

# Constitucionalismo europeo y Europa social\*

*Luis Ortega Álvarez*

Catedrático de Derecho Administrativo (UCLM)

*Luis Arroyo Jiménez*

Profesor Titular de Derecho Administrativo (UCLM)

## RESUMEN

Uno de los temas que parece haber despertado de nuevo el interés de la doctrina jurídica es el del presente y el futuro del modelo socioeconómico en Europa. En este artículo se analiza el modo en el que la Europa social está viéndose afectada por el proceso de reforma del Derecho primario. En primer lugar se analiza el contenido básico de la Constitución económica europea que se deriva de los Tratados vigentes. En segundo lugar se estudian las innovaciones que incorporaba el texto del Tratado Constitucional. Finalmente se plantean algunos problemas actuales de la constitucionalización de la Europa social, y se analiza el mandato que el Consejo Europeo de junio de 2007 ha otorgado a la Conferencia Intergubernamental.

**Palabras clave:** Constitución económica europea, Europa social, solidaridad, servicios públicos, economía social de mercado, derechos sociales.

**Keywords:** European Economic Constitution, Social Europe, Solidarity, Public Services, Social Market Economy, Social Rights

## ABSTRACT

Present and future of the European socioeconomic model has focused new attention of legal doctrine. This article studies how Social Europe is being affected by the reform of primary law. Firstly, the basic contents of the economic constitution contained in the EU and EC Treaties are analyzed. The main innovations brought by the Constitutional Treaty are then studied. Finally, some current problems related to the constitutionalization of Social Europe are faced, and the mandate given in June 2007 by the European Council to the Intergovernmental Conference is analyzed.

\* Una primera versión de este artículo anterior al Consejo Europeo de julio de 2007, forma parte de un proyecto de investigación de la Fundación Pablo Iglesias dirigido por el primero de los dos autores.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
  2. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA VIGENTE—2.1. *Las notas definatorias de la Unión Europea*—2.2. *Los derechos fundamentales*—2.3. *Las directrices contenidas en los Tratados y las políticas comunitarias*—2.4. *Conclusión*
  3. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL—3.1. *La nueva definición del modelo económico constitucional*—3.2. *La incorporación de nuevos derechos fundamentales*—3.3. *La incorporación de nuevas directrices y políticas comunitarias*—3.4. *Conclusión*
  4. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA EUROPA SOCIAL EN LA ACTUALIDAD—4.1. *Las opciones abiertas y el reciente Consejo Europeo de junio de 2007*—4.2. *La Europa social y la identidad de Europa*—4.3. *Política, democracia y Europa social*
-

## 1. INTRODUCCIÓN

Este artículo analiza los términos en los que ciertos elementos vinculados a la Europa social se han incorporado a los Tratados de la Unión y de la Comunidad Europeas, el modo en el que esa situación quedaba afectada por el Tratado Constitucional, así como las perspectivas abiertas en la actualidad, una vez que el proceso de reforma del Derecho primario se ha reactivado en el reciente Consejo Europeo de junio de 2007.

No obstante, antes de comenzar a estudiar estas cuestiones, debe plantearse la de si es procedente considerar a este conjunto de normas como la Constitución económica europea<sup>1</sup>. En el caso de los Estados miembros, desde el momento en que es posible calificar la norma fundamental como una Constitución, sus contenidos económicos pueden analizarse a partir de los conceptos de Constitución económica –en sentido formal– y de Derecho constitucional económico. En el de la Unión y la Comunidad Europeas, por el contrario, la aplicación misma del concepto de «Constitución» resulta ya problemática. En efecto, el empleo del concepto de «Constitución económica» para referirnos a una parte de las normas que integran el Derecho de la Unión Europea presenta dificultades importantes, derivadas del hecho de que, desde un punto de vista formal, en el Derecho europeo no hay propiamente una Constitución.

Siendo ello cierto, también lo es que los Tratados constitutivos presentan una serie de características que, cuando menos, los asemejan en gran medida a una Constitución. En primer lugar, el Derecho originario y el Tribunal de Justicia desempeñan en el ordenamiento comunitario-europeo ciertas funciones que en los Estados miembros corresponden a la Constitución y a los Tribunales Constitucionales, de modo que, al menos desde esta perspectiva funcional, sí podría hablarse de una Constitución europea. Dejando a un lado otras cuestiones no menos relevantes, como su carácter escrito, o su rigidez, el factor más importante en este sentido es la especial posición del Derecho originario, caracterizada por su primacía frente al Derecho nacional y por su superioridad jerárquica respecto del Derecho derivado. Además, la garantía judicial de esa posición permite considerar a los Tratados como auténtico presupuesto de validez respecto de otras normas del sistema. El Derecho originario es, por lo tanto, *norma normarum* y *lex superior*,

<sup>1</sup> Vid. en general, R. M. LLOPIS CARRASCO, *Constitución europea: un concepto prematuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. En relación con la Constitución económica, vid. J. BAQUERO CRUZ, *Entre competencia y libre circulación. El Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002. Respecto del Tratado Constitucional, vid. L. M<sup>a</sup> DÍEZ-PICAZO, «¿Tratado o Constitución? El valor de la Constitución para Europa», en VV. AA., *Comentarios a la Constitución Europea*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pgs. 59 y ss.

dos rasgos característicos de las normas constitucionales. En segundo lugar, en los Tratados están presentes ciertos principios (cfr., por ejemplo, art. 6 TUE) cuya centralidad en el Derecho de la Unión Europea y en los Derechos internos permite considerarlos, no sólo como normas funcionalmente constitucionales, sino también como elementos de un incipiente Derecho constitucional *común europeo*<sup>2</sup>.

De este modo, más allá del problema de la corrección de calificar sin más al Derecho originario como una Constitución, en los Tratados hay normas que detentan una posición y desempeñan unas funciones equiparables a las propias de las Constituciones de los Estados miembros. En este sentido puede afirmarse que dichas normas presentan un carácter constitucional. Además, resulta que gran parte de las mismas se proyectan sobre las actividades económicas, cuando no tienen por objeto, precisamente, la configuración general del sistema económico. El ejemplo más claro quizás sea el art. 4.1 TCE, que reconoce el principio «*de una economía de mercado abierta y de libre competencia*».

En conclusión, los obstáculos señalados no impiden utilizar aquí el concepto de Constitución económica europea, para hacer referencia a un conjunto de normas que ocupan la posición propia del Derecho originario, desempeñan las funciones típicas de las normas constitucionales y presentan un contenido económico. Veamos a continuación cuáles son éstas, analizando separadamente el contenido de los Tratados vigentes (*infra* 2) y las innovaciones que incorporaba el texto del Tratado Constitucional (*infra* 3), para, a continuación, esbozar algunos de los problemas que plantea la constitucionalización de la Europa social en la actualidad (*infra* 4).

## 2. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA VIGENTE

Las normas del Derecho originario que integran la Constitución económica europea pueden sistematizarse en tres grupos<sup>3</sup>: el primero es el de las notas definitorias de la Unión y de la Comunidad Europeas (*infra* 2.1); el segundo está integrado por algunos principios generales del Derecho comunitario, entre los que se encuentran los derechos fundamentales de contenido económico (*infra* 2.2); y el tercero es el compuesto por las directrices contenidas en los Tratados y las políticas comunitarias (*infra* 2.3).

### 2.1. Las notas definitorias de la Unión Europea

Entre las normas que integran la Constitución económica europea, la primera categoría que debe ser reseñada es la de las notas definitorias de la Unión Europea. Esta expresión hace referencia a una serie de principios jurídicos característicos de las Constituciones de los Estados miembros que

<sup>2</sup> Vid. P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, pg. 37.

<sup>3</sup> Sobre este tema, vid. L. ARROYO JIMÉNEZ, *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid, 2004, pgs. 229 y ss.

han sido incorporados al Derecho de la Unión –bien mediante su expresa positivización, bien a través de su reconocimiento jurisprudencial–, y que van a desempeñar en él la misma función que en los ordenamientos internos. Con independencia de cómo se las denomine, estas normas constitucionales definen los rasgos esenciales del tipo de estructura jurídico-política que se constituye y forman el basamento último del orden constitucional, y, por tanto, de todo el ordenamiento jurídico. En algunas de las Constituciones de los Estados miembros que optan por recogerlas expresamente, como la española o la alemana, se reconocen, entre otros, los principios de Estado de Derecho, Estado democrático y Estado social. Pero más allá de su vigencia en un concreto orden constitucional, el tipo estructural de Estado que sintetizan estos tres principios constituye un patrimonio común de la tradición político-constitucional europea –y no sólo continental, por cierto–.

La cuestión que procede plantear entonces es la de cómo se ha producido la recepción de este tipo de normas por parte de los Tratados constitutivos<sup>4</sup>. En primer lugar, el Tratado de Ámsterdam dio una nueva redacción al entonces art. FTUE, actual art. 6. Según dispone su primer apartado:

«La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros».

De una primera lectura del precepto se deriva ya que éste incorpora dos de las notas definitorias del Estado anteriormente aludidas: los principios de Estado de Derecho y de Estado democrático. Los de libertad y de respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales constituyen más bien valores cuya vigencia en un determinado orden jurídico-político –en este caso, el de la Unión Europea– representa una manifestación del reconocimiento de los anteriores. En efecto, no hay democracia ni Estado de Derecho, al menos en los términos en los que puede presumirse resultan incorporados al TUE, que no asuma la libertad como un valor superior, y no reconozca y proteja los derechos humanos.

En segundo lugar, la presencia de este tipo de normas en relación con las Comunidades Europeas es, ciertamente, más limitada. Por un lado, de las notas definitorias señaladas sólo ha sido incorporada la de Estado de Derecho. Por otro lado, el reconocimiento ha tenido lugar por vía jurisprudencial, y no como consecuencia de su expresa positivización en el TCE<sup>5</sup>. En una conocida línea jurisprudencial, el Tribunal de Justicia ha configurado la Comunidad Europea como una «comunidad de Derecho», adaptando a ésta la fórmula equivalente presente en las Constituciones de los Estados

<sup>4</sup> Vid. A. VON BOGDANDY, «Europäische Prinzipienlehre», en la obra colectiva por él dirigida *Europäisches Verfassungsrecht*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2003, pgs. 149 y ss.

<sup>5</sup> En el TCE sólo se menciona el Estado de Derecho en su art. 177.2, en cuya virtud: «La política de la Comunidad en este ámbito [la cooperación al desarrollo] contribuirá al objetivo general de desarrollo y consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como al objetivo de respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales».

miembros<sup>6</sup>. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la previsión del art. 6.1 TUE afecta a la propia Comunidad Europea, en tanto parte integrante de la Unión. Puede, en conclusión, afirmarse que el art. 6.1 TUE y los principios en él recogidos son el principal elemento a tener en cuenta en relación con el problema de cuáles son las notas definitorias de la Unión Europea.

Dejando a un lado los problemas interpretativos que plantea lo que dice, el dato más llamativo del art. 6.1 TUE probablemente sea lo que silencia. Nos referimos, claro está, a la ausencia de referencia alguna al principio de Estado social. Una ausencia que no es sólo formal, sino que alcanza también al contenido mismo del principio. El silencio del precepto resulta perfectamente coherente con la voluntad de los redactores de los Tratados constitutivos de mantener en manos de los Estados miembros los instrumentos necesarios para actualizar la dimensión social del modelo económico que incorporan las Constituciones de los Estados miembros. Estas últimas responden esencialmente al modelo europeo de postguerra basado en la economía de mercado, positivamente conformada por el Estado con el objeto de lograr determinados objetivos de carácter social. Un modelo que, desde el punto de vista de las notas definitorias del Estado, se ve reflejado en el concepto de Estado social de Derecho. Así, el planteamiento originario consistía en elevar a los Tratados la protección y el desarrollo de los principios de libre mercado y competencia, manteniendo en manos de los Estados miembros la posibilidad de actualizar el principio de Estado social mediante el ejercicio de una serie de potestades públicas de intervención en el sistema económico –empresas públicas, servicios públicos, regulación sectorial, etc.–, que no correspondían en ningún caso a unas Comunidades Europeas cuyo ámbito competencial se encontraba ciertamente limitado<sup>7</sup>.

Sin embargo, esta situación se va a ver alterada con el paso del tiempo, a medida que las competencias transferidas se amplían y el Tribunal comienza a mantener una actitud más abierta a la intervención comunitaria respecto al ejercicio por parte de los Estados miembros de alguna de estas potestades, actuando en ocasiones como si el reparto de tareas que se ha descrito no estuviera ya vigente. En este nuevo contexto, la decisión de no incorporar al art. 6.1 TUE el principio de Estado social, junto a los de Estado democrático y de Derecho, parece reflejar la voluntad de renunciar parcialmente al modelo constitucional al que responde, entre otros, el art. 1.1 de la Constitución Española.

Según se comprobará más tarde, no desvirtúa esta afirmación el hecho de que en los Tratados sí estén presentes algunas manifestaciones concretas del principio, a las que se hará referencia a continuación. En efecto, su

<sup>6</sup> STJCE de 23 de abril de 1986, As. 294/83, *Les Verts c. Parlamento Europeo*, apartado 23; Dictamen 1/91, de 14 de diciembre, Rec. 1991, pgs. 6079 y ss. Vid. las Conclusiones del Abogado General M. P. Maduro en el asunto C-160/03, *España c. Euroj ust.*

<sup>7</sup> Vid., con referencias, C. JOERGES, «¿Qué tiene de social-demócrata la Constitución Económica Europea?», *REDC* 73, 2005, pgs. 9 y ss.

falta de reconocimiento como principio general implica la ausencia en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea del mandato dirigido a los poderes públicos en el que se condensa la dimensión material del principio de Estado social, y que con tanta fortuna expresa el art. 9.2 CE. El resultado es una radical asimetría del Derecho originario respecto de la positivización de las notas definitorias del Estado características de las Constituciones nacionales, y cuya principal consecuencia es la producción de una intensa mutación constitucional<sup>8</sup>, que no sólo se concreta en la limitación de las posibilidades de ejercer las potestades públicas de intervención económica reconocidas en las Constituciones de los Estados miembros –así, por ejemplo, de la creación de servicios públicos reservados conforme al art. 128.2 CE–, sino también –y quizás fundamentalmente– en la reducción del alcance mismo del principio de Estado social en el ámbito de las relaciones económicas.

## 2.2. Los derechos fundamentales

El resto de las normas que integran la Constitución económica europea, y también las que incorporan derechos fundamentales, se caracterizan por presentar un mayor grado de determinación que las notas definitorias. Así ocurre, desde luego, con los derechos fundamentales, que han sido objeto de un proceso de incorporación al Derecho comunitario que, además de lento y trabajoso, también ha resultado ser, al menos hasta la fecha, de carácter selectivo. Con ello quiere decirse que, mientras que las libertades económicas –propiedad privada, libre empresa, libertades de circulación– han sido plenamente recibidas por el Derecho comunitario, no ha ocurrido lo mismo, ni con las libertades propias de otros agentes sociales distintos del empresario, ni con los derechos sociales y económicos de carácter prestacional.

En una primera fase, la protección de los derechos fundamentales es considerada como una tarea ajena al ámbito competencial de las Comunidades Europeas y del propio Tribunal de Justicia. Durante esos años, la entera protección del derecho a la libre iniciativa económica se desarrolla dentro de los márgenes que proporcionan las normas del Tratado en materia de libertades de circulación, y una jurisprudencia que todavía no había consolidado los principios de efecto directo y primacía. Al final de los años sesenta, y una vez superado este último escollo, el Tribunal comienza a adoptar una actitud más activa en relación con la protección de los derechos fundamentales, a través de su consideración como principios generales del Derecho comunitario. En aquellos supuestos en los que el Tribunal cuenta con un apoyo expreso en los Tratados, la técnica empleada consiste en apelar al efecto directo del precepto correspondiente<sup>9</sup>. En otros casos, el Tribunal alega que un determinado derecho es un principio general común a los

<sup>8</sup> Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, pgs. 23 y ss.

<sup>9</sup> STJCE de 8 de abril de 1976, As. 43/75, *Defrene II*.

Estados miembros, para lo cual acude a fuentes diversas, como las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros<sup>10</sup>, los Tratados internacionales<sup>11</sup>, y, especialmente, el Convenio de Roma de 1950<sup>12</sup> y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos<sup>13</sup>.

En las SSTJCE de 14 de mayo de 1974, As. 4/73, *Nold*, y de 13 de diciembre de 1979, As. 44/79, *Hauer*, esta operación se aplica a los derechos de propiedad y de libre desarrollo de actividades económicas, que a partir de entonces van a ser considerados como principios generales del Derecho comunitario. En sentencias posteriores, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia han desarrollado una jurisprudencia sobre el contenido y el alcance del derecho a la libre iniciativa económica, que puede sintetizarse en los siguientes términos: primero, el derecho al libre ejercicio de las actividades profesionales forma parte de los principios generales del Derecho comunitario<sup>14</sup>; segundo, dicho principio no se presenta, sin embargo, como una prerrogativa absoluta, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad<sup>15</sup>; tercero, el principio implica que un operador económico no puede ser privado arbitrariamente del derecho a ejercer su actividad, pero no le garantiza un volumen de negocios determinado o una cuota de mercado específica; en particular, las garantías concedidas a los operadores económicos no se pueden extender en ningún caso a la protección de meros intereses o expectativas de índole comercial, cuyo carácter aleatorio es inherente a la esencia misma de la actividad económica<sup>16</sup>; y cuarto, pueden imponerse restricciones al libre ejercicio de una actividad profesional, siempre y cuando respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia del derecho así garantizado<sup>17</sup>.

La jurisprudencia del TJCE en materia de derechos fundamentales ha desembocado en un proceso, todavía inconcluso, de positivización de los mismos en el ordenamiento europeo. Un proceso en el que uno de los hitos principales fue el art. F.2 TUE, actual art. 6.2, cuyo contenido es el siguiente:

«La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Huma-

<sup>10</sup> Cfr. STJCE de 17 de diciembre de 1970, As. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

<sup>11</sup> Cfr. STJCE de 14 de mayo de 1974, As. 4/73, *Nold*.

<sup>12</sup> Cfr. SSTJCE de 28 de octubre de 1975, As. 36/75, *Rutili*; de 15 de mayo de 1986, As. 222/84, *Johnston*.

<sup>13</sup> Cfr. STJCE de 17 febrero de 1998, As. C-249/96, *Grant*.

<sup>14</sup> Cfr. SSTPI de 1 de diciembre de 1999, T-125/96, *Boehringer*, apartado 10; de 28 de septiembre de 1999, As. T-254/97, *Fruchthandelsgesellschaft*, apartado 51.

<sup>15</sup> Cfr. STPI de 1 de diciembre de 1999, T-125/96, *Boehringer*, apartado 10.

<sup>16</sup> Cfr. STPI de 11 de diciembre de 1996, As. T-521/93, *Atlanta*, apartado 62.

<sup>17</sup> Cfr. STJCE de 11 de julio de 1989, As. 265/87, *Schröder*, apartado 15; STPI de 1 de diciembre de 1999, T-125/96, *Boehringer*, apartado 10; STPI de 11 de diciembre de 1996, As. T-521/93, *Atlanta*, apartado 62.

nos 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».

Junto al Convenio de Roma, en cuyo Protocolo 1 se reconoce el derecho de propiedad privada, es preciso tener en cuenta la Carta Social Europea firmada en Turín en 1969, así como la Carta comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, firmada en Estrasburgo en 1989. Finalmente, ha de señalarse que este proceso de positivización ha sufrido durante los últimos años uno de los períodos más controvertidos, debido a la suerte que finalmente corrió en Niza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sobre la que se volverá a continuación.

### 2.3. Las directrices contenidas en los Tratados y las políticas comunitarias

Conviene aludir aquí separadamente a las directrices y a las políticas comunitarias. Las directrices son normas que imponen al poder público la obligación de perseguir determinados objetivos en la mayor medida posible. El análisis que sigue a continuación se limita necesariamente a aquellas que han sido recogidas en los Tratados y que presentan una mayor significación en esta sede debido a su carácter general y al hecho de proyectarse sobre las relaciones socioeconómicas. En el TUE, estas normas están recogidas en el Título I, y, fundamentalmente, en los arts. 1, 2 y 6. El primero de ellos establece en su tercer párrafo que la Unión *«tendrá por misión organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos»*, e incorpora así como principio general del Derecho de la Unión el de solidaridad, elemento integrante del planteamiento político que subyace al Estado social. El principio de solidaridad está a su vez presente en el contenido del art. 2, en el que se pueden identificar dos elementos: primero, una serie de objetivos de carácter socioeconómico relacionados con aquél —promover *«el progreso económico y social»*, *«un alto nivel de empleo»* y conseguir *«un desarrollo equilibrado y sostenible»*—; y, segundo, otros tantos instrumentos para conseguir esos objetivos, que remiten a políticas sociales y económicas —la *«creación de un espacio sin fronteras interiores»*, *«el fortalecimiento de la cohesión económica y social»* y *«el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará, en su momento, una moneda única»*—. Como puede observarse, se trata de directrices vinculadas a objetivos de carácter social y económico, que en su mayor parte constituyen manifestaciones concretas del principio de Estado social, tal y como éste aparece en los órdenes constitucionales de los Estados miembros. Junto a estas normas, en el Título I del TUE aparecen otros principios que, o bien presentan una menor relevancia específica desde el punto de vista económico (arts. 1 I y 2 II), o bien se han analizado en otro lugar (art. 6.1 y 2).

Las normas correspondientes del TCE se encuentran fundamentalmente en su Primera Parte (arts. 1 y ss.), sin perjuicio de que puedan identificarse

directrices en otros lugares del mismo (cfr., por ejemplo, los arts. 125 TCE y ss., en relación con el empleo, o el art. 152 TCE, en materia de salud pública). El precepto más relevante es aquí el art. 2, que establece un catálogo de objetivos cuya promoción corresponde a la Comunidad. Se trata, en particular, de los siguientes: (i) «un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad», (ii) «un alto nivel de empleo y de protección social», (iii) «la igualdad entre el hombre y la mujer», (iv) «un crecimiento sostenible y no inflacionista», (v) «un alto grado de competitividad de los resultados económicos», (vi) «un alto grado de convergencia de los resultados económicos», (vii) «un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente», (viii) «la elevación del nivel y de la calidad de vida», (ix) «la cohesión económica y social», y (x) «la solidaridad entre los Estados miembros».

Para la consecución de los mismos, el Tratado encomienda a las instituciones comunitarias una serie de tareas que se concretan en el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria (art. 2 TCE), así como en la realización de un conjunto de políticas y de acciones comunes (art. 3 TCE). A su vez, estas tareas se definen de dos modos: por referencia a un sector de la realidad, o por objetivos. Ejemplos de la primera variante son las del propio art. 2, o las políticas recogidas en las letras b), e) y f) del art. 3 TCE. Por su parte, encontramos manifestaciones de la segunda en las referencias hechas en este mismo precepto a la defensa de la competencia, al fortalecimiento de la competitividad industrial, a la cooperación al desarrollo, o al fortalecimiento de la cohesión económica y social. Pues bien, en tanto se definan por objetivos, las tareas que el art. 3 TCE configura como instrumentos para lograr los objetivos diseñados en el art. 2 constituyen realmente directrices en el sentido aludido.

Las políticas comunitarias son objeto de una regulación más detenida a lo largo del TCE. En algunos casos, el grado de desarrollo y concreción resulta tan elevado que difícilmente puede afirmarse que se trate de normas funcionalmente constitucionales, a pesar de que detenten la posición propia del Derecho originario. Ésta es la idea que subyace a la afirmación de que los Tratados constitutivos «cuentan con disposiciones de carácter fundamental y con otras de carácter técnico», y la que hizo nacer en su momento la voluntad de acometer un proceso de simplificación de los Tratados<sup>18</sup>. Parece claro que ciertas políticas comunitarias, y, especialmente, las de competencia y mercado interior, constituyen el ámbito principal de realización de la Constitución económica europea. El problema que se plantea es el de si todas las normas del Tratado que las regulan pertenecen a la misma, o, en otros términos, si debe considerarse que ésta se encuentra integrada por todas las normas del Tratado que se proyecten sobre las actividades económicas, o tan sólo por aquéllas que presentan un cierto carácter fundamental, o generalidad<sup>19</sup>. Es probable que la primera respuesta sea la única operativa, lo

<sup>18</sup> Vid. la Comunicación de la Comisión sobre *Un Tratado Fundamental para la Unión Europea*, COM (2000) 434 final, de 12 de julio de 2000.

<sup>19</sup> Vid. J. BAQUERO CRUZ, *Entre competencia y libre circulación*, op. cit., pgs. 144 y ss.

cual no impide que en el futuro convenga descargar los Tratados de normas económicas reguladoras de aspectos especialmente técnicos o concretos –tal y como ya ocurre, por ejemplo, con el régimen de las operaciones de concentración–.

Sea como fuere, el núcleo de la Constitución económica europea está integrado por tres grupos de políticas comunitarias: el correspondiente a la Unión Económica y Monetaria, el mercado interior y la defensa de la competencia. Son dos las cuestiones que merecen ser destacadas con carácter general. En primer lugar, aunque estas tres no son las únicas políticas comunitarias con relevancia en materia económica, frente a la centralidad de estos ámbitos de actuación, otras políticas comunitarias, como por ejemplo la política social y la política de empleo, desempeñan un papel estrictamente secundario. En segundo lugar, las normas del Tratado que dirigen la definición de estas políticas, al menos tal y como suelen ser interpretadas con carácter general, impulsan su instrumentación al servicio de planteamientos favorables a la reducción del peso de la intervención de los poderes públicos en la economía, a partir de la consideración de esta última como una excepción precisada de justificación<sup>20</sup>. Buena prueba de ello son las restricciones sobre gasto público que se derivan de las disposiciones adoptadas en materia de política presupuestaria, la generalización de un modelo de integración negativa en el ámbito de las libertades de circulación, así como la restricción de las posibilidades de intervención en los mercados por parte de los Estados miembros mediante la creación de empresas públicas y la adopción de medidas de fomento.

#### 2.4. Conclusión

A través de la positivización de directrices, los Tratados constitutivos recogen un gran número de tareas que constituyen manifestaciones concretas del principio de Estado social. Además, según se comprobará a continuación, no resultaría aventurado prever que la presencia de éstas no hará sino incrementarse a medio plazo. Sin embargo, más allá de la de cada una de ellas, no sería correcto afirmar la vigencia del principio de Estado social en tanto nota definitoria de la Unión Europea. No sólo resulta que el art. 6.1 TUE no lo reconoce de modo expreso –lo cual, tal y como demuestra la experiencia de ciertas Constituciones nacionales, tendría una importancia sólo relativa–. El argumento decisivo reside en la ausencia en los Tratados de dos de los elementos esenciales del principio de Estado social: el primero es el planteamiento político que le sirve de fundamento, y que remite a la insuficiencia de los instrumentos «no estatales» de la sociedad para lograr la auto-reproducción de esta última<sup>21</sup>; el segundo, que se deriva del anterior, es el

<sup>20</sup> Vid. ampliamente A. HATJE, «Wirtschaftsverfassung», en A. VON BOGDANDY (Hrsg), *Europäisches Verfassungsrecht*, *op. cit.*, pgs. 683 y ss.

<sup>21</sup> Vid. L. ORTEGA «El Estado como instrumento de la sociedad», *Sistema* 118-119, 1994, pgs. 207 y ss.

mandato general dirigido a los poderes públicos en el sentido de actualizar –hacer reales y efectivas– la libertad y la igualdad.

La consecuencia de todo ello es que la Constitución económica europea está presidida por dos normas fundamentales, los principios de democracia y de Estado de Derecho, y que esto produce una asimetría respecto de la positivización y el desarrollo de los tres principios que constituyen el modelo o tipo estructural del Estado constitucional que se consolida en Europa durante la segunda mitad del siglo XX. Esta conclusión se ve reforzada por el art. 4.1 TCE, en virtud del cual el modelo económico comunitario –esto es, el substrato ideológico de la Constitución económica– se define en base al «*principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia*»<sup>22</sup>. Un principio que, junto a los del art. 4.3 TCE –«*precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable*»–, constituye el criterio principal que deben seguir las políticas económicas de los Estados miembros y de la propia Comunidad. El limitado alcance de la dimensión social de la Unión y de la Comunidad europeas conduce a identificar su modelo económico con el propio de una economía de libre mercado, cuya eventual corrección en la línea de una economía *social* de mercado se concreta en una intervención tan puntual como el reconocimiento de las directrices expuestas, y no sistemática y generalizada en los términos del art. 9.2 de la Constitución Española. En definitiva, hoy por hoy Europa no es un Estado social, no sólo porque no sea un Estado, sino también porque no es lo suficientemente social.

### 3. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL

El texto del Tratado que establece una Constitución para Europa afecta a la Constitución económica vigente por tres razones fundamentales: en primer lugar, porque incorpora una nueva definición del modelo económico constitucional (*infra* 3.1); en segundo término, porque supone la incorporación al Derecho originario de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*infra* 3.2); y en tercer lugar, porque hace lo mismo con respecto a un buen número de directrices y políticas comunitarias vinculadas a la dimensión social del proyecto de integración europea (*infra* 3.3). Todo ello permite afirmar que la entrada en vigor del Tratado, tal y como fue aprobado en su momento por los jefes de Estado y de Gobierno, hubiera podido traer consigo un cambio sustancial en la Constitución económica europea (*infra* 3.4). Según se comprobará posteriormente, esta conclusión puede hacerse extensiva al Tratado que resultará del acuerdo alcanzado en el reciente Consejo Europeo de junio de 2007 (*infra* 4).

<sup>22</sup> Sobre el fundamento ordo-liberal de los Tratados constitutivos, vid. M. P. MADURO, *We the Court. The European Court of Justice & the European Economic Constitution*, Hart, Oxford, 1998, *passim*.

### 3.1. La nueva definición del modelo económico constitucional

El art. I-3 del Tratado Constitucional lleva como rúbrica una referencia a los objetivos de la Unión. Buena parte de sus contenidos constituyen realmente directrices que vinculan a las instituciones de la Unión al modo de determinaciones finalistas, razón por la cual se analizarán *infra* 3.3. No obstante, conviene detenerse aquí en el apartado 3 del citado precepto, que contiene una afirmación de gran interés:

«La Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico»

Dejando a un lado los objetivos de la acción de la Unión, sobre los que se volverá más tarde, debe subrayarse la referencia a la «*economía social de mercado*», marco en el cual deberán tratar de cumplirse aquéllos. La introducción de una referencia como ésta fue discutida en el seno del Grupo de Trabajo XI, sobre la Europa social, que finalmente decidió proponer su inclusión con el objeto de poner «*de relieve el nexo entre el desarrollo económico y social y los esfuerzos realizados para garantizar una mayor coherencia entre las políticas económicas y sociales*»<sup>23</sup>.

La referencia a la economía social de mercado plantea diversos problemas e interrogantes que han sido puestos de manifiesto por la doctrina<sup>24</sup>. En primer lugar, se ha señalado que no parece conveniente resucitar un concepto con un significado histórico tan peculiar, apegado a la experiencia alemana de postguerra, y, en concreto, a la tensión entre un sistema económico liberal y las vecinas economías socialistas. No es sólo que esta definición podría plantear problemas de coherencia es un contexto político e institucional completamente distinto al original, sino que se duda, incluso, de que sea positivo desde la perspectiva de la necesaria inversión del déficit social del proyecto de integración. En segundo lugar, lo anterior pondría, precisamente, de manifiesto la incorrección de considerar la economía social de mercado como un objetivo, algo que, efectivamente, no es, así como la ingenuidad de considerar que como tal objetivo pueda ser alcanzado por una estructura política tan peculiar y diferente a la de la República Federal Alemana de postguerra.

Aun acogiendo estas cautelas, parece preferible no entender el concepto de «*economía social de mercado*», a los efectos del art. I-3 del Tratado, en el sentido indicado, esto es, como alusivo a una concreta experiencia histórica

<sup>23</sup> Informe Final del Grupo XI, CONV 516/1/03, Bruselas, 4 de febrero de 2003, pg. 10. Cfr. E. MALARET y M. MARSAL, «Constitución europea y derechos sociales», *DA* 271-272, 2005, pg. 93.

<sup>24</sup> C. JOERGES y F. RÖDL, «Social Market Economy as Europe's Social Model», *EUI Working Paper LAW 8/2004*, pgs. 17 y ss.

ocurrida hace más de medio siglo, sino de otra manera más acorde a una interpretación «contextual, teleológica y evolutiva del concepto». En efecto, la referencia a la economía social de mercado «es expresiva de un proceso que se está desarrollando en la Unión Europea desde una única preocupación por el mercado hasta la relación de equiparación, y no de subordinación, entre los objetivos sociales y los objetivos económicos, en el sentido de que constituyen parte integrante del espíritu con que se concibió la Unión Europea y del camino que sigue»<sup>25</sup>. Según se comprobará a continuación, otros elementos novedosos incorporados por el Tratado Constitucional parecen sugerir que ésta era efectivamente la línea seguida. El concepto de «economía social de mercado» representa, en definitiva, el intento de reflejar esa nueva visión de las relaciones entre las dimensiones económica y social del proyecto de integración en la definición misma del modelo económico constitucional de la Unión Europea. Ambicioso o modesto, el Tratado Constitucional constituye un paso adelante en esta dirección.

### 3.2. La incorporación de nuevos derechos fundamentales

La Carta aprobada en Niza incorpora, por lo que aquí interesa, dos tipos de derechos. El primero es el de las clásicas libertades económicas, que ya formaban parte del ordenamiento comunitario. Valga como ejemplo la libertad de empresa, a la que se refiere el art. 16 de este texto: «se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales». Resulta esclarecedora una interpretación genética del texto, a partir de las explicaciones aportadas por la Convención encargada de la redacción de la Carta (CONVENT 49, de 11 de octubre de 2000)<sup>26</sup>. En relación con el precepto señalado, se afirma lo siguiente:

«Este artículo se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia por la que se ha reconocido la libertad de ejercer una actividad económica o mercantil y la libertad contractual<sup>27</sup>, así como en los apartados 1 y 2 del artículo 4 TCE, que reconoce la libre competencia. Este derecho se ejercerá, naturalmente, dentro del respeto del Derecho comunitario y de las legislaciones nacionales. Podrá someterse a las limitaciones previstas en el apartado 1 del artículo 52 de la Carta<sup>28</sup>».

<sup>25</sup> Cfr. E. MALARET y M. MARSAL, «Constitución europea y derechos sociales», *op. cit.*, pg. 93.

<sup>26</sup> Vid. ampliamente R. ALONSO y D. SARMIENTO, *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2006.

<sup>27</sup> Con referencia expresa a la STJCE de 5 de octubre de 1999, As. C-240/97, *España c. Comisión*, apartado 99: «el derecho de las partes a modificar los contratos que han celebrado se basa en el principio de la libertad contractual y por consiguiente no puede ser limitado si no existe una normativa comunitaria que establezca restricciones específicas al respecto».

<sup>28</sup> Según este precepto, «cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la Ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

Queda claro, pues, que, al menos en este contexto, la decisión adoptada en Niza en diciembre de 2000 en el sentido de posponer la cuestión de su configuración como una norma jurídica vinculante en nada afecta a la vigencia de la construcción realizada por el Tribunal de Justicia. Una conclusión similar puede obtenerse en el caso de otros derechos fundamentales contenidos en la Carta que ya habían sido reconocidos por la jurisprudencia o que se encuentran en los propios Tratados constitutivos. Entre los primeros, deben señalarse el derecho a la libertad profesional y el derecho de propiedad.

«Artículo 15.1. Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada»<sup>29</sup>.

«Artículo 17. 1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la Ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por Ley en la medida que resulte necesario para el interés general; 2. Se protege la propiedad intelectual»<sup>30</sup>.

Entre los derechos ya reconocidos en los Tratados, destacan las libertades de circulación. Frente a la relativa complejidad del TCE, estas libertades se recogen de forma ciertamente simple en el art. 15.2 de la Carta:

«Todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro».

En términos igualmente sencillos, el art. I-4.1 del Tratado Constitucional establece lo siguiente:

«La Unión garantizará en su interior la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales y la libertad de establecimiento, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución».

Junto a las libertades de contenido económico, la Carta incorpora una serie de derechos que pueden englobarse dentro de la categoría de los derechos

<sup>29</sup> Según la Convención, este artículo se inspira en la jurisprudencia del TJCE (vid. SSTJCE de 14 de mayo de 1974, As. 4/73, *Nold*, apartados 12 a 14; de 13 de diciembre de 1979, As. 44/79, *Hauer*, apartado 32; de 8 de octubre de 1986, As. 234/85, *Keller*, apartado 8).

<sup>30</sup> Las fuentes a las que alude la Convención son, además de la propia jurisprudencia del Tribunal (vid. STJCE de 13 de diciembre de 1979, As. 44/79, *Hauer*), las Constituciones nacionales –en la generalidad de las cuales se ha recogido como derecho fundamental–, y el art. 1 del Protocolo Adicional al Convenio de Roma –a pesar de que la redacción del art. 17 difiere en parte de este último, el derecho de propiedad tiene en la Carta el mismo sentido y alcance que el garantizado en el Convenio, no pudiendo sobrepasarse las limitaciones previstas en este último–.

sociales<sup>31</sup>. Desde la perspectiva de si su financiación implica la activación del gasto público, los derechos correspondientes a esta categoría pueden sistematizarse en cuatro grupos. El primero está compuesto por normas de estructura semejante a nuestros principios rectores, en el sentido de que incorporan directrices, esto es, obligaciones de los poderes públicos que, por más que en algún caso se formulen como tales, no tienen un derecho público subjetivo reflejo.

«Artículo 24. Derechos del menor: 1. Los menores tienen derecho para su bienestar a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez».

«Artículo 25. Derechos de las personas mayores: La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural».

«Artículo 26. Integración de las personas discapacitadas: La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad».

«Artículo 37. Protección del medio ambiente: Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad».

«Artículo 38. Protección de los consumidores: Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores».

Un segundo grupo es el integrado por ciertos derechos laborales cuya protección no requiere el establecimiento de aparato administrativo prestacional. Las consecuencias que pueden desarrollarse en el ámbito del Derecho público se concretarán, fundamentalmente, en una actividad de ordenación normativa.

«Artículo 27. Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa. Se deberá garantizar a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación en los casos y condiciones previstos en el Derecho comunitario y en las legislaciones y prácticas nacionales».

«Artículo 28. Derecho de negociación y de acción colectiva. Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga».

«Artículo 30. Protección en caso de despido injustificado. Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado,

<sup>31</sup> Vid. T. K. HERVEY y J. KENNER (Eds.), *Economic and Social Rights Under the EU Charter of Fundamental Rights. A legal Perspective*, Hart, Oxford, 2003.

de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales».

«Artículo 31. Condiciones de trabajo justas y equitativas. 1. Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad. 2. Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas».

«Artículo 32. Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo: Se prohíbe el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye la escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas.

Los jóvenes admitidos a trabajar deben disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación».

A diferencia de éstos, el tercer grupo de derechos, también de los trabajadores, sí está compuesto por derechos de tipo prestacional. Se trata de dos artículos de la Carta que pueden generar en los Estados miembros la obligación incondicional de activar el gasto público. Conforme al art. 33, *«toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño»*. El supuesto del art. 29 no es, sin embargo, tan claro. Según el precepto *«toda persona tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación»*. Lo que ocurre es que los Estados podrán cumplir este mandato de dos formas: bien a través de obligaciones de servicio público impuestas a operadores privados, bien a través de empresas públicas de intermediación laboral. Sólo en el segundo caso su cumplimiento generará necesariamente gasto público.

Por último, los derechos del cuarto grupo se caracterizan por que, a pesar de ser igualmente derechos prestacionales, los términos de su reconocimiento en la Carta permiten que su eventual entrada en vigor en tanto norma jurídica no llegue a implicar mayores cargas financieras para los Estados miembros. Tal cosa ocurre, por ejemplo, en el caso de los arts. 34 y 35 de la Carta, que incorporan, respectivamente, derechos en materia de seguridad y ayudas sociales, y de protección de la salud.

«Artículo 34.1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de la seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en caso de maternidad, enfermedad, accidente laboral, dependencia o vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales; 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de la Seguridad Social y a las ventajas sociales con arreglo al Dere-

cho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales; 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda a la vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales».

«Artículo 35. Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana».

La técnica utilizada al efecto consiste en la incorporación de un inciso en virtud del cual el derecho en cuestión se reconoce «*de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales*» y, eventualmente, con el propio Derecho comunitario. Una mención singular merece en este sentido el art. 36 de la Carta. Por el momento, este precepto representa el último hito en otro debate, no menos difícil y contradictorio, cual es el de la configuración del régimen jurídico de los servicios de interés económico general en el Derecho originario. Conforme al precepto citado:

«La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión».

Las expectativas que podría despertar la decisión de incorporar a la Carta este derecho se ven en cierta medida defraudadas por dos motivos: primero, porque su alcance queda limitado por la referencia a las legislaciones y prácticas nacionales; y, segundo, porque el reconocimiento del mismo se realiza de conformidad con el TCE. En efecto, la Convención se encarga de aclarar expresamente que este artículo:

«[...] que respeta plenamente el artículo 16 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y no crea nuevos derechos, sienta solamente el principio del respeto por parte de la Unión del acceso a los servicios de interés económico general tal como lo prevén las disposiciones nacionales, siempre y cuando éstas sean compatibles con el Derecho comunitario».

De este modo, el Derecho comunitario genera un efecto paradójico respecto de la configuración del derecho de acceso a los servicios en cuestión: mientras que, por un lado, constituye un mínimo común denominador a respetar por todos los Estados miembros, por otro lado opera como límite en cuanto a las técnicas que pueden utilizarse al efecto. No obstante, la valoración que en este ámbito merece el Tratado Constitucional es del todo diferente, puesto que, además de incorporar este derecho, junto al resto de la Carta, a su Parte II, contiene otras previsiones (art. III-122) que, según se

verá posteriormente, lo hacen más operativo en tanto derecho fundamental propio del Derecho comunitario.

Más allá de las consecuencias que estas previsiones pudieran desplegar por sí mismas, es preciso aludir a un efecto previsible que se evidencia si se ponen en relación con las normas que integran el núcleo de la Constitución económica vigente: las normas del Tratado en materia de libertades y de libre competencia. Estas normas sancionan un modelo de configuración de las relaciones entre Estado y mercado basado en la idea de que la intervención de los Derechos y Administraciones nacionales constituye en principio una excepción que ha de ser justificada a partir de una serie de intereses públicos que la Unión no considera necesariamente como propios. Pues bien, en este contexto de justificación, la definición de derechos y principios de carácter social puede contribuir a reequilibrar esta situación, en beneficio de un sistema en el que las instituciones comunitarias contemplen como propios los valores e instrumentos que se encuentran al servicio, tanto de la libertad y la integración de los mercados, como de la intervención pública dirigida al aumento de la solidaridad y la cohesión social. Baste señalar como ejemplo la posibilidad de reconsiderar las normas nacionales en materia de servicios públicos a la luz del Derecho originario: esas normas ya no serían sólo instrumentos dirigidos a promover una política social nacional que el Derecho comunitario tolera en mayor o menor medida, sino el resultado de una política que persigue la tutela de intereses u objetivos propios de la Unión Europea. Y esa nueva forma de aproximarse a la regulación nacional, más favorable a la misma, puede articularse técnicamente a través de una aplicación más generosa de las normas y doctrinas jurisprudenciales que permiten a los Estados miembros introducir excepciones a la extensión de las libertades de circulación en el mercado interior –por ejemplo, la doctrina de las razones imperiosas de interés general– y a las reglas de defensa de la competencia –por ejemplo, los conceptos de empresa y actividad económica–. En definitiva, los derechos de la Carta, y entre ellos, especialmente, los derechos sociales, pueden generar una alteración en la economía interna de los Tratados como la descrita<sup>32</sup>.

### 3.3. La incorporación de nuevas directrices y políticas comunitarias

En relación con las nuevas directrices, políticas y bases jurídicas, conviene aludir separadamente a las contenidas en la Parte I y en la Parte III. En cuanto a las primeras, el art. I-2 establece un catálogo de valores de la Unión entre los que aparecen algunos propios del liberalismo político clásico y otros más cercanos a la idea del Estado o la Europa social.

<sup>32</sup> No sería exagerado afirmar que la jurisprudencia del Tribunal parece estar reorientándose en esta dirección, incluso antes de que se reconozca a la Carta carácter jurídico vinculante. En efecto, siguiendo la senda de las sentencias recaídas en los asuntos C-36/02, *Omega*, y C-112/00, *Schmidberger*, véanse, especialmente, las recientes Conclusiones presentadas por los Abogados Mengozzi y Maduro en los asuntos C-341/05, *Laval*, y C-438/05, *Viking*, respectivamente.

«La Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

No parece, por lo demás, que deba otorgarse mayor importancia a la inclusión de unos u otros en uno de los dos incisos. En segundo lugar, el art. I-3 contiene dos apartados importantes respecto de los objetivos sociales de la Unión.

«3. La Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.

La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.

4. En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas».

A nadie puede escapar la relevancia que presentan las referencias expresas al sistema de *«economía social de mercado»*, al que ya se ha hecho referencia, o el mandato en virtud del cual la Unión *«combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales»*. Estas determinaciones presentan un nivel de abstracción ciertamente menor al de otras, como las relativas a la solidaridad, la justicia o la cohesión social, a las que hacen así más operativas. Al igual que ocurre en el caso de la definición del modelo económico constitucional, se podrá discutir el alcance de estas referencias, pero parece claro que representan un avance en el proceso de incorporación a la Constitución económica de previsiones relacionadas con la Europa social.

Aun sin perder esto de vista, no obstante, es dudoso que la libertad y la igualdad del individuo –en último término, la imagen de la persona y de su dignidad– se construyan jurídicamente en los términos que se derivan del tenor literal del art. 9.2 de la Constitución Española. En efecto, estas determinaciones no alcanzan a diseñar un mandato de transformación de las estructuras sociales y económicas tan ambicioso como el que se deriva del principio de Estado social, según queda éste definido en nuestra Constitución interna.

Hay otro argumento que conduce a relativizar el alcance de las nuevas determinaciones generales contenidas en la Parte I, y aún en la Parte II de la Constitución. Se trata del hecho incontrovertible de que sus contenidos habrían de interpretarse sistemáticamente en relación con los de la Parte III, que contiene, sustancialmente, el vigente Tratado de la Comunidad Europea. ¿El mismo perro con distinto collar? Desde luego, no les falta razón a los que denuncian que el Tratado hubiera sido una mejor Constitución si hubiera otorgado una posición jerárquica superior a las Partes I, II y IV, frente a la Parte III. Sin embargo, al mismo tiempo deben tenerse en cuenta los dos factores siguientes. El primero es que, tal y como se deriva de lo dicho acerca de las relaciones entre los derechos sociales y las normas del Tratado en materia de libertades y competencia, los mismos preceptos sobre competencia y mercado interior pueden interpretarse de manera diferente según cuáles sean los valores, principios y notas definitorias de la Unión. Este replanteamiento de la interpretación de las viejas normas es lo que parece demandar el art. III-117 del Tratado:

«En la definición y ejecución de las políticas y acciones contempladas en la presente Parte, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana».

El segundo factor, por su parte, alude a que los contenidos de la Parte III no se corresponden estrictamente con el actual Tratado de la Comunidad<sup>33</sup>, y ello en ocasiones juega en favor de la Europa social. Un ejemplo paradigmático de esta circunstancia es el nuevo art. III-122 del Tratado, que dispone lo siguiente:

«Sin perjuicio de los artículos I-5, III-166, III-167 y III-238, y dado el lugar que ocupan los servicios de interés económico general como servicios a los que todos conceden valor en la Unión, así como su papel en la promoción de la cohesión social y territorial de ésta, la Unión y los Estados miembros, dentro de sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de la Constitución, velarán por que dichos servicios funcionen conforme a principios y en condiciones, económicas y

<sup>33</sup> Vid. J. ZILLER, «La place du droit matériel dans le projet de constitution: Pourquoi une troisième partie?», EUI Working Paper LAW 2004/15.

financieras en particular, que les permitan cumplir su cometido. Dichos principios y condiciones se establecerán mediante Ley europea, sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros, dentro del respeto a la Constitución, para prestar, encargar y financiar dichos servicios».

El precepto reproducido representa un avance sustancial en las complejas relaciones entre el Derecho comunitario y los servicios públicos, hasta ahora considerados esencialmente instrumentos al servicio de políticas nacionales. Y lo hace porque, si el art. 33 de la Carta (art. II-96) configuraba el acceso a los servicios de interés económico general como un derecho fundamental perteneciente al ordenamiento comunitario, este nuevo artículo contiene una nueva base jurídica a través de la cual la Unión podría regular positivamente los principios y condiciones que hacen posible que los servicios públicos cumplan la misión de promoción de la cohesión que les corresponde. El nuevo reparto de tareas admitiría, entonces, la posibilidad de que la Unión adoptara la regulación normativa de un servicio público, correspondiendo, en su caso, a los Estados miembros su financiación y la organización de su gestión.

### **3.4. Conclusión**

Una de las razones que esgrimieron durante los debates acerca de la ratificación del Tratado Constitucional los defensores del no fue la de que el texto sometido a consulta era demasiado tímido desde el punto de vista de la Europa social. Éste no es el lugar adecuado, desde luego, para analizar en detalle esta acusación, pero sí conviene destacar una conclusión que se deriva de la exposición anterior. Con independencia de la valoración política que merezca el grado de desarrollo y protección del modelo social europeo que se deriva del Tratado Constitucional, si se analiza en el contexto de la evolución del Derecho europeo originario, se torna evidente que el Tratado representa un importante avance en esa dirección.

Son cuatro las razones que apoyan esta valoración. La primera es la existencia de un nuevo modelo económico constitucional, que se define como una economía social de mercado, en la que la intervención pública –tanto de los Estados miembros como de la propia Unión Europea– al servicio de los principios de solidaridad y cohesión podría no aparecer necesariamente como una excepción precisada de justificación permanente. En segundo término, el Tratado Constitucional representa un avance desde la perspectiva de la Europa social porque supone la incorporación al Derecho originario de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la que puede observarse la voluntad de alcanzar un equilibrio entre las clásicas libertades económicas y un catálogo ciertamente amplio de derechos sociales. En tercer lugar, la misma conclusión se deriva del análisis de la Parte III del Tratado Constitucional: de un lado, porque otorga a las instituciones de la Unión Europea algún instrumento potente al servicio del modelo social europeo, como, por ejemplo, el art. III-122; y, de otro lado, porque, incluso en los casos en los que mantiene la regulación del vigente TCE –así,

por ejemplo, en materia de competencia o de mercado interior-, ésta habrá de ser objeto inevitablemente de una relectura a la luz del nuevo modelo económico constitucional y de los contenidos sociales de la Carta.

La última y más importante de las razones señaladas presenta, sin embargo, un alcance más general. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa trae consigo la superación del reparto de tareas entre los Estados y las Comunidades Europeas que instauraron los Tratados constitutivos en lo que atañe a las relaciones entre el mercado y las políticas sociales. Frente a dicho reparto, la dimensión social del proyecto europeo aparece en él como algo que incumbe directamente a las instituciones de la Unión. Por supuesto, ello no implica que con el Tratado Constitucional las instituciones europeas habrían de estar ineludiblemente obligadas a formular políticas de carácter social. Tanto éstas como los Estados miembros gozan del amplio margen de configuración política que caracteriza en esta materia a los sistemas democráticos. Sin embargo, al ejercer ese margen y formular una política propia de la Unión –por ejemplo, en materia de exclusión social o de servicios públicos– los valores, objetivos e instrumentos vinculados a la Europa social –lo *social* de la economía social de mercado– estarían llamados a desempeñar un mayor papel que en la actualidad.

Sea cual sea la valoración que merecen la factura y el grado de constitucionalización de la Europa social, es preciso tener en cuenta una circunstancia que obliga a matizar esta valoración favorable de un Tratado como el que establece la Constitución desde la perspectiva de la Europa social: a partir de su entrada en vigor sería virtualmente imposible ir más allá, debido al carácter super-rígido del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. El requisito de la revisión unánime (arts. IV-443 y ss.) en una Unión Europa con 25 Estados miembros dificultaría considerablemente la traslación a los Tratados de eventuales futuras mayorías favorables, por ejemplo, a proporcionar una mayor protección a los derechos sociales de la Parte II. En definitiva, la extraordinaria rigidez del Tratado constitucional cuestionaría una hipotética decisión democrática de profundizar en el desarrollo de la Europa social. Con ser cierto, lo anterior no debe impedir observar, sin embargo, que esta circunstancia afectaría a cualquier instrumento que exigiera su revisión unánime y que ésta es la regla actualmente en vigor (art. 48 TUE).

#### **4. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA EUROPA SOCIAL EN LA ACTUALIDAD**

##### **4.1. Las opciones abiertas y el reciente Consejo Europeo de junio de 2007**

Si durante los últimos meses ha habido una pregunta abierta acerca del futuro de Europa, ésta ha sido, sin duda, la de qué hacer con el proceso de reforma de los Tratados al finalizar el período de reflexión abierto con

motivo de los referendos francés y holandés. Parece que en la actualidad estamos más cerca de obtener una respuesta, después de que en el Consejo Europeo de junio de 2007 los Estados miembros hayan acordado convocar una Conferencia Intergubernamental con un mandato más o menos preciso. Éste no es, desde luego, el lugar adecuado para analizar esta cuestión en profundidad, pero probablemente no esté de más valorar alguna de las alternativas más importantes que se han barajado desde el punto de vista de su respectiva influencia en el proceso de constitucionalización de la Europa social, así como referirnos a la finalmente adoptada.

Entre las opciones que se han discutido durante los últimos meses pueden señalarse las cuatro siguientes<sup>34</sup>. En primer lugar, pese a las evidentes dificultades políticas que planteaba, la primera alternativa era la de continuar el proceso de ratificación sobre el texto del Tratado Constitucional que fue aprobado por los jefes de Estado y de Gobierno, bien tratando de sortear los rechazos francés y holandés mediante una declaración anexa –tal y como ocurrió en los casos de Irlanda y Dinamarca–, o bien activando la Declaración 30 del Tratado Constitucional para abrir la puerta a una Europa a dos velocidades. Desde el punto de vista de la constitucionalización de la Europa social, esta primera alternativa presentaba la ventaja de mantener íntegramente los avances detectados en las secciones previas. Sin embargo, las dificultades políticas que hubiera planteado el sortear el obstáculo de los dos referendos, condujeron a excluir prácticamente desde el principio toda alternativa que no pase por algún tipo de alteración del texto del Tratado.

La segunda opción consistía en tratar de salvar el texto del Tratado Constitucional, recuperando una suerte de mini-Constitución, aunque ello pudiera implicar un cambio en su denominación, presentación formal e, incluso, contenidos. Esta opción se podía concretar en tres posibles alternativas: primera, aprovechar la apertura de las negociaciones para tratar de introducir alguna modificación que, manteniendo sustancialmente los equilibrios alcanzados, permitiera desbloquear el rechazo francés y holandés; segunda, separar formalmente las partes del Tratado y presentarlas con distintos nombres y formatos; y por último, mantener las dos primeras partes del Tratado, sacrificando las innovaciones contenidas en la tercera. Desde el punto de vista de la Europa social, algunas de estas innovaciones son, como se ha visto, significativas (por ejemplo, el art. III-122), pero no es menos cierto que lograr mantener íntegramente las dos primeras partes y aprobarlas como una Constitución hubiera supuesto ya un avance sustancial frente a la situación que se deriva de los Tratados vigentes. El principal problema que planteaba esta alternativa es, sin embargo, que al no incluir la parte III se dejarían fuera algunos contenidos materialmente constitucionales, como por ejemplo las disposiciones institucionales, y se alterarían

<sup>34</sup> Se sigue aquí el informe preparado por J. I. TORREBLANCA, a partir del trabajo de un grupo de reflexión, para el Real Instituto Elcano, *El futuro de la Constitución Europea. Opciones para España*, 2006.

los equilibrios alcanzados en la negociación global del texto, que también afectaban al tratamiento de la parte III.

La tercera alternativa era la de relanzar un mini-Tratado, limitado sustancialmente a los aspectos institucionales, susceptible de ser ratificado con celeridad por vía parlamentaria. Esta opción no sólo hubiera dejado fuera a las innovaciones materiales incorporadas a la Parte III, sino posiblemente también a la Parte I y, eventualmente, a la Carta de los Derechos Fundamentales. Desde la perspectiva de la constitucionalización de la Europa social, esta propuesta hubiera merecido claramente una valoración negativa. Este juicio se atenuaría en caso de que a la Carta finalmente se le otorgara carácter vinculante. Pero aún así es preciso destacar que quedarían fuera del Derecho europeo las innovaciones correspondientes a la definición del modelo económico constitucional y a los nuevos objetivos y directrices vinculados a la Europa social.

La cuarta posibilidad era la de renegociar desde cero un nuevo Tratado Constitucional, una opción ésta tan costosa como arriesgada, en atención a la incertidumbre que pendería sobre el ulterior proceso de ratificación. Por la misma razón, poco puede aventurarse acerca de sus consecuencias sobre la Europa social. Sea como fuere, en el caso de haberse optado por ella, al igual que ocurría en la anterior, se plantearía a su vez la cuestión del futuro inmediato de la Carta de los Derechos Fundamentales, que, como se ha señalado, contiene un catálogo de derechos sociales capaz de alterar el funcionamiento de la vigente Constitución económica europea para aproximarle a las exigencias que se derivan de la Europa social.

Una vez identificadas las alternativas abiertas, procede ahora referirse a las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas, de 23 de junio de 2007, en las que se ha acordado convocar una Conferencia Intergubernamental y encomendarle la elaboración de un Tratado, al que se le otorga la denominación de Tratado de Reforma, por el que se modifiquen los Tratados vigentes. Este Tratado contendrá dos cláusulas substantivas que modificarán, respectivamente, el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. El primero conservará su denominación actual, mientras que el segundo pasará a llamarse Tratado sobre el funcionamiento de la Unión, ya que la Unión tendrá una única personalidad jurídica y se asumirá la integración de los pilares.

El Consejo dice haber abandonado el «concepto constitucional», entendiéndolo por tal el consistente en derogar todos los tratados vigentes y sustituirlos por un texto único denominado «Constitución». De igual modo, se han aceptado ciertas modificaciones respecto del Tratado Constitucional que parecen querer subrayar dicha apariencia: no se utilizará el término «Constitución», el Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión pasará a llamarse Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y se abandonarán las denominaciones «ley» y «Ley marco», al conservarse las de «reglamento», «directiva» y «decisión» actuales. Del mismo modo, no figurará en los Tratados modificados ningún artículo que

mencione los símbolos de la UE. Desde luego, nada de ello afecta propiamente a la corrección de seguir o no aplicando a los nuevos Tratados la etiqueta de «Constitución» o «Derecho constitucional», en el sentido expuesto *supra* 1.

Sea como fuere, las Conclusiones son claras al establecer que, por lo que respecta al contenido de las modificaciones de los actuales Tratados, en el Tratado de la Unión y en el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión se integrarán las novedades resultantes de la Conferencia Intergubernamental de 2004, sin perjuicio de las modificaciones de estas innovaciones introducidas como resultado de las consultas celebradas con los Estados miembros durante los últimos seis meses, y que se especifican a lo largo del Anexo 1 de las Conclusiones. Dicho con otras palabras: salvo que se haya adoptado expresamente un acuerdo en otro sentido, los Tratados vigentes quedan modificados en los términos previstos por el Tratado Constitucional. Pues bien, si se analizan las modificaciones relacionadas de modo más estrecho con la Europa social, pueden obtenerse las siguientes conclusiones.

En primer lugar, el art. I-2 del Tratado Constitucional pasa a convertirse en el nuevo art. 2 del Tratado de la Unión Europea, referido a sus valores, mientras que el art. I-3 sería el nuevo art. 3, sobre los objetivos de la Unión. Este precepto presenta alguna modificación respecto del texto acordado en 2004. En particular, ha desaparecido del texto la referencia a que en el mercado interior la competencia sea libre y no esté falseada. Desde el punto de vista jurídico no parece que el cambio tenga especiales consecuencias, toda vez que dicho objetivo continúa siendo fundamental a la luz del contenido del Tratado de funcionamiento y, además, se ha acordado aprobar un nuevo Protocolo anexo a los Tratados sobre mercado interior y competencia que dispone lo siguiente:

«Protocolo sobre mercado interior y competencia.

Las Altas Partes Contratantes, considerando que el mercado interior tal como se establece en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea incluye un sistema que garantiza que no se distorsiona la competencia, Han acordado que, para ello, la Unión deberá actuar, en caso necesario, con arreglo a las disposiciones de los Tratados, incluso con arreglo al artículo 308 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión».

Esta decisión puede ser criticada por razones de técnica normativa, ya que supone la introducción de un nuevo protocolo que no incorpora regla alguna al sistema, pero precisamente por ello no parece que traiga consigo ningún cambio sustancial respecto del Tratado Constitucional. Sea como fuere, la nueva definición del modelo económico constitucional como una economía social de mercado se mantiene en el nuevo art. 3 del Tratado de la Unión Europea.

En segundo término, el apartado 18 del Anexo 1 de las Conclusiones dispone que las innovaciones de la Conferencia Intergubernamental de 2004 se introducirán a la manera habitual en el futuro Tratado de funciona-

miento, señalando que entre dichas modificaciones se encuentran las relativas a:

«las categorías de competencias, los ámbitos de competencia, el ámbito de aplicación de la votación por mayoría cualificada y de la codecisión, la distinción entre actos legislativos y no legislativos, las disposiciones, entre otras cosas, sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia, la cláusula de solidaridad, las mejoras en la gestión del euro, disposiciones horizontales tales como la cláusula social, disposiciones específicas como las de los servicios públicos, el espacio, la energía, la protección civil, la ayuda humanitaria, la salud pública, el deporte, el turismo, las regiones ultraperiféricas, la cooperación administrativa y disposiciones financieras (recursos propios, marco financiero plurianual, nuevo procedimiento presupuestario)».

Es decir, que se mantienen las normas contenidas en los arts. III-117 y III-122 del Tratado Constitucional, a los que ya se ha hecho referencia. Más aún, al referirse a las modificaciones acordadas sobre el pacto de 2004, se señala que se adoptará el siguiente Protocolo anexo a los Tratados relativo a los servicios de interés económico general.

«Protocolo sobre los servicios de interés general.

Las Altas Partes Contratantes, deseando enfatizar la importancia de los servicios de interés general,

Han acordado las siguientes disposiciones interpretativas, que se anexarán al Tratado de la Unión Europea y al Tratado sobre el funcionamiento de la Unión:

Artículo 1

Los valores comunes de la Unión con respecto a los servicios de interés económico general con arreglo al artículo 16 del Tratado CE incluirán en particular:

- el papel esencial y amplio criterio de las autoridades nacionales, regionales y locales al suministrar, adjudicar y organizar servicios de interés económico general lo más cercanos posibles a las necesidades de los usuarios;
- la diversidad entre distintos servicios de interés económico general y las diferencias en las necesidades y preferencias de los usuarios que puedan resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales;
- un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad, igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios.

Artículo 2

Las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para suministrar, adjudicar y organizar servicios de interés general que no sean económicos».

Es cierto que su contenido no trae consigo innovaciones sustanciales respecto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de la interpretación que de las normas del Tratado realiza la Comisión, pero no lo es menos que

mediante el Protocolo se incorpora al Derecho primario un planteamiento respetuoso para con los servicios públicos nacionales, y, especialmente, la idea de que las normas de los Tratados en materia de mercado interior y libre competencia no se proyectan sobre los servicios públicos de naturaleza no económica.

En tercer lugar, el mandato a la Conferencia Intergubernamental dispone que el artículo relativo a los derechos fundamentales contendrá una referencia cruzada a la Carta de los Derechos Fundamentales, tal y como se aprobó en 2004, que le conferirá un carácter jurídico vinculante y establecerá su ámbito de aplicación. De este modo, aunque el texto de la Carta no se incorpora a los Tratados, se ha decidido otorgarle definitivamente naturaleza jurídica. Con independencia de la positiva valoración que merece esta medida, debe señalarse que el Consejo Europeo la ha adoptado a la sombra del Tribunal de Justicia. En efecto, el rechazo al Tratado Constitucional en Francia y Holanda ha abierto la puerta a una nueva fase de activismo judicial en Europa que obliga a relativizar el alcance y las consecuencias del estado en el que se encuentra la Carta en la actualidad. Al igual que ha ocurrido con la comunitarización de instrumentos vinculados al espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>35</sup>, el Tribunal de Justicia está aplicando ya la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, prácticamente como si gozara de carácter jurídico vinculante. Son al menos dos los pronunciamientos del Tribunal en esta dirección hasta la fecha. En el primero, la sentencia de 27 de junio de 2006, As. C-540/03, *Parlamento c. Consejo*, resolvió un recurso de anulación presentado por el Parlamento contra la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. El Parlamento sostenía sus alegaciones, entre otros preceptos, en el art. 24 de la Carta, dedicado a los derechos del niño, cuyo apartado 2 establece que: «en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial» y su apartado 3, que «todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses». Por su parte, el Consejo señalaba que no procedía examinar el recurso desde el punto de vista de la Carta, puesto que ésta no es fuente del Derecho comunitario. Pues bien, a pesar de que la sentencia desestima finalmente el recurso, el Tribunal sí contempla expresamente la posibilidad de recurrir a la Carta, en los términos siguientes:

«35. Los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Para ello el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección

<sup>35</sup> SSTJCE de 3 de mayo de 2005, As. acumulados C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi*; de 16 de junio de 2005, As. C-105/03, *Pupino*; y de 13 de septiembre de 2005, As. C-176-03, *Comisión c. Consejo*.

de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. A este respecto el CEDH reviste un significado particular. [...]

38. Respecto a la Carta, fue proclamada solemnemente por el Parlamento, el Consejo y la Comisión en Niza el 7 de diciembre de 2000. Aunque esta Carta no constituye un instrumento jurídico vinculante, el legislador comunitario ha querido reconocer su importancia al afirmar, en el segundo considerando de la Directiva, que ésta observa los principios reconocidos no sólo por el artículo 8 del CEDH, sino también por la Carta. Por otra parte, el objetivo principal de la Carta, como se desprende de su preámbulo, es reafirmar “los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del [CEDH], de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...] y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

De este modo, la Carta puede ya entrar en juego por dos razones: primera, porque una norma de Derecho derivado se remita a su contenido, y segunda, porque la Carta «*reafirma*» las tradiciones constitucionales comunes correspondientes a los derechos fundamentales, así como las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros expresadas en los Convenios Internacionales en vigor. La segunda sentencia tiene más interés porque, al no haber remisión a la Carta desde normas de Derecho derivado, el único argumento de los señalados que fundamenta su aplicabilidad es el segundo. Se trata de la sentencia de 13 de marzo de 2007, As. 432/05, *Unibet*, que plantea un asunto relacionado con el derecho a la tutela judicial efectiva, y en la que se afirma lo siguiente:

«37. De entrada ha de recordarse que, según jurisprudencia reiterada, el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho comunitario, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (sentencias de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, 222/84, Rec. P. 1651, apartados 18 y 19; de 15 octubre de 1987, *Heyens y otros*, 222/86, rec. P. 4097, apartado 14; de 27 de noviembre de 2001, *Comisión/Austria*, C-424/99, Rec. P. I-9285, apartado 45; de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Consejo*, C-50/00 P, Rec. P. I-6677, apartado 39, y de 19 de junio de 2003, *Eribrand*, C-467/01, Rec. P. I-6471, apartado 61) y que también ha sido reafirmado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza (DO 2000, C 364, p. 1)».

En definitiva, los derechos fundamentales son principios generales del Derecho comunitario en los términos que se derivan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y de los instrumentos internacio-

nales en vigor, entre los que se encuentra, además del Convenio de Roma, la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La Carta no entra en juego aquí en cuanto norma vigente directamente aplicable, sino en la medida en que refleja las tradiciones constitucionales y los compromisos internacionales comunes.

La conclusión de todo ello surge por sí sola: aunque la decisión de reconocer a la Carta carácter jurídico vinculante y el rango de Derecho primario debe valorarse muy positivamente, los derechos sociales contenidos en ella podrían ya ser hechos valer por el Tribunal de Justicia en la medida en que se considere que constituyen principios generales del Derecho comunitario, y ello tanto directa –al igual que en el caso de la tutela judicial efectiva en la sentencia *Unibet* (como indirectamente), por ejemplo, a la hora de reconocer excepciones al ámbito de aplicación del principio de reconocimiento mutuo por razones de protección del consumidor–. Un buen ejemplo de este modo de proceder se encuentra en las Conclusiones presentadas por el Abogado General Mengozzi en el Asunto C-341/05, *Laval*, en las que se afirma la existencia en el Derecho de la Unión Europea de un derecho fundamental a la acción colectiva con fundamento, no sólo en el art. 11 del Convenio de Roma, sino también en el art. 28 de la Carta de Niza.

#### 4.2. La Europa social y la identidad de Europa

Europa vive en la actualidad un momento de incertidumbre. El fracaso del Tratado Constitucional ha dado lugar a que nos replanteemos de manera generalizada cuestiones relacionadas con nuestra identidad y perspectivas. Resulta significativo que, al llegar a una encrucijada, revaloricemos especialmente las cuestiones centrales referidas a la identidad y a los valores<sup>36</sup>. Dos son los interrogantes principales en este contexto.

¿Qué es lo que tenemos en común los europeos? Ésta es una de las preguntas que demandan permanentemente nuevas respuestas<sup>37</sup>. Y si se echa un vistazo a las principales aportaciones, puede comprobarse que en ellas suele estar presente una cierta comprensión de las relaciones entre el individuo y los poderes públicos, inspirada en una visión no estrictamente formal y abstracta de la dignidad y de los derechos del primero. Una comprensión de dichas relaciones que conduce a una mayor confianza en las estructuras políticas y administrativas en cuanto instrumentos de la sociedad al servicio de la satisfacción de sus necesidades.

¿Qué queremos compartir o poner en común en el futuro? En relación con esta segunda pregunta, si algo ha puesto de manifiesto el rechazo al texto del Tratado en Holanda y, sobre todo, en Francia, es que dentro de las cuestiones que quieren resolver conjuntamente los ciudadanos europeos se

<sup>36</sup> Entre las referencias más recientes publicadas en español, vid. Z. BAUMAN, *Europa. Una aventura inacabada*, Losada, Madrid, 2006; VV. AA., *Buscando imágenes para Europa*, Círculo de Bellas Artes, Madrid, 2006.

<sup>37</sup> Vid. G. STEINER, *La idea de Europa*, Siruela, Madrid, 2005.

encuentran las que plantea la Europa social<sup>38</sup>. Esto no significa que los europeos demanden un modelo social uniforme, y mucho menos aún que el actualmente vigente ya lo sea, pero probablemente sí indique que ésta es una de las cuestiones que habrán de resolverse cada vez en mayor medida en el nivel superior. Más aún: la profundización en la dimensión social del proceso de integración se revela como una forma de superar la encrucijada en la que se encuentra Europa. Ante el definitivo agotamiento del reparto de tareas acordado en los Tratados constitutivos originales, uno de los principales retos que tenemos planteados en la actualidad es, entonces, el de cómo constitucionalizar los valores, objetivos e instrumentos al servicio de la Europa social. Sólo reequilibrando la actual asimetría entre el paradigma del libre mercado y la vocación social de Europa podrá hacerse frente a la demanda de abrir más espacios para la política en la configuración del proceso de integración<sup>39</sup>. Aun prescindiendo de la voluntad de presentar su resultado como una Constitución, el acuerdo alcanzado en el Consejo Europeo de junio de 2007 parece seguir esta dirección.

#### 4.3. Política, democracia y Europa social

Existe una relación directa entre la ampliación del espacio propio de la política y de su criterio de legitimación en Europa (la democracia), de un lado, y la profundización en la dimensión social del proceso de integración, de otro. Ésta no es sino la aplicación de un principio general cuya validez se pone de manifiesto en el nacimiento de los Estados de bienestar durante el pasado siglo: las tareas estatales relacionadas con lo social crecen a medida que se incrementa el número y la variedad de los intereses que acceden a los mecanismos de participación política, social y económica<sup>40</sup>. Cuanto mayor sea en Europa el espacio abierto a la participación de los individuos y de los grupos en los que éstos se integran, y, por tanto, cuanto más profundamente se desarrolle el principio democrático, mayor será la presión ejercida respecto de la consolidación de elementos propios del modelo social europeo.

Este planteamiento general tiene tres concreciones ulteriores. En primer lugar, podría generarse eventualmente una mayor participación política a través de la extensión del derecho de sufragio a nuevos sectores de la población. La estricta vinculación entre el derecho de sufragio, que constituye la puerta al sistema de representación política, y el estatus de ciudadanía, construido históricamente a partir de la nacionalidad, conduce a que un aumento de la participación sólo pueda tener lugar mediante la flexibilización de las reglas en materia de nacionalidad, especialmente en el caso de Estados miembros con regímenes de nacionalidad muy estrictos y con

<sup>38</sup> Vid. recientemente A. GIDDENS, P. DIAMOND y R. LIDDLE (Eds.), *Global Europe, Social Europe*, Polity Press, London, 2006.

<sup>39</sup> Vid. L. TSOUKALIS, *What kind of Europe?*, OUP, Oxford, 2005.

<sup>40</sup> Vid., por todos, M. S. GIANNINI, *El poder público. Estados y Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1991.

importantes bolsas de extranjeros residiendo en Europa legalmente y en ocasiones durante muchos años.

En segundo lugar, los elementos relacionados con el modelo social europeo –al igual que con los modelos nacionales de Estado social– se consolidan a medida que los mecanismos de participación social y económica se extienden a nuevos sectores sociales. Son dos los factores que conviene tener en cuenta en este contexto. Uno es la política de regularizaciones, que no sólo permite escapar de la economía sumergida a los que de ella se benefician, sino que también trae consigo la extensión a estos nuevos sectores de población inmigrante de los mecanismos de participación social y económica. El otro es la consideración de ciertos derechos, especialmente de los de carácter social, como titularidades de las personas que residen en el territorio, y no como posiciones jurídicas asociadas a otros estatus como, por ejemplo, los de ciudadanía o de residencia legal.

Finalmente, junto a las cuestiones relacionadas con la representación política y la participación en las estructuras socioeconómicas, es preciso hacer referencia a otra dimensión capital del principio democrático como es relativa a la transparencia, la publicidad y el fomento de la participación en los procedimientos de toma de decisiones. Al igual que en los casos anteriores, también existe una relación directa entre el desarrollo de estos criterios de legitimidad democrática y la profundización en la Europa social. Una buena prueba de ello es el mismo proceso de elaboración del Tratado Constitucional, cuya preparación y discusión se realizó de acuerdo con niveles de transparencia y publicidad sencillamente no alcanzados hasta esa fecha en el contexto comunitario, lo cual probablemente explique parcialmente algunos de los avances sociales que el Tratado Constitucional incorporaba frente el vigente Derecho europeo, como, por ejemplo, el art. I-3, los Títulos III y IV de la Parte II, o el art. III-122, todos ellos recogidos en el mandato dirigido a la Conferencia Intergubernamental. Sea como fuere, de cara al futuro también conviene tener presente que aumentar la participación y la transparencia en los procedimientos de toma de decisiones puede contribuir a fortalecer los elementos de la Europa social.