

**PRINCIPIO DE CONDICIONALIDAD Y TUTELA DE LOS
DERECHOS SOCIALES DENTRO DEL ORDENAMIENTO
EUROUNITARIO**

Fundamentos filosóficos de una metamorfosis constitucional*

**THE PRINCIPLE OF CONDITIONALITY AND THE PROTECTION OF SOCIAL
RIGHTS WITHIN THE EU LEGAL SYSTEM**

Philosophical foundations of a constitutional metamorphosis

Michele Zezza**

RESUMEN: El objeto de la presente investigación se coloca en el contexto caracterizado por la crisis económica global iniciada en 2008. La finalidad principal consiste en analizar el problema del condicionamiento financiero de las políticas sociales redistributivas y del trabajo en el ordenamiento de la Unión Europea: sus efectos en la justiciabilidad de los derechos sociales frente a la Corte de justicia de la Unión Europea y los fundamentos filosóficos de la metamorfosis producida.

ABSTRACT: *The context of this research is the global economic crisis started in 2008. The main purpose is to analyze the problem of the financial conditioning of redistributive social and labour policies in the EU legal system: its effects on the justiciability of social rights before the Court of Justice of the European Union and the philosophical foundations of the changes that took place.*

PALABRAS CLAVE: derechos sociales, Corte de Justicia de la Unión Europea, crisis económica, Estado constitucional, principio de condicionalidad.

KEYWORDS: *social rights, Court of Justice of the European Union, economic crisis, principle of conditionality.*

Fecha de recepción: 06/04/2020

Fecha de aceptación: 06/04/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5524>

* Trabajo presentado en el I Congreso de Alumnos y Alumnas del IDHBC. Trabajo realizado durante un período de investigación en el Global Studies Institute (GSI) de la Université de Genève (Unige), financiado por la Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), con el siguiente número de proceso: 2019120917.

** Investigador de postdoctorado en el Departamento de Teoria do Estado de la Universidade de São Paulo (USP). E-mail: michele.zezza@for.unipi.it

1.- INTRODUCCIÓN

Por lo que respecta a la Unión Europea, la incorporación de los derechos sociales¹ puede ser considerada como una adquisición relativamente reciente, aunque parcialmente anticipada por la acción jurisprudencial de la Corte de justicia de la Unión Europea a través de mecanismos de coordinación entre jurisdicciones.

En primer lugar, debe registrarse la paulatina consolidación de una suerte de sistema de control y supervisión impulsado por la Carta Social Europea: a partir de 1998 es posible para los sindicatos, las asociaciones de los trabajadores y las ONG interponer un recurso contra de las vulneraciones de los derechos reconocidos por el mismo texto.

Luego, hay que considerar que son justiciables frente a la Corte Europea algunos derechos presentes en la Convención Europea de Derechos Humanos que pueden ser calificados de "derechos mixtos", en la medida en que forman parte al mismo tiempo de los tratados sobre los derechos civiles y políticos e de los tratados de protección de los derechos sociales. Es el caso, por ejemplo, de la libertad de asociación, garantizada por el art. 11 de la Convención y por el art. 5 de la Carta Social), o de la prohibición del trabajo forzoso (art. 4 de la Convención y 1.2 de la Carta Social).

Además, gracias a la influencia de la Carta de los derechos fundamentales, la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo parece expresar la intención de integrar los derechos sociales en el sistema de la Convención, superando, al menos formalmente, la distinción tradicional entre derechos civiles y derechos políticos – objeto de la protección del sistema del Consejo de Europa – y los derechos sociales – tutelados por la Carta Social. En muchas sentencias de la

¹ Sin profundizar, por razones de espacio, en la investigación relativa al concepto y al fundamento de los derechos sociales (el derecho a la salud y a la asistencia social, el derecho a la instrucción, los derechos de seguridad social y del trabajo, etc.), podemos genéricamente identificarlos con aquellas obligaciones, por parte de otros sujetos, de prestaciones públicas finalizadas a la neutralización de determinadas desigualdades materiales. También asumimos que: (1) la efectivación de todos los derechos exige la predisposición de recursos económico-financieros (cfr., en este sentido, R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, "Ragion pratica", 14, 2000, pp. 15-25; E. Diciotti, *Il mercato delle libertà: l'incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 86 ss.; S. Holmes, C.R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton & Company, New York, 1999; R.A. Posner, *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014); (2) la vinculación con la dimensión prestacional en el caso de los derechos sociales no se puede considerar algo de accidental o extrínseco, sino que forma parte de su estructura lógica (cfr. al respecto L. Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, pp. 74-76; V. Abramovich, C. Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004, espec. pp. 31-36).

Corte europea las disposiciones de la Convención son interpretadas con el fin de atribuirles un contenido social.

Otras evoluciones, susceptibles de hacer la Corte Europea una fuente de ideas más sensible a la dimensión social, pueden derivar de la intensificación de las sinergias con las actividades del Comité europeo de los derechos sociales, así como de la integración de los catálogos entre la Convención y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, o de varios derechos que han sido reconocidos por la Carta Social.

Por otro lado, el mecanismo de garantía de la Carta Social, profundamente modificado en 1995 y entrado en vigor en 1998, lleva consigo la posibilidad de presentar reclamaciones colectivas. Este nuevo mecanismo, creado básicamente con la finalidad de completar el procedimiento de control existente fundado en las relaciones nacionales, permite a las organizaciones internacionales o nacionales que representan los trabajadores y los empresarios, así como a las organizaciones no gubernamentales, someter al Comité Europeo de Derechos Sociales una denuncia de violación del derecho de la Carta Social Europea.

Ya a partir del Acta Única Europea y del Tratado de Ámsterdam se encuentra el fundamento jurídico para la adopción de directivas idóneas para crear una armonización mínima en materia social (entre otros, entorno laboral, seguridad y protección social de los trabajadores, paridad de género en lo referente al trato en el trabajo). El Tratado de Lisboa ha reforzado esta orientación hacia la implementación de políticas sociales, incluso como resultado de la cláusula social horizontal contenida en el art. 9 TFUE y de la equiparación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a los Tratados. Para alcanzar los objetivos sociales previstos por el art. 151 TFUE, el art. 153 del mismo tratado establece que la Unión puede adoptar las prescripciones mínimas aplicables progresivamente, considerando las condiciones y las normativas técnicas existentes en todo Estado miembro; se salvaguarda, asimismo, la facultad de los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social y de adoptar medidas compatibles con las directrices de los tratados, con vistas a garantizar una mayor protección a las medidas sociales. La Corte de justicia europea, en sus pronunciamientos, parece expresar un planteamiento general que otorga relevancia al perfil de la armonización progresiva de los diferentes sistemas sociales nacionales.

Dentro de este trayecto hacia la justiciabilidad de los derechos sociales, por último, debe de incluirse la reciente proclamación

interinstitucional del *European Pillar of Social Rights* por parte de la Comisión Europea, del Consejo de Europa, y del Parlamento Europeo, con ocasión de la Cumbre social en favor del empleo justo y del crecimiento de Göteborg (2017): un conjunto de principios con validez dentro de la zona euro pero con la posibilidad de aplicarse también a los demás Estados miembros. A pesar de su carácter no jurídicamente vinculante y de sus formulaciones altamente genéricas, este documento puede constituir un punto de partida para la aplicación de las políticas europeas comunes en materia social.

A este marco formal, sin embargo, se contraponen un contexto material caracterizado por la crisis económica global iniciada en 2008, en el que el edificio jurídico europeo, influenciado por los principios del constitucionalismo democrático-social de la segunda posguerra, resulta en una fase de transformación estructural². El condicionamiento financiero de las políticas sociales redistributivas y del trabajo ha desencadenado una crisis constitucional que se manifiesta como auténtica emergencia democrática afectando la propia configuración del Estado social y el proceso de integración europea. El rigor de las políticas presupuestarias, en el ordenamiento europeo, ha limitado de manera relevante el gasto de las administraciones, sobre todo en la parte más débil del continente. Un indicio significativo de esta metamorfosis, impulsada por factores ajenos al circuito democrático-representativo, es el impacto ejercido por algunos nuevos instrumentos e instituciones, en los ordenamientos constitucionales estatales, que en distintas ocasiones ha llevado a la vulneración de principios constitucionales que parecían consolidados. La Unión Europea, además, aún no dispone de competencias en materia de armonización de los sistemas sociales, y por otro lado sigue teniendo pocos instrumentos de coordinación en relación con las políticas sociales y a la normativa social de los Estados miembros. Aunque los tratados considerados contengan normas que fijan objetivos políticos y sociales todavía no han sido definidas las competencias normativas de la Unión al respecto.

² Sobre la relación entre crisis económica y regresión en la tutela de los derechos sociales véanse sobre todo: B. Brancati, *Tra diritti sociali e crisi economica. Un equilibrio difficile per le corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa, 2018; A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, più solidale e sostenibile)*, "Rivista AIC", 2011; G. Fontana, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, "Forum di Quaderni Costituzionali", 2013; C. Kilpatrick, B. De Witte, *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, EUI Department of Law Research Papers, n. 2014/05; L.S. Greer, *European Citizenship Rights and Austerity Politics*, 1, 2013; A.J. Menéndez, *A European Union in Constitutional Mutation?*, "European Law Journal", 20, 2, 2014, pp. 127-141; C. Kilpatrick, *The displacement of Social Europe: a productive lens of inquiry*, "European Constitutional Law Review", 2018, pp. 62-74.

2.- EL PRINCIPIO DE CONDICIONALIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

Un aspecto básico de esta transformación es el vínculo ejercido, en la concesión de préstamos y ayudas, por la aceptación previa de reformas de la política financiera y de la estructura institucional y jurídica de los Estados deudores (principio de condicionalidad)³. Los resultados pueden ser sintetizados en las siguientes directrices de intervención: un crédito conforme a las normas de competencia y su reglamentación para evitar la formación de monopolios y por tanto tutelar los consumidores; una política tributaria, monetaria y fiscal rigurosa que va más allá del objetivo de la estabilidad de los precios, administrada por un Banco Central Europeo concebido como una agencia plenamente independiente respecto a la política de los Estados miembros y a sus órganos representativos (Consejo europeo, Consejo de la Unión Europea, Parlamento europeo); una relación entre Estados acreedores y Estados deudores regido por el criterio de condicionalidad; y un organismo encargado de monitorear la efectiva ejecución de las reformas (en particular, de los sistemas de *welfare* y del mercado laboral), la así llamada “Troika”. A este escenario hay que sumar el conjunto de medidas de lucha contra la crisis, y en particular el *Fiscal Compact* o Tratado de Estabilidad, que contribuyen a debilitar los principios básicos del constitucionalismo social de la segunda posguerra.

En este contexto, los mecanismos de asistencia financiera utilizados por la *governance* económica se han convertido en un elemento constante del variado conjunto de instrumentos – europeos, intergubernamentales e internacionales – adoptados para afrontar la crisis: el primer plano de asistencia a Grecia (*Greek Loan Facility*), el Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera (*European Financial Stabilisation Mechanism*, abreviado EFSM), el Fondo Europeo de Estabilización Financiera (*European Financial Stability Facility*, abreviado EFSF) y el Mecanismo Europeo de Estabilidad (*European Stability Mechanism*, abreviado ESM). Además, se pueden considerar, en este sentido: la modificación del art. 136 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), emendado justamente

³ Podemos identificar en la noción de ‘condicionalidad’ aquel conjunto de medidas destinadas a los Estados con dificultades financieras y que prevén, a cambio de una transferencia de recursos (en préstamo) por las instituciones a los Estados, la consecución, por parte de estos, de determinados objetivos macroeconómicos o la ejecución de determinadas políticas públicas o de reformas estructurales (véanse, en particular, F.G. Losurdo, *Lo Stato sociale condizionato: stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016; L. Taschini, *I diritti sociali al tempo della condizionalità*, Giappichelli, Torino, 2019).

con la finalidad de proporcionar una base de legitimidad a la institución del ESM; otras disposiciones de los tratados modificadas a través de la interpretación como resultado de la actividad jurisprudencial de los jueces europeos (en particular, el art. 123 y el art. 125 TFUE); el fortalecimiento del papel de la Banca Central Europea paralelamente a la entrada del Fondo Monetario Internacional en el panorama de la *governance* económica.

Las instituciones gubernamentales europeas, en este período histórico, han intervenido con herramientas de progresiva invasividad institucional, en gran medida al margen del marco normativo de la Unión o incluso en parcial violación de las normas establecidas por el Tratado de Maastricht (07/02/1992, entrado en vigor el 01/11/1993), y luego reafirmadas por el Tratado de Lisboa (13/12/2007, entrado en vigor el 01/12/2009) para evitar los riesgos de *default* económico-financiero de los Estados miembros.

Como consecuencia de los vínculos creados por los tratados y los acuerdos, adquieren una relevancia central, en el ordenamiento europeo y por consiguiente en las reformas estructurales de los sistemas tradicionales de *welfare* nacional, principios como la estabilidad macroeconómica, financiera y monetaria, la confianza en los mercados, la salud de las finanzas públicas estatales (cfr. art. 119 y 126 TFUE), la competitividad, junto con la sostenibilidad de las políticas nacionales, en particular de carácter social (cfr. art. 151 TFUE). Los efectos más visibles de estas políticas europeas y nacionales pueden ser hallados, por un lado, en la subordinación de los niveles salariales al índice de productividad industrial; por el otro, en el apoyo a la renta del trabajador a cambio de precisos comportamientos activos (recalificación profesional, aceptación de una extensa flexibilidad, desreglamentación de la relación laboral, etc.).

3.- LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE JUSTICIA EUROPEA: EL CASO DE LAS SENTENCIAS VIKING Y LAVAL

La jurisprudencia de la Corte de justicia de la Unión Europea en materia social constituye básicamente la consecuencia de la exigencia de conciliar el respecto del derecho de circular libremente dentro del espacio económico europeo con los sistemas de protección social previstos para los trabajadores y más en general para los que ejercen la libertad de establecimiento garantizada por los tratados. Al respecto, particularmente relevante para entender la asimetría constitucional entre principios funcionales a la construcción del mercado europeo y la autonomía de los sistemas sociales nacionales es la jurisprudencia de la Corte de justicia sobre las relaciones entre

sistemas nacionales de derecho del trabajo y de la seguridad social, por un lado, y los principios de la constitución económica europea, por el otro.

Ahora bien, son numerosas las decisiones de la Corte de justicia de las que se desprende, en líneas generales, que los derechos sociales sólo pueden obtener un reconocimiento si contribuyen a atribuir relevancia, dentro del orden jurídico eurounitario, a las tradicionales libertades del mercado, a saber, al pleno desplegarse de las libertades económicas de circulación de los capitales, de las personas, de las mercancías y de los servicios (las cuatro libertades del Mercado común europeo)⁴. Entre las más representativas, se pueden considerar las decisiones en materia de derecho de huelga (sent. *Viking*⁵), de lucha sindical (sent. *Laval*⁶), de salarios mínimos (sent. *Ruffert*⁷), de relaciones entre libertades económicas y derechos colectivos (*Comisión vs Alemania* y *Comisión vs Luxemburgo*⁸), de controles para proteger los trabajadores (sent. *Luxemburgo*⁹), de autonomía contractual de las partes sociales en materia de pensiones complementarios (sent. *TV-EUmw/VKA*¹⁰), de lucha contra los despidos colectivos (sent. *AGET Iraklis*¹¹), de tutela contractual en caso de ventas de empresas (sent. *Asklepios Kliniken*¹²) y “regime shopping” (sent. *Polbud*¹³), de protección social (sent. *SVB*¹⁴) y de derecho precario (sent. *Abercrombie & Fitch Italia*¹⁵).

Particularmente representativas de la dirección jurisprudencial de la Unión en relación con el problema de la ponderación entre libertades económicas europeas y derechos sociales, según el art. 6.1. del Tratado de la Unión europea (TUE) y el art. 28 de la Carta europea de los derechos fundamentales, son las sentencias *Viking* y *Laval*¹⁶. En las dos sentencias, la Corte se ha pronunciado sobre la

⁴ Cfr. la sent. *ADBHU*, in C-240/83.

⁵ C-438/05 (2007).

⁶ C-341/05 (2007).

⁷ C-346/06 (2008).

⁸ C- 205/84 (1988), C-319/06 (2008).

⁹ C-319/06 (2008).

¹⁰ C-271/08 (2010).

¹¹ C-201/15 (2016).

¹² Litigios reunidos C-680/15 y C-681/15. En la misma dirección, véanse las sent. C-343/98 (*Collino Chiapero*), C-499/04 (*Werhof*), C-396/07 (*Juuri*), C-426/11 (*Alemo-Herron*), C-509/14 (*ADIF*).

¹³ C-106/16.

¹⁴ C-465/14 (2016).

¹⁵ C-143/16.

¹⁶ Al respecto, véanse sobre todo: B. Bercusson, *The Trade Union Movement and the European Union Movement and the European Union: the Judgement Day*, “European Law Journal”, 13, 3, 2007, pp. 279-308; A.C.L. Davies, *The right to strike versus freedom of establishment in EC law: the battle commences*, “Indian Law Journal”, 35, 1, 2006, pp. 75-86; S. Sciarra, *Viking e Laval: diritti collettivi e*

compatibilidad de dos acciones colectivas con el derecho europeo tanto en lo que respecta al efecto horizontal directo de protección del art. 43 TCE (ahora art. 49 TFUE) relativo a la libertad de establecimiento (más precisamente: a la prohibición de restricciones a la libertad de establecimiento) como en lo que respecta a las libertades económicas y a los derechos constitucionalmente protegidos. Uno de los elementos de mayor interés de las dos sentencias emerge sobre todo en la composición de la relación jurídica entre los recursos económicos disponibles para el gasto social y la exigibilidad (justiciabilidad, efectividad) de los derechos sociales formalmente reconocidos.

En el primer caso, la Corte tenía que pronunciarse sobre el conflicto entre derechos sindicales de acción colectiva y libertad de establecimiento; en el segundo, tratando el conflicto entre libertad de prestación de servicios y derecho de huelga, acaba considerando también cuestiones relativas a la interpretación del derecho sueco y al art. 3 de la directiva 96/71 sobre el desplazamiento transnacional de los trabajadores.

En la sentencia *Viking*, la Corte establece que la tutela de los trabajadores constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción de una libertad fundamental, destacando por otro lado que el objetivo de proteger y mejorar las condiciones de trabajo constituye una razón imperativa de interés general (puntos 77 ss.). Al mismo tiempo, añade que, para considerar justificada la acción colectiva, hace falta que ella sea efectivamente vinculada al objetivo de tutela, lo que no ocurre si los puestos de trabajo no están realmente comprometidos o seriamente amenazados. Además, incluso en presencia de estas condiciones, es preciso que la Corte averigüe si la acción emprendida sea efectivamente adecuada para lograr el objetivo: en particular, el juez tiene que verificar si el sindicato disponga de medios menos restrictivos de la libertad de circulación y si hayan sido efectivamente empleados, antes de llegar a una acción colectiva.

En la sentencia *Laval*, la Corte, además de abordar esencialmente las mismas cuestiones teóricas implicadas en la sentencia *Viking* (aunque esta vez con respecto a la libre circulación de los servicios), acaba elaborando una evaluación de los objetivos y de la proporcionalidad de la acción colectiva, a partir de una determinada interpretación de la directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (16 de diciembre de 1996) sobre el

mercato nel recente dibattito europeo, "Lavoro e Diritto", 22, 2, 2008 pp. 293-310; A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche nel mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Viking e Laval*, "Lavoro e Diritto", 1, 2008, pp. 63-96.

desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios.

En los dos casos, la cuestión abordada por la Corte puede ser sintetizada utilizando el parámetro de la relación entre derechos a través de la ponderación¹⁷, es decir, una técnica de interpretación constitucional muy parecida a aquella utilizada por los jueces de los ordenamientos internos que se fundamenta en el recurso a la técnica de la proporcionalidad¹⁸. El problema implicado concierne justamente la compatibilidad entre distintas esferas de derechos y libertades¹⁹ en el contexto de la economía social de mercado, es decir, los derechos sociales de negociación y de acción colectiva, por un lado, y el ejercicio de las libertades económicas y de circulación garantizadas en los tratados europeos.

En la base del conflicto entre intereses que se produce en los dos casos puede detectarse uno de los cambios más fuertes

¹⁷ Sin detenernos sobre el tema, que por su complejidad exigiría un espacio de tratamiento autónomo, podemos limitarnos a considerar genéricamente la noción de ponderación como una estructura argumentativa empleada para justificar una relación de prioridad condicionada entre normas con carácter de principio dentro de casos concretos. La literatura teórica sobre el argumento es inmensa; para todos, véase R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* [1985], tr. esp., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

¹⁸ Muy sintéticamente, siguiendo otra vez a Alexy, podemos identificar la función principal del juicio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) en la verificación de las posibilidades fácticas y jurídicas de realización de un principio o de satisfacción de un derecho. Desde la perspectiva del autor, la proporcionalidad constituye un método para establecer el grado de satisfacción “apropiado” de un principio frente a los demás, dentro de un determinado sistema normativo.

Según S. Giubboni, la aplicación del criterio de la proporcionalidad «spinge la Corte in territori inesplorati anche nelle tradizioni giuridiche dove lo sciopero viene più debolmente protetto, attirando il giudice nazionale in una difficilissima valutazione sul merito del conflitto collettivo, sulla giustificatezza stessa degli obiettivi di tutela e sulla congruità dei mezzi volti a conseguirli. Una valutazione di merito sindacale che – a rigore – non dovrebbe essere neppure lambita dal controllo giudiziale e che è oltretutto condotta alla stregua di un test di *strict scrutiny* che si rivela particolarmente ostile all'autonomia dell'azione collettiva, finendo per limitare gli scopi di autotutela legittimamente perseguibili dalle parti sociali» (S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 70).

¹⁹ Al respecto, destaca Giubboni que la Corte se enfrenta con «due situazioni soggettive almeno in astratto non commensurabili, nella storia del costituzionalismo liberale, quali debbono essere considerate quelle che si sostanziano, da un lato, nel potere pubblico impersonato dalla potestà normativa dello Stato e, dall'altro, nel diritto di sciopero e nella libertà garantita alle manifestazioni dell'autonomia privato-collettiva. Il diritto di sciopero e di contrattazione collettiva – come in particolare riconosciuti negli ordinamenti di Svezia e Finlandia – vengono in sostanza considerati dalla Corte, in *Laval* e *Viking*, in ragione della forza sprigionata dal conflitto sindacale e dell'effettiva capacità di ostacolare o addirittura di bloccare la contrapposta attività di impresa transnazionale, come forme di potere del tutto analoghe a quelle esercitate dalla pubblica autorità» (S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 68).

determinados por la ampliación europea, es decir, la decisión de desplazar las actividades productivas hacia (o atraer mano de obra por) aquellos países en donde el costo del trabajo es más bajo (*social dumping*), con inevitables repercusiones sobre todo en las relaciones industriales. Este cambio, entre otras consecuencias, impone la necesidad de evitar distorsiones en la competencia entre empresas establecidas en los países miembros desde hace más tiempo a las Comunidades europeas y empresas de aquellos países (sobre todo del Este) que han adherido más recientemente.

Los dos casos constituyen una ejemplificación emblemática de aquellos problemas constitucionales de ponderación entre derechos que las instituciones europeas se encuentran a menudo enfrentando desde que el proceso de integración socioeconómica substrahe de hecho competencias a los Estados miembros. Las directivas sobre la libre prestación de servicios y sobre la transferencia de los trabajadores dejan así a los jueces europeos el peso de tomar decisiones altamente controvertidas. Más en general, se puede afirmar que el enfoque de la Corte a estos conflictos padece de una incertidumbre derivada de la falta de una línea unitaria en el terreno de las directrices sociales, con la consecuencia de que, a menudo, la Corte de justifica tiene que resolver dilemas delicados incluso sin contar con todas las herramientas necesarias.

La novedad principal, en los casos que nos ocupan, se refiere a la decisión de la Corte de justicia de tratar los conflictos como un juez constitucional, sobre la base de una ponderación entre derechos. A tal efecto, la cabo algunas operaciones lógicamente preliminares que esclarecen el contenido de las libertades en conflicto, según un esquema que no es preconstituido sino creado por la propia Corte. Superando el obstáculo representado por el art. 137.5 TCE, hoy 153 TFUE – que prevé que la Unión no tiene competencia regulatoria en materia de retribución, de derecho de asociación, de derecho de huelga y de derecho de encierro – y reconociendo por otro lado el efecto horizontal de la libertad de circulación, oponible incluso frente a la autonomía de las organizaciones sindicales, la Corte ha creado el espacio realizar una ponderación. Como ya había ocurrido en otras sentencias de la Corte Europea – *Omega*²⁰ e *Schmidberger*²¹, en las que, sin embargo, los derechos civiles prevalecen sobre las libertades económicas – incluso en estas sentencias emerge, en la elección de llevar a cabo una ponderación con valores y derechos provistos de la misma dignidad teórica, la intención de superar una connotación meramente economicista de la Unión.

²⁰ C-36/02.

²¹ C-112/00.

Ahora bien, cabe destacar que, a pesar del reconocimiento de la posibilidad de emprender una acción colectiva (incluyendo naturalmente el derecho de huelga) como derecho fundamental, en los dos litigios la Corte de justicia ha presentado respuestas desequilibradas, asimétricas, en favor de una tutela de las libertades de circulación en el mercado interno. Las luchas sindicales, según el resultado al que llega la Corte, no tienen que ser “excesivas” ni finalizadas a objetivos “vejatorios” para la contraparte empresarial. Aunque sea reconocida la dignidad teórica del derecho de huelga, el tipo de equilibrio encontrado entre este derecho y la libertad de establecimiento acaba afectando la efectividad de la garantía constitucional reconocida al derecho de negociación colectiva, disciplinado por el art. 28 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, incumpliendo de esta manera la protección de los derechos, para los trabajadores y las relativas asociaciones sindicales, según el estándar más elevado entre las posibilidades disponibles en el comercio globalizado. Desde la Carta de los derechos en las dos sentencias consideradas, así como en otras, la pregunta que el juez de la Unión se plantea no es “¿hasta qué punto los derechos sociales pueden estar condicionados por las libertades económicas?”, sino más bien “¿hasta qué punto los derechos sociales pueden aportar restricciones a las libertades fundamentales?”; la Corte no se pregunta, por tanto, si las libertades económicas pueden ser interpretadas de tal manera que sean garantizados los derechos fundamentales que son expresión de otras exigencias. Sin embargo, este planteamiento de la Corte contrasta abiertamente con el Preámbulo y los art. 2-3 de los Tratados de la Unión relativos al desarrollo sostenible, a la cohesión económica y social, a la eliminación de la desigualdad y a la garantía de todos los derechos (incluyendo por supuesto los derechos sociales).

4. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA METAMORFOSIS

Las consideraciones anteriores nos pueden llevar a reflexionar sobre algunas metamorfosis producidas en el derecho de la Unión Europea, que parece configurarse cada vez más como un sistema con la finalidad de inmunizar el capitalismo transnacional de las interferencias del poder democrático, y no viceversa. En este sentido, emerge una asimetría entre normas constitucionales y praxis material, derecho y economía, que se expresa sobre todo en la preeminencia asignada a la garantía del correcto funcionamiento de

los mercados y de los varios aspectos de la *governance* económico-financiera frente a las funciones del Estado social democrático²².

Ahora bien, aparentemente, una concepción del derecho (más concretamente: de la eficacia de los tratados europeos y de los derechos sociales reconocidos) como integralmente determinado por las condiciones socioeconómicas contingentes podría manifestar alguna analogía con la teoría marxiana del desarrollo histórico centrada en la relación entre estructura y supraestructura. Esta vinculación podría encontrar un respaldo en la interpretación, formulada por Karl Polanyi, encaminada a estigmatizar la “falacia economicista” ínsita en el planteamiento marxiano, a saber, la tendencia a reducir toda la complejidad del social a la dimensión productiva²³.

Cabe matizar, sin embargo, que la visión del derecho como una consecuencia supraestructural del sistema de organización social y productiva (el desarrollo de las fuerzas productivas, las relaciones entre las personas y los grupos sociales, la organización del trabajo) no encuentra respaldo ni en la teoría marxiana ni en la marxista. En primero lugar, hay una convergencia general de los intérpretes a la hora de reconocer que la relación entre estructura y supraestructura no es lineal y unilateral: aunque no haya formulado una teoría sistemática al respecto, lo que Marx afirma, en realidad, es que el condicionamiento ejercido por la estructura en la supraestructura sea simplemente más fuerte de lo contrario, sin excluir, además, una relativa autonomía de la supraestructura. El orden económico-social es al mismo tiempo causa y efecto de la acción política y de la producción jurídica. Sin embargo, lo que más importa es que, de una lectura atenta de la concepción materialista de la historia se desprende que el derecho, entendido como expresión de la voluntad de los titulares del poder político y conjunto organizado de relaciones sociales, desempeña globalmente un papel importante en el surgimiento y en el desarrollo de los sistemas de ordenación social y productiva (o sea, en la configuración del desarrollo de las fuerzas

²² Al respecto, señala N. Scicluna (*European Union Constitutionalism in crisis*, London-New York, Routledge, 2015) que una tendencia reciente del proceso de integración europea consistiría en la incrementación de las dinámicas de politización, lo que implicaría, entre otras consecuencias, que el régimen al que están sujetos los mecanismos de funcionamiento de la *governance* económica y financiera sería de carácter sustancialmente “a-legal” (o “a-jurídico”). El autor habla en este sentido de un proceso de “*de-legalisation*”: «this is not to say that the instruments of the new economic governance are not legally codified, but that they lack the formal legitimacy of the constitutional order they bypass and that this lacuna is not made up for by other forms of democratic accountability» (*ibid.*, pp. 5-6).

²³ Cfr. K. Polanyi, *La falacia economicista*, tr. it., en *La sussistenza dell'uomo: il ruolo dell'economia nelle società antiche* [1971], Einaudi, Torino, 1983, pp. 27-40.

productivas, de las relaciones laborales entre las personas y los grupos sociales)²⁴. El derecho, en su conjunto, no se presenta como un mero instrumento de conservación de lo existente, como un artefacto humano funcional a la perpetuación de las relaciones de producción, sino que puede impulsar cambios incluso en este sentido; no es solamente el resultado de las condiciones económicas coyunturales o de la evolución de los conocimientos científicos y tecnológicos.

Al contrario, un planteamiento jurisprudencial que asigna a los derechos sociales un papel de subordinación instrumental a los objetivos económicos parece encontrar su fundamentación filosófica en una visión neoliberal del constitucionalismo, en la que el fundamento de la tutela de los derechos se ubica prevalentemente en función de la realización del libre mercado²⁵. En la evolución registrada por el ordenamiento de la Unión, los derechos sociales, incluso por su formulación genérica y programática, continúan manteniendo la naturaleza de derechos instrumentalmente subordinados a los objetivos económicos. Nos enfrentamos, por tanto, con un “principio de necesidad”, impuesto por los mercados y las instituciones monetarias y bancarias europeas, que constituye uno de los factores principales del proceso de deconstitucionalización al que nos hemos referido. En esta óptica, los principios de estabilidad macroeconómica, de competitividad y confianza en el mercado financiero se convierten en algún tipo de principio material que orienta la producción normativa. A pesar de estar formulados en un plano de equiordenación dentro de los tratados (los derechos están situados en un plano de paridad formal), en muchas ocasiones los

²⁴ Cfr. en particular K. Marx, F. Engels, *L'ideologia tedesca* [1845-1846], tr. it., en *Opere di Marx ed Engels*, vol. V, Editori Riuniti, Roma, 1972; L. Althusser, *Per Marx* [1973], tr. it., Mimesis, Milano-Udine, 2008, p. 97; M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)* [1978-1979], tr. it., Feltrinelli, Milano, 2015, pp. 136-138; A. Labriola, *Del Materialismo storico: dilucidazione preliminare*, Editori Riuniti, Roma, 1970, p. 553 («i meditati disegni, i propositi politici, le scienze, i sistemi di diritto e così via, anzi che essere il mezzo e l'istrumento della spiegazione della storia, sono appunto la cosa che occorre spiegare; perché derivano da determinate condizioni e situazioni. Ma ciò non vuol dire che siano mere apparenze, e bolle di sapone. L'esser quelle delle cose divenute e derivate da altre non implica che non sian cose effettuali: tanto è che son parse per secoli alla coscienza non scientifica, e alla coscienza scientifica ancora in via di formazione, le sole che veramente fossero»).

²⁵ Algunas versiones emblemáticas de esta idea se pueden encontrar en M. Cranston, *Human Rights, Real and Supposed*, in D.D. Raphael (ed. by), *Political Theory and the Rights of Man*, Macmillan, London, 1967; F. von Hayek, *Law, legislation and liberty*, Routledge and Kegan Paul, London, 1982; C. Offe, *Contradictions of The Welfare State*, The Mit Press, Cambridge (Massachusetts), 1984; J. Tropman, *American Values and Social Welfare: Cultural Contradictions, in The Welfare State*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1989.

derechos sociales no encuentran solamente limitaciones en la disponibilidad efectiva de los recursos destinados a su tutela, sino que pueden continuamente ser sacrificados ante el surgimiento de exigencias heterogéneas.

Por lo menos desde un punto de vista teórico, un argumento crítico eficaz contra el planteamiento neoliberal puede ser hallado en una específica concepción “dinámica” de los fondos públicos utilizados para financiar la tutela de los derechos. Al respecto, Luigi Ferrajoli, tomando en préstamo (aunque con una significativa ampliación) el concepto de Amartya Sen de “capacidades fundamentales de la persona” (las facultades del sujeto de actuar para afirmar sus exigencias básicas), defiende la idea de que, sobre todo en las democracias contemporáneas, caracterizadas por un nexo estrecho entre crecimiento económico y progreso cultural y tecnológico, el reconocimiento y la tutela de derechos esenciales como la alimentación, la previdencia, la sanidad o la instrucción constituyen una base de la supervivencia individual, pero también del desarrollo de la sociedad en su conjunto²⁶. El análisis de Sen, de hecho, se centra en mostrar los efectos extraordinarios que tuvo sobre el desarrollo industrial y el crecimiento de la riqueza, inicialmente en Japón y luego en China al principio del siglo XX, el aumento de los niveles de instrucción y, en consecuencia, de la investigación científica y del progreso tecnológico²⁷. Pues bien, de acuerdo con Ferrajoli, esta intuición puede constituir el fundamento de una visión orientada al futuro, dentro de la cual los recursos utilizados para implementar la tutela de los derechos pueden ser vistos como una inversión productiva para aumentar el bienestar colectivo e individual²⁸.

²⁶ Cfr. L. Ferrajoli, *Teoria del diritto e della democrazia*, 2 voll., Laterza, Roma-Bari, 2007, vol. 2, pp. 67-71, 413.

²⁷ Cfr. A. Sen, *Resources, Values and Development*, Harvard University Press, Harvard, 1984, cap. V. Sobre el “enfoque de las capacidades” (formulación con la que, a partir de la *Tanner Lecture* del 1979 “Equality of what?”, se caracteriza generalmente su propuesta normativa consecuencialista centrada en un conjunto de objetos de valores constituido por las “capabilities” de los individuos y por sus funcionamientos) véase también M. Nussbaum, *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, espec. pp. 96-101.

La misma tesis defendida por Sen – recuerda Ferrajoli – ya había sido defendida por Alexis de Tocqueville con referencia a Estados Unidos, quien reconecta el fenómeno del desarrollo industrial de principios del siglo XIX a la difusión de la educación primaria en mayor medida en comparación con Europa y al mayor grado de igualdad y democracia (cfr. A. de Tocqueville, *La democrazia in America* [1813-1840], tr. it., in *Scritti politici*, a cura di N. Matteucci, Utet, Torino, 1968, lib. I, parte I, cap. III, pp. 72-73; lib. I, parte II, cap. VI, p. 289).

²⁸ Un planteamiento orientado a colocar el fundamento de los derechos sociales en la valorización de la autonomía de la persona puede encontrarse en C. Fabre, *Social*

Para concluir, el neoliberalismo en el plano económico, de hecho, parece el fundamento teórico más apropiado para explicar la génesis y la consolidación de un Estado social financieramente condicionado por los recursos económicos disponibles. Este planteamiento se puede hallar en los Tratados constitutivos de la Unión Europea y emerge incluso de forma más evidente en las actuales políticas de asistencia financiera: una concepción que, de hecho, identifica en los valores económico-financieros el principio inspirador de las sociedades. Como se ha señalado, en este marco, los derechos sociales sólo pueden obtener un reconocimiento si no obstaculizan el desarrollo de las libertades económicas tradicionales. Conocer la lógica de este tipo de enfoque es esencial para entender, por un lado, cómo el principio de condicionalidad haya podido entrar en la esfera de las decisiones soberanas de los Estados y, por otro lado, el específico tratamiento que la Corte de justicia suele dedicar a los casos de conflicto que involucran derechos sociales. En este sentido, puede llevar sacar a la luz, en particular, cómo detrás de su lógica aparentemente aséptica y procedimental utilizada en la ponderación se esconde en realidad una opción fuerte hacia un específico modelo económico y social. A su vez, la comprensión de esta transformación constitucional, que todavía no se ha desplegado en todas sus potencialidades, es una etapa necesaria para la construcción de nuevos planteamientos que reconozcan la posición paritaria, al menos en el plano formal de la jerarquía de las fuentes, de los derechos sociales en comparación con los otros derechos reconocidos por los tratados de la Unión Europea.

Rights Under the Constitution. Government and the Decent Life, Oxford University Press, New York, 2004. Al respecto, véase también A. Facchi, quien recuerda que «sostenere la centralità della scelta e della volontà individuale non significa escludere la rilevanza dei diritti economici-sociali» (Id., *Diritti fantasma? Considerazioni attuali sulla proliferazione dei soggetti*, «Ragion pratica», 31, 2008, p. 325).