

EL CONTENIDO SOCIAL DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

*Juan Manuel Herreros López.
Universidad Europea de Madrid.*

Sumario.- I. La situación anterior a la Carta de Niza de 2000: 1. El proceso histórico de incorporación de los derechos al ordenamiento comunitario; 2. El tratamiento de los derechos sociales. II. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: 1. Las disposiciones generales de la Carta; 2. Los derechos sociales en la Carta; 3. La igualdad material como correctora de la igualdad formal: Las medidas de acción positiva.

I. La situación anterior a la Carta de Niza de 2000

1. El proceso histórico de incorporación de los derechos al ordenamiento comunitario

Una de las características más señaladas del Derecho comunitario es la inexistencia de un catálogo de derechos a semejanza de los existentes en las Constituciones nacionales o en los Tratados internacionales reconocedores de derechos. Sabido es que la creación de las Comunidades Europeas tuvo como objeto más inmediato constituir un mercado común y no tanto una organización política con universalidad de fines¹. No es que sus fundadores no albergaran esta idea, es que entendieron que el camino hacia la unidad europea sólo sería posible comenzando por la economía, mientras que el resto de materias debía permanecer dentro de las competencias de los Estados miembros.

La ausencia de un elenco de derechos en los Tratados comunitarios no ha sido óbice, sin embargo, para que las instituciones comunitarias hayan declarado siempre su

¹ Vid. G.C. Rodríguez Iglesias, "Los monopolios del Estado", *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo II, 1986, pp. 481 y ss.

compromiso con los derechos fundamentales², y para que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en particular, haya venido declarando desde los años 70 que tales derechos poseen la consideración de principios generales del ordenamiento comunitario³. Esta jurisprudencia tiene origen en la histórica negativa de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano a reconocer la supremacía incondicionada del Derecho comunitario en aquellos casos en los que las normas comunitarias podían lesionar derechos reconocidos y protegidos en las Constituciones nacionales. Y es que ello hubiera supuesto, lisa y llanamente, invalidar los elementos esenciales del Estado Democrático de Derecho⁴. Este posicionamiento de los Altos Tribunales italiano y alemán suponía, en términos prácticos, una eventual inaplicación por las autoridades nacionales de ciertas normas comunitarias o resoluciones del Tribunal de Luxemburgo, lo que, por supuesto, produjo una situación conflictiva de difícil y confusa solución.

El conflicto fue superado en cierta medida cuando el TJCE asumió el compromiso formal de respeto a los derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y de las Declaraciones internacionales de derechos suscritas por éstos. Un compromiso de respeto que se tradujo en un grado de protección de los derechos igual al dispensado por los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). El artificio jurídico empleado al efecto por el Tribunal de Luxemburgo fue considerar a los derechos como principios generales del Derecho comunitario; una figura que, siguiendo a F. Rubio Llorente, es muy utilizada en los países del *civil law* para dar plenitud a los ordenamientos, y que en este caso se convertía prácticamente en la única posibilidad para incorporar al ordenamiento comunitario unos derechos no reconocidos expresamente en él⁵. Dos son los

² Un ejemplo claro de ese compromiso se expresó en 1977 a través de la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, sobre el respeto de los Derechos Fundamentales, de 5 de abril de 1977 (DOCE N° C 103/1).

³ Esta posición del TJCE se manifiesta con toda claridad ya en 1969, en la Sentencia “*Stauder*”, de 12 de noviembre de 1969 – Asunto 29/69 “*Stauder*”, Rec. 1969, p. 425. Con posterioridad, el Tribunal de Luxemburgo reiterará dicha posición en numerosos pronunciamientos (véase, por ejemplo, STJCE de 17 de diciembre de 1970 – Asunto 11/70 “*Internationale Handelsgesellschaft*”, Rec. 1970, pp. 1125-1141; STJCE de 14 de mayo de 1974 – Asunto 4/73 “*Nold*”, Rec. 1974, pp. 491-508; STJCE de 27 de octubre de 1976, Asunto 130/75, “*Prais*”, Rec. 1976, pp. 1589-1598. En la doctrina, y en torno a esta jurisprudencia del TJCE, puede verse C. Gay Fuentes, *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, 1994, pp. 73 y ss.

⁴ Véanse, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano (Sentencia “*Frontini*”), de 18 de diciembre de 1973, o la del alemán (Sentencia “*Solange I*”), de 24 de mayo de 1974.

⁵ Francisco Rubio Llorente, “Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, en la obra colectiva *La estructura constitucional de la*

argumentos que utiliza el Tribunal para fundamentar esta doctrina: de un lado, se esgrime el peso que para el ordenamiento comunitario tienen las tradiciones constitucionales comunes a todos los Estados miembros⁶; de otro lado, se invocan los Tratados Internacionales sobre protección de derechos y libertades firmados por los diferentes Estados miembros que forman parte de la Comunidad, confiriendo especial relevancia, como es lógico, al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁷. No en vano, buena culpa de la inexistencia de un catálogo de derechos en el ordenamiento comunitario se debe a la existencia, dentro del ámbito europeo, de este Convenio firmado en el seno del Consejo de Europa⁸.

Hay que precisar que ha existido una recíproca influencia entre los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, de una parte, y entre esos mismos Tribunales y los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, de otra⁹. No se olvide que es en los Textos Constitucionales de los Estados miembros donde históricamente se vertebraba un sistema jurídico de protección de los derechos fundamentales. Asimismo, el CEDH no deja de incorporar en su articulado, con alguna que otra especificidad propia, los derechos ya recogidos en las Constituciones nacionales de los países firmantes del Convenio. Es lógico, pues, que los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo se hayan podido inspirar en la jurisprudencia elaborada por los Tribunales Constitucionales, cobrando un especial protagonismo en este orden el Tribunal alemán. Pero he hablado de influencia recíproca, puesto que ciertamente también se ha dado el proceso a la inversa; esto es, la jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo en materia de derechos ha influido decisivamente en las resoluciones de los órganos

Unión Europea, E. García de Enterría –Dir.- y R. Alonso García –Subdir.-, Civitas y Colegio Libre de Eméritos, Madrid, 2002, pp. 116-117.

⁶ Véanse la STJCE de 14 de mayo de 1974 –Asunto 4/73 “*Nold*”, Rec. 1974, p. 507, marginal 13; o la STJCE de 13 de diciembre de 1979 –Asunto 44/79 “*Hauer*”, Rec. 1979, p.3745, marginal 15.

⁷ Véanse la STJCE de 27 de octubre de 1976, Asunto 130/75 “*Prais*”, Rec. 1976, p. 1589, marginales 10 y 11; la STJCE de 26 de junio de 1980, Asunto 136/79 “*National Panasonic*”, Rec. 1980, p. 2057, marginal 18; la STJCE de 25 de julio de 1991, Asunto C-288/89 “*Collectieve Antennevoorziening Gouda*”, Rec. 1991, p. 4043, marginal 23; o la STJCE de 26 de junio de 1997, Asunto C-368/95 “*Familiapress*”, Rec. 1997, p. 3717, marginal 25.

⁸ Sobre estos particulares puede verse, entre otros, Luis María Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 160 y ss.

⁹ Ello partiendo del principio general según el cual los Tratados Internacionales reconocedores de derechos establecen garantías mínimas para su protección que pueden ser elevadas por cada Estado en su ordenamiento interno, si bien, y como indica L.M. Díez-Picazo, “cuando la norma internacional es clara y precisa, sin dejar márgenes nacionales de apreciación, no cabe adoptar un *standard* distinto en el ordenamiento interno” (vid. L. M. Díez-Picazo, op. cit., p. 150).

jurisdiccionales internos y en las legislaciones nacionales¹⁰. Nuestro Tribunal Constitucional, sin ir más lejos, se ha servido a veces del Derecho Comunitario para ofrecer una más correcta interpretación de los derechos reconocidos en nuestra Constitución, en el sentido previsto al efecto por el artículo 10.2 de la misma, y ello dando por descontado que los Tratados Comunitarios no son, como queda dicho, textos reconocedores de derechos y libertades¹¹. No obstante, el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación a mi juicio restringida de la cláusula prevista en el artículo 10.2 CE, al afirmar que los Tratados Internacionales no pueden crear nuevos derechos en el ordenamiento español. Ello equivale a decir que los Tratados sobre derechos ratificados por España sólo son un instrumento de interpretación obligatorio para los poderes públicos españoles respecto de los derechos concretos que encuentren su equivalente en la Constitución española. Los derechos que, por el contrario, no encuentren esa equivalencia carecerían de la protección jurídica dispensada por nuestro ordenamiento, y su protección se circunscribirá a los medios previstos al efecto en el Tratado de que se trate; esto es, en la mayoría de casos medidas de presión de índole diplomática y política¹². Como afirma L. M. Díez-Picazo, esta jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional no ayuda a que la cláusula del artículo 10.2 CE sea entendida en su sentido seguramente más correcto: como apertura al Derecho internacional de los derechos humanos, de forma que las garantías de éstos queden exentas de posibles recortes provenientes de las autoridades nacionales. Aun más, de acuerdo con el citado autor, esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional convierte al artículo 10.2 CE en norma especial frente a la norma general contenida en el artículo 96.1 CE, y ello también con consecuencias no muy afortunadas: se elimina la resistencia pasiva que el

¹⁰ Santiago Muñoz Machado hace referencia a este proceso de enriquecimiento recíproco y ofrece algunos ejemplos concretos. Entre éstos, cabe aludir a la jurisprudencia del TJCE sobre el derecho al libre ejercicio de actividades profesionales como un derecho fundamental del ordenamiento comunitario, y que ha sido asumida por el conjunto de Tribunales de los Estados miembros. En el orden inverso, el profesor Muñoz Machado señala cómo, por ejemplo, el Derecho británico ha sido determinante para la protección dentro del ordenamiento comunitario de los derechos de defensa de los ciudadanos, o cómo el Derecho alemán ha sido decisivo para que en el mismo ordenamiento se consoliden los principios de proporcionalidad y protección de la confianza legítima, o el ya aludido derecho al libre ejercicio de las actividades profesionales (vid. S. Muñoz Machado, J.F. Mestre Delgado y V. Álvarez, “La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar”, en *Las estructuras del bienestar en Europa*, S. Muñoz Machado, J.L. García Delgado y L. González Seara (Directores).

¹¹ Vid., p. ej., STC 64/1991. Sobre este particular véase P. Pérez Tremps, “Los derechos fundamentales”, en *Derecho Constitucional*, Vol. I, obra colectiva (L. López Guerra y otros), 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 157.

¹² Véanse al respecto las SSTC 84/1989, 120/1990 ó 28/1991.

artículo 96.1 CE confiere a los Tratados, en virtud de la cual una ley que vulnere derechos no es por eso inconstitucional, pero sí inaplicable¹³.

La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo tuvo años más tarde una cierta traslación al llamado Derecho comunitario originario, produciéndose, sobre todo desde el Acta Única Europea de 1986, un progresivo, aunque siempre incompleto, reconocimiento de los derechos fundamentales en el más alto nivel del ordenamiento comunitario. El Acta Única Europea contenía ya en su Preámbulo una declaración del siguiente tenor: “decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y Leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social”. En 1992, el Tratado de la Unión Europea (TUE) estableció dentro de su articulado –art. 6- el siguiente mandato: “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 como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”. Por su parte, el Tratado de Amsterdam de 1997 –que entró en vigor el 1 de mayo de 1999- confirió al artículo 6 TUE una nueva redacción para reafirmar que la Unión Europea “se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”. Principios que no se quedan en meras declaraciones de intenciones en tanto en cuanto el artículo 7 TUE prevé la posibilidad de que el Consejo, en su composición de Jefes de Estado o de Gobierno, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión, y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, constate la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los principios contemplados en el artículo 6, tras instar al Gobierno vulnerador a presentar las observaciones oportunas.

En suma, y tras esta breve referencia a las relaciones históricas entre el ordenamiento comunitario y derechos fundamentales, cabe afirmar que la falta de un catálogo propio de derechos y libertades ha supuesto un claro déficit en aquel ordenamiento. Este déficit fue puesto de manifiesto en 1996 por un “Comité de Sabios”

¹³ Vid. L. M. Díez-Picazo, op. cit., pp. 152-153.

encargado de evaluar el estado de los derechos cívicos y sociales en Europa, y en cuyo Informe “Por una Europa de los derechos cívicos y sociales”, emitido en febrero de 1996, propuso que los Tratados incluyeran un listado de derechos cívicos y sociales, cuya protección eficaz debía garantizarse a través de un sistema de jurisdicción propio de la Unión Europea. Con todo, es cierto que la importante laguna existente en el Derecho comunitario en materia de derechos ha sido en parte paliada por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo –confiriendo a los derechos el carácter de principios generales- y por lo establecido en el artículo 6 TUE. Pero no es menos cierto que sólo un reconocimiento expreso de los derechos por parte del Derecho comunitario puede considerarse satisfactorio.

2. El tratamiento de los derechos sociales

Si los llamados derechos civiles y políticos no han recibido la necesaria atención por el Derecho comunitario, aun menos han recibido los derechos sociales. El citado Informe “Por una Europa de los derechos cívicos y sociales”, de febrero de 1996, deja claro este extremo y señala la necesidad de reconocer los derechos de contenido social por el nivel más alto del ordenamiento comunitario –con el acompañamiento de las oportunas políticas socio-económicas-, pues la satisfacción de los mismos resulta imprescindible tanto para la de los derechos civiles y políticos¹⁴, como para lograr el objetivo final de la integración europea. Reproduzco, a este respecto, algunos pasajes del Informe:

“Europa no podrá construirse sobre una base de desempleo y de exclusión y si no se define claramente el concepto de ciudadanía. Europa será la Europa de todos, de todos sus ciudadanos, o no será nada. No podrá hacer frente a los desafíos que se le presentan actualmente (la competitividad, la evolución demográfica, la ampliación o mundialización) si no refuerza su dimensión social y no demuestra su capacidad para hacer respetar y aplicar los derechos cívicos y sociales fundamentales” (pág. 23 del Informe).

¹⁴ Especial interés despierta esta estrecha relación entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, pues a mi juicio debe relacionarse, a su vez, con la necesidad de promocionar la igualdad material en el seno de las sociedades, como forma de lograr un ejercicio más real y efectivo de los derechos civiles y políticos.

“Numerosos derechos fundamentales se basan explícitamente en la aplicación de determinadas políticas sociales. De nada serviría integrar los derechos fundamentales en los Tratados sin hacer lo mismo en las políticas sociales que permiten aplicarlos” (pág. 59 del Informe).

Los documentos comunitarios más reseñables en los que se reconocen derechos de contenido social son la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, y los Protocolos XIV y XV incorporados al Tratado de la Unión Europea.

La Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores¹⁵ es de aceptación voluntaria por los Estados miembros lo que, en la práctica, le ha restado aplicación efectiva¹⁶. Este texto se aprueba en un momento histórico en el que la consolidación del mercado único europeo viene definida por un considerable liberalismo en las relaciones laborales, lo que requería, a modo de equilibrio, el establecimiento de ciertas garantías para los trabajadores. El mercado único siempre fue objetivo prioritario, pero su instauración debía lograrse en armonía con lo declarado en el Preámbulo del Tratado de la CEE, según el cual la Europa Comunitaria debe perseguir “el progreso económico y social (...) y la mejora constante de las condiciones de vida y de empleo de sus pueblos”. Partiendo de esta premisa, la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores pretende establecer un modelo de relaciones laborales que garantice una serie de derechos de los trabajadores entre los que se pueden destacar los siguientes: libertad de asociación y negociación colectiva, no discriminación en el acceso al empleo, igualdad de trato en cuanto a las condiciones de trabajo, protección social a través de un sistema de seguridad social, protección de la salud y de la seguridad laborales, y protección de los niños y adolescentes¹⁷.

¹⁵ El texto de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores fue aprobado el Consejo Europeo, el 9 de diciembre de 1989 en la cumbre de Jefes de Estado o de Gobierno celebrada en Estrasburgo.

¹⁶ No obstante, y como recuerda L.E. de la Villa Gil, esta Carta inspiró Directivas como la 91/533, de 14 de octubre, o la 93/104, de 23 de noviembre (vid. L.E. de la Villa Gil, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 32, 2001, p. 19).

¹⁷ En desarrollo de algunos de estos derechos se han ido dictando diferentes Directivas –o modificando ya existentes–, entre las que pueden señalarse la Directiva 96/97/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social; la Directiva 91/533/CEE, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral; la Directiva 89/391/CEE, que establece el marco de seguridad y salud laboral; o la Directiva 94/45/CE, sobre la constitución de un Comité de Empresa Europeo de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria. Un interesante análisis sobre estas Directivas

Los Protocolos XIV y XV, anexos al Tratado de la Unión Europea, establecen el principio de la cohesión económica y social, así como el compromiso de once Estados miembros (con la sola excepción del Reino Unido) de continuar la vía trazada por la Carta Social Europea firmada en 1961 en el seno del Consejo de Europa¹⁸. El texto de la Carta fue aprobado y firmado, sin embargo, bajo el parecer generalizado entre los firmantes de que los derechos de naturaleza social poseían menor relevancia y protección que los derechos civiles y políticos, de mucha mayor tradición y consolidación jurídica en la Europa occidental¹⁹. No en vano, la Carta Social Europea, a diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no ha venido disfrutando de la garantía jurisdiccional del Tribunal de Estrasburgo. En realidad, los derechos integrados en la Carta no gozan de otra protección que la mera recomendación que, en su caso, pueda dirigir el Comité de Ministros del Consejo de Europa, previa mayoría cualificada de dos tercios de sus miembros, al Estado presumiblemente vulnerador de la Carta. Todo ello sin olvidar que se previó la posibilidad de ratificación parcial del Tratado; esto es, los Estados firmantes pudieron no comprometerse a respetar la totalidad de los derechos reconocidos en el Tratado, aunque sí, en todo caso, un núcleo mínimo de los mismos²⁰.

La Carta Social Europea reconoce un elenco de derechos que se sitúan en su mayoría dentro del ámbito de las relaciones laborales, en tanto que protegen intereses de los trabajadores. El artículo 12 de la Carta reconoce, no obstante, el derecho a la seguridad social, ordenando que su contenido mínimo sea equivalente, cuando menos, al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo sobre normas mínimas de seguridad social, y alentando a una progresiva elevación de las prestaciones

puede verse en *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, (J. Cruz Villalón y T. Pérez del Río, Coord.), Tecnos, Madrid, 2000.

¹⁸ El texto de la Carta Social Europea experimentó dos revisiones en 1988 y 1996, respectivamente, suponiendo cada una de ellas otras tantas ampliaciones de los derechos sociales reconocidos.

¹⁹ Vid., en este sentido, L.E. Troclet, "Allocution de clôture", en AA.VV., *La Charte Sociale Européenne. Dix années d'application*, I.E.E., U.L.B., 1978, p. 293.

²⁰ En paralelo a la acción en defensa de los Derechos Humanos, hay que destacar la acción del Consejo de Europa en ámbitos de clara connotación social como la educación, la cultura, la juventud, la salud pública o protección ambiental, siquiera porque éstas y otras cuestiones tratadas por el Consejo no pueden desligarse, en última instancia, del desarrollo de la Democracia y de los Derechos Humanos. En términos generales, el Consejo ha puesto mucho el acento en promover la cooperación social entre los Estados miembros del Consejo. Actuaciones más específicas, pero enmarcadas en ese propósito, son la Convención Cultural Europea –en orden a fomentar la cooperación en cultura, educación, patrimonio histórico, deporte y juventud-, el Fondo de Desarrollo Social –en orden a conceder préstamos a bajo interés destinados a financiar programas sociales e infraestructuras-, Código de Europeo de Seguridad Social –en orden establecer unas bases sobre seguros sociales en los países miembros-, la Convención sobre intercambio de sustancias terapéuticas de origen humano, o la Convención de Berna sobre conservación de la vida salvaje y el medio natural europeo.

del régimen que se establezca. Asimismo, el artículo 14 de la Carta reconoce el derecho de los ciudadanos a los beneficios de los servicios sociales, sin especificar qué concretos servicios son esos, salvo el de asistencia médica y sanitaria, reconocido como derecho en los artículos 11 y 13 de la Carta. Respecto de aquellos servicios sociales aludidos en forma tan genérica por el artículo 14, siguiendo el tenor literal de su apartado primero, los mismos habrán de ser aquellos que contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social. Este último inciso debe interpretarse, a mi juicio, como el fomento específico de aquellos servicios que atiendan a las necesidades sociales que en cada momento demanden los grupos más débiles y menesterosos de la sociedad. En todo caso, parece indispensable establecer un cierto orden prioritario a la hora de crear y mantener tales servicios, en función de las posibilidades presupuestarias de las que se dispongan en cada momento.

II. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

1. Las disposiciones generales de la Carta

Como sabemos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en diciembre de 2000 por el Consejo Europeo celebrado en Niza, se incorporó sin modificaciones al Tratado que establece la Constitución Europea. Es por ello que, de ser ratificado dicho Tratado, la Carta adquirirá una eficacia jurídica de la que no ha disfrutado hasta la fecha. En efecto, aunque la Carta está dirigida a los órganos e instituciones de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho comunitario²¹, los Estados miembros decidieron en Niza no dotarla de carácter vinculante y aplicación directa²². Así pues, en 2000 la Carta no quedó incorporada a ninguno de los Tratados

²¹ Art. II-111 del Tratado que establece la Constitución Europea.

²² Como bien señala L.M. Díez-Picazo, en 2000 se impusieron las reticencias de ciertos Estados (particularmente el Reino Unido) sobre el carácter de derechos fundamentales invocables por vía judicial (vid. *Sistema de derechos fundamentales*, op. cit., p. 166). Un análisis más detallado del proceso de gestación de la Carta puede verse en F. J. Fonseca Morillo, “La gestación y el contenido de la Carta de Niza”, en F.J. Matía Portilla (Dir.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2002.

comunitarios, por lo que en realidad no pasó de ser mucho más que la enunciación de una serie de derechos no exigibles por sus titulares frente a las instituciones europeas, incluido el Tribunal de Justicia, ante el que no pueden invocarse ni siquiera cuando la posible lesión proceda de órganos de la Unión Europea o de los Estados miembros²³.

La Carta se ubica en la Parte II del Tratado de la Constitución Europea (artículos II-61 a II-114), bajo la misma denominación con la que fue aprobada en diciembre de 2000: “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión”, y en ella nos encontramos con seis Títulos desarrollados bajo otras tantas denominaciones: dignidad, libertades, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia, más un Título séptimo relativo al ámbito de aplicación de la Carta y al alcance e interpretación de los derechos en ella contenidos. Estamos ciertamente ante una estructura original en comparación con las estructuras tradicionales de las Constituciones nacionales y en los Tratados que contienen declaraciones internacionales de derechos. La ordenación establecida por la Carta consigue una agrupación de derechos en razón de su contenido, que, en términos generales, puede considerarse válida, y que puede tener su interés jurídico a la hora de delimitar el ámbito protegido de cada derecho. Sin embargo, y frente a las estructuras tradicionales en el reconocimiento de derechos, no se hacen distinciones expresas entre derechos exigibles directa e inmediatamente y derechos de carácter programático; esto es, no realiza la tradicional distinción entre derechos civiles y políticos, de un lado, y derechos sociales, económicos y culturales, por otro. Otro dato digno de atención es el amplio espectro y el elevado número de derechos reconocidos por la Carta. Derechos que en algunos casos, y por los bienes que protegen, pudieran caer fuera del ámbito competencial de la Unión Europea. No obstante, y como señala el profesor Rubio Llorente, se ha seguido con acierto un criterio amplio y ambicioso en el reconocimiento de derechos, entendiéndose a buen seguro que los actos provenientes de la Unión en el ejercicio de sus competencias pueden, siquiera colateralmente, afectar a un número indefinido de derechos, lo que hace conveniente el largo listado incluido en la Carta²⁴. En todo caso, esta amplitud en el reconocimiento de derechos demuestra, en mi opinión

²³ Vid. L.E. de la Villa Gil, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 32, 2001, pp. 21 y 22. Sobre la eficacia jurídica de la Carta, antes de ser incorporada al Tratado de la Constitución Europea, puede verse, por ejemplo, F.J. Matía Portilla, “La eficacia de la Carta de Niza”, en F.J. Matía Portilla (Dir.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2002.

²⁴ Vid. F. Rubio Llorente, “Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, op. cit., pp. 133-134. El propio autor tampoco ve, en este orden, riesgo de que un elenco tan amplio de derechos vaya a significar una ampliación subrepticia de las competencias de la Unión.

de forma afortunada, la voluntad de situar a la persona en el centro de la actuación de una Unión Europea con clara vocación de alcanzar progresivamente mayores cotas de unión política.

La persona es precisamente la que, como regla general, ostenta la titularidad de los derechos reconocidos en la Carta, si bien algunos de ellos están reservados a los ciudadanos europeos (ciudadanos comunitarios), como ocurre, por ejemplo, con la libertad de todo ciudadano de la Unión “para buscar empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro” –art. II-75.2-. Este hecho es usual en las Constituciones nacionales y en este caso no debe considerarse discriminatorio respecto de los ciudadanos no europeos (ciudadanos no comunitarios). En este sentido ya se había pronunciado el TEDH en su Sentencia de 7 de agosto de 1996 (*Chorfi v. Belgique*), declarando que la pretensión de formar un orden político y jurídico propio – en suma la unión política de Europa-, justifica, al modo de los ordenamientos nacionales, la inclusión de derechos reconocidos sólo a los titulares de la ciudadanía propia de aquel orden político y jurídico, o con limitaciones y condicionantes para los no titulares de esa ciudadanía²⁵. Por otra parte, existen derechos, como el de negociación y acción colectiva, en el que por su concreto contenido no puede hablarse de una titularidad depositada en la persona, sino más bien en los representantes de los trabajadores y empresarios.

Respecto del ámbito de aplicación de la Carta, ya se ha dicho que, de conformidad con el apartado primero del artículo II-111, la misma está dirigida a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Este último inciso viene a reproducir la doctrina ya formulada por el TJCE, de acuerdo con la cual la aplicación del Derecho comunitario por los Estados también incluye los actos en los que el Estado se ampara en los derechos fundamentales para evitar las limitaciones impuestas por el Derecho comunitario. Obviamente esta doctrina permite ampliar el ámbito de sujeción estatal a la jurisdicción del Tribunal de Luxemburgo, lo que a su vez puede generar tensiones competenciales entre este

²⁵ Este es el caso, por ejemplo, de derechos como: el derecho de sufragio –tanto activo como pasivo- el derecho a trabajar, el derecho a establecerse o prestar servicios, o la libertad de circulación y de residencia.

Tribunal y los Tribunales Constitucionales nacionales²⁶. Quizá por ello el apartado segundo del propio artículo II-111 aclara que la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias asumidas por la Unión en virtud de la Constitución Europea, que no le confiere competencia o misión nuevas, ni que tampoco modifica las competencias y misiones definidas en el propio texto de la Constitución, algo que, como advierte R. Alonso García, se compeadece mal con el hecho de que la Carta reconozca un número realmente amplio de derechos de distinto tipo y contenido²⁷.

En cuanto a la interpretación y alcance de los derechos de la Carta, el apartado primero del artículo II-112 nos ofrece un primer criterio al ordenar que cualquier limitación al ejercicio de los derechos ha de ser establecida por ley que, en todo caso, deberá respetar el contenido esencial de cada derecho. Una fórmula muy parecida a la prevista en algunas Constituciones nacionales como la española, y que, como sabemos, tiene por objeto impedir que el legislador pueda vaciar de contenido un derecho en su desarrollo legislativo. Por otro lado, los apartados tercero y cuarto del mismo artículo II-112 ordenan que, en la medida que los derechos reconocidos en la Carta se correspondan con los reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o con los resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, prevalezca una interpretación igual a la ofrecida por el Convenio –y, por supuesto, a la ofrecida por el TEDH²⁸- y en armonía con las citadas tradiciones constitucionales²⁹.

²⁶ No en vano, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo es aludida en el Preámbulo de la Carta. Vid., en este mismo sentido, F. Rubio Llorente, “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, op. cit., pp. 140-141. Aun más, como bien dice L. Martín-Retortillo Baquer, el Derecho comunitario “es a veces neto y distinguible, a veces entremezclado con el Derecho nacional. Y en esta secuencia, el juez nacional, cada juez nacional, es también juez del Derecho comunitario. Es decir, que se abre la puerta a inesperados protagonismos, con pasos y consecuencias no fáciles de predecir” (vid. L. Martín-Retortillo Baquer, “Dos notas sobre la Carta”, en *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, E. García de Enterría (Dir.) y R. Alonso García (Subdir.), Civitas, Madrid, 2002, p. 185.

²⁷ Vid. R. Alonso García, “Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, E. García de Enterría (Dir.) y R. Alonso García (Subdir.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 157-158.

²⁸ Como señala R. Alonso García, de lo que se trataría es de garantizar una intervención previa del Tribunal de Luxemburgo antes de llegar al de Estrasburgo, interpretando los derechos coincidentes en la Carta y el CEDH en un sentido que, como mínimo, sea igual al determinado por el Tribunal de Estrasburgo (vid. op. cit., p. 168).

²⁹ El uso del término “igual”, en el caso del CEDH –apart. 3 del art. II-112-, y del término “armonía” –apartado 4 del art. II-112-, en el caso de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros está indicando, probablemente, que el Convenio ha sido una fuente de inspiración más directa y clara de la Carta que los Textos Constitucionales de los Estados miembros. Por otra parte, la interpretación en armonía con las tradiciones constitucionales no puede hacer referencia sino al desarrollo legislativo de los derechos realizado por los legisladores nacionales y, sobre todo, a la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales.

Ello no es óbice, sin embargo, para estar al Derecho comunitario allá donde éste, normativa o jurisprudencialmente, haya otorgado una mayor protección de los derechos, tal y como se establece en el propio apartado tercero del artículo II-112 de la Carta.

En este último orden, el artículo II-113 establece que ninguna de las disposiciones de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos y libertades 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 de Derechos Humanos, así como las Constituciones de los Estados miembros. Las prescripciones contenidas en los apartados tercero y cuarto del artículo II-112 y en el artículo II-113 persiguen, sin duda, garantizar que el TJCE ofrece una protección de los derechos equivalente a la del TEDH y los Tribunales Constitucionales nacionales; una equivalencia imprescindible para que estos últimos Tribunales puedan renunciar a fiscalizar que los Estados respetan los derechos reconocidos en sus Constituciones cuando aplican el Derecho comunitario³⁰. Esa equivalencia, sin embargo, debe entenderse a mi juicio respecto de un estándar mínimo de protección, a partir del cual prevalecería la interpretación –provenga de donde provenga- que conlleve un estándar más alto.

2. Los derechos sociales en la Carta

Constatado queda que la Carta es generosa en el reconocimiento de derechos, tanto por lo que a su número se refiere, cuanto por lo que concierne al abanico de contenidos y bienes protegidos. Destaca, en este orden, la atención que la Carta presta a los llamados derechos sociales, y cómo éstos son reconocidos, al menos en apariencia, al mismo nivel que los derechos civiles y políticos. Se da así cumplimiento a la demanda contenida en el Informe “Por una Europa de los derechos cívicos y sociales” –referido más arriba-, de acuerdo con el cual la satisfacción de los derechos sociales deviene necesaria para una real y efectiva satisfacción de los derechos civiles y

³⁰ Siguiendo de nuevo a R. Alonso García, se hace preciso un diálogo fluido y constructivo entre el TJCE, el TEDH y los Tribunales Constitucionales nacionales, siendo en verdad muy conveniente que ese diálogo se realice “desde una modestia compartida alejada de protagonismos impropios de la dialéctica y la multiplicidad...” (vid. op. cit., p. 179).

políticos. No sólo eso, esta combinación de derechos en un mismo documento, y sin aparentes distinguos, se ajusta a la doctrina reiterada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que desde 1979 ha venido declarando que los derechos fundamentales son indivisibles, y que los mismos comprenden tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos sociales, económicos y culturales³¹.

Esta agrupación de derechos de naturaleza tradicionalmente distinta ha sido empero objeto de algunas críticas. La más importante de ellas arguye que mezclar derechos tan dispares bajo la denominación común de “Derechos Fundamentales” no hace sino generar confusión sobre el contenido y exigibilidad de unos y otros derechos³². A mi entender, sin embargo, esta unión formal de derechos, además de adecuarse a la jurisprudencia del TEDH, puede ser beneficiosa pro futuro al constituir quizá un impulso para la perspectiva de incremento gradual de la vinculación jurídica de los derechos sociales. Asimismo, y como trataré de explicar más abajo, el hecho de que la práctica totalidad de los derechos sociales reconocidos en la Carta ya tengan reconocimiento en las Constituciones de los Estados miembros o en Declaraciones internacionales de derechos firmadas por éstos, así como que exista al respecto una amplia jurisprudencia nacional e internacional, va a reducir la dificultad para determinar el concreto alcance de esos derechos.

No existen criterios fijos y definitivos para determinar cuántos y cuáles son los derechos sociales. En todo caso, sí parece haber cierta coincidencia a la hora de identificar derechos sociales con prestaciones de los poderes públicos o, en general, con intervenciones de éstos dirigidas a promocionar el bienestar de todos los ciudadanos, reducir las diferencias económicas y de oportunidades existentes entre ellos y, en definitiva, facilitar que puedan ejercer sus derechos de forma real y efectiva. En este orden, la Carta de los Derechos Fundamentales incorpora un buen número de derechos cuyo contenido se sitúa claramente en esta línea, introduciendo incluso aportaciones novedosas. Entre tales derechos pueden citarse, sin carácter exhaustivo, el derecho a la educación –art. II-74-, el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural –art. II-85-, el derecho de los

³¹ Vid., sobre este particular, L.E. de la Villa Gil, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 32, 2001, pp. 18 y 19.

³² Vid., por ejemplo, L.E. de la Villa Gil, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, op. cit., p. 31. Este autor no sólo crítica la confusión de derechos de diferente naturaleza jurídica, sino que afirma que de esta manera se devalúa el concepto de “derechos fundamentales”, al colocar bajo esta denominación derechos que nunca han tenido ni su consideración ni su rango.

niños a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar –art. II-84-, el derecho a la integración de las personas discapacitadas –art. II-86-, el derecho de acceso a los servicios de colocación –art. II-89-, el derecho a la Seguridad social y ayuda social –art. 94-, el derecho a la protección de la salud –art. II-95-, el derecho de acceso a los servicios de interés económico general –art. II-96-, o el derecho a la protección del medio ambiente –art. II-97-. Salvo en algún caso, como el del derecho a la educación³³, ubicado en el Título II, bajo la denominación de “Libertades”, la mayoría de los derechos relacionados se sitúan en el Título III, bajo la denominación de “Igualdad”, o en el Título IV, bajo la denominación de “Solidaridad”. Correspondencias todas ellas que no sólo parecen del todo coherentes, sino que pueden contribuir a una mejor interpretación y delimitación del ámbito protegido por cada derecho.

Además de cuántos y cuáles sean los derechos sociales reconocidos en la Carta, lo que realmente urge, como ya se ha apuntado arriba, es determinar su alcance e interpretación, precisando si estos derechos se diferencian del resto de los de la Carta en cuanto a exigibilidad directa e inmediata ante los órganos judiciales. Pues bien, tras analizar las disposiciones de la Carta relativas al alcance e interpretación de los derechos reconocidos en ella, cabe concluir que la mayoría de los derechos de contenido social incluidos en ella no genera una vinculación para los poderes públicos mayor a la que se ha venido generando en las Constituciones nacionales o en las Declaraciones internacionales de derechos –v. gr. la Carta Social Europea- firmadas por los Estados miembros de la Unión Europea. Que los derechos sociales se hayan incluido en la Carta junto con los derechos civiles y políticos, sin aparentes distinciones de tipo jurídico, no implica que en la práctica unos y otros derechos posean, respecto de los poderes públicos, el mismo grado de vinculación jurídica. Se produce así una unión formal de derechos con naturaleza jurídica distinta, pero mientras unos son derechos justiciables sin necesidad de desarrollo legal alguno, otros sólo son justiciables en los términos y márgenes de su desarrollo legal. Unos obligan per se, mientras que otros son en realidad objetivos o principios de política social y económica, que no obstante, y siguiendo a nuestro Texto Constitucional, debieran inspirar la acción de los poderes públicos.

³³ Ciertamente existen contenidos del derecho a la educación que claramente se sitúan en el estricto ámbito de las libertades. Esos son, sin duda, los casos de la libertad de enseñanza o de la autonomía de las universidades. Sin embargo, otros contenidos, y en particular el primero y más importante de ellos: la obligatoriedad y gratuidad de ciertos niveles de enseñanza, no es claro que pueda hablarse de derecho de libertad, sino más bien de derecho prestacional. Aun más, este derecho puede y debe relacionarse con el derecho de los niños a la protección y cuidados necesarios para su bienestar del art. II-84.

A esta conclusión cabe llegar tanto por razones de índole material como de índole formal. Desde un punto de vista material no parece posible, a fecha de hoy, poder dar plena e inmediata satisfacción a los diversos derechos sociales recogidos en la Carta, por lo que lógicamente no cabe interpretar que la voluntad de los redactores de la Carta fuera con exactitud la de conferir a estos derechos una plena exigibilidad jurídica. Desde un punto de vista formal, el propio texto de la Carta nos aboca a la misma conclusión si atendemos a lo dispuesto en su Preámbulo y en su artículo II-113, donde se reafirman expresamente los derechos reconocidos en las Constituciones nacionales, en las Declaraciones internacionales de derechos firmadas por los Estados miembros³⁴, o en el propio Derecho comunitario, así como la jurisprudencia elaborada al efecto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Desde esta perspectiva, los derechos sociales incorporados a la Carta no pueden sino interpretarse como principios programáticos a los que deben dirigir su actuación los poderes públicos, y cuya reclamación judicial sólo es posible en los términos de la legislación que los desarrolle. Ésta, y no otra, es la interpretación que ha dominado tanto en los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, como en los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo. Por otra parte, creo que no hay que pasar por alto el inciso final del Preámbulo de la Carta, en el que textualmente se dice que “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados a continuación”. Esta diferenciación terminológica tiene connotaciones jurídicas y, a buen seguro, no fue inconsciente o casual, como prueba el hecho de que la redacción fuera objeto de difícil consenso entre los firmantes de la Carta. De acuerdo con Rubio Llorente, en la Carta también es posible y hasta conveniente diferenciar jurídicamente entre derechos de libertad (libertades) y derechos de otra naturaleza (pero en todo caso civiles y políticos: v. gr. igualdad, derechos procesales, derechos de participación, derechos de la personalidad, etc.). Sin embargo, la diferenciación trascendente y con importantes consecuencias es aquella que separa derechos (libertades y otros derechos) y principios. Bajo esta premisa, los derechos y libertades pueden denominarse genéricamente derechos de *status*, y obligan a los poderes públicos, al menos en su contenido esencial, sin otro requisito que el haber sido reconocidos. Los principios, por el contrario, pueden denominarse derechos sociales, careciendo en palabras de Rubio Llorente de un contenido esencial y obligando

³⁴ Especial mención se hace a los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa -en clara alusión a la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y a la Carta Social Europea-.

sólo a aquellos mismos poderes públicos (en este caso los de la Unión Europea y los de los Estados miembros cuando apliquen las normas comunitarias) a su promoción en el ámbito de sus competencias³⁵.

3. La igualdad material como correctora de la igualdad formal: Las medidas de acción positiva

El Título III de la Carta –arts. II-80 a II-86 del Tratado de la Constitución Europea- está dedicado expresamente a la igualdad, reconociéndose en él derechos de índole diversa. Los artículos II-80 y II-81 reconocen el derecho a la igualdad en su dimensión formal, declarando el primero, en modo tan lacónico como contundente, que todas las personas son iguales ante la ley, mientras que el segundo establece la prohibición de toda discriminación en los términos usuales empleados por las Constituciones nacionales y las Declaraciones internacionales de derechos. Los artículos II-83 a II-86 reconocen, por su parte, un derecho a la igualdad material, si bien no con carácter general para todo tipo de situación en la que pueda existir una desigualdad real, sino circunscrita, de forma clara e inequívoca, a la igualdad entre hombres y mujeres – con especial atención al ámbito laboral-, y, de forma algo más ambigua y difuminada, a la igualdad de niños, personas mayores y discapacitados, en aquellos ámbitos de la vida en los que por su natural debilidad pudieran permanecer en situación desfavorable frente a los demás. Mujeres, niños, personas mayores y discapacitados no agotan el elenco de colectivos tradicionalmente objeto de discriminación en nuestras sociedades, pero probablemente sí son muestras muy significativas de aquel elenco.

Aquí me centraré en el artículo II-83 que establece la igualdad entre hombres y mujeres, y que legitima expresamente la aplicación de medidas de acción positiva como instrumento idóneo para alcanzar aquella igualdad. En concreto, el artículo II-83 aclara que el principio de igualdad –en su dimensión formal- no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado. Esto es, al menos en lo relativo a la igualdad entre hombres y mujeres, la Carta no sólo permite las denominadas acciones positivas, sino que las eleva a rango de derecho fundamental. Sin embargo, entiendo que la redacción del artículo II-83 es

³⁵ Véase F. Rubio Llorente, “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, op. cit., p. 135.

insuficiente y, sobre todo, poco o nada innovadora con respecto a lo que el Derecho comunitario y la jurisprudencia del TJCE ya habían reconocido y declarado en torno a la igualdad entre hombres y mujeres y la posibilidad de aplicar medidas de acción positiva. Casi al contrario, la redacción del artículo II-83, considerada en su literalidad y de forma aislada, pudiera incluso parecer un retroceso. Es por ello que cobra especial relevancia en este caso lo prescrito por el artículo II-113 de la Carta, según el cual, y como ya se vio más arriba, las disposiciones de la propia Carta no pueden interpretarse de forma limitativa o lesiva de los derechos 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 o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Haciendo uso de esta cláusula del artículo II-113, así como de lo dispuesto en los apartados tercero y cuarto del artículo II-112, que, en definitiva, ordenan una protección de los derechos ajustada a la que dispensan el TEDH y los Tribunales Constitucionales, sin perjuicio de que el Derecho comunitario amplíe esa protección, se puede conferir al principio de igualdad material contemplado en el artículo II-83 una interpretación, cuando menos, similar a la ya mantenida por el TJCE, el TEDH y los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros³⁶.

La aplicación del principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación ha conocido una progresión interesante en el Derecho comunitario, paralela a la progresiva afirmación de la importancia de los derechos humanos en los procesos de la construcción europea. Atendiendo a las competencias comunitarias, la principal preocupación del Derecho comunitario por la igualdad de trato se ha centrado en la necesidad de eliminar las desigualdades existentes entre hombres y mujeres tanto en el acceso al mercado de trabajo como en las relaciones laborales concertadas dentro

³⁶ En este mismo sentido se pronuncia T. Freixes Sanjuán, “La igualdad y el futuro de Europa: Reflexiones en torno al proceso de constitucionalización”, en *Artículo 14. Una perspectiva de género. Boletín de Información y Análisis Jurídico*, nº 16, Instituto Andaluz de la Mujer, septiembre de 2004, p. 6. Interesante es la reflexión final que realiza esta profesora: “El único inconveniente que plantean este tipo de cláusulas –en alusión a la cláusula del artículo II-113 de la Carta– es que, si bien para el jurista experto la única dificultad de aplicación consiste simplemente en determinar el standard más alto, en muchas ocasiones quienes tengan que aplicar la Carta no van a tener la cualificación, o quizás ni tan siquiera los instrumentos necesarios, para conocer la misma existencia del art. 53 –art. II-83 tras la incorporación de la Carta al texto de la Constitución Europea– y mucho menos un acceso fácil a todos los instrumentos jurídicos a los que este artículo reenvía. De este modo, aquello que en sentido jurídico estricto constituye la garantía de no disminución del nivel de protección de los derechos fundamentales, se puede convertir en una mera disposición formal que, por desconocida, no cumpla con las expectativas generadas” (vid. op. cit., p. 7).

del mismo. Con este fin se ha promulgado un buen número de Directivas³⁷, que al ser normas que definen criterios generales y estar necesitadas de desarrollo, han contribuido a que el TJCE adquiriese un papel preponderante en la interpretación y aplicación de las mismas³⁸.

La potestad de implementar medidas de acción positiva ya había sido incorporada al Derecho comunitario por el Tratado de Ámsterdam, trayendo causa, además, de la Sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995 (Sentencia *Kalanke*), en la que el Tribunal de Luxemburgo mantuvo una postura restrictiva con matizaciones. En el caso *Kalanke*, donde se juzgaron disposiciones nacionales relativas a la contratación y ascensos en el sector público que daban preferencia a las mujeres en determinadas condiciones, el TJCE declaró que otorgar preferencia de promoción a las mujeres con la misma capacitación que sus competidores masculinos en los sectores en los que estén infrarrepresentadas entraña una discriminación por razón de sexo; entendiendo que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en los distintos grados de la categoría de personal de que se trata y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama. El TJCE afirmó que la normativa nacional que garantiza a las mujeres una prioridad absoluta e

³⁷ Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en lo que se refiere a la aplicación del principio de igualdad de retribuciones entre los trabajadores masculinos y femeninos (DOCE L 45, de 19 de febrero de 1975). Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación, promoción profesionales y condiciones de trabajo (DOCE L 39, de 14 de febrero de 1976) modificada por Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 (DOCE L 269, de 5 de octubre de 2002). Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes legales de la Seguridad Social (DOCE 6/24, de 10 de enero de 1979). Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social (DOCE L 225, de 12 de agosto de 1986) modificada por la Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996 (DOCE L 46, de 17 de febrero de 1997). Directiva 86/313/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las agrícolas, así como la protección de la maternidad (DOCE L 359, de 19 de diciembre de 1986). Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la adopción de medidas para promover la mejora de la Seguridad y Salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia (DOCE L 348, de 28 de noviembre de 1992). Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental celebrado con la UNICE, CEEP y el CES (DOCE L 145, de 19 de junio de 1996). Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, sobre modificación de la carga de la prueba en los procesos de tutela antidiscriminatoria (DOCE L 14, de 20 de enero de 1998). Por último cabe citar dos Directivas que se refieren de forma generalizada a la igualdad de trato, aunque sin referirse específicamente a la paridad por razón de sexo, la Directiva 2000/43/CE de 29 de junio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (DOCE L 303, de 2 de diciembre de 2000).

³⁸Vid., F.J. Biurrón Abad, L. Meléndez Morillo-Velarde, y A.L. Pérez Campos, *Cuestiones laborales de Derecho Social Comunitario*, Aranzadi-Thomson, Madrid, 2002, pp.135-136.

incondicional en un nombramiento de promoción sobrepasa los límites de la excepción relativa a la acción positiva³⁹. Añadió, asimismo, que en el sector público las mujeres no se encontraban ya comparativamente marginadas, pero no dejó suficientemente claro, sin embargo, si este tipo de normativas son admisibles en el sector privado de la actividad⁴⁰. Frente a esta interpretación, en la redacción del Tratado de Amsterdam prevaleció la voluntad de los Estados miembros de incluir, entre las medidas de discriminación positiva, ventajas dirigidas a favorecer al sexo menos representado en el desempeño de una profesión⁴¹.

El TJCE volvió a pronunciarse en su Sentencia de 11 de noviembre de 1997 (Sentencia *Marshall*), ofreciendo una interpretación ciertamente distinta a la Sentencia *Kalanke*. En esta ocasión, el Tribunal de Luxemburgo dictaminó que una ley nacional que da la prioridad a las mujeres frente a hombres igualmente cualificados –cosa distinta es que el competidor masculino esté más cualificado- no está en conflicto con la legislación de la Comunidad, siempre que las mujeres estén infrarrepresentadas en el sector laboral de que se trate y no se excluya desde el principio al competidor varón. En todo caso, el Tribunal realizó tres precisiones ciertamente importantes: a) la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva debe considerarse como una excepción al principio de igualdad de trato; b) dicha excepción tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social; c) en el acceso al empleo o en una promoción, no puede justificarse que las mujeres gocen automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, garantizándose a los candidatos varones igualmente cualificados que su situación será objeto de una valoración objetiva, en la

³⁹ La polémica en torno a esta Sentencia alcanzó tal magnitud que hizo necesaria una comunicación de la Comisión [COM (96) 88 final de 27 de marzo de 1996]. Para la Comisión la respuesta del TJCE puede interpretarse de dos maneras: bien excluyendo la posibilidad de justificar cualquier sistema de cuota, incluso aunque contenga una cláusula de salvaguarda que permita tener en cuenta las circunstancias particulares del caso, o bien que el Tribunal de Justicia se atiene a las cuotas “rígidas” previstas en la Ley del Estado de Bremen. Vid. F. J. Biurrun Abad, L. Meléndez Morillo-Velarde, y A.I. Pérez Campos, *Cuestiones laborales de Derecho Social Comunitario*, op.cit., pág.181, nota 164.

⁴⁰ Arce considera, no obstante, que la Sentencia vendría a admitir dichas normativas en el sector privado (vid. J.C. Arce, *El trabajo de las mujeres en el Derecho Comunitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, (1999), p. 53).

⁴¹ Vid., en este sentido, M. Rodríguez Piñero, “Igualdad y políticas sociales tras el Tratado de Amsterdam”, en *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Amsterdam*, AA.VV., Madrid, Instituto de la Mujer, (2001), pp. 48-49; y R. Silva de Lapuerta, “Las innovaciones del Tratado de Amsterdam en materia de igualdad hombre-mujer”, en *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Amsterdam*, op. cit., pp. 44-45.

que se tendrán en cuenta todos los criterios que concurren en los candidatos, independientemente de su sexo (“cláusula de apertura”).

Aplicando los criterios sentados en la Sentencia *Marshall*, el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 28 de marzo de 2000 (Sentencia *Badeck*), consideró que no se oponía al Derecho comunitario una normativa nacional que otorga preferencia a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en los que la mujer esté infrarrepresentada⁴², siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos de un plan de promoción de la mujer, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior⁴³, y siempre que dicha normativa recoja una “cláusula de apertura”.

Las medidas de acción positiva no se limitan, como se ha dicho arriba, al acceso o promoción en el empleo, sino que también se pueden hacer extensivas al disfrute de condiciones de trabajo. Por ejemplo, en relación con la reserva de plazas de guarderías para las trabajadoras, la STJCE de 19 de marzo de 2002, (Sentencia *Lommers*) consideró que no se oponía al Derecho comunitario una normativa adoptada por un Ministerio para remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre su personal y que, en un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reservar a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente pueden tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Todo ello siempre que la excepción establecida a favor de los funcionarios se interprete, en particular, en el sentido de que permite el acceso al sistema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asuman solos la guarda de los hijos.

En resumen, las autoridades comunitarias ya advirtieron en la década de los noventa la importancia de las acciones de igualdad material, al menos en el ámbito del mercado de trabajo, conscientes quizás de que la igualdad formal no es suficiente cuando se pretende que las discriminaciones que aún padecen las mujeres desaparezcan

⁴² Hay que insistir en el requisito de que los competidores, tanto femeninos como masculinos, tengan la misma capacitación. En este sentido, hay que decir, respecto a la legalidad de la aplicación de medidas de discriminación positiva cuando la capacitación de la candidata sean consideradas inferiores a las del candidato varón, aunque suficientes para desempeñar el puesto de que se trate, que la Sentencia del TJCE de 6 de julio de 2000 (Sentencia *Abrahamsson*) consideró que este método es desproporcionado en relación con el objetivo perseguido y, por lo tanto, contrario al Derecho comunitario.

⁴³ En el ap. 35 de la Sentencia se citan cinco grupos de normas que justificaban que se descartara la regla de promoción de la mujer. A modo de ejemplo, la obligación de ascender a los minusválidos prima sobre la de ascender a las mujeres.

más pronto que tarde. De la jurisprudencia del TJCE parece deducirse con cierta claridad que el objetivo a lograr es una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social y, de este modo, evitar o compensar las desventajas en la carrera profesional de las personas del sexo infrarrepresentado.