmar con acento crítico una separación en el reenvío a las dos fuentes del Consejo de Europa que es reincidente en confirmar una separación entre los derechos fundamentales, con el intento de asignar a los derechos sociales un rango de menor, si no de secundaria relevancia.

²⁵ ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI. *Annuario 1999. La Costituzione europea*. Atti del XIV Convegno Annuale, Perugia 7-9 ottobre 1999. Padova, 2000.

²⁶ RIDOLA, P.: "Diritti di libertà e mercato nella Costituzione europea", en *Annuario 1999. Op. Ul. Cit.* Pp. 353-357.

circulación, pero también la libertad de asociación: la libertad de concurrencia, pero también la de expresión; la prohibición de posición dominante, pero también la tutela de la dignidad.

El individuo en el mercado no está solo, ni privado de la titularidad de derechos fundamentales. En cuanto titular de posiciones jurídicas subjetivas, el individuo contribuye, solo o a través de grupos y asociaciones de las que entra a formar parte, a hacer dinámico el mercado, afianzando su fuerza –y si es necesario su proyección– respecto de los otros actores económicos. No es por ello superfluo recordar²⁷ que en los Tratados la calificación de fundamental se extiende a otros derechos de libertad y evita a los derechos sociales, a despecho de las desilusionantes innovaciones introducidas en el Tratado de Amsterdam.

En esta perspectiva jurídica amplia y multidisciplinar, el derecho comunitario hace transitar una reflexión «refundadora» a través de los Estados miembros; agita y sacude los modos de pensar y de interpretar el derecho nacional, colisiona hasta hacer vacilar las vallas entre las especializaciones de la ciencia jurídica, rediseña un orden normativo que, partiendo del mercado, se irradia en otras direcciones. Un área aparentemente marginal en la evolución del ordenamiento supranacional, como históricamente ha sido el área de los derechos sociales, casi inesperadamente se llena de vida en el debate político y también en las reflexiones de los juristas.

Otra vez se puede citar a SIMITIS, en esta ocasión no como autor de un informe, sino como agudo jurista del trabajo:

“Una vez transformado el problema del trabajo obrero en la más amplia «cuestión social», no resulta ya posible distinguir entre funciones intencionalmente mínimas del Estado y área (virtualmente ilimitada) reservada al individuo. La «cuestión social» determina de este modo una política estatal que mira a una transformación social a largo plazo, la única capacitada, si no para eliminar, al menos para reducir las causas del conflicto social”²⁸.

3. EL TÍTULO IV DE LA CARTA: SOLIDARIDAD

Vayamos a la Carta y en particular a los derechos sociales. El lenguaje es, sin duda, aquel un poco formal de las grandes declaraciones de principios: por un lado, indicaciones a la comunidad internacional y a los Estados miembros sobre las prioridades a perseguir, por otro, señales del conocimiento por parte

²⁷ Como hace LUCIANI, M.: “Derechos sociales e integración europea”, en *Annuario* 1999. Ecc. *Op. cit.* P. 510.

²⁸ SIMITIS, S.: “La giuridificazione dei rapporti di lavoro”, en *Giornale de Diritto del Lavoro e della Relazioni Industriali*. 1986. P. 216.

de las instituciones de los cambios producidos en la sociedad, también en virtud de los pasos hacia delante de la ciencia y de la tecnología. El individuo se coloca en el centro de este espacio reconstructivo; el lenguaje es respetuoso de las diferencias de género y poco tradicional en la sistematización de los derechos, casi una voluntad de superar históricas contraposiciones de los derechos²⁹.

Los derechos sociales figuran en más capítulos de la Carta: concentrados prevalentemente en la sección titulada de la solidaridad, no dejan de aparecer entre las libertades fundamentales³⁰ y de estar incluidos en los principios de igualdad y no discriminación³¹.

Los derechos sociales más comúnmente asimilables a las tradiciones del Derecho del Trabajo se reagrupan en el título sobre la solidaridad³². De un lado se encuentran derechos de la persona, como el derecho a unas condiciones de trabajo respetuosas de bienes primarios como la salud, la seguridad, la dignidad, la prohibición del trabajo de menores y la tutelas de los jóvenes en el lugar de trabajo. Del otro se contemplan derechos de ejercicio colectivo, como el derecho de información y consulta, el derecho a la negociación colectiva y también el recurso a medidas de autotutela, incluida la huelga.

Entre los derechos individuales que reflejan una noción amplia de tutela de la dignidad del trabajador se cita el art. 30, en materia de protección contra el despido injustificado, que viene retomado y especificado en el art. 33, en el cual la tutela se refiere a la trabajadora madre, seguida del nacimiento de un hijo —y es necesario especificar— de ambos padres en el caso de adopción.

Se puede citar además algún ejemplo de tutela orientada a proteger a las categorías más débiles en el mercado del trabajo, el derecho de acceder a un sistema de colocación gratuito (art.29). Digno de mención el art. 34, que diseña un cuadro amplio del derecho a la seguridad y asistencia social con la especificación de las prestaciones debidas por parte de los Estados.

²⁹ Como se remarca en el punto 2 de la *Comunicazione della Commissione sulla natura giuridica della Carta*, citada en la nota 13.

³⁰ Art. 12, Libertad de reunión y de asociación, que específicamente menciona el «derecho de cada individuo de fundar sindicatos junto con otros y de asociarse para la defensa de sus propios intereses», que quiere compensar el vacío creado por la exclusión de la libertad sindical de la competencia de los Tratados.

³¹ Art. 21, que adopta una fórmula bastante amplia, tal como incluir también los actos discriminatorios estipulados en los contratos o previamente al comienzo de la relación de trabajo; art. 23 en materia de igualdad entre hombres y mujeres, formulado de una manera no demasiado precisa y sin embargo atento a no transgredir la materia del empleo. De la línea seguida por el Consejo y de los puntos más retomados por la Comisión, la paridad entre hombre y mujer y donde fuera necesario la adopción de medidas de favorecimiento del sexo infrarepresentado en las políticas de empleo, entran a formar parte de una clase distinta de derechos. El paso del *soft law* a los derechos fundamentales y el remarcar en este aspecto particular la garantía de igualdad de oportunidades en las políticas de empleo; también si la Carta no es jurídicamente vinculante, no debe ser descuidada como las últimas fuentes de inspiración para el Tribunal de Justicia.

³² Tal elección parece haber sido el resultado de un compromiso entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros, algunos de ellos particularmente reacios a reconocer como

El campo está abierto por una reflexión que refuerza la teoría emancipadora de los derechos fundamentales. Precisamente aquella que viene considerada por algunos como una debilidad –el ser algunos derechos calificables más como objetivos, que expectativas que compete perseguir a las políticas estatales– se analiza como fuerza de un derecho supranacional en formación. El impulso innovador deriva de la habilidad de los Estados de defender tal prerrogativa del derecho nacional pero sin perder de vista los vínculos existentes con las normas supranacionales. La fijación de derechos fundamentales sirve por lo tanto a objetivar su misma eficacia, vinculando al legislador a tareas bien delimitadas³³. Pero si se observa el principio sancionado en las disposiciones generales de la Carta (art. 51), en base al cual no se introducen competencias nuevas, se debe entender que el legislador –propiamente como el Tribunal de Justicia– encuentra en la Carta una fuente autorizada de inspiración, de una manera no del todo disconforme con cuanto sucede a nivel nacional en presencia de principios constitucionales cuya actuación depende de la distribución de prestaciones, a veces compleja y costosa, por parte del estado.

Si se toma el ejemplo del derecho fundamental a la colocación gratuita, que en la tradición de algunos Estados miembros coincide con una fuerte presencia del Estado como gestor de los mecanismos de encuentro entre demanda y oferta de trabajo, verdadera y propia expansión del derecho fundamental al trabajo. La salvaguardia de las tradiciones nacionales es siempre mas circunscrita respecto de las amenazas –de modo directo e inmediato– de las normas europeas en materia de concurrencia sobre los concretos ordenamientos nacionales como reiteradamente ha demostrado un copiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia³⁴.

La regla de la eficiencia del mercado y de su apertura incondicionada, no puede, en este caso, cerrar el paso a intervenciones del legislador nacional, que, combatiendo de alguna manera el monopolio, hace posible la tutela de los sujetos débiles del mercado. En este caso, el derecho fundamental a las agencias de colocación gratuita, se sanciona a nivel supranacional, sirve de contrapeso

fundamentales los derechos sociales. Vid. el editorial “The EU Charter of Fundamental Rights still under Discussion”, en *Common Market Law Review*. 2001. P. 3.

³³ MENGONI, L.: I diritti sociali. *Op. Cit.* P. 3.

³⁴ Remito para el examen de algunos casos a SCIARRA, S.: “Job Centre: an Illustrative Example of Strategic Litigation”, en SCIARRA, S. (Coord.): *Labour Law in the Courts*. Oxford, 2001. Pp. 241 y ss. Ver también, ROCCELLA, M.: “Tutela del lavoro e ragioni del mercato nella giurisprudenza recente della corte di Giustizia”, en *Giornale di Diritto del Lavoro e della Relazioni Industriali*. 1999. P. 33; ORLANDINI, G.: “La libertà di circolazione delle merci: un «limite» comunitario al conflitto sindacale”, *ivi*. P. 623; GUIBBONI, S.: I monopolio previdenziali tra diritto comunitario della concorrenza e principi solidaristici della Costituzione. Convergenze «pratiche» e conflitti «teorici», en *Arg. Dir. Lav.* 2000. N° 3. P. 685.

al derecho de libre prestación de servicios y, lo que es más importantes, establece para el legislador nacional el objetivo –también fundamental– de garantizar la tutela de los sujetos respecto a acudir a estos servicios que reflejan las tradiciones nacionales y la elección de los valores que lo han generado.

La naturaleza de algunos modernos derechos sociales conlleva que la tutela se obtenga a través de su procedimentalización más que a través una más tradicional garantía de justiciabilidad a nivel individual. Se piensa, por poner otro ejemplo, en el derecho a la formación profesional y a la formación permanente cual protección del trabajador en paro, o nunca empleado. Sí puede parecer difícil posicionarse por la invocabilidad de tal derecho en vía directa ante un Tribunal nacional, no es impensable que a la satisfacción de tales pretensiones de los trabajadores se llegue por fases sucesivas. Se crea de tal manera una expectativa de recibir información profesional fundada sobre la concurrencia cruzada de fuentes heterónomas y voluntarias, que destaca a veces como una forma de *soft law*, como las políticas de empleo predispuestas a nivel supranacional y después transcritas en planes nacionales y locales.

También el derecho a la información y a la consulta confirma con el paso del tiempo su naturaleza de derecho procedimentalizado (en su ejercicio) y procesualizante (en la oposición a los derechos empresariales), fundamentalmente respecto a la aparición de otros y en igual modo significativos derechos inherentes a la relación de trabajo. Si puede parecer sorprendente su colocación en el Título de la Solidaridad, tal actuación hace reflexionar sobre la cuestión de la fuerte interconexión que los derechos sociales de última generación establecen con las libertades fundamentales, como la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva que emana directamente de esta última libertad fundamental. De una trampa tan compleja de normas y fuentes se recaba la naturaleza reticular de la solidaridad europea: débil en algunos de sus presupuestos, pero dispuesta a defenderse y fortificarse en muchas direcciones siempre que el legislador sepa preparar la necesaria fundamentación.

Desde esta perspectiva, se presenta rica en sugerencias la investigación de aquellos que han propuesto la incorporación de algunos derechos sociales a la ciudadanía europea según un programa de redistribución entre los individuos más que entre los Estados, casi como si se quisiera compensar los mecanismos de integración económica con un sistema de derechos de titularidad individual³⁵.

También la Carta, así como está formulada, deja abiertos tantos interrogantes acerca de la efectiva implementación de los derechos sociales, encamina este ejercicio de reequilibrio entre esferas diversas de derechos que

³⁵ Vid. POIARES MADURO, M.: "Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights", en ALSTON, P. (Coord.): *The EU and Human Rights*. Oxford, 1999. Pp. 449 y ss, y especialmente p. 471. GIUBONNI, S.: "Cittadinanza comunitaria e sicurezza sociale: un profilo critico", en *Arg. Dir. Lav.* 1997. N° 6. P. 67. Especialmente pp. 123 y ss.

corresponden probablemente a modalidades y a tiempos diversos de la integración. El terreno propiamente europeo de los derechos sociales, en múltiples direcciones todavía vírgenes, se ofrece a la experimentación de técnicas de integración bastante variadas, capaces de tomar impulso de muchas partes y de aprovechar de modo creativo la aportación de sujetos institucionales o no. La Carta ha demostrado que un principio inspirador del derecho social –la solidaridad– se convierte en principio ordenador de los derechos individuales y colectivos. Si la obra del legislador europeo debiera proseguir, solamente en presencia de un texto jurídicamente no vinculante, aquella tomaría impulsos de una fase racionalmente más avanzada respecto al pasado y también culturalmente más rica.

4. PREÁMBULO Y DISPOSICIONES GENERALES; UN ENFRENTAMIENTO ABIERTO ENTRE LOS TRIBUNALES

Una Carta de derechos fundamentales en una Europa que se ha definido en otro lugar como pre-federal³⁶, imprime un fuerte impulso hacia la integración. Esta afirmación no es sólo un acto de fe; aquella se mide sobre la guía de todo lo concretamente realizado en el campo de los derechos sociales por lo menos a partir de la adopción de la Carta social comunitaria de 1989, también esa mera declaración solemne relegada a una dimensión externa a los Tratados, convertida después, en cuanto documento político, en la rampa de lanzamiento de las propuestas legislativas avanzadas por la Comisión en los años sucesivos a su adopción y finalmente introducidas entre las fuentes de inspiración y junto a la referencia mencionada en el art. 136 del Tratado CE, ha seguido la inclusión en el Tratado de Amsterdam del Capítulo social.

Se podría discutir si las fuentes de referencia adquieren más o menos peso en dotar de inspiración al Tribunal de Justicia, en relación a su naturaleza jurídica. Si se quisiera hablar de planos diversos, más bien que de jerarquía de fuentes, el plano ofrecido en la Convención Europea de los Derechos del Hombre debería aparecer bastante más sólido, además que por la amplitud de su esfera de aplicación, también por el no indiferente puntal ofrecido por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Sin embargo, precisamente mirando a las fuentes del Consejo de Europa los derechos sociales se revelan de una fragilidad históricamente comprobada: no justiciables si no de naturaleza declaradamente colectiva, porque asentidos en la Convención de 1950, redimensionados –si no sacrificados– en interpretaciones estrictamente restrictivas, como ha sucedido en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, sobre el art. 11 de la Convención³⁷.

³⁶ SCIARRA, S.: “Integration through Courts: Article 177 as a Pre-federal Device”, en EAD (Coord.): *Labour Law. Op. Cit.* pp. 1 y ss.

³⁷ He analizado los casos importantes decididos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otros) en SCIARRA, S.: *Individuals ecc. Op. Cit.* Mi conclusión es que la libertad sindical

La circulación de un estándar internacional de tutela, como aquel propuesto en el art. 11 en relación a la libertad sindical, conlleva una innegable expansión del punto de referencia por el Tribunal de Justicia, privada de su propia base jurídica de interpretar en el interior del ordenamiento jurídico sobre el que ejerce su competencia. Sin embargo, un deseable dialogo entre los dos Tribunales se revelaría en este caso inadecuado para llenar las lagunas del ordenamiento comunitario. Más avanzadas aparecen las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, enriquecidas a lo largo de los años gracias a sofisticadas e incesantes elaboraciones jurisprudenciales producidas por los Tribunales constitucionales nacionales³⁸.

Debemos preguntarnos, por tanto, continuando con el ejemplo de la libertad sindical, qué cambia con la aparición en escena de la Carta de los Derechos Fundamentales, que expresamente recoge en el art. 12 «el derecho de todo individuo a fundar sindicatos con otros y de asociarse para la defensa de sus propios intereses». Se puede sugerir que el Tribunal de Justicia es más libre de crear su propia jurisprudencia, fundada sobre una armónica combinación del art. 12 y de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, todas fuentes de inspiración interna en el ordenamiento europeo. Se reivindica por tanto a la Carta, aún cuando fuente no vinculante, un papel de dirección más fuerte, porque es más coherente con la evolución de los ordenamientos europeos. Aquélla permite al Tribunal reapropiarse de su supranacionalidad sin renunciar a escuchar las voces y las lenguas diversas de sus jueces³⁹.

La integración del mercado, que representó desde los orígenes el punto más fuerte de encuentro de los intereses económicos, más aún el lugar en el que ejercitar la libertad fundamental de circulación, debe encontrar en la Carta una orilla de referencia segura –también de menor peso institucional– para el reequilibrio de los objetivos a perseguir en las sucesivas fases de la integración⁴⁰.

emerge de esta jurisprudencia en una dimensión individual más bien que colectiva (no es un caso sobre el que exista un número relevante de casos ingleses sometidos al Tribunal) y que el estándar internacional de tutela así elaborada se revela lejos de las tradiciones constitucionales de importantes ordenamientos europeos.

³⁸ Debería añadir que toda esta red de referencias entrarían en colisión con las explícitas conclusiones de las competencias comunitarias de la libertad sindical, como se recoge en el art. 137.6 TCE.

³⁹ Se debe recordar a propósito de esta cuestión la contribución magistral de MANCINI, C. F.: *Language, Culture and Politics in the Life of the European Court of Justice*, ahora en la recopilación de ensayos del mismo autor. *Democracy and Constitutionalism in the European Union*. Oxford, 2000. Pp. 177 y ss.

⁴⁰ Para un apunte en este sentido, vid. también GUIBBONI, S.: *I monopoli previdenziali ecc.* *Op. Cit.* pp. 718 y ss.

Desde esta consideración, también el simple hecho de haber reunido en un único documento todos los derechos fundamentales representa una importante señal de racionalidad de un orden normativo en vía de formación⁴¹. No sólo se deja sin efecto la histórica división entre derechos civiles y políticos de un lado y derechos sociales y económicos de otro, si no que también se encamina una deseable resistematización más general de las fuentes internacionales de referencia. Una tarea de tal clase donde debe coincidir con la elección de incluir la Carta en los Tratados, impone también una reenumeración y probablemente una revisión de las referencias realizadas en los Tratados mismos a las fuentes externas.

Dos problemas se señalan en particular, en lo referente a los derechos sociales. Las referencias a la Carta de 1989 en los Tratados deberían ser considerados como redundantes. Sin adelantar a afirmar que tal fuente es tácitamente derogada por la Carta del 2000 –también porque a ella se hace referencia, aunque sea de un modo impreciso en el Preámbulo– se puede declarar como históricamente concluidas las funciones de la Carta de 1989, útil instrumento de orientación de las políticas sociales de la Comisión en los años noventa y aguja de la balanza de los equilibrios políticos en la transición hacia el Tratado de Amsterdam⁴².

Más complejo aparece el problema de la referencia a la Carta de 1961, presente en el Preámbulo al TUE, así como en el art. 136 del Tratado CE. Mientras la primera referencia tiene un sabor más ritual, en la resistematización del viejo art. 117 –convertido posteriormente en el art. 136– esta novedad había asumido un fuerte valor simbólico, casi como de querer recoger el universo de derechos sociales de ejercicio colectivo con aquellos de naturaleza meramente individual tutelados en la Convención de 1950. El sólo hecho que los derechos reconocidos en la Carta Social no sean justiciables, pero más bien sujetos a un mecanismo de control difuso, no los convierte en extraños a la comprensión de un tribunal, como el Tribunal de Justicia, culturalmente preparado a absorber los principios sociales sobre los cuales se fundamentan las más importantes constituciones europeas del siglo XX y a trasponerlos como principios inspiradores en su jurisprudencia.

De ambas fuentes del Consejo de Europa, la Carta y la Convención, se podría desarrollar una racionamiento análogo: en cuanto externo al ordenamiento comunitario, aquella se sitúa entre las fuentes internas –entre ellas

⁴¹ Destacado también por la Comisión en la Comunicación, muchas veces citadas, en el punto 2.

⁴² Esto parecía una valoración correcta, hace ya algunos años. Vid. RODRIGUEZ PIÑERO, M.; CASAS, M.: "In Support of a European Social Constitution", en DAVIES, P. Y AL. (Coord.): *European Community Labour Law. Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*. Oxford, 1996. Pp. 36 y ss.

también la Carta del 2000, a pesar de su naturaleza no vinculante— y predispone un camino paralelo de referencia. En este sentido se refiere al Preámbulo de la Carta, donde se dice que aquella se “reafirma” en el respeto de las competencias comunitarias y del principio de subsidiariedad, los derechos derivantes de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, de sus obligaciones internacionales y de todas las otras fuentes internacionales a las que se ha hecho muchas veces referencia, como un interesante —pero quizás poco preciso— afianzamiento entre las Cartas sociales adaptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa.

Con aquel «reafirma» se debe entender que la Carta parte de tradiciones consolidadas y difusas y, sin ignorar el fuerte impacto sobre los ordenamientos nacionales, reordena una definición de los derechos fundamentales de la Unión Europea y resistemiza dentro de un único documento los valores inspiradores de su propio orden normativo. En este sentido —y no en el sentido de una oposición literal entre las normas singulares— se puede decir que la Carta va más allá que las precedentes fuentes comunitarias e internacionales.

El Tribunal de Justicia puede, en el estado actual, alcanzar a todas las fuentes de inspiración que de tiempo en tiempo se revelan útiles a colmar las lagunas del ordenamiento europeo. Se puede solo plantear la hipótesis respecto a que el Tribunal siga, entre tantos posibles criterios, aquel de privilegiar a las fuentes más vecinas a un ordenamiento en constante transformación, como es el de la Unión europea, señalando con su jurisprudencia los pasos de una evolución lenta pero constantes hacia estándares de tutela originales y modernos.

Después de las decisiones tomadas a Niza, puede afianzarse la autorregulación de las fuentes internacionales que surgen en el tiempo y con amplia esfera de eficacia, la nueva legitimación sobre la cual se apoya una fuente nacida de la confrontación entre instituciones europeas y sociedad civil. La Carta del 2000 es, en este sentido, más cercana a los sujetos titulares de los derechos fundamentales de los que se ocupa sea en razón de la presencia de representantes de los parlamentos nacionales en la Convención que la redactó, sea en vista de los objetivos que aquella fija al legislador europeo.

Algunas disposiciones generales contenidas en el Título VII confirman tal afirmación. El art. 52.1 basa sobre el principio de proporcionalidad las eventuales limitaciones que puedan imponerse al ejercicio de los derechos reconocidos en la Carta, volviendo a llevarlos dentro de los confines de la «finalidad de intereses generales reconocidos por la Unión o a la exigencia de proteger los derechos y la libertad de otros»⁴³. El art. 52.3 por otro lado, no impide que el derecho de la Unión «conceda una protección más extendida» a los derechos reconocidos ya sea en la Convención de 1950, ya sea en la Carta.

Tales normas son tomadas en su vertiente innovadora, observando a los equilibrios generales que la Carta se prefija de alcanzar en cuanto texto omni-

⁴³ Esta fórmula parece particularmente vaga y preocupante en el análisis de BALLESTRERO, M.V.: “Brevi osservazioni su costituzioni europea e diritto del lavoro italiano”, en *Lav. Dir.*

comprendivo que acoge todos los derechos fundamentales. Sería erróneo hacer emerger en este momento el complejo de inferioridad que durante tanto tiempo ha caracterizado el análisis de los juristas del trabajo, privados de sus tradicionales instrumentos de intervención, cuando se encontraban frente al débil derecho social europeo. El principio de proporcionalidad nos recuerda que la Carta aspira a ser un texto de vertiente constitucional, como tal abierto a los impulsos de todas las esferas de derechos a tutelar. El principio de la derogabilidad in melius respecto a los estándares previsto en una fuente externa al ordenamiento europeo ofrece a las iniciativas legislativas un espacio libre de restricciones y de equívocos.

A la luz de cuanto se ha querido evidencia, la actitud proveniente de quién pone en guardia respecto a las fugas hacia delante termina casi en desear posponer la adopción de la Carta a que se haya consolidado la integración política⁴⁴; tal opinión no privada de cordura sobre el plano de las vaivenes institucionales, hace reflejar sobre el plano una casi inconsciente supresión de cuanto se podría perseguir por la vía de una más dinámica interpretación de las fuentes existentes. Las muchas técnicas de acercamiento entre los sistemas nacionales se han revelado en el curso del tiempo bastante innovadoras. La integración europea se expresa hoy a través de una modalidad que parece preceder la formación de un estado supranacional; aquella podría revelarse nada menos como una alternativa a la creación de un Estado unitario de tipo federal.

La observación de fenómenos corrientes y consolidados demuestra que el respeto por las tradiciones nacionales, sobre la que se basa tan gran parte de las actividades institucionales comunitarias y sobre la cual se modela la intervención legislativa supranacional, guía a los jueces nacionales a desafiar el ordenamiento comunitario en una doble dirección. De un lado los Tribunales Constitucionales se erigen en defensores de los valores fundadores de los propios ordenamientos de referencia⁴⁵, de otro los reenvíos prejudiciales, en el tránsito de los Tribunales nacionales hacia el Tribunal de Justicia, sacuden en un sentido no siempre coherente las disposiciones nacionales, poniendo de

2000. P. 569, que teme una relación estrecha entre fines de intereses generales y mantenimiento de un mercado competitivo. Una ambigüedad tal era perceptible incluso antes de la aprobación de la Carta. Las fuentes comunitarias no han negado nunca la supremacía del mercado; la historia de la expansión de la base jurídica en los Tratados a través de una ampliación del voto de mayoría cualificada representa una respuesta imperfecta a la desproporción entre reglas del mercado y reglas sociales.

⁴⁴ TREU, T.: "Diritti sociali europeo: dove siamo", en *Lav. Dir.* 2000. Specialmente p. 451.

⁴⁵ SLAUGHTER, A.M.; STONE SWEET, A.; WEILER, J.: *The European Courts and National Courts*. Oxford, 1998.

relieve aporías y contradicciones que sólo los legisladores nacionales se encuentran capacitados de solucionar⁴⁶.

Si, por tanto, los efectos perversos de la integración negativa pueden de una manera general hacer brotar un ejercicio desordenado de poderes jurisdiccionales, es por ello cierto que un significativo impulso viene causado por la integración positiva, realizada a través de la europeización de los derechos nacionales. En este juego de impulso y frenado no se olvida que cada actor –instituciones europeas y estados miembros– se mueve sobre la guía de su propia legitimación política. Incluso el duro enfrentamiento entre los tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia, que especialmente en la tutela de los derechos fundamentales ha estado muy vibrante, se coloca en esta constante búsqueda de la diversidad y a la vez unidad del sistema.

En otras direcciones va la prudente apreciación de Carta acompañada de una muy incisiva crítica dirigida a la Unión por la duradera carencia de una política de derechos humanos. Cualquier documento, en particular una declaración solemne no vinculante, hace las veces de «subterfugio» y de «coartada» para aplazar aquello que es muy urgente y muy necesario⁴⁷. Tal crítica provoca un profundo y quizás no del todo inmotivado sentido de desconfianza en el enfrentamiento de los poderes de los jueces, alimentado por el temor a que cada esfuerzo de innovación acabe en las manos de un Tribunal ya cargo de demasiadas contradicciones.

Por motivos análogos se teme que la Carta «congele» la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, inhibida en las posibles revisiones de sus pronunciamientos precedentes en relación a principios que ahora aparecen recogidos en la misma Carta⁴⁸. Un temor de tal clase se contrapone a la posible expansión de la jurisprudencia del Tribunal, sobre la guía de los nuevos derechos recogidos en la Carta⁴⁹, una confirmación del hecho que la esfera de las previsiones gira en todas las posibles direcciones sin por esto impedir los esfuerzos creativos de los reformadores de los Tratados, animados, en la mejor de las hipótesis, de un espíritu de desafío del status quo y quizás de su superación con el progreso.

Será necesario profundizar en la interpretación de las disposiciones generales que colocan los derechos y su ejercicio dentro “de los límites definidos

⁴⁶ Esta observación emerge, respecto a algunas áreas cruciales del Derecho del Trabajo, de una investigación colectiva sobre reenvíos prejudiciales ex art. 177 (convertido posteriormente, como aclaró, el art. 234 TCE). Vid. SCIARRA, S. (Coord.): *Labour Law in the Courts*. *Op. Cit.* *Íbid.*, especialmente el capítulo conclusivo de S. SIMITIS.

⁴⁷ WEILER, J.: “Editorial: Does the European Union Truly Need a Charter of Rights?”, en *European Law Journal*. 2000. P. 96.

⁴⁸ Como refiere DE WITTE, B. DE: *The Legal Status*. *Op. Cit.* En relación al art. 41 de la Carta, sobre el derecho a una buena administración, que inspiró numerosos pronunciamientos del Tribunal.

⁴⁹ Como demuestra sobre tal materia DE WITTE, B. DE: *Op. Ult. Cit.*

por los Tratados” (art. 52.2); que expresamente prevén una posible expansión de la tutela en relación a la Convención europea (art. 52.3); que se preocupan de no lesionar en un sentido restrictivo derechos ya garantizados en otra sede, incluidas las constituciones nacionales (art. 53). El contenido fuertemente garantizador de esas normas de clausura podría ser paradójicamente leído en clave “congelante”, como si no fuese posible encontrar otro estándar de tutela consolidada, también si se considera que existe concretamente una vía tal para el intérprete además que para el legislador. En consideración al hecho que una buena parte de los derechos sociales depende, en su implementación práctica, de la intervención activa del legislador, los riesgos del inmovilismo podrían una vez más ser atribuidos a difíciles equilibrios político-decisionales, más que ser atribuidos una vez más a los jueces.

Ciertamente se establece un problema de clarificación del principio de subsidiariedad y de su impacto en la definición de las competencias. Este es el flanco más expuesto de la Carta en cuanto fuente no vinculante, también si, como declaración solemne, aquella fortifica el acervo comunitario en materia social⁵⁰; se trata a todos los efectos de una fuente a la que el Tribunal de Justicia puede –y quizás debe– observar para inspirar sus decisiones.

El tema es complejo, pero no debería, en razón de su multidireccionalidad, dar lugar a esquematismos ni a la reaparición de prejuicios. Se trata de un tema importante, que debe suscitar el debate y la profundización en un importante momento político para Europa y ocupar un puesto central en las discusiones de esta «sociedad abierta de los intérpretes» que –como magistralmente ha aclarado PERTER HÄBERLE⁵¹– se extiende desde hace tiempo, más allá de los confines del Estado nacional.

Si el artificio retórico al que me he acogido al inicio debiera considerarse solventado, debería poder concluir diciendo que mi esperanza de elegir para esta ocasión qué tema me permitiese equiparar mi empeño personal con el personal ha tenido un final apropiado. Propiamente, porque la Carta establece como centro de su atención al individuo, permite explorar las inspiraciones, además de las elecciones racionales y factibles. Los juristas, a los que frecuentemente se les encomienda que interpreten lo existente, pueden también, sin pecar de orgullo, probar a imaginar el futuro.

⁵⁰DE WITTE, B.: *The Social Rights “Acquis” of the European Union*, intervención no publicada presentada al convenio desarrollado en la Universidad de Leiden el 4 y 5 de Septiembre de 2000.

⁵¹Vid, también para las referencias puntuales a la obra del prestigioso constitucionalista europeo, RIDOLA, P.: “Introducción” en HÄBERLE, P.: *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (trad it.). Roma, 1993. P. 24.