

PROPIEDAD, LIBRE EMPRESA Y TRABAJO: LOS DERECHOS ECONÓMICOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN EL PROYECTO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Roberto Uriarte Torrealday*

SUMARIO

- 1.- Interacción en materia de derechos entre los ordenamientos europeos.
- 2.- Conformación de una Constitución económica comunitaria.
- 3.- Articulación de los derechos económicos en el proyecto de Constitución europea.
- 4.- Derecho de propiedad.
- 5.- Derecho a la libre empresa.
- 6.- Derecho al trabajo y “derechos del trabajo”.

1. INTERACCIÓN EN MATERIA DE DERECHOS ENTRE LOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS

A pesar de que la Unión Europea no ha poseído tradicionalmente una Constitución formal, es evidente que el proceso de integración europea condiciona profundamente la forma en que desarrollan sus efectos las provisiones constitucionales de los Estados miembros, tal y como se ha intentado analizar. La incidencia es tan importante desde múltiples perspectivas (limitación de la apertura de los preceptos constitucionales, criterios de interpretación de dichos preceptos...) que el análisis de constitucionalidad de muchos derechos no puede realizarse en la actualidad exclusivamente so-

* Profesor de Derecho Constitucional. Universidad del País Vasco.

bre los cánones clásicos del constitucionalismo, como si la basta problemática que se deriva del solapamiento de los órdenes jurídicos estatal y comunitario pudiera abarcarse recurriendo exclusivamente a una utilización formalista del principio de jerarquía normativa.

Por otra parte, se puede constatar que en el ámbito europeo existen diversos ordenamientos que no se desarrollan de una forma autónoma en el ámbito tradicional del Estado-nación, sino que influyen los unos en los otros en una medida muy superior a lo que sucedía en el constitucionalismo clásico, en el que este efecto se limitaba prácticamente a la importación de modelos constitucionales en el período constituyente y a la formación internacional de los principios doctrinales.

Este efecto, que se constata en muchos ámbitos jurídicos, adquiere una dimensión específica en el ámbito de la protección del individuo en Europa, en el que se puede constatar una creciente convergencia conceptual, a pesar de que los instrumentos y las modalidades de esa protección sean a menudo diferentes¹. Esta influencia recíproca se produce en diversas direcciones: En el plano horizontal, y por lo que se refiere al nivel supranacional, se desarrolla entre el Derecho comunitario y el del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que son interdependientes horizontalmente, mientras que por lo que respecta al nivel nacional, se desarrolla entre los ordenamientos constitucionales de los países miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa. En el plano vertical, dicha convergencia es significativa también en la antes mencionada influencia de los ordenamientos supranacionales sobre los nacionales².

Este proceso está adquiriendo tal envergadura que la doctrina habla ya de un Derecho constitucional común europeo³, que se va conformando como un conjunto relativamente homogéneo, especialmente en el ámbito de la protección del individuo por derechos fundamentales, ámbito que constituye el núcleo y la base del desarrollo constitucional del último medio siglo⁴.

¹ R. ARNOLD, "El desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en Europa", en AAVV. (Corcuera, J. dir.), *La protección de los derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, 2002, p. 36.

² R. ARNOLD, "El desarrollo ...", op. cit.

³ Proceso que constituye el núcleo de reflexión principal de la obra reciente de Häberle. Para una primera aproximación a sus tesis, puede resultar ilustrativo el artículo "Derecho Constitucional Común Europeo", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 79, enero-marzo de 1993.

⁴ R. ARNOLD, "El desarrollo...", op. cit., p. 36.

En España y probablemente como consecuencia de la limitada tradición constitucional y del llamamiento que realiza el art. 10.2⁵, este fenómeno de apertura de la dinámica constitucional a influencias externas ha sido especialmente relevante, aunque se trata de un proceso general, como evidencia el hecho de la internacionalización de algunos elementos fundamentales de la jurisprudencia constitucional alemana en materia de derechos fundamentales, como el concepto de núcleo esencial del derecho o el principio de proporcionalidad en las intervenciones sobre los derechos.

¿Tiene alguna incidencia en el ámbito concreto de los derechos económicos este proceso europeo de convergencia? Al respecto, cabe decir en primer lugar que, a pesar de que todos los países comunitarios se alimentan, aunque en distinta medida, del acervo del constitucionalismo social, no existe en absoluto una plena tradición constitucional común.

En primer lugar, porque en los diversos países comunitarios los derechos económicos no poseen idéntica relevancia constitucional e incluso algunos de estos derechos no poseen en algunos países una consideración expresa en la norma fundamental, por lo que se hace preciso inducir su régimen jurídico de otros preceptos constitucionales no específicos (a sí sucede, por ejemplo, con el derecho a la libre empresa en Alemania, donde no está expresamente tipificado en la Ley Fundamental, por lo que la Corte de Karlsruhe debe inferir su régimen del precepto que garantiza la “libertad profesional”).

Y en segundo lugar, porque, trascendiendo incluso el plano constitucional, han existido tradicionalmente divergencias importantes en la configuración de los sistemas de relaciones laborales de cada uno de ellos, existiendo, por ejemplo, una cultura de la participación mucho más desarrollada en los países del norte de Europa, lo que ha tenido una importante traducción jurídica, aunque sólo a través de la legislación ordinaria, sin adquirir rango constitucional.

Tampoco ha tenido una excesiva trascendencia en ese “espacio jurídico común europeo” la jurisprudencia constitucional en la materia. De hecho, no ha trascendido más allá de los límites doctrinales la interesantísima elaboración conceptual de la Corte de Karlsruhe en relación a la admisibilidad constitucional de la participación de los trabajadores en la gestión de la

⁵ A. SÁINZ ARNÁIZ, La apertura constitucional al Derecho Internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

empresa y a los límites de esta y su compatibilidad con los derechos de propiedad y libre empresa⁶.

Mucho más importante resulta, en cambio, la incidencia “vertical”, la que se produce entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos nacionales. Aunque la Unión Europea no ha poseído tradicionalmente una Constitución en sentido estricto, es evidente que su actividad no carece de relevancia constitucional en diversos planos, como se ha examinado en relación a los derechos sociales.

De hecho, la efectividad que desarrolla en el plano fáctico el mandato al legislador contenido en una directiva comunitaria puede resultar muy superior al del contenido en un precepto constitucional, de forma que si bien el legislador ordinario puede demorarse en la ejecución o incluso mantener inactivado un mandato constitucional, sin que existan instrumentos efectivos para impedirlo, no sucede lo mismo con el incumplimiento de la obligación de trasposición por parte de los Estados miembros de las previsiones que imponen las directivas comunitarias.

Esta reflexión tiene consecuencias directas sobre aquellos ámbitos en que la norma fundamental española posee un mandato específico a los poderes públicos, lo que para el legislador no puede traducirse más que como la obligación de regular estos, mientras que lo cierto es que la inobservancia de dicho mandato por el legislador ordinario no va a poseer consecuencias, al menos inmediatas; en cambio, no va a suceder lo mismo con la eventual inobservancia de una directiva que contemple acciones concretas para la implementación de un derecho.

De hecho, en algunos de estos ámbitos, como en el mencionado de la participación de los trabajadores en la empresa, diversas directivas comunitarias han ido introduciendo derechos concretos dentro del proceso de armonización de legislaciones, incluso antes de que dichos derechos fueran reconocidos en un específico catálogo de derechos —en un principio, la

⁶ Especialmente ilustrativa resulta al respecto su sentencia de 1 de marzo de 1979, dictada en el recurso contra la ley de cogestión de 1976 y que ha tenido cierta acogida en la doctrina mercantil y laboralista. Véanse, por ejemplo, los artículos de F. GAMILLSCHEG, “La cogestión de los trabajadores en el derecho alemán. Balance a tenor de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 1 de marzo de 1979”, *Rev. Esp. de Derecho del trabajo*, 1980, pp.169 y ss.; A. GARCÍA MACHO: “Comentario a la sentencia de 1 de marzo de 1979 del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la cogestión”, *RAP* 89, 1979, pp. 451 y ss; J.A. GÓMEZ SEGADÉ, “Derechos de los socios, participación de los trabajadores y petrificación de la sociedad anónima”, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, pp. 315 y ss.

Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptada por el Consejo Europeo de Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989⁷ o posteriormente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo, el Parlamento y la Comisión en diciembre del 2000⁸-. Concretamente, varias directivas que regulaban la armonización de aspectos específicos de la actividad societaria introdujeron derechos de información de los trabajadores. Se trataba además, de regulaciones parciales, pero en absoluto intrascendentes, ya que afectaban a momentos del procedimiento decisorio empresarial con especial relevancia sobre el estatus del trabajador; en concreto, los despidos colectivos, las transferencias de empresas y la seguridad y la salud en el trabajo.

Estas iniciativas constituían, en todo caso, regulaciones parciales. Un reconocimiento de carácter general de dichos derechos se va a producir en primer lugar con la mencionada Carta de Derechos Sociales, instrumento que contiene, además, una tipificación muy ambiciosa de aquellos, a los que dota de un contenido amplio, aunque relativamente impreciso⁹. A pesar de que se trata de un instrumento de escasa virtualidad jurídica, compromete a los Estados a tomar las iniciativas oportunas y movilizar todos los medios necesarios para garantizar esos derechos. De hecho, la Carta aportó la base jurídica que permitió la tramitación de algunas propuestas que permanecían bloqueadas por falta de una específica habilitación¹⁰.

2. CONFORMACIÓN DE UNA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA COMUNITARIA

Los derechos sociales constituyen una categoría constitucional propia del Estado social¹¹ y uno de los elementos centrales de su Constitución

⁷ COM (1989) 471 final.

⁸ Diario Oficial de la Comunidad de 18 de diciembre de 2000 (2000/C, 364/01).

⁹ Lo cual, por otra parte, sucede también en general con el resto del articulado de la Carta, que se limita a enunciar unos derechos que en su mayor parte no presentan una regulación precisa, requiriendo una labor posterior de definición, por lo que, la puesta en práctica de los principios se habrá de fundamentar en programas de acción social (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, «El programa de acción de la Comisión...», op. cit., pp. 76).

¹⁰ Conjuntamente a la aprobación de la Carta, la Comisión presentó un programa de acción con el fin de permitir la adopción de un conjunto de disposiciones mínimas comunes a los Estados miembros, entre las que se encontraban las mencionadas directivas, que se examinan también en el apartado precitado.

¹¹ CASCAJO CASTRO, J.L., La tutela constitucional de los derechos sociales, Madrid, 1988, p. 21.

económica¹² y precisamente por su vinculación con ese Estado conforman una categoría difícilmente extrapolable a otras instancias y en concreto a la Comunidad Europea¹³.

Sin embargo, lo cierto es que estos derechos surgidos en el seno del Estado social, han sido objeto de un proceso de internacionalización, de forma que hoy en día son muchas las cartas internacionales que los contienen. Por otra parte, es evidente también que la Comunidad Europea supone, ya desde sus orígenes, algo más que una organización internacional convencional; y no lo es tanto por su importante aparato institucional, sino básicamente por su sistema jurídico, que atribuye a las instancias comunitarias importantes competencias tradicionalmente asumidas por los Estados¹⁴, lo que confiere a esta una dimensión específica, de difícil tipificación jurídica¹⁵.

Intentando concretar esta, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha afirmado que “el tratado CEE, aunque haya sido celebrado en forma de tratado internacional, no por eso deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho...” y que “los tratados comunitarios han creado un nuevo ordenamiento jurídico a favor del cual los Estados han limitado... sus derechos de soberanía...”¹⁶.

Esa limitación de soberanía ha tenido unos efectos específicos en el ámbito de las Constituciones económicas de los Estados miembros, sobre los que la incidencia de la “Constitución económica de la Comunidad” ha resultado decisiva, al menos en el ámbito de la Constitución material¹⁷. Así,

¹² U. PREUSS, “La crisis del mercado de trabajo y las consecuencias para el Estado social”, en *Derecho y economía en el Estado Social*, Madrid, 1988, pp. 71-94.

¹³ El hecho de que sea en la realidad estatal en la que se actúan las relaciones propias de esta fórmula acarrea la “dificultad de extender los rasgos caracterizadores del Estado social a la Comunidad Europea” (G. MAESTRO, “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, en *VVAA* (Corcuera Atienza dir.), *La protección de los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 372).

¹⁴ Proceso en el cual resulta determinante la labor del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, que partiendo de la doctrina de los «*Implied powers*», tradicional en la jurisprudencia internacional, fue atribuyendo al ordenamiento comunitario las características de autonomía, aplicabilidad directa y primacía y dotándola del instrumento idóneo para convertir en irreversible el proceso de integración europea

¹⁵ R. URIARTE, “La Integración Europea desde una perspectiva constitucional,” San Juan, Argentina, 1996, p. 23.

¹⁶ Dictamen 1/1991 del TJCE sobre el acuerdo del Espacio Económico Europeo.

¹⁷ Tanto esta como muchas de las reflexiones que se contienen en este epígrafe tienen como referente mi colaboración sobre “La incidencia de la integración europea sobre la Constitución económica”, publicado en la obra colectiva *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, op. cit., pp. 381 y ss.

por ejemplo, en el ámbito de la libertad de empresa, dicha incidencia, aunque no se ha traducido en una reforma del texto de la Constitución, si ha constituido una mutación constitucional de envergadura y que condiciona notablemente el desarrollo de la Constitución, favoreciendo algunas de sus potencialidades y limitando otras, como se analiza más adelante.

De hecho, es evidente que “los principios atinentes a la reforma constitucional son incapaces de explicar por sí solos el efecto constitucional de la integración política y económica europea”¹⁸, resultando inevitable el recurso al concepto de “mutación de la Constitución”¹⁹, cuestión que puede tener, en muchos casos, una entidad muy superior a la de la reforma constitucional propiamente dicha, tal y como sabemos desde Jellinek y se opera a través de los más diversos procedimientos, que van desde la ausencia de desarrollo de previsiones constitucionales que quedan en desuso, hasta desarrollos legislativos que, tras haber permanecido en vigor durante años, son declarados inconstitucionales; pasan también por los cambios de interpretación que se operan en la jurisprudencia constitucional, como consecuencia de la transformación del supuesto de hecho, de forma que puede cambiar el sentido de la prescripción constitucional; e, incluso, los que se producen como consecuencia de lo que el propio Jellinek denominaba “la fuerza normativa de lo fáctico”²⁰.

En este sentido, frente a las limitadas reformas constitucionales que ha provocado la construcción europea, de insignificante portada en el caso de la Constitución española, aunque de cierta entidad en el caso de otras leyes fundamentales, como la Alemana, la profundidad de la mutación o reforma constitucional implícita que se ha operado en todas las constituciones europeas resulta evidente, aunque pase más desapercibida²¹. Y ello sucede porque las reformas explícitas resultan mucho más evidentes y fáciles de evaluar, por lo que frecuentemente se incurre en la tentación de sobrevalorarlas frente a las implícitas, mucho más difíciles de aprehender en toda su dimensión, por el simple hecho de que no siempre implican una contradicción con el texto escrito de la constitución.

¹⁸ R. URIARTE, “La integración...”, op. cit.

¹⁹ Entendida como aquella “modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente y que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación” (SANTI ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, 1963).

²⁰ G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, 1873.

²¹ Las reformas explícitas resultan mucho más evidentes y fáciles de evaluar, por lo que frecuentemente se incurre en la tentación de sobrevalorarlas frente a las implícitas, mucho más difíciles de aprehender en toda su dimensión, por el simple hecho de que no siempre implican una contradicción con el texto escrito de la constitución.

Podemos hacernos una idea de aproximativa de la entidad del fenómeno que estamos analizando si tenemos en cuenta que el proceso de integración europea “superpone a las internas otras estructuras y centros de decisión política que se proyectan sobre las instituciones constitucionales en forma de mancha de aceite, afectándolas masivamente y metiéndose por todos sus intersticios”²². Por todo ello, del hecho de que básicamente no se trate de una mutación “contra constitutionem”, no hay que deducir que el proceso posea menor trascendencia.

Para entender este efecto en toda su dimensión es preciso tener en cuenta el carácter de norma abierta que posee la Constitución²³ y especialmente la Constitución económica, que juridifica los límites dentro de los cuales se verifican los equilibrios cambiantes de las fuerzas sociales, ya que el constitucionalismo social lleva implícitos los límites extremos dentro de los cuales estos equilibrios se operan. Pero en todo caso, se trata de unos límites que permiten unos amplios márgenes de maniobra a los agentes políticos y permiten también la alternancia de proyectos de política social y económica diversos sin necesidad de recurrir a la reforma constitucional cada vez que se opera un cambio de hegemonía social.

De hecho, la constitución económica comunitaria carece de un modelo preciso que se imponga «directamente a los Estados miembros, de tal suerte que estos se vean forzados a revisar sus cláusulas constitucionales...»²⁴, aunque sí afecta profundamente al desarrollo en dichos Estados de sus previsiones constitucionales.

Por lo que se refiere al ámbito concreto de los derechos sociales, se puede afirmar que la incidencia de la integración ha sido bipolar: Por una parte, ha limitado el desarrollo de políticas interventoras necesarias para garantizar la virtualidad de los derechos sociales. Pero, por otra y esta es un faceta menos conocida pero no irrelevante, en el ejercicio de actuaciones armonizadoras de las legislaciones nacionales, la integración ha favorecido la implementación legal de nuevos derechos sociales, con cierta trascendencia al menos para los Estados miembros que disponían de legislaciones

²² S. MUÑOZ MACHADO, “La Unión europea y las mutaciones de las constituciones estatales”, artículo recopilado en el libro *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Madrid, 1993, p. 60.

²³ Si bien toda norma jurídica, por su propia abstracción implícita, posee en cierta medida esta condición de apertura a la realidad social y de necesidad de concreción, ello es aún más evidente en el caso de la Constitución que, al ser la norma más elevada, tiene por ello mismo un mayor nivel de inconcreción.

²⁴ M. BASSOLS, *Constitución y sistema económico*, Madrid, 1988, p. 341

sociales menos avanzadas. Trataré de examinar por separado ambos efectos.

Respecto del primero de ellos, no cabe duda de que, desde sus orígenes, la Comunidad ha sido concebida básicamente como un mercado común, sin hacerse demasiado hincapié en los aspectos sociales de la integración. Las limitaciones al respecto de los tratados constitutivos resultaban evidentes desde sus orígenes, tanto en lo que respecta a las exigencias democráticas del proceso como a las sociales, fenómeno al que se ha venido denominando como “déficit social”.

Es cierto que junto a esta vocación fundamental de la Comunidad de convertirse en un mercado único, coexisten desde los tratados constitutivos una serie de instrumentos de intervención que obedecen a una lógica distinta de la del libre mercado y que se añaden a los instrumentos nacionales, como son la política social, la política regional, la política agrícola o la política de cohesión, por poner sólo algunos de los ejemplos más significativos de intervencionismo comunitario. Sin embargo, estas carecen de una entidad comparable a la que posee la creación de un espacio económico único basado en un principio fuerte de competencia.

Porque es evidente que las políticas comunitarias han sido tradicionalmente políticas de liberalización de mercados y de apoyo a la integración económica transnacional. Y este proceso no ha resultado neutral sobre el equilibrio entre Estado y mercado que existía en los países miembros, ya que la mayoría de los países miembros de la Comunidad Europea son países con un Estado de bienestar avanzado y con una importante tradición intervencionista²⁵.

Así, mientras que el derecho a la libre competencia dentro de una economía de mercado se va a ver garantizado a escala comunitaria, produciéndose, de hecho, un incremento del status relativo a la libre empresa, no va a suceder lo mismo con respecto a la intervención económica del Estado necesaria para garantizar los derechos sociales de los ciudadanos en el marco del constitucionalismo del Estado social.

De hecho, el principal efecto de la integración va a consistir en que, al establecer un mercado único, va a determinar la limitación de algunas potestades de intervención del Estado sobre el mercado de las que aquél disponía tradicionalmente. Porque la efectividad de esa interven-

²⁵ R. URIARTE “La integración...”, op. cit., p. 50.

ción esta íntimamente vinculada a la dimensión nacional de aquel mercado²⁶.

Las consecuencias van a ser básicamente dos: En primer lugar, se va a incrementar el margen de maniobra de que disponen las empresas para obviar las legislaciones menos favorables. Por una parte, a través del establecimiento de centros en aquellos países que poseen una legislación socialmente o fiscalmente menos estricta²⁷. Y por otra, a través de la presión sobre los centros de decisión nacionales para que se produzca una competencia social a la baja, el llamado “dumping social”²⁸. La inexistencia de armonización legislativa en materia social puede provocar la desregulación en sede nacional o, al menos, la paralización de cualquier proyecto que conlleve un incremento de «status» de los trabajadores por vía legislativa e incluso, contractual.

En segundo lugar y por lo que se refiere a la intervención pública, podemos afirmar que no se produce un incremento de los poderes de intervención sobre el sistema económico capaz de compensar la reforzada discrecionalidad de las empresas, salvo en el sentido de un control fuerte de las normas de competencia por parte de las autoridades comunitarias. De hecho, se puede constatar una pérdida de competencias de los órganos nacionales de gobierno de la economía en favor de los correspondientes comunitarios, cuestión que no resulta intrascendente, sobre todo si se tiene en cuenta el escaso control democrático de las instancias comunitarias²⁹,

²⁶ En general, el proceso de internacionalización de la economía y globalización de los mercados esta determinando el cuestionamiento de los instrumentos tradicionales de intervención de que dispone el Estado. La trascendencia de este fenómeno es mucho mayor en el ámbito europeo, en el que el grado de integración logrado es muy superior.

²⁷ De esta forma, la competencia en un mercado de dimensiones más amplias implica una exacerbación del requisito de la competitividad, uno de cuyos factores determinantes es el costo social. Sin embargo, este efecto no resulta siempre decisivo, debido a que el costo social es sólo uno de los factores que inciden en la localización de las inversiones pero no el único ni necesariamente el más importante.

²⁸ Mal llamado “dumping” porque no se trata de una práctica colusoria de la competencia en materia social, como podría dar a entender el nombre.

²⁹ Estos mecanismos de gobierno escapan con demasiada facilidad al control democrático y precisamente, el advenimiento del constitucionalismo social viene acompañado de la proliferación de instancias públicas de intervención económica que no sólo consiguen evadir fácilmente el control parlamentario, sino que, en la práctica, se convierten frecuentemente en el epicentro de la corrupción del sistema político. Si este fenómeno es ya grave a escala nacional, el riesgo potencial crece naturalmente al transferirse las competencias de gobierno de la economía a instancias aún más alejadas del control democrático, como sucede con las europeas, donde no existe un sistema de partidos consolidado a escala europea (el centro de decisión sigue siendo nacional), ni una prensa europea que actúe como «cuarto poder» fis-

sometidas a un auténtico sitio por parte de los grupos de presión establecidos en sede comunitaria.

Y no hay que olvidar que la Comunidad Europea se ha desarrollado sobre un esquema de inspiración funcionalista que pretende forzar la unificación política a partir de una previa integración económica, sobre la afirmación de la libre competencia en un mercado ampliado, aunque tampoco se debe deducir automáticamente de la primacía que posee esta libertad económica dentro del derecho comunitario, la imposición a los Estados miembros de un modelo económico puramente liberal, incompatible con las previsiones constitucionales que han permitido articular a estos, aunque con desarrollos desiguales, un Estado de bienestar³⁰.

En todo caso, la integración europea se ha basado sobre todo en la lógica del mercado. Sin embargo, mientras pudo mantenerse la autonomía sustancial de decisión del Estado en el ámbito económico, fue posible también mantener un cierto reparto de espacios en el campo social³¹. Pero, a partir del momento en que la profundización en la integración económica ponía en cuestión la compatibilidad de los imperativos comunitarios con el mantenimiento del Estado social en los países miembros³², el problema de

calizando la actividad de las instituciones comunitarias con, al menos, la misma eficacia con que actúa en el ámbito nacional y por no existir, no existe siquiera formalmente el concepto de oposición, ya que la Comisión de la Comunidad Europea es una alta burocracia que adopta importantísimas decisiones pero que está compuesta por miembros de las más dispares opciones políticas, quedando excluida, en todo caso, la posibilidad de alternancia en el poder y en la oposición de opciones netamente distintas.

³⁰ En primer lugar, porque la «constitución económica comunitaria» no prejuzga, en modo alguno, el régimen de la propiedad en los Estados miembros, lo que «garantiza la intangibilidad del régimen de relaciones económicas contenidas en las respectivas constituciones económicas, no sólo en el momento de la conclusión de los Tratados, sino con posterioridad a los mismos» (M. BASSOLS, *Constitución y sistema económico*, op. cit., p. 343). Prueba de ello es que no se han considerado incompatibles con los Tratados las nacionalizaciones que se han llevado a cabo en varios países con posterioridad a su ratificación. Por otra parte, ese principio de libre concurrencia tampoco posee un carácter absoluto ni excluye totalmente la intervención del Estado contraria al funcionamiento del mercado, que queda permitida sólo en las circunstancias y con las condiciones previstas en el propio Tratado. Por último, la propia comunidad posee instrumentos de intervención que obedecen a una lógica distinta de la del libre mercado y que se añaden a los instrumentos nacionales, como son las mencionadas políticas social, regional, agrícola o de cohesión.

³¹ «A los Estados les era confiado el espacio de materialización del Estado social, mientras que la Comunidad, en esta materia, asumía cierta comunicabilidad de las condiciones de protección que favorecían la ampliación del mercado especialmente en materia de Seguridad Social ...» (G. MAESTRO, «Constitución económica y derechos sociales...», op. cit., p. 372).

³² G. MAESTRO, «Constitución...», op. cit., pp. 372-373.

la caracterización constitucional de la Comunidad empezó a plantearse con especial virulencia.

Por todo ello, diversos sectores doctrinales han sugerido ya desde los orígenes de la Comunidad, pero especialmente a raíz del establecimiento del mercado único, la necesidad de dotarla de un contenido social, de forma que la población en general pueda sentirse involucrada en el proceso de integración, mediante el reconocimiento de una ciudadanía social compuesta por una serie de derechos que reequilibren esa situación de partida.

Porque la habilitación de que disponen los derechos sociales resulta, sin duda, precaria tanto en los tratados constitutivos como en las posteriores reformas que han intentado paliar aquellas carencias originarias³³, aunque ello no ha impedido que la Comunidad desarrollara una política social³⁴ que ha producido algunos frutos en aspectos concretos como la no discriminación laboral³⁵ o la lucha contra la marginalidad.

Sin embargo, estas reformas no han conseguido crear nuevos derechos sociales u otorgar a estos un estatuto jurídico que garantice suficientemente su respeto. La falta de habilitación constitucional ha impedido que prosperen, ha retrasado la entrada en vigor o ha limitado profundamente, según los casos, las iniciativas comunitarias más ambiciosas en materia de derechos sociales³⁶. Esta carencia tampoco ha podido ser suplida en la práctica mediante la implementación de nuevos derechos por la vía contractual³⁷.

³³ Sobre el particular pueden verse: M. ALONSO OLEA, «Aspectos sociales de la Comunidad Económica Europea», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, núm. 63, 1987; F. ALONSO SOTO, *Estudio de Derecho Social Comunitario*, Madrid 1990; M. COLINA ROBLEDÓ; J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ; y T. SALA FRANCO, *Derecho Social Comunitario*, Valencia, 1995; GARZÓN CLARIANA, «El nuevo derecho social de la C.E.: objetivos y medios», *Revista Instituciones europeas*, 1992; A. MONTOYA MELGAR; J. GALIANA MORENO; y A. SEMPERE NAVARRO, *Derecho Social Europeo*, Madrid, 1994; PÉREZ DE LOS COBOS, *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid 1994.

³⁴ J.M. GALIANA MORENO, «El lento camino de gestación de la política social comunitaria», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 58, 1993; VV.AA.: *La política social en la Comunidad Europea*, Madrid, 1986.

³⁵ D. LÓPEZ GARRIDO, «La igualdad de tratamiento laboral entre hombre y mujer en el Derecho Comunitario», *Actualidad Laboral*, núm. 28, 1996.

³⁶ La propuesta Vredeling de una quinta directiva de derecho de sociedades, que pretendía extender a toda la Comunidad el modelo alemán de cogestión, es quizá el mejor ejemplo para ilustrar esta realidad. Elaborada en la década de 1970 sufrió durante su tramitación todo tipo de avatares, siendo reformulada en diversas propuestas, cada vez menos ambiciosas, hasta que al final tuvo que escindirse en varias iniciativas de contenido muy limitado respecto del original para conseguir prosperar.

³⁷ El diálogo social europeo es todavía hoy más un «desideratum» que una realidad. Y la negociación colectiva nacional no puede imponer tampoco objetivos comunes. Para una

La falta de articulación constitucional de los derechos sociales y de los derechos en general ha obligado al Tribunal de Justicia de la Comunidad, a ir supliendo las carencias inherentes al principio funcionalista que inspira el proceso de integración europea³⁸ mediante el recurso a una actividad en el límite entre la interpretación y la creación del derecho, cuando no claramente dentro de la creación. Ante la constatación de que la actividad de las instancias comunitarias podía generar perjuicios directos para los derechos fundamentales de los ciudadanos y de que en los tratados no existía ningún catálogo de derechos³⁹, el Tribunal fue articulando por vía jurisprudencial un sistema de garantía⁴⁰ a partir de la idea de que “los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del derecho, cuyo respeto asegura, conforme a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros⁴¹, así como los instrumentos internacionales en los que han cooperado o a que se han adherido”⁴².

Dicha construcción jurisprudencial ha trascendido posteriormente al Tratado de la Unión Europea, cuyo artículo 6, tras proclamar que la Unión se basa en el respeto de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, acoge en su inciso segundo casi literalmente el pronunciamiento de la Corte⁴³.

aproximación a los resultados concretos de dicho diálogo, puede verse M. RODRÍGUEZ PIÑERO: «La negociación colectiva hasta Maastricht» y «La negociación colectiva tras Maastricht», 1992; J.L. MONEREO PÉREZ, «La participación de los agentes sociales en la construcción de la Comunidad Europea y el dialogo social», Actualidad Laboral núm. 19, 1989. VVAA, «El espacio social europeo», Centro de Documentación Europea, Universidad de Valladolid, 1991.

³⁸ Lo que se conoce como el “déficit democrático” de la Comunidad y que consistiría en que, a pesar de ser una instancia en la que se garantiza el imperio de la Ley mediante una jurisdicción independiente e imparcial, posee importantes limitaciones tanto en cuanto al principio de legitimación democrática como en cuanto al principio de separación de poderes y no poseía hasta hace muy poco un específico catálogo de derechos.

³⁹ La falta de un catálogo de derechos dio origen desde los primeros años de la Comunidad al conocido debate doctrinal sobre la aplicabilidad en el ámbito comunitario del Convenio Europeo de Derechos humanos y sobre la necesidad y/o conveniencia de adhesión de la Comunidad a dicho Convenio, que había sido ratificado por todos los Estados miembros.

⁴⁰ Cuyo primer precedente es el caso *Stauder v. Ciudad de Ulm*, S.T.J.C.E. de 12 de noviembre de 1969. Causa 29/69, muy conocido porque se trata de la primera ocasión en que la Corte admite una demanda por violación de derechos.

⁴¹ Lo cual tiene un significado difuso en la doctrina de la Corte de Luxemburgo, pero, en todo caso, no equivale a un mínimo común múltiplo, sino a un acervo común que el tribunal debe concretar caso por caso.

⁴² *Nacional Panasonic Limited v. Comisión de las Comunidades Europeas*, S.T.J.C.E. de 26 de junio de 1980. Causa 136/79.

⁴³ “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y tal y como resultan de las tradiciones

Sin embargo, el mayor problema que plantea la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario no es el de la garantía frente a los poderes comunitarios de los derechos clásicos de libertad⁴⁴, ni siquiera la de los derechos sociales reconocidos por los Estados miembros, sino la necesidad ya planteada de que la Unión promueva la armonización social entre ellos e incluso impulse nuevos derechos de cara a garantizar el cumplimiento de sus propios objetivos de promover el progreso social, conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible y el fortalecimiento de la cohesión social⁴⁵.

3. ARTICULACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN EUROPEA

El principal proyecto articulado en materia específica de derechos sociales en el ámbito europeo lo constituye la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, aunque se trata de una proclamación que posee una virtualidad jurídica muy limitada⁴⁶, ya que se recoge como una declaración solemne de los Estados miembros⁴⁷ en el que estos se comprometen formalmente a garantizar aquellos derechos en sus respectivas legislaciones⁴⁸ y contiene también una petición expresa a la Comisión para que ésta presente iniciativas destinadas a traducir el contenido de la Carta Social en actos legislativos.

constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales de derecho comunitario”

⁴⁴ De hecho, las cuestiones de fondo que se plantean en las demandas presentadas ante la Corte y que han dado lugar a la jurisprudencia garantista poseen una entidad práctica casi anecdótica

⁴⁵ Art. 2 del T.U.E.: “La Unión tendrá los siguientes objetivos: promover el progreso económico y social y un alto nivel de empleo y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible, principalmente mediante 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....”.

⁴⁶ Además del impulso político que comporta, su principal virtualidad sería la de aportar un referente concreto a la jurisprudencia comunitaria.

⁴⁷ Excepto Gran Bretaña, que se opuso obstinadamente desde el comienzo a su adopción, impidiendo que poseyera una forma jurídicamente más vinculante. Tras la caída del gobierno conservador, Gran Bretaña se adhirió a la Carta en 1998.

⁴⁸ Se comprometen, en concreto, a “tomar las iniciativas oportunas y movilizar todos los medios necesarios, por vía legislativa o alentando a las partes sociales para que celebren convenios a nivel nacional, regional, sectorial o de empresa... con objeto de garantizar los derechos sociales fundamentales de la presente Carta y la plena aplicación”.

Se trata, por tanto, de un documento que no genera derechos inmediatos self-executing en los ciudadanos comunitarios y cuyo objetivo es, por una parte, evitar que se produzca «ninguna regresión con respecto a la situación actualmente existente en cada Estado miembro»⁴⁹ y por otra, favorecer el reconocimiento de nuevos derechos en los países comunitarios con estándares más bajos en dicho ámbito⁵⁰.

Este fue quizá el principal resultado de la Carta, el de otorgar un nuevo impulso político y una nueva base habilitadora a las propuestas comunitarias de directivas de armonización social. En cuanto a sus limitaciones, la principal es que es hija de su tiempo y como tal, incorpora una visión poco propensa al intervencionismo legal en materia social y mucho más proclive a reservar un margen amplio al ejercicio de la autonomía de las partes. Por otra parte y en el mismo sentido, se inspira también en la idea de subsidiariedad de las intervenciones comunitarias e intenta esquivar el riesgo de extralimitación de la autoridad comunitaria⁵¹.

En cuanto a su contenido, incorpora, además de derechos sociales propiamente dichos, otro tipo de previsiones⁵². La regulación de estos se basa en la normativa dictada en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y en la Carta Social del Consejo de Europa⁵³, aunque algunos autores consideran que dicha regulación supone un retroceso respecto de la contenida en la carta de Turín⁵⁴.

Esta carta social ha quedado reformulada en un nuevo instrumento comunitario, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁵, Carta que ha quedado incorporado en su integridad al proyecto de Constitución para Europa. Se trata de un instrumento articulado todavía y en tanto no entre en vigor la nueva Constitución, en forma de proclamación

⁴⁹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «El programa de acción de la Comisión para la aplicación de la Carta Social», Relaciones Laborales, Volumen II, 1989, pp. 57.

⁵⁰ Si bien a corto término no se plantea la armonización de los ordenamientos laborales, «a medio y largo plazo puede crear una dinámica de acercamiento de los diversos sistemas nacionales» (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «El programa de acción...», op. cit., p. 49).

⁵¹ «La aplicación de la Carta no puede tener como consecuencia una ampliación de las competencias de la Comunidad definidas por los tratados» (Preámbulo de la Carta).

⁵² «Se entremezclan lo que podrían ser derechos sociales propiamente dichos, y recomendaciones y objetivos de política social» (M. RODRÍGUEZ PIÑERO, «El programa...», op. cit., p. 64).

⁵³ Tal como indica el preámbulo del propio texto.

⁵⁴ F. PÉREZ AMORÓS, «Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores», El Proyecto, núm. 14, 1990, pp. 33-34.

⁵⁵ D.O.C.E. C/364, de 18 de diciembre de 2000.

solemne, aunque en este caso no de los Estados miembros, sino de las instituciones comunitarias⁵⁶. En cuanto a su contenido, el documento pretende unificar y acoger en un único texto el conjunto de derechos, tanto civiles, como políticos, económicos y sociales que la Unión debe garantizar a los ciudadanos de los Estados miembros, aunque afirma expresamente que la Carta se basa en el respeto de los derechos reconocidos en otros instrumentos, entre los que se incluyen las cartas sociales adoptadas por la Comunidad⁵⁷.

La declaración de derechos que contiene la Carta adolece, sin embargo, de una serie de limitaciones. En primer lugar, que la carta afecta en primera instancia únicamente a las actuaciones de los órganos comunitarios eventualmente vulneradoras de derechos y no a las actuaciones estatales⁵⁸. Además, tradicionalmente el Tribunal de Justicia se ha negado a controlar la compatibilidad con los derechos fundamentales de las actuaciones estatales cuando estas han resultado ajenas al ordenamiento comunitario. Sin embargo, la carta sí produce efectos para los Estados miembros cuando estos apliquen el derecho de la Unión⁵⁹, lo que permite que sea fiscalizable por la Corte de Luxemburgo un amplio catálogo de actuaciones estatales⁶⁰.

⁵⁶ La Carta fue elaborada por una Convención compuesta por representantes de los Estados miembros, de la Comisión, del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales y fue adoptada conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea y proclamada solemnemente en el Consejo Europeo de Niza de 7-9 de diciembre de 2000. El proceso de elaboración de la Carta puede verse en A. RODRÍGUEZ-BEREIJO, "La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea", Noticias de la Unión Europea, núm. 192, 2001, pp. 11-13.

⁵⁷ Párrafo quinto del preámbulo de la Carta.

⁵⁸ Sobre los efectos de la carta en los derechos internos, pueden verse, L.F. BESSELIK, "The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter", Maastricht Journal of European and Comparative Law, núm. 1, 2001; R. ALONSO GARCÍA, "El soft law comunitario", RAP, núm. 154; B. DE WITTE, "The Legal Status of the Charter: Vital Question or Non-Issue?", Maastricht Journal of European and Comparative Law, núm. 1, 2001; J.A. CARRILLO SALCEDO, "Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea", RDCE, núm. 9, 2001; L.M. DíEZ PICAZO, "Glosas a la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", Tribunales de Justicia, núm. 5, 2001; A. PECHEUL, "La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne", RFDA, núm. 3, 2001; L. BETTEN, "The EU Charter on Fundamental Rights: a Trojan Horse or a Mouse?", The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, núm. 2, 2001.

⁵⁹ Así lo establece expresamente el art. 51.1 de la Carta: "Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión".

⁶⁰ En concreto, las intervenciones en ejecución de las normas comunitarias; la normativa de transposición de directivas; las derogaciones o excepciones al ordenamiento comunitario

En segundo lugar, está la limitación ya mencionada, relativa a la naturaleza jurídica del instrumento que la contiene⁶¹, una proclamación solemne que realizan las instituciones comunitarias, pero que no llega a incorporarse al articulado del Tratado de la Unión Europea, por lo que incide en la misma deficiencia de la precedente Carta social.

En tercer lugar, se enmarca la intervención comunitaria para la protección de los derechos fundamentales en el principio de subsidiariedad y en el respeto de las competencias de la Unión. La afirmación expresa del carácter subsidiario de la intervención comunitaria en dicha labor no es sino la concreción de un ambiente general poco proclive a admitir nuevas competencias a favor de la Unión y resulta especialmente peligrosa para la implementación de los derechos sociales. Porque, mientras que las libertades clásicas poseen una garantía suficiente en la labor del Tribunal de Justicia, es la armonización social proclamada como objetivo la que requiere de una actuación positiva por parte de los poderes europeos y la que puede quedar en cuestión en función del contenido concreto de que se dote a ese abstracto principio de la subsidiariedad⁶².

De hecho, aunque este principio ha estado vinculado históricamente a los planteamientos federalistas y a pesar de que se justifica como un límite que impone la soberanía nacional a los pretendidos excesos que se pueden derivar de la “vis expansiva” de la Unión, lo cierto es que la subsidiariedad puede convertirse en el aliado argumental perfecto de la idea de desregulación que algunos sectores intentan imponer a toda costa en el ámbito económico⁶³. Frente a esta exclusión de los derechos sociales de los Tratados y su

por él permitidas y las normas internas que interfieran con algunos principios generales del Derecho Comunitario (J.I. UGARTEMENDÍA, *El Derecho Comunitario y el legislador de los derechos fundamentales*, Oñati, 2001, pp. 62-63).

⁶¹ Se trata del mismo instrumento jurídico de la precedente carta comunitaria, es decir, “una declaración de intenciones de carácter político, que expresa la voluntad de los Estados” (J.L. MONEREO, «La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 56-57, 1993, pp. 853-854). Algunos autores son incluso más críticos, al considerar que consiste en una “mera declaración de principios vacíos de contenido efectivo, dado que (...) no ha pasado de ser un mero documento programático” (GALIANA MORENO, «El lento camino de gestación de la política social comunitaria: desde el Tratado de Roma a la cumbre de Maastricht», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 58, 1993, pp. 189).

⁶² Un enfoque más en profundidad de los problemas que plantea la aplicación del principio de subsidiariedad al ámbito social puede verse en M.E. CASAS BAAMONDE, «Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social», *Rev. Relaciones laborales*, 1993, I.

⁶³ La introducción de este principio ha constituido una concesión a los gobiernos de los Estados miembros más reacios a avanzar en el camino de la integración, que son, precisamente, quienes más se oponen también al intervencionismo “social”.

sometimiento a imperativos de subsidiariedad, la libertad de mercado posee una tipificación nítida e incondicional, sobre “los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia”⁶⁴.

En cuarto lugar y por lo que se refiere al contenido concreto de los derechos, tal y como estos vienen regulados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, conviene advertir de que, a pesar de que como ya se ha mencionado, se reconozcan los derechos en base a la tradición constitucional común, los instrumentos internacionales comunes y la jurisprudencia de las Cortes de Luxemburgo y de Estrasburgo⁶⁵, no cabe duda de que existen importantes diferencias entre los distintos instrumentos e instancias europeas de garantía de los derechos y por supuesto, entre estos y los nacionales de cada uno de los países, aunque en muchos casos no se trate más que de diferencias de matiz, pero no en todos, por lo que se plantean problemas de compatibilidad entre ellos⁶⁶.

Por otra parte, la propia Carta establece que ninguna de sus disposiciones podrá interpretarse en forma restrictiva de los derechos reconocidos por el Derecho Comunitario, el Derecho Internacional y los tratados ratificados por la Unión o sus miembros o incluso por las Constituciones de estos⁶⁷, de lo que, en mi opinión no puede deducirse otra cosa que la obligación, que se impone no sólo al legislador comunitario, sino también al Tribunal de Justicia de la Comunidad⁶⁸, de que los derechos reconocidos en sede comu-

⁶⁴ Art. 4.2 del Tratado de la Comunidad Europea. Es más, el Tratado llega al extremo de convertir en principios rectores de las acciones de los Estados miembros y de la Comunidad los criterios de estabilidad en las políticas presupuestarias y monetarias (art. 4.3).

⁶⁵ Tal y como se afirma en el preámbulo de la Carta.

⁶⁶ “Ante la evidente influencia de la CEDH en la redacción de la Carta y con independencia del problema de fondo del valor jurídico de la misma toda vez que no ha sido incorporada al derecho originario, cabe plantearse si ha cambiado el papel de la CEDH como fuente para la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario” (A. RODRIGUEZ-VERGARA, “Ordenamiento comunitario y Convención europea de derechos humanos”, en VVAA (Corcuera dir.), *La protección...*, op. cit., pp. 114-115; abunda en la misma cuestión en *Integración europea y Derechos Fundamentales*, Madrid, 2001).

⁶⁷ Art. 53 CDUFUE: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

⁶⁸ RODRÍGUEZ-VERGARA considera, en cambio, que dicho mandato de interpretación va dirigido únicamente al legislador, pero no al intérprete de la Carta, para quien se debe aplicar la CEDH como un estándar máximo mientras el legislador comunitario no se decida a protegerlos de una manera más extensa (“Ordenamiento comunitario...”, op. cit., p. 117).

nitaria sean interpretados de forma generosa, de acuerdo con los estándares más elevados de entre aquellos que les asignan los diversos instrumentos a los que expresamente nos remite la Carta, por lo que se trataría de un artículo de inspiración netamente garantista.

En resumen, se puede afirmar que la Carta y en general, el sistema comunitario de garantía de los derechos, adolece de importantes limitaciones, a pesar de lo cual supone un cierto progreso respecto de la situación anterior y ha servido como instrumento habilitador –a través de directivas comunitarias– de determinados desarrollos legislativos en materia de derechos sociales en los Estados miembros y concretamente, en materia de derechos de participación de los trabajadores⁶⁹.

En todo caso, no cabe duda de que la situación de los derechos sociales reconocidos en el ámbito comunitario dista mucho de ser satisfactoria no sólo a los efectos de garantizar los estándares nacionales de derechos ante

⁶⁹ Y de ciertos avances previstos en el correspondiente programa de acción de la Comisión y parcialmente realizados. Para hacer un seguimiento de los progresos en dicho ámbito, el Consejo Europeo de Niza de diciembre de 2000 aprobó la Agenda de política social puesta en marcha por la Comisión y que constituye la hoja de ruta para la política social y el empleo, para el período que va de 2000 a 2006. Dicho programa prevé un conjunto detallado de acciones, acompañado de un calendario, destinado a consolidar y proseguir los trabajos realizados durante la primera mitad de la aplicación de la Agenda de política social y anuncian las nuevas medidas destinadas a afrontar los retos y responder a las nuevas necesidades en cada uno de los seis ámbitos de acción de la Agenda de política social: un mayor número de puestos de trabajo y de mejor calidad (aplicación de la nueva estrategia europea de empleo, aplicación del plan de acción en materia de competencia y movilidad, papel del Fondo Social Europeo); anticipar y administrar el cambio en el entorno de trabajo instaurando un nuevo equilibrio entre la flexibilidad y la seguridad (en particular, mediante una simplificación de la legislación y de las medidas destinadas a reforzar el diálogo social y a desarrollar la responsabilidad social de las empresas); luchar contra la pobreza y contra todas las formas de exclusión y discriminación (en particular, mediante medidas destinadas a favorecer la inserción social, iniciativas destinadas a garantizar la igualdad de trato a los nacionales de terceros países y medidas para combatir la discriminación); modernizar la protección social (desarrollo del método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social, medidas destinadas a facilitar la libre circulación); promover la igualdad entre hombres y mujeres (en particular, nueva directiva sobre la igualdad de trato fuera del mercado laboral, nueva estrategia marco para 2006-2010), y reforzar el capítulo social de la ampliación y las políticas exteriores de la Unión Europea (medidas por las que se facilita la integración de los nuevos Estados miembros e iniciativas destinadas a promover la dimensión social de las relaciones internacionales de la Unión, en particular en el marco de la cooperación con las organizaciones internacionales competentes) (Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, Agenda de política social, Com/2000/379).

el riesgo de “dumping social”⁷⁰, sino incluso a los de promover una específica ciudadanía social comunitaria⁷¹.

A tales efectos y también a los generales de profundización en la legitimación democrática de la Unión, resulta una exigencia ineludible la habilitación de nuevos controles de rango constitucional, por lo que se hace ahora más necesaria que nunca la refundación democrática de las instancias decisorias comunitarias y la inclusión en el instrumento jurídico comunitario de más alto rango de un catálogo de derechos sociales que permita su posterior desarrollo mediante normas comunes.

En esta perspectiva se inscribe el proyecto de Constitución para la Unión Europea⁷² en fase de adopción y que integra dentro de un instrumento normativo de rango constitucional y como tal, refrendado por los ciudadanos de la Unión, una declaración de derechos, en concreto, la mencionada Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que conforma la segunda parte del texto constitucional, que conserva la integridad de su articulado, pero dotando a aquella no sólo de la cualificación jurídica más elevada, sino también de la más alta legitimidad constitutiva.

Esta regulación constitucional viene reclamada por un tratamiento riguroso de los derechos sociales que supere el goteo coyuntural de directivas⁷³, goteo que ha resultado especialmente complejo en algunos ámbitos. Para superar estas dificultades, es imprescindible que se establezcan nuevos fundamentos que favorezcan la inserción de los derechos sociales en un ordenamiento que sea coherente con la lógica que ha presidido su desarrollo en el seno del Estado social⁷⁴.

⁷⁰ Manteniendo así el equilibrio entre Estado y mercado en que se basa la tradición constitucional de los Estados miembros.

⁷¹ Ciudadanía que implícitamente se establecía como objetivo en la carta de derechos sociales, al afirmar en el considerando séptimo de la misma que: “...la realización del mercado interior debe suponer para los trabajadores de la Comunidad Europea mejoras en el ámbito social, en particular en materia de libre circulación, condiciones de vida y de trabajo, salud y seguridad en el lugar de trabajo, protección social, educación y formación”. Por lo que se refiere al objetivo de garantía antidumping social, el reconocimiento es explícito en el considerando sexto del preámbulo de la misma: “...la realización del mercado interior debe favorecer la aproximación en el progreso de las condiciones de vida y de trabajo y la cohesión económica y social de la Comunidad Europea, evitando distorsiones de la competencia”.

⁷² Proyecto de tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, adoptado por consenso por la Convención europea el 13 de junio y el 10 de julio de 2003 (Conv. 850/03).

⁷³ M. A. GARCÍA HERRERA, “Derechos sociales y tratados comunitarios: evolución normativa”, en VVAA. (Corcuera dir.), *La protección de los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 362.

⁷⁴ R. GOMA, “La dimensión social de la integración: ¿hacia un federalismo europeo de bienestar?”, *Foro Internacional*, núm. 2, 2002, p. 379.

Sin embargo, la inclusión de estos derechos en una carta europea de rango constitucional tampoco deja de plantear problemas y muy serios en algunos casos, porque su tipificación va a ser sólo relativamente coincidente en la mayoría de los casos con la tipificación que de esos mismos derechos se hace en las Constituciones de los Estados miembros. De hecho, algunos de los derechos regulados en la “Constitución para Europa” ni siquiera tienen un reconocimiento expreso en algunas de esas Constituciones nacionales.

Considero que los problemas derivados de esa tipificación diversificada, sin dejar por ello de tener su enjundia, no son sin embargo tan importantes en el caso español como en otros de nuestro entorno. Y no lo son en mi opinión por dos razones: en primer lugar, porque los tres principales derechos económicos, la propiedad, la libre empresa y el trabajo, se hallan tipificados tanto en la Constitución española como en el proyecto europeo y se hallan tipificados, además, con una denominación prácticamente idéntica y con una estructura bastante similar. Y en segundo lugar, porque nuestra Constitución posee en su art. 10.2 una remisión expresa a los tratados internacionales de cara a la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales, una remisión que puede ser eficaz a la hora de solventar los eventuales problemas que pudiera plantear la existencia de dos tipos constitucionales no del todo idénticos en relación a un mismo derecho.

Antes de analizar esta problemática más en concreto respecto de cada uno de los derechos económicos, conviene hacer unas mínimas consideraciones sobre la estructura que estos derechos poseen en la Carta y sobre su ubicación, ya que ello nos puede aportar una información adicional de cara a una interpretación contextual.

Pues bien, ya se ha mencionado que los derechos recogidos en la Carta de derechos Fundamentales han sido traspuestos literalmente al Proyecto de Constitución para Europa, del cual conforman la segunda de parte, reservándose la primera para el resto de previsiones constitucionales. Dentro de esta segunda parte, los derechos se articulan en seis grandes epígrafes, atendiendo a consideraciones relativas al ámbito al que hace referencia el derecho, pero que no coinciden del todo, sino sólo parcialmente, con las tradicionales clasificaciones doctrinales de derechos en civiles, políticos, económicos-sociales...y que parecen constituir una suerte de homenaje al eslogan de la revolución francesa de “Libertad, igualdad y fraternidad”. Los epígrafes son concretamente los siguientes: Dignidad, Libertad, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía y Justicia.

Dentro de dicho esquema, los tres derechos económicos fundamentales que conforman el estatuto básico de la actividad económica privada y en concreto de la empresa, se agrupan dentro de un mismo epígrafe, el de la libertad, lo que parece querer significar que se consideran derechos de libertad o civiles, incluido el derecho al trabajo. Se hayan tipificados en artículos correlativos, que van del 15 al 17. El primero de ellos recoge el derecho al trabajo, tipificado como “Libertad profesional y derecho a trabajar”, el segundo el derecho a la libre empresa o “Libertad de empresa” y el tercero el “Derecho a la propiedad”.

En la Constitución española, el “Derecho a la propiedad privada” (art.33), el “Derecho al trabajo” (art. 35) y la “Libertad de empresa” (art. 38) se agrupan también dentro de un mismo epígrafe, en este caso, la sección segunda del capítulo segundo del título I, bajo el enunciado, un poco genérico “De los derechos y deberes de los ciudadanos”. Lo cierto es que la clasificación que realiza nuestra Ley fundamental, mezcla criterios relativos a la naturaleza del derecho con consideraciones relativas a su nivel de tutela procesal, lo que conlleva la dificultad formal de que sólo se considere procesalmente como derechos fundamentales a algunos de los derechos a los que se atribuye dicha naturaleza, tanto en el plano dogmático, como en el derecho comparado e internacional y también en el proyecto europeo.

En todo caso, podemos adelantar que no existen incongruencias básicas y sí en cambio coincidencias sustanciales en las tipificaciones que se hacen en ambos instrumentos de rango constitucional.

4. DERECHO DE PROPIEDAD

El derecho a la propiedad privada forma parte de los derechos que la Comunidad Europea garantiza. El sistema comunitario de garantía de derechos fue conformando como es sabido, a falta de unas previsiones suficientes en los tratados constitutivos, por la doctrina jurisprudencial de la Corte de Luxemburgo, a partir del caso *Stauder*⁷⁵, en el que el alto tribunal dejó

⁷⁵ STJCE núm. 29/1969, de 12 de noviembre. Se trata de la conocida construcción jurisprudencial, en la que, partiendo de las limitaciones de los tratados constitutivos en la materia y mediante una hermenéutica bastante “creativa”, se configura un sistema de protección basado en el principio de que “los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto asegura, conforme a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como los instrumentos internacionales en los que han cooperado o a que se han adherido.” (STJCE de 26/06/1980, Re. 1980, pp. 607 y ss.)

establecido que la Unión “respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo (...) y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (...)”. Posteriormente, este sistema fue integrado en los tratados por el artículo 6.2 del Tratado de Unión Europea.

La caracterización como derecho fundamental del derecho a la propiedad, vertebrada por la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo⁷⁶, quedó explícitamente refrendada con la proclamación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea⁷⁷, que lo tipifica en su art. 17.1 y ha trascendido, a su vez, al proyecto constitucional europeo, cuyo art. II-17.1 afirma expresamente que “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”.

La estructura de este precepto, aunque no coincide plenamente con la de nuestro art. 33, guarda una identidad sustancial con el. La primera de sus frases contiene, además del reconocimiento del derecho, una definición de este por remisión a las potestades inherentes, es decir, a los derechos de uso y disfrute, por una parte y de disposición, por otra, sobre un bien.

La segunda de las frases se corresponde al párrafo tercero del art. 33, al prohibir las privaciones de propiedad sin causa o sin la correspondiente indemnización. La principal diferencia reside en que la redacción comunitaria es más garantista, al concretar que la indemnización debe ser legal, justa y realizada en tiempo razonable. No existe, sin embargo, contradicción, ya que la jurisprudencia constitucional española ha señalado tradicionalmente esos perfiles, aunque la mención específica a la ley pudiera tener alguna consecuencia en el debate sobre la admisibilidad constitucional de determinados instrumentos expropiatorios, como el decreto-ley.

⁷⁶ Una breve panorámica la progresiva superación jurisprudencial de las limitaciones que poseía el sistema comunitario de derechos puede verse en mi trabajo “Un comentario a la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales”, en VVAA, : Derechos Humanos y Revolución francesa, Bilbao, 1991.

⁷⁷ Proclamada solemnemente en Niza, el 7 de diciembre de 2000, por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (DOCE C 364, de 18 de diciembre). La dudosa naturaleza jurídica del instrumento que recoge la Carta, una proclamación solemne conjunta de las instituciones comunitarias y su no inclusión en los tratados, relativizan pero no anulan sus efectos, sobre todo en el ámbito jurisprudencial.

La tercera de las frases del art. 17.1 del proyecto se corresponde al inciso segundo del art.33 CE, es decir, a la delimitación de la propiedad, aunque es quizá el que más difiere en su contenido o al menos, en su inspiración. Nuestra Ley fundamental atribuye explícitamente una función social a la propiedad, función que delimitará el contenido de esta de acuerdo con las leyes. O invirtiendo los términos, afirma que las leyes deben delimitar el contenido de la propiedad de acuerdo con su función social. El proyecto, en cambio, no explicita la función social, y establece que los usos sólo podrán ser regulados en la medida en que lo exija el interés general.

En resumen, se puede afirmar, por una parte, que el proyecto comunitario posee una inspiración más garantista que el sistema español, evidenciando una preocupación primaria en garantizar el interés del titular del bien frente a intromisiones ilegítimas. Y por otra, que carece de una referencia social expresa. Conviene recordar al respecto que el Estado social redefine en nuevos términos el derecho de propiedad, al interiorizar su función social, que pasa de criterio limitador externo al derecho, a criterio delimitador “ad intra” de aquel, redimensionando uno de los dos intereses objeto de protección constitucional, que son, además del individual, el social.

¿Significa esto que el proyecto posee una definición de la propiedad “presocial” en este sentido? Considero que no existe base suficiente para una afirmación tan rotunda. Además, la naturaleza social de la Constitución comunitaria viene proclamada en distintos apartados del texto del proyecto y la definición de propiedad no puede ser ajena a los valores que inspiran el resto del articulado. Así sucede, por ejemplo, en Francia, país que parece ser el modelo en el que se inspira el proyecto y que compagina una tipificación tradicional del derecho a la propiedad con una definición inequívocamente social del Estado.

Esta opinión viene corroborada también por la jurisprudencia en la materia de la Corte de Luxemburgo, que, aunque ha establecido expresamente el carácter fundamental de los derechos económicos de propiedad y libre empresa⁷⁸, ha insistido también en que no están garantizados sin restricció-

⁷⁸ La corte de Luxemburgo ha afirmado concretamente que “los principios de libre circulación de mercancías y libre competencia, junto con la libertad de comercio como derecho fundamental, son principios generales de Derecho Comunitario, cuya observancia asegura el Tribunal...”, STJCE de 7 de febrero de 1985, dictada en el caso 240/83, Procurador de la República vs. ADHBU, 1985, ECR, 531-548. Doctrina reiterada en la sentencia de 5 de octubre de 1994, que enmarca el examen de la eventual afectación de la propiedad y la libre empresa en el “análisis del motivo relativo a la violación de los derechos fundamentales y de los principios generales del derecho”, afirmando que ambos constituyen “principios fundamen-

nes y deben contemplarse en relación con su función social. Se trata de una fórmula que podemos calificar de cauta, ya que no protege un derecho ilimitado, sino sólo la “esencia y sustancia” de los derechos de propiedad⁷⁹, aunque sin dejar de ser profundamente garantista.

De igual manera se puede calificar el modelo de propiedad de la Convención Europea de Derechos Humanos⁸⁰ y la delimitación de los perfiles de dicho derecho que ha venido realizando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸¹. La jurisprudencia de la corte de Estrasburgo ha dado a este artículo una significación acorde con el concepto tradicional y garantista de la propiedad privada, insistiendo en el principio de proporcionalidad en las intervenciones sobre el derecho. El Tribunal afirma expresa y reiteradamente la operatividad de este principio tanto en la delimitación legal del derecho como en las ingerencias sobre él⁸² y lo utiliza como sinónimo de razonabilidad⁸³, o de no imposición de una carga desproporciona-

tales” del derecho comunitario, puntos 9 y 15 de la sentencia recaída en el caso 280/93, RFA vs. Consejo de la Unión, 1994, ECR I-4973 a 5065.

⁷⁹ “El derecho comunitario, por tanto, protege sólo la esencia y sustancia de los derechos de propiedad (...). Esta es, desde luego, una fórmula algo más cauta que la usada por los neoliberales”, en N. REICH, “La constitución económica europea: ¿Una carta para los ciudadanos?”, en García Herrera (ed.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Bilbao, 1997.

⁸⁰ Concretamente, el art. 1 del protocolo adicional al convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (París, 20 de marzo de 1952) establece que “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de adoptar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas

⁸¹ Un análisis de la jurisprudencia sobre la propiedad del TEDH en L. ORTEGA, “Aparato relativo al Derecho de propiedad” en la obra colectiva dirigida por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Un análisis más en profundidad en L. SEIDLHOHENVELDERN, “La protection de la propriété privée par les organisations européennes depuis 1950”, en *Liber Amicorum H. Brugmans*, Amsterdam, 1981, pp. 403 y ss.; L. SERMENT, “Convention Européen des Droits de l’Homme et le droit de propriété”, Estrasburgo, 1990; F. SUDRE, “La protection du droit de propriété par la Court européenne des droits de l’homme”, Dalloz, 1988.

⁸² “Marge d’appréciation du législateur et principe de proportionnalité dans la appréciation des “restrictions prévues par la loi” au regard de la Convention européenne des droits de l’homme”, *Rev. Trim. Des Droits de l’homme*, 1991, pp. 291 y ss.

⁸³ Entendida esta como “relación razonable de proporcionalidad entre el objetivo perseguido y los medios empleados” (STEDH de 2 de julio 2002, caso *Motais de Narbone c. Francia*, ratificando doctrina anterior), punto 19.

da⁸⁴ en el equilibrio que se debe mantener “entre el interés general de la comunidad y los imperativos de salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo⁸⁵.”

La jurisprudencia constitucional española resulta menos estricta al respecto. De hecho, nuestro tribunal constitucional ha afirmado que la Constitución posee una definición del derecho de propiedad cualitativamente diferente de la tradicional, considerando que “la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho...sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general” y en consecuencia “la fijación del contenido esencial de la propiedad privada ... debe incluir necesariamente la referencia a la función social entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo”⁸⁶.

¿Podemos deducir de lo anteriormente expuesto la incongruencia, si quiera relativa, entre el sistema constitucional español de propiedad y el correspondiente modelo europeo? Aunque es evidente que este segundo establece una reserva de ley del dominio y su utilización más amplia y garantista que la recogida en nuestro ordenamiento constitucional, no creo que se pueda afirmar tal incongruencia o al menos que esta sea insuperable.

No es insuperable, en primer lugar, porque la propia Constitución española nos remite a una interpretación internacionalista de las normas relativas a los derechos fundamentales, a través de su art. 10.2. Además y aunque dicho precepto sólo nos remite expresamente como criterio interpretativo a los tratados internacionales, la remisión ha de entenderse extensiva a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal y como ha establecido expresamente el Tribunal Constitucional⁸⁷. La inicial disparidad resulta en consecuencia salvable y en ese sentido parecen apuntar los más recientes pronunciamientos del alto tribunal.

En toda caso, ello evidencia únicamente que existe una zona de confluencia entre los tipos constitucionales español y europeo de propiedad,

⁸⁴ *Ibíd*em

⁸⁵ *Ibíd*em

⁸⁶ STC núm. 37/1987, de 26 de marzo, BOE núm. 89/1987, de 14 de abril, fundamento jurídico segundo.

⁸⁷ STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre, BOE núm. 305/1984, de 21 de diciembre, fundamento 3º.

pero en todo caso, la cuestión planteada no resulta intrascendente en el sentido de que la interpretación “europeísta” limita algunas hipótesis interpretativas en principio admisibles desde la apertura de nuestra ley fundamental y desde la tipificación en clave más social de la propiedad en el texto español y más garantista de la utilidad individual en el europeo. Porque, aunque no cabe duda de que tanto en la jurisprudencia española como en la europea se afirma el necesario equilibrio que las eventuales intervenciones legislativas deben respetar entre los dos intereses objeto de protección constitucional, el interés individual y el interés colectivo, lo cierto es que hay una cierta diferencia entre ambas normas a la hora de poner el acento sobre uno u otro de ellos.

Como conclusión de todo lo dicho, se podría afirmar que de la integración europea se deriva para España una relativa restricción del régimen constitucional de la propiedad, aunque sin que ello suponga un nuevo estatuto constitucional de esta, sino simplemente una reinterpretación que quizá pudiera impedir algunos de los eventuales desarrollos legislativos más restrictivos de la utilidad individual asignada al derecho, obligando a la jurisdicción constitucional a una atención especialmente incisiva respecto del principio de proporcionalidad y razonabilidad de la intervención

5. DERECHO A LA LIBRE EMPRESA

Algo parecido considero que sucede también en relación a la libertad de empresa, aunque en relación a ella, la mencionada reinterpretación posee unos efectos bastantes más importantes, si no en el plano formal, si al menos en el material.

En el ámbito comunitario y ya desde los tratados constitutivos, el derecho a la libre empresa, tipificado en sus orígenes siguiendo el enunciado más clásico de “libertad de comercio”, ha venido constituyendo una de las libertades comunitarias fundamentales y esa misma es la consideración que posee en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y en consecuencia, en el proyecto de Constitución para Europa.

El art 16 de la Carta (II-16 del proyecto) tipifica expresamente dicho derecho como “libertad de empresa”, afirmando que “Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”. Aunque se trata de una redacción aparentemente relativista, por los condicionamientos nacionales a que se somete, lo cierto es que este derecho ha venido siendo reconocido en el ámbito comunitario como parte integrante de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, hasta el punto de que, en su condición de

principio general de derecho comunitario, constituye un pilar básico de la integración europea. Y el Tribunal de Justicia de la Comunidad ha afirmado reiteradamente el carácter fundamental de dicho derecho⁸⁸.

Además, desde los tratados constitutivos, el ejercicio de dicho derecho se enmarca también dentro de la economía de mercado, concepto que no se tipifica de una forma abstracta, sin adjetivación alguna, como sucede en la Constitución española, sino que expresamente se define como una “economía de mercado abierta y de libre competencia”⁸⁹.

Sin embargo, las anteriores constataciones no obvian el problema de que la libertad de empresa, a pesar de ser reconocida tanto en sede constitucional como comunitaria, no posea un mismo contenido en ambos ámbitos, cuestión que no resulta en absoluto baladí, a partir de la afirmación del principio de supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno.

Al respecto, cabe adelantar que, como es lógico partiendo de una tradición constitucional común, el concepto comunitario de libertad de comercio no difiere sustancialmente del interno, por lo que, al igual que se ha afirmado respecto de la propiedad, se puede afirmar también aquí que ambos preceptos no plantean problema alguno de incompatibilidad; lo cual no quiere decir que la redefinición del derecho en sede comunitaria, operada a raíz de la integración de España en la Comunidad, no haya producido efecto alguno sobre el contenido del derecho protegido constitucionalmente. De hecho, considero que la incidencia ha sido notable, a pesar de la escasa consideración que ha recibido de la doctrina⁹⁰.

Dicha incidencia se puede calificar como un “redimensionamiento” del derecho. Y no se produce como consecuencia de una nueva tipificación de la libertad de empresa que atribuya a esta un contenido distinto, sino como consecuencia de su necesaria relectura en el contexto de la “constitución

⁸⁸ SSTJCE de 7 de febrero de 1985, de 5 de octubre de 1994.

⁸⁹ Art. 3.a) del Tratado CE: “para alcanzar los fines enunciados en el art.2, la acción de la Comunidad incluirá (...) la adopción de una política económica (...) que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”.

⁹⁰ Sólo a raíz del enorme debate político que en toda la sociedad europea generó el proceso de ratificación del Tratado de Maastricht comienza la doctrina constitucionalista europea a dedicar a dicho proceso una atención acorde a su trascendencia real, constituyendo un punto de inflexión la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán relativa a la adhesión a dicho tratado, que permitió a este esbozar unos “principios rectores” relativos a las implicaciones constitucionales del proceso de integración europea.

económica” comunitaria⁹¹. No se trata, pues, de una mutación “contra constitutionem”, sino que su efecto básico consiste precisamente en una limitación de esa apertura que es característica en general de los textos constitucionales y más en concreto, de las constituciones económicas de los Estados sociales, precisamente por la idea de compromiso que subyace a estos y que en el caso de la Constitución Española es más que evidente, hasta el extremo de que frecuentemente se afirma la ambigüedad de muchos de sus preceptos. Respecto de ellos, podríamos definir el efecto de la “comunitarización” como un encauzamiento unidireccional de los desarrollos constitucionales que delimita de facto algunas de las potencialidades de la Constitución”⁹².

Desde esta perspectiva y por lo que respecta al derecho de libre empresa, la integración en la Comunidad Europea supuso para España la incorporación de un nuevo concepto de libre competencia, de un contenido mucho más amplio del que se deriva necesariamente como mínimo del texto de la Constitución, de forma que se descartan por incompatibles con la nueva «Constitución económica» comunitaria, algunas instituciones anteriormente consideradas constitucionales, o se admiten únicamente con carácter excepcional. Esto sucede por ejemplo con los monopolios estatales, contra los cuales no existe un pronunciamiento radical en nuestra carta magna pero sí en cambio en los tratados comunitarios, que intentan limitar dichas entidades a su mínima expresión⁹³.

Por otra parte, se afirma un nuevo principio económico de igualdad de trato a las empresas públicas y privadas por parte del Estado⁹⁴, principio que

⁹¹ Utilizo este término con las limitaciones con que lo hace N. REICH, es decir, no pretendiendo sugerir “algo establecido de modo irrevocable en algunas normas o principios ajenos al Derecho Comunitario positivo, que no pueda modificarse o alterarse por los Estados miembros”, sino como un concepto que trata de “describir un proceso de establecimiento, garantía y aplicación de los derechos fundamentales a los ciudadanos de la CE en la dinámica de la integración europea” (“La constitución Económica Europea...”, op. cit., p. 19).

⁹² R. URIARTE, “Unión Europea y redefinición del concepto de soberanía”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 14, 1996, p. 13.

⁹³ “Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal, quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada...” (art. 86.2 del Tratado CE)

⁹⁴ Las empresas públicas se hallan sometidas íntegramente a las normas comunitarias sobre competencia, en virtud del art. 86.1, que reza que “Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive”.

no se establece expresamente en la Constitución, ni se deriva necesariamente de la interpretación que de la libre empresa hace el Tribunal Constitucional, que considera que el art. 38 sólo afecta a la libre competencia entre empresas privadas⁹⁵, aunque no existe acuerdo doctrinal al respecto⁹⁶.

Además, se prohíben las subvenciones⁹⁷ por parte del Estado a las empresas, cuando estas pudieran resultar colusorias en relación al principio amplio de libre concurrencia que la propia Comunidad establece⁹⁸ o, lo que es lo mismo, sólo se permiten las ayudas coyunturales, en las circunstancias y con las condiciones que aquella autoriza⁹⁹, mientras que su admisibilidad en sede nacional no exige necesariamente unos criterios tan rigurosos y tiene como único referente la ponderación del conjunto de los intereses objeto de protección constitucional y no únicamente los intereses protegidos por el derecho a la libre empresa, del cual suponen una concreción los requisitos de libre concurrencia.

Se trata en suma de las múltiples manifestaciones de un mismo fenómeno: el de la mutación que se opera en el contenido del art. 38 CE como consecuencia de la introducción de un concepto de libre concurrencia de contenido mucho más amplio que el interno. Un concepto que requiere que no existan obstáculos generalizados al acceso al mercado en condiciones

⁹⁵ “Conviene también recordar que dicho precepto se refiere a empresas privadas, es decir, las organizaciones que tienen una finalidad de lucro”, fundamento jurídico 12 de la STC núm. 49/1988 de 22 de marzo, citada, BOE núm. 89/1988, de 13 de abril.

⁹⁶ De hecho, en el voto particular de Díez de Picazo a la sentencia mencionada se afirma que constituye una interpretación reductora del art. 38 de la Constitución, entender que “tal precepto se refiere exclusivamente «a empresas privadas», es decir, «a organizaciones que tienen una finalidad de lucro». En mi opinión, el art. 38 de la Constitución garantiza la libertad de empresa, cualquiera que sean las características de ésta”.

⁹⁷ Para una caracterización de las ayudas, vid B. PÉREZ CRESPO y A.M. ÁVILA, “Concepto de Ayudas Públicas”, Boletín ICE, núm. 2270, 1991; J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración Pública”, en Libro homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí, Madrid, 1989.

⁹⁸ “...serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados miembros o mediante fondos estatales bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia...” (Art. 87.1 del tratado CE).

⁹⁹ Comisión Europea: “Derecho de la competencia en las Comunidades Europeas. Volumen II.A: “Normas aplicables a las ayudas estatales”, Luxemburgo, 1999. Vid también G. FERNÁNDEZ FARRERES, “El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea”, Madrid, 1993; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A.L. CALVO CARAVACA, “Las ayudas del Estado en la Comunidad Económica Europea: análisis y perspectivas”, Murcia, 1991.

de igualdad por parte de las empresas¹⁰⁰, es decir, que quien organice los factores productivos de una forma más eficiente no se pueda ver penalizado, salvo algunos supuestos excepcionales autorizados en atención a circunstancias coyunturales previstas en los tratados.

Los propios tratados contienen una referencia explícita al principio de libre competencia¹⁰¹ y exigen la intervención comunitaria para garantizar que la competencia no resulte falseada¹⁰², dedicando un capítulo completo a las normas sobre competencia¹⁰³, cuyo objetivo es garantizar un auténtico mercado interior europeo. Este mercado interior está bastante consolidado ya desde hace años¹⁰⁴, como consecuencia de la armonización de las legislaciones nacionales correspondientes, de forma que, en opinión de la Comisión, en la actualidad las principales trabas al libre comercio procederían de las conductas de las empresas o de las ayudas de los Estados¹⁰⁵.

Además, podemos afirmar que la reformulación que recibe el principio constitucional de libre empresa como consecuencia de su comunitarización, a la que nos hemos referido, se ve reforzada también por el redimensionamiento del ámbito territorial en el cual se ejerce el derecho, que pasa a ser el comunitario, como consecuencia de la conexión de dicho derecho con una nueva libertad perteneciente al catálogo comunitario: la libertad de circulación y de residencia. Si la libre concurrencia es el corolario de la economía de mercado, la libre circulación lo es del mercado único. Igual que el mercado común requiere la eliminación de las barreras arancelarias y el esta-

¹⁰⁰ Véase, al respecto, J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "Subvenciones e igualdad", Rev. Española de Derecho Administrativo, núm. 65, 1990.

¹⁰¹ Art. 3.a) del Tratado CE.

¹⁰² Art. 3.g) del Tratado CE, que establece que "para alcanzar los fines enunciados en el art. 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado, un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior"

¹⁰³ Se trata en concreto del Cap. I del Tít. VI de la Tercera Parte del Tratado, relativo a las "Políticas de la Comunidad, capítulo que se articula, a su vez, en dos secciones: "Disposiciones aplicables a las empresas" y "Ayudas otorgadas por los Estados".

¹⁰⁴ E. MERINO, "La economía social y el Derecho comunitario: especial referencia a las ayudas públicas", Revista de Estudios Europeos, núm. 14, 1997, p. 91

¹⁰⁵ "Con la eliminación de los obstáculos de tipo normativo a los intercambios, las principales trabas al comercio entre Estados miembros proceden de la conducta de las empresas o de los Estados deseosos de conceder privilegios o ayudas a algunas de sus empresas" (XXIV Informe anual de la Comisión sobre la política de la competencia, COM (95) 142, final, p. 4.

blecimiento de aranceles externos comunes, el mercado único requiere el libre establecimiento de los distintos factores¹⁰⁶.

De hecho, si examinamos detalladamente el texto de los tratados comunitarios, podemos percatarnos de que el más importante de los nuevos derechos que se reconocen y que posee un contenido real es el de libre circulación, que afecta a personas, bienes, servicios y capitales. De este hecho se deriva para la empresa la posibilidad de operar dentro de un mercado único sin verse necesariamente sometida a las limitaciones de los anteriores mercados nacionales.

6. DERECHO AL TRABAJO Y “DERECHOS DEL TRABAJO”

Vamos a analizar, por último, la forma en que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y por tanto, el proyecto de Constitución para Europa, tipifica el derecho al trabajo, en relación a su correspondiente tipificación en la Constitución española, partiendo de que se trata de un derecho económico básico también junto a los ya analizados, ya que en el ejercicio de la actividad económica y en concreto en el ejercicio de la empresa, protege un interés, el del trabajo, confluyente con el del capital, el cual recibe su cobertura de los derechos de propiedad y libre empresa. Y por lo tanto, este debe ser ponderado en relación a ellos, ya que la interacción de estos tres derechos prefigura el estatuto jurídico básico de la empresa.

Se ha mencionado ya que los derechos económicos tienen una estructuración y una ubicación sistémica en el proyecto comunitario muy similar a la poseen en la Constitución española. En concreto, el correspondiente comunitario al art. 35 de nuestra ley fundamental, es el art. II-15.1, que establece que “Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada”, haciendo extensivo en sus párrafos 2 y 3 ese derecho en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos comunitarios y en todo el ámbito de la comunidad¹⁰⁷.

Sin embargo, con ser el artículo específicamente dedicado al derecho al trabajo, dicho precepto no agota la regulación constitucional del derecho,

¹⁰⁶ Véase al respecto N. STOFFEL, “La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea”, Madrid, 2000.

¹⁰⁷ Art 15: “2. Todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro. 3. Los nacionales de terceros países que están autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión.”

como por otra parte sucede también con el art. 35 de la Constitución española. Sin embargo, este art. 35 contiene una regulación un poco más detallada del derecho, incluyendo algunos elementos cualitativos que necesariamente debe poseer la relación laboral por imperativo constitucional y conteniendo incluso la previsión de un estatuto de los trabajadores, previsión que constituye necesariamente no sólo una reserva de ley formal, sino también material en el sentido de que la condición de trabajador atribuye un estatuto con un contenido mínimo de derechos constitucionalmente exigidos también.

Se trata, por lo tanto, de un mandato al legislador ordinario, el cual, a pesar del margen de disposición de que dispone para regular la materia, como consecuencia de la apertura constitucional y de la relativa imprecisión del precepto, debe en todo caso hacerlo respetando un contenido esencial del derecho indisponible y sujeto a control por parte de la jurisdicción constitucional. Precisamente por esas consideraciones, discrepo de los autores que atribuyen un contenido mínimo al tipo constitucional del trabajo, identificándolo con la mera libertad de trabajar del constitucionalismo liberal. La libertad de trabajar es sólo uno de los elementos constitutivos del derecho al trabajo del art. 35, junto con el deber de trabajar y los derechos a la promoción a través del trabajo, a la remuneración suficiente y a la no discriminación por razón de sexo, además de un estatuto mínimo de derechos asociados a la condición de trabajador.

En cambio, si analizamos el contenido del tipo constitucional europeo del derecho al trabajo, de una primera lectura parece derivarse que en este caso sí que se está reconociendo exclusivamente la libertad de trabajar del constitucionalismo clásico. Sin embargo, se trataría de una interpretación errónea. Y lo sería porque el contenido del derecho al trabajo no se agota en el tipo del art. 15, al igual que sucede con el correspondiente art 35 de la Constitución española. Ambos preceptos contienen el enunciado básico del derecho constitucional al trabajo –y en el caso de la segunda, también una parte de su contenido– pero la regulación específica de otros aspectos del derecho se difiere a otros preceptos de ambos textos constitucionales.

En el caso de la Constitución española, los preceptos que recogen los derechos del trabajo se hallan diseminados en distintos epígrafes, mientras que los principales contenidos del derecho no recogidos en el propio artículo 35, se tipifican sobre todo en el artículo 40, que recoge, además de la política de pleno empleo, algunos de los principales aspectos cualitativos que debe reunir la prestación laboral¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Concretamente, la formación y readaptación profesional, la seguridad e higiene y el descanso necesario.

En el caso del texto europeo, tanto los elementos cualitativos como los derechos vinculados al trabajo se regulan dentro del epígrafe denominado “Solidaridad”. Los elementos cualitativos, que se vinculan expresamente a la dignidad de la persona del trabajador, se recogen en el art. II-31, que posee un contenido prácticamente idéntico al del 40.2 de la Constitución española¹⁰⁹.

Dentro de ese epígrafe de la “Solidaridad”, que constituye el título IV de la Carta, se agrupan también los principales derechos de los trabajadores¹¹⁰, que se recogen con una tipificación similar a la de las cartas sociales anteriores (aunque no se recoge expresamente la libertad sindical, al contrario de lo que sucedía en la carta social comunitaria, es evidente que se trata de un derecho implícitamente reconocido, ya que supone una condición de ejercicio de la autonomía colectiva, autonomía que explícitamente se garantiza¹¹¹).

La regulación tanto del derecho al trabajo, como de los derechos del trabajo que realiza la Carta, contiene los elementos fundamentales típicos del constitucionalismo social y con una tipificación bastante pormenorizada y posee, por tanto, una identidad sustancial con la de las precedentes cartas sociales, por una parte y con las de la Constitución española, por otra.

De hecho, si hubiera que hacer un balance de la incidencia de la normativa comunitaria en los derechos que estamos examinando, igual que se ha afirmado una cierta reorientación en sentido liberal-garantista de los derechos de propiedad y libre empresa, habría que reconocer también, aunque parezca contradictorio, un cierto reforzamiento garantista de los derechos de los trabajadores o, al menos, de determinados derechos y en aquellos países de la Comunidad que mantenían unos estándares más bajos en la materia¹¹².

¹⁰⁹ Art. 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...”.

¹¹⁰ Derechos de información y consulta (art. 27); negociación colectiva (art. 28); acceso a servicios de colocación (art. 29); protección en caso de despido injustificado (art. 30); prohibición del trabajo infantil (art. 32) y conciliación de la vida familiar y profesional (art. 33).

¹¹¹ Art. 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”.

¹¹² Así, por ejemplo, ha afectado positivamente a Portugal el establecimiento en la Carta social comunitaria de una edad mínima de acceso al trabajo.

En concreto, la incidencia ha sido positiva para diversos países y entre ellos para España, en el ámbito de los derechos de participación de los trabajadores en la empresa, aunque, sin duda, dicha incidencia no ha sido tan notable como se apuntaba hace unas décadas, cuando a través de diversos proyectos comunitarios se pretendía la afirmación de un derecho fuerte de participación, mediante la extensión a toda la Comunidad del modelo alemán de cogestión en las grandes empresas. En todo caso, diversas directivas comunitarias han forzado a los Estados miembros a introducir por vía legislativa derechos de información y consulta de los trabajadores, lo que ha resultado especialmente relevante en los países cuyas legislaciones sociales eran muy débiles en la materia, como es el caso de España.

Sin embargo, ya se ha mencionado que los proyectos más ambiciosos en la materia quedaron varados ante la falta de una habilitación constitucional del “legislador” comunitario. Esta habilitación la introdujo en su día (1989) la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales, que, a pesar de poseer una naturaleza jurídica poco efectiva, reconocía expresamente como derecho social fundamental no sólo la información y consulta, sino incluso la estricta participación de los trabajadores en la empresa. La actual Carta de derechos fundamentales supone una regresión formal en relación a su precedente inmediato, ya que la mención expresa a dicha participación que contenía la carta social¹¹³ desaparece del nuevo texto, de forma que ya no se habla del derecho a la información, consulta y participación de los trabajadores en la empresa, sino únicamente del derecho a la información y consulta¹¹⁴. Teniendo en cuenta que se trata del ámbito en el que la normativa comunitaria ha tenido mayor incidencia como “coadyuvante” de la legislación social española, conviene profundizar un poco en este aspecto.

Antes de sacar ninguna conclusión de dicha modificación, considero necesario realizar algunas consideraciones sobre la regulación de dichos derechos en la Carta “social”. En primer lugar y por lo que se refiere a la

¹¹³ Dicha carta regula la información, consulta y participación de los trabajadores en los arts. 17 y 18 de su Título I: “Derechos sociales fundamentales de los trabajadores”. Concretamente, el art. 17 establece que “La información, la consulta y la participación de los trabajadores deben desarrollarse según mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros. Ello es especialmente aplicable en aquellas empresas o grupos de empresas que tengan establecimientos o empresas situados en varios Estados miembros de la Comunidad Europea”.

¹¹⁴ Art. 27 de la Carta: “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”.

naturaleza jurídica de la participación en la empresa, se la define como un “derecho social fundamental”, aunque integrado dentro de un grupo de preceptos heterogéneo que incluye no sólo derechos sociales propiamente dichos, como el derecho al trabajo o los de libertad sindical y negociación colectiva, sino también otros que no pueden calificarse en puridad como tales, como sucede con la libre circulación de los trabajadores; e incluso previsiones que no constituyen derechos, sino meros objetivos de política social.

En segundo lugar, la carta regula conjuntamente dentro de un mismo precepto los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores. De ello podemos deducir, en primer lugar, que la participación a la que se refiere el precepto es la participación de los trabajadores “estricto sensu”, en el sentido de “participación en la gestión de la empresa”; conclusión que viene corroborada no sólo por la sistemática del precepto, sino también por el hecho de que las formas típicas de participación “sindical”, vinculadas al ejercicio de la autonomía colectiva, vienen reguladas en otros preceptos de la carta (arts. 11, 12 y 13, en relación a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, respectivamente).

Por lo tanto, debe excluirse que la participación del art. 17 se pueda reconducir a las formas de participación vinculadas a la negociación colectiva y debe entenderse que se refiere a la participación empresarial “ad intra”, de la que los derechos de información y consulta constituyen los estadios preliminares. En resumen, se trata de la misma participación prevista en el art. 129.2 de la Constitución española, que también regula autónomamente esta forma de participación después de atender preferentemente a sus “parientes mayores” de los arts. 7, 28 y 37.

Avanzando en la exégesis del precepto, de su enunciado se puede deducir también una reserva de competencia para regular el derecho o al menos el contenido mínimo del derecho no debe olvidarse que las normas comunitarias son siempre normas de mínimos para los Estados miembros a favor de la Comunidad Europea, ya que aunque se afirma que la regulación comunitaria “es especialmente aplicable en aquellas empresas o grupos de empresas que tengan establecimientos o empresas situados en varios Estados miembros de la Comunidad Europea” (inciso segundo del artículo citado), no se descartan intervenciones dirigidas a garantizar esos derechos en el resto de las empresas, como de hecho a sucedido en la práctica¹¹⁵.

¹¹⁵ Actualmente, además de las directivas dirigidas expresamente a las empresas que se consideran de dimensión comunitaria o las que están sometidas a estatuto social comunitario, existen otras dirigidas a la generalidad de las empresas, como se examina en el apartado siguiente.

En cuanto al contenido del derecho, la misma afirmación de que “la información la consulta y la participación de los trabajadores deben desarrollarse según mecanismos adecuados” indica que se trata de tres vertientes distintas de un mismo derecho y que todas ellas requieren un desarrollo adecuado, aunque este debe articularse de forma respetuosa con las tradiciones de cada país. Ello nos remite al principio general de subsidiariedad y al respeto del margen de apreciación de los Estados en la implementación de los instrumentos necesarios para la garantía del derecho, pero en ningún caso puede deducirse de ello que pueda cuestionarse el contenido mínimo del derecho reconocido.

De hecho, la propia carta, en su art. 18¹¹⁶ contiene algunas consideraciones en relación al derecho que pueden ayudar a concretar ese contenido mínimo. Se afirma en dicho precepto que los derechos de información, consulta y participación deben ser garantizados como mínimo en la adopción de decisiones que afecten de forma importante a los trabajadores en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo o a la eventual pérdida de empleo. Se concretan en ese sentido aquellas decisiones empresariales en las que se exige necesariamente la participación de los trabajadores; lo que no se concreta es el “quantum” de participación mínima que se debe garantizar en relación a dichas decisiones.

Este reconocimiento de los derechos de participación que realiza la carta social va a trascender, como se ha mencionado, a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aunque con una tipificación más limitada. Concretamente, el art. 28 de la Carta establece lo siguiente:

“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”.

De esa tipificación podemos extraer varias conclusiones. Por una parte, que la carta reafirma el carácter de derecho fundamental en el ámbito co-

¹¹⁶ “Esa información, esa consulta y esa participación deben llevarse a cabo en el momento oportuno, y en particular en los casos siguientes: cuando se introduzcan en las empresas cambios tecnológicos que afecten de forma importante a los trabajadores en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo y a la organización del trabajo; cuando se produzcan reestructuraciones o fusiones de empresas que afecten al empleo de los trabajadores; con motivo de procedimientos de despido colectivo; cuando haya trabajadores, en particular trabajadores transfronterizos, afectados por políticas de empleo llevadas a cabo por las empresas en las que trabajan”.

munitario, lo cual y al margen de las consecuencias de la eventual constitucionalización del derecho y del catálogo en que se inscribe, puede repercutir, bien inmediatamente o bien a través de la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo, en la caracterización de ese derecho por parte de las cortes constitucionales de los Estados miembros.

En cuanto al contenido del derecho, sin embargo, se produce una limitación respecto de su regulación en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales de los trabajadores, en la cual los derechos de información y de consulta vienen tipificados conjuntamente con los derechos de participación, mientras que el art. 28 CDFUE obvia cualquier mención a estos últimos, limitándose a consagrar la información y la consulta como únicos derechos de participación intraempresarial de los trabajadores, con lo que desaparece la hipótesis de una habilitación constitucional de derechos de codecisión de aquellos, al menos de una habilitación constitucional expresa.

Además y en relación a ese mismo contenido, faltan referencias concretas, salvo la relativa a la necesidad de que la información se facilite con antelación suficiente. Por lo demás, no se concreta los casos en que como mínimo sea exigible por parte de los trabajadores o sus representantes que la información societaria les sea facilitada, sino que, al contrario de lo que sucede en la Carta de derechos sociales, se realiza únicamente una remisión general a los “casos y condiciones previstos en el derecho comunitario y en las legislaciones y prácticas nacionales”.

No parece admisible una interpretación textual del precepto en el sentido de una remisión íntegra del contenido “constitucional” del derecho al ulterior desarrollo “legal” de este¹¹⁷. La remisión a la regulación comunitaria podría interpretarse, en cambio, como una especie de “constitucionalización” a posteriori de los derechos tipificados en las directivas comunitarias con carácter previo a la proclamación de la carta, de forma que estos pasarían a conformar el contenido mínimo del derecho.

Sin embargo, considero que esta segunda interpretación, aunque puede resultar satisfactoria para explicar la remisión al derecho comunitario, no lo

¹¹⁷ Tampoco sería admisible en mi opinión una interpretación del tipo de la que realiza en algunas ocasiones el Tribunal Constitucional español en relación al derecho de los trabajadores a participar a través de la negociación colectiva, como cuando afirma que la libertad sindical como derecho fundamental posee, además de su núcleo esencial, un “contenido adicional” compuesto por otros derechos y facultades otorgados por la legislación ordinaria y que aunque no forman parte del contenido esencial, sí se integran en el derecho fundamental (STC 51/1988, cit., f.j. 5). Una interpretación en este sentido de tipicidad flexible que permite la integración a posteriori en el tipo constitucional de elementos procedentes de normas ordinarias no me parece admisible dogmáticamente.

es, en cambio, para explicar la segunda de las remisiones que contiene el precepto, la relativa a las legislaciones y prácticas nacionales. Porque este enunciado plantea aún mayores dificultades dogmáticas desde su literalidad, ya que supondría el reconocimiento a favor de los trabajadores de la Comunidad de un derecho que, a pesar de ser comunitario, poseería un estándar variable no sólo en cuanto a su contenido ordinario, sino incluso en cuanto a su núcleo esencial, en función del país de pertenencia de sus titulares.

Estas dificultades se pueden obviar con una interpretación diferente, que considere que las referencias al derecho comunitario y a las legislaciones nacionales no constituyen una remisión al contenido material que estos ordenes atribuyen al derecho, sino una remisión de naturaleza únicamente formal o competencial, cuyo objeto consistiría en la afirmación de una competencia concurrente de las instancias comunitarias y nacionales en la regulación del contenido del derecho. Se trataría, por tanto, de una simple concreción del principio general de subsidiariedad de las intervenciones comunitarias¹¹⁸.

Si consideramos que la mencionada remisión supone una simple reserva de competencia, queda, en cambio, sin resolver la cuestión relativa al contenido mínimo que el precepto atribuye al derecho. Y ese contenido debe inferirse, sin duda, de una interpretación contextual y el preámbulo de la CDFUE establece que la Carta reafirma los derechos reconocidos especialmente por las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros y en concreto, por la Carta Comunitaria de Derechos Sociales de los trabajadores¹¹⁹, que es el instrumento que contiene una regulación más concreta del contenido del derecho.

Desde esta perspectiva, el artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales no haría sino reafirmar un derecho previamente reconocido en la Carta de Derechos sociales y por tanto, no podría en ningún caso limitar el

¹¹⁸ De hecho, el enunciado se corresponde casi literalmente con el inciso 6 del art. 52 de la carta, que regula el "alcance e interpretación de los derechos y principios" y que afirma que "se tendrán plenamente en cuenta la legislación y las prácticas nacionales, según lo especificado en la presente Carta".

¹¹⁹ "La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" (párrafo quinto del Preámbulo de la Carta).

contenido mínimo que posee el derecho en dicho instrumento comunitario.

En resumen, podemos afirmar que la información, la consulta y la participación de los trabajadores, es decir, la participación en sentido estricto que en la Constitución española viene reclamada por el art. 129.2, esta reconocida también como derecho en el ámbito comunitario y en el proyecto de Constitución Europea. Y que, en dicho ámbito, constituye un derecho social de naturaleza fundamental y que posee un contenido mínimo indisponible para las instancias comunitarias y para los Estados miembros, que le viene atribuido por los artículos 17 y 18 de la CDSFT, pero que puede ser desarrollado por estos y por aquellas, dentro de sus respectivas competencias y sobre el respeto del principio de subsidiariedad, como sucede, por otra parte, con todos los derechos sociales reconocidos en el ámbito comunitario.

De todo lo dicho, se puede concluir que, en materia de derechos económicos, las previsiones constitucionales comunitarias no resultan sustancialmente divergentes de las españolas, pero que la diferente tipificación y el correspondiente contexto normativo en que se insertan unas y otras introducen matizaciones que no deberían ser obviadas y que se traducen en un reforzamiento del componente individualista en los derechos de propiedad y libre empresa, pero en un reforzamiento también, por otro lado, aunque con menor contundencia, de algunos derechos vinculados al trabajo y en concreto, de los derechos de participación de los trabajadores, ámbito en el cual, a pesar de existir en nuestro país un mandato constitucional expreso, este permanecía prácticamente inactuado y las limitadas intervenciones del legislador ordinario en la materia no han obedecido básicamente a un impulso autónomo, sino a las exigencias comunitarias de transposición al ámbito nacional de las directivas de armonización del derecho de sociedades.