

Fecha recepción: 18.09.2007

Fecha aceptación: 05.11.2007

LA INAPREHENSIBLE CIUDADANÍA SOCIAL EUROPEA*

POR

GONZALO MAESTRO BUELGA,

Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad del País Vasco

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de ciudadanía social surge como una noción sociológica que intenta dar cuenta de la incidencia, en la relación entre el Estado y los ciudadanos, de las transformaciones que se producen en el seno de aquel. Desde la clásica construcción de Marshall¹ el vínculo entre conflicto social e intervención pública forma parte del discurso introduciendo este concepto, y su traducción normativa, en el núcleo de la «forma de Estado». Ciertamente la ciudadanía social adoptaba perfiles complejos. Por una parte, se construye sobre la base de los límites a la igualdad económica² y vinculada al conflicto distributivo³, destacando la dimensión conflictual de su contenido⁴. Por otra se reviste de elementos garantistas derivados del *status* que permiten superar socialmente la des-

* Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia referencia SEJ 2004-07987, que lleva por título «Gobernanza económica y Constitución económica».

¹ T. H. MARSHALL, «Ciudadanía y clase social» en *Ciudadanía y clase social*, Alianza ed. Madrid, 1998, pp. 13 y ss.

² T. H. MARSHALL, «Ciudadanía y clase social», op. cit., pp. 76.

³ T. H. MARSHALL, «Ciudadanía y clase social», op. cit., pp. 61.

⁴ T. BOTTOMORE, «Ciudadanía y clase social cuarenta años despues» en *Ciudadanía y clase social*, op. cit., pp. 83 y ss.; J. M. BARBALET «Citizenship, class inequality and resentment» en *Citizenship and social theory*, Sage Publicación, Londres, 1993, pp. 36 y ss.

igualdad económica⁵. Esta configuración de la ciudadanía social presenta cierta relación con la construcción constitucional de los Derechos sociales, núcleo jurídico de la misma, los cuales reflejan esa doble dimensión: conflictual y garantista⁶. A pesar de que la ciudadanía social parece afirmarse políticamente en el discurso europeo, interiorizando la lógica evolutiva que presidió su afirmación en el largo proceso de construcción del Estado social, ésta, en la Unión europea, adolece de un proceso de involución, «como si se quisiera volver atrás, al primer estadio de la secuencia evolutiva de derechos señalada por Marshall»⁷. Produciéndose una privatización de la ciudadanía que recupera su teorización desde la propuesta política liberal⁸. Desde los derechos civiles, en especial los derechos económicos, se produce una erosión de los Derechos sociales⁹, nunca afirmados en el nivel constitucional del ordenamiento comunitario. En esta perspectiva, La Unión europea aparece como el mecanismo jurídico que permite actuar esa involución constitucional de unos Derechos sociales afirmados en el constitucionalismo estatal de la postguerra. Configurándose, el ordenamiento comunitario, como un ejemplo de «mecanismo europeo de construcción regresiva»¹⁰.

La tensión entre ordenamiento comunitario y Derechos sociales del constitucionalismo estatal ya ha sido reconocida por la doctrina¹¹, aunque extrayendo consecuencias distintas de esta contradicción. En esta, la cuestión no se plantea como contradicción entre la forma de Estado social y constitucionalismo de la Unión, como manifestación de la ruptura del Estado social¹².

⁵ B. S. TURNER, *Citizenship and capitalism: the debate over reformism*. Allen and Unwin, Londres, 1986, pp. 6.

⁶ G. MAESTRO BUELGA, «Constitución económica y Derechos sociales en la Unión Europea» en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2000, n.º 7, pp. 123 y ss.

⁷ M. LA TORRE, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica :una prospettiva europea*, Giappichelli, Turin, 2004, pp. 232.

⁸ M. SOMERS, «Romancing the market, reviling the State: historicizing liberalism, privatization, and the competing claims to civil society» en *Citizenship, markets, and the State*, Oxford U.P. 2001, pp. 23 y ss.

⁹ M. LA TORRE, *Cittadinanza e ordine politico*, op. cit., pp. 232.

¹⁰ G. BUCCI y L. PATRUNO, «Riflessioni sul c.d. modello sociale europeo, sull' Europa «sociale» dei capi di governo e sul mutato rapporto tra costituzione ed economia» en *Costituzionalismo.it*, 3/2005.

¹¹ M. POIARES MADURO, «L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'Union Européenne» en *L'Union Européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 465 y ss. M. POIARES MADURO, «Europe's Social self: «The Sickness Unto Death» en *Constitutionalism web-papers*, Con WEB, n.º 2/2000, <http://lesl.man.ac.uk/conweb/>

¹² Sobre el uso de la categoría de «forma de Estado» respecto a la Unión europea ver F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea*, Cedam, Padua, 2005.

Los últimos episodios constitucionales de la Unión europea confirman las afirmaciones anteriores. La Carta de Niza, que pretendía ser el instrumento jurídico que perfeccionase la proto-ciudadanía europea, otorgándola pleno estatuto constitucional no logra esos objetivos. La asimetría entre los Derechos de libertad y los derechos sociales, la profundización de la debilidad de su estatuto jurídico respecto a los derechos clásicos¹³, impiden toda pretensión de fundar en la Carta la ciudadanía social europea. Las lecturas optimistas, tanto de la Carta, como de las últimas novedades incorporadas a los Tratados¹⁴ prescinden del contexto normativo y material que esteriliza los escasos contenidos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Esto se produce porque el modelo que incorpora la Carta de Niza es fundamentalmente distinto del representado por el constitucionalismo social, cuya pretensión no es ya la tutela del trabajo y de las incertidumbres del mercado propia de la ciudadanía social, sino el refortalecimiento de la autonomía personal que excluye la lógica de la igualdad sustancial. «Por esto expresa una cultura jurídica de los derechos que parece más atenta a proteger esferas de identidad personal de las amenazas que trae consigo el desarrollo científico y tecnológico que a poner muros de contención a los riesgos conexos a las nuevas causas de inseguridad de la sociedad europea; una cultura más sensible a los derechos relativos a la calidad de vida que a la remoción de los desequilibrios económico-sociales»¹⁵.

Si el dato normativo se resiste a afirmar una ciudadanía social europea, el voluntarismo, que ve en la actividad jurisprudencial del TJCE en materia de Derechos sociales una vía para colmar este notorio déficit, similar a la utilizada en la construcción de un sistema de defensa de los Derechos fundamentales, también encuentra problemas difíciles de soslayar. La relativa tutela jurisdiccional del Tribunal de Justicia es una tutela indirecta, funcional a las exigencias de la construcción del mercado de trabajo, dentro del mercado único, y subordinadas a las necesidades económicas de la Comunidad, como justamente señala Allegretti¹⁶. Las insuficiencias de la vía jurisprudencial y lo reducido de su intervención en

¹³ D. GRIMM, «Diritti sociali fondamentali per l'Europa» en *Sfera pubblica e Costituzione europea*, Roma, 2002, pp. 12 y ss.; G. AZZARITI, «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel processo costituente europeo» en *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, 2002, n.º 1-2, pp. 29 y ss.

¹⁴ S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bolonia, 2003, pp. 15, 17 y 18; S. SCIARRA, «La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law» en working papers, CsMD, 24/2003; M. TELO, *L'Europa potenza civile*, Laterza, Bari, 2004, pp. 121-159.

¹⁵ R. GRECO, «Il modello sociale della Carta di Nizza» en *Rivista Guiridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2006, n.º 3, pp. 519 y ss.

¹⁶ U. ALLEGRETTI, «Intervención introductiva en el encuentro sobre "I diritti sociali"» en LUISS. Bolentin 5/2004.

materia de Derechos sociales ha llevado, parafraseando a Italo Calvino, a calificar a los Derechos sociales en el ordenamiento europeo como «el caballero inexistente»¹⁷. Las aportaciones más relevantes en materia de Derechos sociales tienen dificultades para inscribirse en esta categoría¹⁸ y, por ello, resultan insuficientes para fundamentar una ciudadanía social europea.

Si el modelo normativo que incorpora la Carta y la política de las instituciones europeas¹⁹ es distinto y se contrapone al derivado del constitucionalismo social, cualquier acercamiento al tema de la ciudadanía social debe detenerse en la relación entre dimensión social y económica en la integración europea para ver cómo la recoge el modelo social emergente del ordenamiento europeo. La afirmación de la ciudadanía social europea depende de la posibilidad de superar la subordinación de la dimensión social en el proceso de integración y este ha sido el debate durante los últimos decenios en Europa: el del equilibrio entre integración positiva y negativa. La imposibilidad de establecerlo hace que la ciudadanía social europea se quede en la metáfora calviniana «el vizconde demediado»²⁰.

Por último, consideramos necesario apuntar una cuestión importante, que luego se desarrollará. Nos referimos a la forma de construir la noción del llamado «modelo social europeo», que se traslada a la propia noción de ciudadanía social. Éste se configura como una mixtificación entre la tradición de los Estados miembros, vinculada a la construcción del Estado social, y las aportaciones del ordenamiento europeo. Esta configuración resulta difícilmente admisible, puesto que ambos modelos se presentan como contradictorios. Más aún, si el nivel europeo es la fuente de erosión de los sistemas de welfare nacionales, resulta, conceptualmente contradictorio, construir el modelo social con la yuxtaposición de dos niveles que contrapuestos son conflictivos entre sí. La ciudadanía social europea, mejor el análisis sobre su propia existencia, debe atender, desde esta perspectiva, al propio ordenamiento europeo, en cuanto impulsor de un nuevo orden. Tampoco, respecto a la ciudadanía social europea, cabe una construcción mixta, una confusión de niveles, favorecida por el nuevo constitucionalismo europeo. Por ello, el análisis atenderá al ordenamiento europeo, buscando en él los contenidos y las dificultades para la afirmación de la ciudadanía social.

¹⁷ B. VENEZIANI, «Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario» en *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2000, n.º 4, pp. 779 y ss.

¹⁸ M. LUCIANI, «Diritti sociali e integrazione europea» en *La Costituzione europea*, Cedam, Padua, 2000, pp. 507 y ss.

¹⁹ R. GRECO, «Il modello sociale della Carta di Nizza», op. cit.

²⁰ B. VENEZIANI, «Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario», op. cit.

2. MODELO SOCIAL EUROPEO Y CIUDADANÍA SOCIAL

Ciertamente estos son dos conceptos distintos. El primero más genérico, donde los perfiles normativos quedan más desdibujados. El segundo, exige una traducción jurídica más estricta y desde una perspectiva unitaria, fruto de la inclusión de su contenido en el status de ciudadano. Sin embargo, en el discurso europeo se ha producido una suerte de unificación sustitutoria. La incapacidad del ordenamiento europeo de configurar una ciudadanía supranacional consistente, no meramente refleja en su definición y extremadamente reducida en sus contenidos, acaba por unificar ambos discursos en un intento de abordar el déficit social de la Unión europea, de forma que atenúe los fuertes problemas de legitimación que produce.

El «modelo social europeo» opera, pues, una suerte de sustitución de la inexistente ciudadanía social europea, introduciendo elementos de confusión en un discurso que de otra forma aparecería como evidente. Introduce, además una complejidad de factores que dificultan el análisis y, por último, lo conecta con las propuestas del noeconstitucionalismo europeo que pretende crear una suerte de legitimación difusa del nuevo poder multinivel que engloba a los ámbitos europeo y estatal.

A pesar de este efecto distorsionador el debate sobre el modelo social permite ilustrar cómo éste se configura como refractario a una concepción de la ciudadanía social que la impide afirmarse. En una aparente paradoja, podríamos decir que en el «modelo social europeo» no tiene cabida la ciudadanía social.

2.1. *El «modelo social europeo» como núcleo de la proto-ciudadanía social*

Hemos dicho que la precariedad del concepto de ciudadanía de la Unión emergida de los Tratados de Maastricht y Amsterdam, no pangoable con la definición generalmente admitida de ésta²¹, dificulta su uso en el ámbito social. Sin embargo, tanto la configuración normativa de ésta, como el discurso que ha ido imponiéndose sobre la Constitución europea, han permitido su comunicación con el llamado «modelo social europeo». Este se define de una forma confusa²² incorporando contenidos propios de la experiencia estatal del constitucionalismo

²¹ M. CONDINANZI, A. LANG y B. NASCIBENE, «Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone», Giuffrè, Milan, 2003 pp. 6-12.

²² G. MAESTRO BUELGA, «El impacto de la ampliación de la U.E. sobre el «modelo social europeo» en Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2006, n.º 23, pp. 7 y ss.

social y otros derivados del ordenamiento europeo. La noción de «modelo social europeo» es, por tanto híbrida, vinculada a la tradición del Estado social y su construcción en los Estados europeos occidentales y a un ordenamiento comunitario que muy dificultosamente introducía una dimensión social. Esta construcción compleja facilita su confluencia con la teorización del constitucionalismo compuesto europeo²³. Como se sabe, al menos en parte de su teorización²⁴, esa propuesta doctrinal deriva de los Estados miembros efectos legitimadores, no solo en el orden democrático, al conjunto del ordenamiento europeo. Contribuyendo, la nueva teorización constitucional, a paliar los déficit de legitimidad hasta el momento insuperados.

De esta forma, la experiencia histórica de los Estados sociales europeos dota de consistencia al «modelo social europeo», incluso más, permiten un cierto uso del concepto de ciudadanía social, que sociológicamente presenta mayor ductilidad. La conexión de los instrumentos de la gobernanza multinivel, especialmente el Método Abierto de Coordinación conforman (MAC), con el modelo social, como forma de actuación de la redefinición del modelo²⁵, refuerza esa construcción. La política social europea junto con el MAC conforman los ejes de una ciudadanía social abierta que, como propuesta, es situada en el nuevo contexto²⁶. Todo esto, a pesar de que el debate político en el seno de las instituciones europeas, respecto al «modelo social» es precisamente el de su reforma y modernización²⁷. Es decir, la perversión de los contenidos que habían afirmado la ciudadanía social en la Europa occidental de la segunda postguerra mundial. Igualmente permite, este neoconstitucionalismo, encubrir que la construcción

²³ I. PERNICE, «Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam; European constitution-making revisited?» en *Common Market Law Review*. 1999, n.º 36, pp. 703-50 ; «De la Constitution composée de L'Europe» en *Revue Trimestrielle de Droit Européenne*, 2000, n.º 36, pp. 623-47; «Multilevel Constitutionalism in the European Union», *European Law Review*, 2002, n.º 27, pp. 511-29; S. CASSESE, «L'Unione Europea come organizzazione pubblica composita» en *Riv. Ital. Dir. Pubblico Comunitario*. 2000, pp. 987-92; A. MANZELLA, «L'identità costituzionale dell'Unione Europea» en *Studi in onore di Leopoldo Elia*. Tomo II, Giuffrè, Milan, 1999 pp. 923-50- También «La ripartizione di competenze fra Unione Europea e stati membri» en *Quaderni costituzionali*, 2000, n.º 3, pp. 531-43; «Lo Stato "Comunitario"» en *Quaderni costituzionale*. 2003, n.º 2, pp. 273-94.

²⁴ I. PERNICE, «Multilevel Constitutionalism in the European Union», op. cit.

²⁵ C. BUZZACCHI, *Dalla coesione all'eguaglianza sostanziale. El percorso comunitario*. Giuffrè, Milan, 2005, cap. V, pp. 183 y ss.; M. TELÒ, *L'Europa potenza civile*, op. cit., pp. 142-58.

²⁶ M. FERRERA, «Verso una cittadinanza sociale aperta. I nuovi confini del welfare nell'Unione» en *Rivista Italiana di Scienza politica*, 2004, n.º 1, pp. 95 y ss.

²⁷ G. BUCCI y L. PATRUNO, «Riflessioni sul c.d. modello sociale europeo, sull' Europa «sociale» dei capi di governo e sul mutato rapporto tra costituzione ed economia, op. cit.

política del «modelo social» supone la erosión de los Estados sociales, aunque esto sea unánimemente aceptado²⁸.

Así pues, el discurso sobre el «modelo social europeo» permite evadir las exigencias que impone la construcción de la ciudadanía social. Como señalábamos poco antes, la noción de ciudadanía impone la intervención normativa desde la instancia europea con criterios unificadores de estándares definidos desde este ámbito, introduce, por ello, el debate sobre los Derechos sociales en la Unión europea.

Por otro lado, la vinculación conceptual entre modelo social y ciudadanía social acaba por disolver ésta, impidiendo su afirmación. Sabido es que la diversidad de modelos que conviven en la Unión dificulta poder hablar de «modelo social europeo», pero en este contexto, agravado por las últimas ampliaciones, esto se convierte en un obstáculo insuperable si se tiene en cuenta los impulsos competitivos que incorpora la Constitución económica europea, especialmente agudizados desde Maastricht. La competencia entre ordenamientos en la situación de diversidad, no ya de modelos, sino de situaciones económicas, con una asimetría de rentas antes impensable, magnifica las externalidades negativas y dificulta la generalización de mínimos de protección social impuestos desde la instancia europea. La competencia entre ordenamientos y la afirmación de la subsidiariedad, en el contexto de la Constitución económica europea, dan como resultado una acentuación del particularismo²⁹ que impide los necesarios elementos de unidad desde la que definir la ciudadanía social europea. La paradoja es evidente. Por una parte, se vincula «modelo social europeo» a ciudadanía social pretendiendo que éste se configure como el núcleo del que se deduzca aquélla: modelo social como proto-ciudadanía social en el marco de las nuevas teorizaciones sobre la constitución europea. Por otra, el modelo social se configura de tal forma que impide la posibilidad de aquélla.

2.2. *Algunas consideraciones sobre el «modelo social europeo»*

Los contenidos del «modelo social europeo» también desmienten la construcción de una ciudadanía social. La mayoría de la literatura sobre el modelo social europeo coincide en la dificultad de su definición, por nuestra parte he-

²⁸ S. SIARRA, «Market freedom and fundamental rights» en *Social and labour rights in a global context. International and comparative perspectives*, Cambridge University Press, 2003, pp. 95 y ss.

²⁹ F. FARINA, «L'integrazione e la diversità. Quale modello sociale per L'Europa» en *Legitimare L'Europa. Diritti sociali e crescita economica*. Il Mulino, Bolonia, 2005, pp. 259 y ss.

mos propuesto tres aproximaciones para una tentativa de definición³⁰. La primera es la que configura el concepto a partir de la experiencia constitucional de los Estados miembros, unificando la variedad de esta tradición en torno a algunos rasgos que se pueden generalizar a la Europa occidental de la segunda posguerra mundial. Ciertamente es que la diversidad de los modelos crea problemas a la afirmación del propio concepto³¹, pero, en torno a una experiencia que permite una suerte de generalización, vinculada a la construcción del Estado social, se ha definido su contenido³². Los elementos más comúnmente admitidos se refieren a:

- Un sistema de protección social de carácter universalista.
- Un mercado de trabajo presidido por un sistema de derechos de los trabajadores de tutela, tanto del empleo, como de las condiciones de trabajo.
- Una presencia sindical significativa en la determinación de los salarios, lo que permitía un cierto nivel de redistribución en el mercado.

Como hemos dicho, el «modelo social europeo», en este caso, se construye a través de los Estados sociales nacionales y su tradición. Es desde éstos desde los que opera una legitimación, ampliada, de la Unión. Aunque, paradójicamente, la tensión que introduce la integración económica (integración negativa) en los Estados sociales nacionales acaba desnaturalizándolos³³. El ordenamiento comunitario, que usufructúa la legitimación de la tradición del Estado social es, a su vez, la fuente de normativa de la ruptura del constitucionalismo social.

³⁰ G. MAESTRO BUELGA, «El impacto de la ampliación de la U.E. sobre el «modelo social europeo», op. cit.

³¹ M. JEPSEN y A. SERRANO PASCUAL, «The European Social Model: an exercise in deconstruction» en *Journal of European Social Policy*, 2005, n.º 3, pp. 132 y ss.; F. W. SCHARPF, «The European Social Model: coping with the challenges of diversity» en *MPIFG working papers* 02/8, 2002; También B. KITTEL, «EMU, EU enlargement, and the European Social Model: trends, challenges and questions» en *MPIFG working papers* 02/1, 2002; H. MARHOLD, «Le «modèle social européen» existe-t-il?» en *L'Europe en formation*, 2006, n.º 4, pp. 9 y ss.

³² D. C. VAUGHAN-WHITEHEAD, *E.U. enlargement versus social Europe? The uncertain future of the European Social Model*. Cheltenham, U.K. Northampton, MA, USA, 2003, p. 6; F. W. SCHARPF, «The European Social Model: coping with the challenges of diversity», op. cit.; También B. KITTEL, «EMU, EU enlargement, and the European Social Model: trends, challenges and questions», op. cit.

³³ M. POIARES MADURO, «L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'Union Européenne», op. cit.; S GIUBBONI, «Verso la costituzione europea: La traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario» en *Diritti sociali e servizio sociale. Dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, Giuffrè, Milan, 2005, pp. 23 y ss.

Aunque la aproximación mayoritaria al «modelo social europeo» se haga mediante la apelación a la tradición del Estado social de los Estados miembros, la evolución del ordenamiento comunitario permite una incorporación de contenidos deducidos de éste. La debilidad del contenido social en los Tratados es un tópico que solo se ha atenuado recientemente. El Tratado de Amsterdam, con la introducción del Protocolo de política social, finalmente incorporado al mismo, marca la visualización del espacio social en el ámbito constitucional comunitario. Este viene representado también por la nueva definición de objetivos y la aparición de la política de empleo. La Carta de Niza es el último gran acontecimiento jurídico (*soft law*) que permite incorporar normativamente al ordenamiento comunitario a la dinámica legitimadora del modelo social³⁴. Aunque más adelante nos detendremos en algunas consideraciones jurídicas sobre la Carta y su contexto constitucional, ahora, consideramos más importante detenernos en lo que hemos llamado la definición política del modelo social europeo³⁵. Ello nos permitirá realizar la conexión entre Constitución económica y dimensión social, porque, en la definición política del modelo social, éste se construye como dependiente de aquélla.

2.3. *Dimensión económica y dimensión social en el «modelo social europeo»*

El debate sobre el déficit social europeo y su superación ha sido el del equilibrio entre integración positiva y negativa en la construcción europea, pues de esta relación depende la propia afirmación del modelo social³⁶. De hecho, la consagración del término acaba produciéndose sobre la base de la visibilidad del espacio social en las últimas reformas de los Tratados. La construcción y el uso de este concepto por parte de las instituciones europeas muestran cómo el pretendido equilibrio entre integración positiva y negativa no solo no existe, sino que aquélla se subordina a las necesidades de ésta. Sin embargo, sin este equilibrio no puede construirse la ciudadanía social europea.

Desde el Consejo de Lisboa, aquel que pretende simbolizar la recuperación de la intervención social, la subordinación de la política social aparece como incontestable. Las referencias al «modelo social europeo» se hacen bajo el

³⁴ G. BRONZINI, «Il modello sociale europeo e il processo costituente dell'Unione» en *Fondazione Lelio Basso e Lisl basso*, Osservatorio sull'Europa, paper 1/2003. WWW:fondazionebasso.it

³⁵ G. MAESTRO BUELGA, «El impacto de la ampliación de la U.E. sobre el «modelo social europeo», op. cit.

³⁶ F. W. SCHARPF, «Integrazione negativa e integrazione positiva: I dilemi della costruzione europea» en *Stato e Mercato*, 1998, n.º 52, pp. 21 y ss.

rótulo de la modernización. La agenda social de Lisboa es la de la modernización del modelo social y su fórmula es la de un «Estado activo de bienestar». La política de empleo, la gran aportación de este Consejo, sanciona el tránsito a la empleabilidad, trasladando la estrategia interventora a la capacitación de la mano de obra y la flexibilidad del mercado de trabajo. Lo determinante, ya desde la agenda de Lisboa, es la pérdida de la autonomía de la política social que aparece subordinada a la económica. Esta subalternidad se expresa, interiorizando, en la propia definición del modelo social, el paradigma del *workfare*³⁷ contrapuesto al *welfare*, propio de la ciudadanía social de la postguerra. La comunicación de la Comisión, al año del Consejo de Lisboa, clarifica el sentido del Estado activo de bienestar y del vínculo económico de la política social «Las políticas sociales no son simplemente el resultado de unas políticas y un rendimiento económicos favorables, sino que son, al mismo tiempo, un instrumento y un marco de trabajo. En este contexto, la modernización del modelo social significa desarrollar y adaptar el mismo a los rápidos cambios de la nueva sociedad y la nueva economía y asegurar el apoyo mutuo de las políticas económicas y sociales» (COM (2001) 313). Más concluyente se muestra el Consejo de Barcelona (15-16 de mayo de 2002) «El modelo social europeo se basa en un buen funcionamiento de la economía, en un alto nivel de protección, educación y diálogo social. Un Estado activo de bienestar debería alentar a las personas a trabajar, puesto que el empleo es la mejor garantía contra la exclusión social» (conclusiones de la presidencia). La tensión entre protección y economía se expresa en la fórmula: hacer que trabajar sea rentable.

Las propuestas previas a la revisión de la agenda de Lisboa refuerzan esta posición acentuando la subalternidad de la política social «Esta comunicación tiene por objeto proponer una gama de incentivos que puedan favorecer la empleabilidad. Hacer que el trabajo sea rentable y proporcionar un alto nivel de protección social para todos y al mismo tiempo, evitar los costes presupuestarios excesivos. La modernización de los sistemas de protección social de los Estados miembros es esencial para eliminar los elementos desincentivadores inherentes al trabajo y crear incentivos y condiciones adecuadas para hacer que el trabajo sea más atractivo.

La expresión «hacer que el trabajo sea rentable» define en particular, las propuestas de la Comisión dentro de su Plan de acción sobre capacidades y movilidad. Dichas políticas están destinadas a reformar los sistemas fiscal y de

³⁷ B. JESSOP, «Hacia un Estado de trabajo schumpeteriano. Observaciones preliminares sobre la economía política postfordista» en *Crisis del Estado de bienestar. Hacia una nueva teoría del Estado y sus consecuencias sociales*. Univ. Nacional de Colombia, 1999, pp. 63 y ss.

prestación con vistas a proporcionar incentivos económicos adecuados para aceptar un empleo, permanecer en el mercado laboral, incrementar los esfuerzos en el trabajo» (COM (2003) 842).

Veamos qué sucede después del fracaso del Tratado constitucional en los referendums de Francia y Holanda, donde emergió una contestación que volvía a situar en el debate político el déficit social europeo.

El Parlamento europeo, en 2006, se aproxima al modelo social sobre la base de la comunicación de la Comisión sobre la agenda social 2006-2010 (COM (2005) 33), donde no se registran novedades. La Comisión recuerda que la revisión de la agenda de Lisboa es el marco de intervención europea y reafirma la subordinación de la política social al vínculo económico. La modernización del modelo social, la primacía de la competitividad económica y la formulación de una intervención social vinculada al empleo, definida por las exigencias de la competitividad, siguen siendo los ejes de la definición de la agenda social. Por otra parte, los instrumentos de acción resultan manifiestamente insuficientes para acometer cualquier intervención social en el nuevo cuadro de la Unión ampliada. La apelación al diálogo social, el Fondo social, a enmarcar en la extrema debilidad presupuestaria de la Unión, y al MAC, ilustran la asimetría entre espacio económico y social confirmando al mercado como el ámbito de la política social. Por ello el mercado de trabajo, funcionalizado, es el núcleo de la política social.

Sobre estas bases el Parlamento define el «modelo social europeo para el futuro» (Resolución 2005/2248 (INI)). Confirmando la constante ideológica que preside la aproximación al modelo social, el eje de su propuesta es la reforma. Sus preocupaciones fundamentales serán, en este marco, la posible quiebra de los sistemas de Seguridad social, la plena realización del mercado interior que, generando crecimiento y competitividad, permitirá incrementar el bienestar, y las reformas de los mercados de trabajo.

La sostenibilidad de los sistemas de Seguridad social, que debe presidir su reforma conlleva inevitablemente una llamada a la introducción de la lógica privada en los mismos, incrementando la mixtificación de la protección y debilitando su dimensión pública y tutelar. «Considera que los Estados miembros, sin dejar de respetar los principios de solidaridad y subsidiariedad, deberían reflexionar para encontrar modos alternativos de financiación de esos sistemas que fomenten la realización de reformas dinámicas... promoviendo el principio de subsidiariedad vertical y horizontal entre instituciones y población» (apartado 19 de la resolución del Parlamento europeo «Un modelo social europeo para el futuro»). La contradicción entre gasto social y competitividad se expresa en su llamada a la orientación del gasto público dirigida a la incentivación del trabajo,

en esa consagración, ya indiscutible, del *workfare*. Estas alusiones a la definición política, por las instituciones europeas, del modelo social muestran la incapacidad de construir desde este proyecto una ciudadanía social europea, a la vez que erosiona la ciudadanía social estatal. El «modelo social europeo», que pretende beneficiarse del aporte legitimador de la ciudadanía social estatal, insertándola en un nuevo paradigma constitucional compuesto, es en realidad destructor de la propia ciudadanía social, por que impone un modelo que la hace imposible. Que disuelve la autonomía de la política social³⁸, perdiendo toda significación desmercantilizadora, base de su capacidad tutelar, que presidía su perfil en el Estado social.

2.4. *Ciudadanía social versus solidaridad competitiva*

Es preciso ahora realizar algún acercamiento al modelo que impide la afirmación de la ciudadanía social. La relación entre política social, que no Derechos sociales, y constitución económica europea se construye de forma antitética a la establecida en el Estado social. Durante cierto tiempo, hasta la intensificación del proceso de integración, la doctrina afirmaba que la constitución económica comunitaria suponía a los sistemas de derechos sociales de los Estados miembros, reforzándolos³⁹. Se predicaba la convivencia entre sistemas que no se presentaban como contradictorios y de los que se afirmaba su autonomía. Por ello la intervención europea iba dirigida, ante todo, a impedir la influencia de estos en la construcción del mercado de trabajo común⁴⁰. Ahora, esta interpretación se revela como un discurso agotado. La contradicción entre los modelos⁴¹ solo se salvaba por la relativa autonomía económica de los Estados miembros que ahora ha decaído impulsada desde la Comunidad. En el constitucionalismo social la economía estaba condicionada por el vínculo social que legitimaba la intervención pública correctora del mercado. En el ordenamiento comunitario el modelo

³⁸ E. ALES, «Dalla politica sociale europea alla politica europea di coesione economica e sociale. Considerazioni critiche sugli sviluppi del modello sociale europeo nella stagione del metodo aperto di coordinamento» en WP C:S:D:L:E: «Massimo D'Antona» 5/2007.

³⁹ S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*. Il Mulino, Bolonia, 2003, p. 23.

⁴⁰ T. DE LA QUADRA SALCEDO, *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, CEC, Madrid, 1995, pp. 9-11.

⁴¹ A. SOMMA, «Scieza giuridica e politica nella costruzione del diritto privato comunitario» en *Rivista Critica del Diritto privato*, 2006, n.º 2; también «Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti»

se construye sobre el principio contrario: el del vínculo económico a la política social⁴², que se articula normativamente mediante la incontestable prevalencia de la competencia en el ordenamiento europeo, funcionalizando la política social⁴³ al mercado que reclama como único principio la competencia. La política social solo es insertable en este modelo desde la lógica de la rentabilidad y la disciplina (*workfare*). «Quien quiere todavía el Estado social está constreñido —si se quiere ser políticamente correcto— a demostrar que éste o aquél servicio social es estrictamente «funcional» a colocar sobre el mercado a los «indolentes». Que el *welfare* tiene un valor, sobre todo, «económico»⁴⁴.

El mercado y la competencia disuelven a la política social e impiden hablar de Derechos sociales, sin los que no se puede afirmar la ciudadanía social. El impulso público de la competencia y el mercado como principios absolutos impone la exclusión del status constitucional de los Derechos sociales propio del constitucionalismo social, desnaturalizando el papel constitucional del espacio social en el ordenamiento europeo. El nuevo compromiso del poder público en la tutela de la autonomía del mercado que incorpora el constitucionalismo económico europeo se configura como límite a la afirmación de la ciudadanía social «¿Pero qué quiere decir, exactamente, para el Estado actuar sobre el *a priori* del mercado? Quiere decir, sustancialmente, hacer plenamente operativas, consentir que adquieran plena autonomía, que se vuelvan características permanentes del mercado las variables condicionantes de un régimen *puro* de la competencia...La tarea del Estado, en otras palabras, es neutralidad respecto del mercado, pero de intervención respecto a la sociedad, para dirigirla hacia el mercado⁴⁵». El modelo que marca el tránsito de la ciudadanía social a la solidaridad competitiva es el del «Estado de mercado»⁴⁶.

Aunque el tránsito a un modelo social correspondiente al constitucionalismo económico europeo es una cuestión de coherencia de modelo, la literatura al respecto no es unánime y se confrontan dos propuestas explicativas. Por un lado,

⁴² G. MAESTRO BUELGA, «il Costituzionalismo democratico sociale e la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea» en *Quaderni Rassegna Sindacale*, 2004, n.º 1, pp. 115 y ss.

⁴³ A. CANTARO, «Il secolo lungo. Lavoro e diritti sociali nella storia europea», Ediesse, Roma, 2006, pp. 180-1.

⁴⁴ A. CANTARO, «Diritti sociali e neocostituzionalismo europeo» en *Diritti e società di mercato nella scienza giuridica europea* (a cura di Delia La Rocca) Giappichelli, Turin, 2006, pp. 91 y ss.

⁴⁵ G. BUCCI y L. PATRUNO, «Riflessioni sul c.d. modello sociale europeo, sull' Europa «sociale» dei capi di governo e sul mutato rapporto tra costituzione ed economia», op. cit.

⁴⁶ Expresión que ha adquirido una cierta relevancia desde su formulación por P. BOBBITT en *The shield of Achilles...*; ver también «Marketing the future of the State» en *The New Statesman*, 17 enero, 2003.

aquella que entiende que los modelos de *welfare* no han sido puestos en entredicho por el nuevo paradigma económico y, por tanto, en sus aspectos fundamentales se mantienen, si bien son afectados por procesos de reestructuración para asegurar su continuidad. De esta forma el modelo social europeo, en esencia continua inatacado y se confirma como fuente de ciudadanía social europea definida desde los Estados miembros. Por otro lado, la que reconoce el cambio de modelo en abierta contradicción con el gestado en el Estado social, confirmando el tránsito a la «solidaridad competitiva» que profundizando la subalternidad de la política social impide la afirmación de la ciudadanía social europea.

La primera propuesta viene representada, por su argumentación y elaboración, por Pierson⁴⁷. Su interpretación de la evolución de las políticas sociales se realiza descontextualizada, desvalorizando la relación que establece con el nuevo constitucionalismo económico y, en el caso de los *welfare* europeos, prescindiendo de la función homogenizadora y dirección de modelo que realiza la Unión europea. Realiza una labor de tecnificación en la que la relación entre economía y política que ha construido el marco de la ciudadanía social en la Europa occidental es sustituida por parámetros ajenos a la conformación del modelo de los *welfare states*, todo ello, lleva a entender que la agresión a los Estados de bienestar no es tan profunda como para hacer peligrar su continuidad. El problema es el de su reestructuración, más que el su supervivencia como modelo. Ciertamente su afirmación viene matizada por la distinta afectación de los sistemas de bienestar de los distintos modelos, en la medida en que las bases de partida, los actores políticos y las características de cada uno de ellos los coloca en distinta posición para afrontar las reformas del sistema. La distinción entre los modelos de *welfare* que propone Esping-Andersen⁴⁸, constituyen la base de partida de su análisis que justifica la diversidad de situaciones y de respuestas nacionales, pues este es el marco de reflexión que propone.

Los elementos determinantes de la resistencia de los *welfare states*, en sus distintas variantes, que permiten afirmar su continuidad, son los electorales y, lo que este autor llama, la «tenacidad institucional» (*stickiness*) son los que impiden la ruptura del modelo⁴⁹. El primer elemento hace referencia al apoyo que mayoritariamente se mantiene a los sistemas de *welfare* y el segundo implica la tenden-

⁴⁷ P. PIERSON, *The new politics of the welfare*, Oxford University Press, 2001.

⁴⁸ G. ESPING-ANDERSEN, *The three worlds of welfare capitalism*, Princeton University Press, 1990.

⁴⁹ P. PIERSON, «Sobrellevando la austeridad permanente. Reestructuración del Estado de bienestar en las democracias desarrolladas» en *Zona Abierta*, 2006, n.º 114/115, pp. 43 y ss.

cia a la continuidad de los institutos de protección social una vez puestos en marcha, la resistencia de estos constituirían un factor de estabilidad que refuerza la permanencia del modelo, que solo se ve afectado por la reestructuración a que obliga las presiones a que están sometidos. Las tres tendencias que se introducen, en distinta medida según los modelos de *welfare* de partida, son la remercantilización, la contención del gasto y la recalibración. En los modelos liberales la remercantilización está presente en mayor medida, la contención del gasto es un rasgo general a todos los modelos y la recalibración, como ajuste, es la medida de la reforma de los modelos socialdemócratas. Las reformas necesarias en todos los casos, en su interpretación, no han comprometido al modelo de *welfare*.

La unidimensionalidad de los programas de bienestar como objetos de análisis y su descontextualización permiten esta conclusión. Ya en los años setenta Giannini⁵⁰ nos avisaba del error de analizar el Estado social desde la perspectiva exclusiva de la protección social, sin contextualizarla en el conjunto de transformaciones que incorpora el Estado social y que conforman el modelo. Desde este planteamiento, la continuidad formal de la política social es un dato que no determina la permanencia del modelo, el análisis de las transformaciones, que incluso en esta interpretación se reconocen, en el contexto del constitucionalismo económico europeo es el que permitirá esclarecer la ruptura del modelo social del Estado social.

Esta construcción resulta llamativamente paralela, en cuanto a la eficacia, resistencia y exigencias de reforma, a la formulada por Sapir⁵¹, que contribuye a legitimar las llamadas a la modernización de los sistemas de *welfare* de los Estados por parte de la Comunidad. Aunque la clasificación de los modelos de *welfare* europeos difiere de la de Esping-Andersen y, por tanto del esquema utilizado por Pierson, el paralelismo es evidente. Los modelos continental y mediterráneo son considerados como ineficaces, insostenibles y perturbadores para el funcionamiento del sistema económico exigiendo estrategias de reforma urgentes.

Las reformas que se reclaman para estos modelos se refieren esencialmente al mercado de trabajo y al sistema de pensiones, que resultan ser los objetivos de la estrategia de reformas impulsados por la Comunidad. La lógica del *workfare* se impone en los mecanismos de protección al trabajo y la de la remercantilización en el sistema pensionístico. El modelo anglosajón se sitúa como referencia en la

⁵⁰ M. S. GINNINI, «Stato sociale: una nozione inutile» en *Scritti in onore di C. Mortati*. Vol. I, Giuffrè, Milan, 1977.

⁵¹ A. SAPIR, «Globalisation and the reform of European social models» (Documento presentado a la reunión informal del ECOFIN en Manchester 9 sep 2005), en www.bruegel.org, 2005; También «Globalization and the reform of European social model» en *Journal of Common Market Studies*, 2006, n.º 2, pp. 369 y ss.

estrategia de reformas, a pesar de que en su diagnóstico, Sapir atribuye al modelo nórdico un alto grado de eficacia. La afectación del modelo es clara, el núcleo de la intervención desvirtúa la protección social que ha caracterizado la ciudadanía social en el Estado social. Establece, como criterio de reforma, la compatibilidad subalterna del núcleo de ciudadanía con las exigencias del sistema económico y, en especial, de la competitividad. Cualquier análisis de la evolución de la política social que no trascienda el elemento formal del mantenimiento de sistemas de protección social resulta problemático para entender las transformaciones de la forma de Estado. Son el nuevo significado de la intervención social y su ubicación en el nuevo constitucionalismo económico europeo, los que permiten captar la naturaleza de los cambios registrados.

Frente a estas interpretaciones el cambio de modelo es resaltado por otras contribuciones, confirmando su inserción en un nuevo marco contextual que afecta a la forma de Estado que se impone en la Unión desde Maastricht.

La solidaridad competitiva, por usar la expresiva fórmula de Streeck⁵², ilustra el cambio de modelo y la nueva significación de la política social en el mismo. La subordinación de la política social a los imperativos económicos determina, en esta interpretación, la ruptura del modelo «la competencia constituye una fuerza altamente invasiva: tiene la capacidad de transformar las características de la solidaridad incluso en aquellas economías que han conseguido responder con éxito a la intensificación de las presiones del mercado»⁵³. La nueva solidaridad difiere de la anterior, ya no responde a un modelo distributivo y a una lógica interventora de corrección del mercado, sino que se inserta en él. Solo en el mercado es posible ésta. Por ello, la política social se inserta en la estrategia de aumentar las condiciones de competencia nacionales en el mercado único, el marco es la competencia interna y la naturaleza de la solidaridad cambia para volverse una solidaridad de naturaleza productiva y competitiva. La intervención social pasa ahora a realizarse actuando sobre la capacidad de competir de las personas en el mercado. La solidaridad debe realizarse a través del mercado. El «igualitarismo de la oferta»⁵⁴ impregna de una lógica concurrencial a la intervención social, la remercantiliza. La protección contra los riesgos del mercado consiste en potenciar su inserción en el mismo, esta es la nueva paradoja de la solidaridad competitiva.

⁵² W. STREECK, «Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva» en *Stato e Mercato*, 2000, n.º 58, pp. 3 y ss.

⁵³ W. STREECK, «Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva», op. cit.

⁵⁴ W. STREECK, «Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva», op. cit.

La estrategia de intervención social se ha trasladado a la capacitación de la mano de obra. La literatura actual sobre la *capability*⁵⁵, nuevo núcleo de la política social, ilustra este tránsito. Colocar en mejores condiciones de competencia a las personas es funcionalizar la solidaridad al mercado subordinándola, proporciona, mediante la intervención social pública, mejores condiciones de competencia al capital. Convertir a la capacitación en el núcleo de la política social es pervertir el modelo, convertir al mercado en la fuente de la solidaridad.

Por otra parte, si la afectación radical de las políticas sociales ligadas al trabajo son determinantes en la afirmación del cambio de modelo, la política social no vinculada directamente al mercado de trabajo también se resiente. No solo porque la transferencia de recursos al «igualitarismo de la oferta» produce este efecto, sino porque los otros ámbitos de intervención se insertan, también, en la lógica remercantilizadora. Si la solidaridad supone ahora un costo de producción⁵⁶, esto implica que los ámbitos de intervención social deben medirse por su rentabilidad económica, configurándose como espacios híbridos donde la remercantilización se impone como criterio de acción. Esto afecta no solo a los nuevos espacios de protección que emergen como consecuencia de la aparición de nuevas demandas de tutela social, sino a los sectores maduros, sometidos cada vez más a la presión mercantil y convertidos en ámbitos de intervención privada, donde se impone la dinámica de la competencia. En este modelo, el mercado y su vis absorbente actúan impidiendo la afirmación de la ciudadanía social, pues como hemos señalado ésta se afirma, adquiriendo cierta autonomía, frente a aquél.

3. COMPETENCIAS DE LA UNIÓN Y CIUDADANÍA EUROPEA

Aunque el problema fundamental que afecta a la afirmación de la ciudadanía social europea es el modelo en que ésta debe de insertarse, que resulta refractario a su afirmación, ha sido señalado también, como parte de la cuestión, una dimensión institucional: el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros. Esta distribución dificultaría poder hablar de ciudadanía social en cuanto, a pesar de las afirmaciones contenidas en los Tratados, que pretenden visibilizar el espacio social, la política social queda en manos sustancialmente de los Estados, lo que relativiza el alcance de los objetivos sociales «Los objetivos de

⁵⁵ R. SALAIS y R. VILLENEUVE, «Introduction: Europe and the politics of capabilities» en *Europe and the politics of capabilities*, Cambridge University Press, 2004, pp. 1 y ss.

⁵⁶ B. JESSOP, «Reflexiones sobre la (i) lógica de la globalización» en *Zona Abierta*, 2000, n.º 92-3, pp. 95 y ss.

la Unión y los instrumentos para su realización vienen así encorsetados en las «competencias», privando a cualquier sujeto político, y a los ciudadanos europeos en primer lugar, de la posibilidad jurídica de influenciar en modo alguno su determinación y desarrollo»⁵⁷. De esta forma el espacio europeo no solo resulta incapaz de configurarse como ámbito de Derechos sociales y por ello de ciudadanía social, sino que éste se convierte en mecanismo de erosión de la ciudadanía social estatal. La ciudadanía multinivel no solo no crea un espacio europeo de ciudadanía social sino que afecta a la estatal⁵⁸. Esta característica del ordenamiento europeo lejos de ser una anomalía disfuncional forma parte del modelo y es funcional a la consagración de la competencia y a la centralidad del mercado como principios absolutos del constitucionalismo europeo⁵⁹. Como señala Streeck, la fragmentación institucional propicia la competencia y la intensifica⁶⁰, por eso no puede verse como una disfuncionalidad a corregir, sino como un diseño que se inserta en su Constitución económica.

Ni siquiera el episodio más importante que afecta a la construcción de la ciudadanía europea: la Carta de Niza, ha supuesto una modificación del sistema competencial. A pesar de instaurar un espacio de derechos nuevo que reclama reforzar los espacios de intervención que afectan a los derechos, la Carta confirma el sistema de los Tratados relativizando el alcance de su contenido. Por ello resulta paradójico que junto a la recepción constitucional de la Carta en el Tratado constitucional, el art. II-51.2 expresamente mencione que el sistema competencial permanece inmodificado por ésta. La limitación instrumental del nuevo espacio de derechos obliga a interpretar el sistema competencial como un elemento de la Constitución económica, que permite actuar en el ámbito de los Derechos sociales nacionales sin configurar un sistema europeo «es un cuadro de derechos supranacionales débiles que debilitan derechos nacionales fuertes de ciudadanía social e industrial»⁶¹. Posiblemente esta sea una de las razones de la dicción literal de los Derechos sociales contenidos en la Carta que, como seña-

⁵⁷ F. BILANCIA, «Referendum, populismo e moneta unica. A proposito della costituzione europea» en *Costituzionalismo.it*, 16/06/2005.

⁵⁸ W. STREECK, «Ciudadanía bajo régimen de competencia. El caso de los «comités de empresa europeos» en *Ciudadanía: justicia social, identidad y participación*, siglo XXI, Madrid, 1999, pp. 45 y ss.

⁵⁹ G. MAESTRO BUELGA, «El sistema de competencias en la constitución económica europea: Unión y Estados miembros» en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2006, n.º 6, pp...

⁶⁰ W. STREECK, «Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva», op. cit.

⁶¹ W. STREECK, «Ciudadanía bajo régimen de competencia. El caso de los «comités de empresa europeos», op. cit.

la Ferrara⁶², impone una especie de intermediación estatal para la efectividad de estos derechos que condiciona la afirmación de derechos europeos. El art. II-51.2 impone una formulación por la que se declaran Derechos sociales sin soporte institucional para su actuación.

No es este el lugar para un análisis detenido del sistema competencial europeo, por ello, nos limitaremos a hacer una interpretación del mismo en el marco de las exigencias de su Constitución económica y del modelo social.

Aunque el sistema de reparto competencial formalmente se define en el ordenamiento comunitario en base al principio distributivo y así es recibido jurisprudencialmente, lo cierto es que la dinámica de funcionamiento de éste viene presidida por el principio funcionalista⁶³, cuya capacidad expansiva se ha basado en la definición de los objetivos de la Comunidad. Los objetivos de la Comunidad determinan la lógica material de la intervención europea, solo parcialmente controlada por la precisión competencial contenida en la regulación de las políticas. La evolución competencial ha venido marcada por este criterio material-funcionalista hasta el agotamiento relativo de la demanda de intervención⁶⁴, que da paso a un proceso de racionalización que se trasluce, en cierta medida, en el fracasado Tratado constitucional. Parece lógico pensar que si el proceso de integración económica (mercado único y UEM) reclamó un incremento competencial, que se correspondía a la demanda de intervención funcional a estos objetivos, el espacio social que se visibilizaba paulatinamente en los Tratados y, posteriormente, el espacio que abría la Carta de derechos, impusiese una consagración normativa de nuevos espacios de intervención. Sin embargo no ha sido así. El espacio social aparece confinado al ámbito de la legitimación formal, encontrando una esfera restringida de acción comunitaria.

A los objetivos sociales formulados esencialmente como alto nivel de empleo y protección social (art. 2 Tratado) se corresponden competencias contenidas en el art. 3 como «el fomento de la coordinación entre las políticas en materia de empleo de los Estados miembros...mediante el desarrollo de una estrategia coordinada para el empleo», «la política en el ámbito social que incluya un Fondo Social Europeo», «el fortalecimiento de la cohesión económica y social, «Una contribución al logro de un alto nivel de protección de la salud» y «Una contribución a una enseñanza y una formación de calidad». Las competencias econó-

⁶² G. FERRARA, «Il mercato costituente» en la *Rivista del Manifesto*, noviembre 2003, n.º 44

⁶³ J. H. H. WEILER, «l'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità» en *Quaderni Costituzionali*, 2000, n.º 1, pp. 7 y ss.; A. MANZELLA, «La ripartizione di competenze tra Unione europea e Stati membri» en *Quaderni Costituzionali*, 2000, n.º 3, pp. 531 y ss.

⁶⁴ M. NETTESHEIM. «The order of competence within the Treaty establishing a Constitution for Europe» en *Governing Europe under a Constitution*, Springer, Berlin 2006, pp. 309 y ss.

micas vinculadas al establecimiento del mercado común y a la UEM se formulan en términos fuertes (arts 3 y 4) mientras que las relativas al espacio social son menos incisivas y establecen la primacía en esos ámbitos de los Estados miembros. Se configuran desde el punto de vista de la Comunidad como competencias compartidas débiles, en cuanto su espacio de actuación es reducido. La especificación de las competencias contenidas en los títulos correspondientes a las políticas de la Comunidad evidencia esta debilidad. El título VIII y el XI muestran la definición de un espacio residual de intervención formalmente definida por la coordinación, el apoyo y la complementación y con instrumentos que contrastan con los establecidos para la política económica. Además la definición de las políticas sociales incorpora la exigencia de compatibilidad con la política económica imponiendo su carácter subordinado. Más aún, los instrumentos financieros necesarios para una intervención social no resultan verosímiles para ese cometido. El Fondo Social, instrumento fundamental, tiene una dimensión residual dentro de un presupuesto unánimemente admitido como notoriamente insuficiente⁶⁵. Parece evidente que el diseño competencial impide una intervención que permita establecer las bases para una ciudadanía social europea. Aunque, como hemos señalado, este diseño competencial forma parte del modelo económico que impone como criterio central la competencia, desplegando efectos interterritoriales en el interior de la Comunidad.

El sistema competencial en materia social de la Comunidad debe ser interpretado en la interacción de los siguientes elementos, para percibir el alcance funcional del mismo. En primer lugar, debe tenerse en cuenta el paulatino abandono de la armonización legislativa a favor del principio del mutuo reconocimiento⁶⁶, especialmente trascendente en materia social. La armonización de mínimos sustituye a la imposición de estándares propios necesarios para la configuración de un sistema de protección social europeo⁶⁷ que compense el deterioro de los sistemas nacionales de derechos sociales. La renuncia a la armonización fuerte además viene propiciada por las condiciones para su uso en

⁶⁵ M. DEGNI, «Il potere di bilanci e il governo dell'economia» en *Una costituzione per l'Europa. Potenzialità e limiti del nuovo ordinamento dell'Unione*, (a cura di Petrangeli, F.), Roma, CRS y Ediesse, 2004, pp. 115 y ss.; S. BIASCO, «La governance dell'economia nella Costituzione europea» en *Dalla Convenzione alla Costituzione. Rapporto 2005 della Fondazione Istituto Gramsci sull'integrazione europea* (acura di G. Vacca), Bari, Dedalo, 2005, pp. 131 y ss.

⁶⁶ S. CASSESE, «La Costituzione economica europea» en *Riv. Ital. Dir. Pubblico Comunitario*, 2001, pp. 907 y ss.

⁶⁷ M. POIARES MADURO, «L'équilibre insaisissable entre la liberté économique et les droits sociaux dans l'Union Européenne» en *L'Union Européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, Bruselas, 2001, pp. 465 y ss.

materias centrales para la protección social (regla de la unanimidad, art. 137.3 de los Tratados). En segundo lugar, como hemos aludido, la utilización cada vez más amplia del principio del mutuo reconocimiento⁶⁸, que si bien no se configura como un principio general en el ordenamiento comunitario, acredita una influencia notoria. Este principio juega un papel determinante en el impulso de la competencia entre legislaciones y de contención del espacio social⁶⁹. En tercer lugar, debemos tener en cuenta el *stress* social que produce la ampliación a 27 miembros de la Comunidad. La situación económica y social de los nuevos miembros y los sistemas de *welfare* que introducen, tras la desaparición de los llamados países del socialismo real, (que responden más al modelo americano que a la tradición occidental europea) introducen un factor de competencia intensificado que supone un elemento de contención adicional para la ampliación del espacio social. Debe considerarse que esta tensión juega en un marco presupuestario especialmente desfavorable que no contribuye a atenuar este *stress* sino que lo agrava.

La ampliación ha creado una demanda de intervención social que por insatisfecha incrementa, como respuesta, la tensión competitiva⁷⁰. A la vez los nuevos Países miembros de Europa Central y Oriental (PECO) contribuyen introduciendo un modelo distinto de *welfare*⁷¹, a la erosión del «modelo social europeo» ya de por sí indefinible, contribuyendo a consolidar el paradigma de la solidaridad competitiva. Este es el marco en el que actúa el sistema de reparto de competencias europeo en materia social. La debilidad competencial europea en estas materias y su atribución sustancial a los Estados resulta funcional a la dinámica de la competencia y explica la actuación sobre los sistemas nacionales de Derechos sociales.

4. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA CIUDADANÍA SOCIAL

Seguramente es la Carta de derechos el episodio normativo que más expectativas ha suscitado en relación con la afirmación de una ciudadanía social

⁶⁸ P. GRASSI, «Il principi del mutuo riconoscimento delle legislazioni nazionali nel diritto comunitario» en *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*. Giuffrè, Milan, 2006, pp. 391 y ss.

⁶⁹ F. BERTOLINI y G. COLAVITTI, «Il ravvicinamento delle legislazioni» en *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, op. cit., pp. 443 y ss.

⁷⁰ G. MAESTRO BUELGA, «El impacto de la ampliación de la U.E. sobre el «modelo social europeo», op. cit.

⁷¹ H. J. WAGENER, «The welfare in transition economies and accession to the EU» en *West European Politics*, 2002, pp. 152 y ss.

europea, especialmente por su novedad constitucional. Ciertamente, los problemas de ratificación del Tratado constitucional ponen en entredicho la Declaración de derechos europea. Si el consenso doctrinal en torno a la necesidad de la inclusión en el ámbito constitucional europeo de un sistema de derechos no forma parte de la propuesta de superación de la crisis constitucional, intensificaría el déficit de legitimación de la Unión y debilitaría la pretensión de legitimación por el derecho, de una estructura de poder que no logra superar los estándares democráticos acuñados por el constitucionalismo moderno⁷². En cualquier caso la Carta, en la redacción de su inserción en la parte IIª del Tratado constitucional fracasado, parece seguir siendo un punto de referencia para la reflexión de las cuestiones aquí abordadas. Lo es porque el concepto de ciudadanía, desde el punto de vista de su contenido, se construye sobre la base de los derechos y por ello reclama constitucionalmente su reconocimiento y tutela como premisa para la afirmación constitucional de la ciudadanía. A través de los Derechos sociales y de su constitucionalización en el Constitucionalismo social de la postguerra, la ciudadanía social trasciende a su inicial formulación sociológica para iusjuridificarse. Se trata, pues, de ver los problemas que se plantean en este proceso en el, hasta ahora, su momento más significativo, la CDFUE.

Varios son los problemas que se plantean desde la Carta. En primer lugar, como se sugiere por algunos planteamientos⁷³ si la ampliación del catálogo de derechos que introduce la Carta produce una suerte de ampliación de la ciudadanía social⁷⁴ que muta el paradigma laborista sobre el que articuló esta categoría. Esta novedad, posiblemente la más valorada⁷⁵ ilustraría el tránsito a una ciudadanía social desvinculada del trabajo y de las relaciones económica sociales, colocando en el centro al ciudadano⁷⁶, no ya al trabajador. En segundo, si la Carta establece un sistema europeo de Derechos sociales y, por ello se configura como el instrumento a partir del que definir la ciudadanía social. En ter-

⁷² M. DOGLIANI, «Può la Costituzione europea non essere una costituzione in senso moderato» en *Democrazia e Diritto*, 2003, n.º 2, pp. 80 y ss.

⁷³ S. MANGIAMELI, «I «nuovi diritti» nel costituzionalismo europeo» en *Diritti e società di mercato nella scieza quiridica europea* (a cura di D. La Rocca), Giappichelli, Turin, 2006, pp. 180 y ss.; C. MAGNANI, «I «nuovi diritti» nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea» en *Diritti e società di mercato nella scieza quiridica europea*, op. cit., pp. 219 y ss.

⁷⁴ R. GRECO, «Il modello sociale della Carta di Nizza», op. cit.

⁷⁵ M. CARTABIA, «I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione» en *La Costituzione europea. Un primo commento*, Il Mulino, Bologna, 2004; F. BANO, «l'Europa sociale nel Trattato costituzionale» en *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2005, n.º 4.

⁷⁶ M. PACI, *Nuovi lavori, nuovo welfare. Sicurezza e libertà nella società attiva*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 24.

cer lugar, y esta es una afirmación radical, si la Carta reconoce Derechos sociales, entendiendo por tales los que responden al perfil de esta categoría configurado en el constitucionalismo social. Esta última cuestión se conecta con la anterior. Todos los problemas planteados contribuyen a responder a la cuestión planteada en este trabajo, es decir, a la posibilidad de hablar de una ciudadanía social europea.

La primera cuestión es a menudo planteada como una evolución propia de la lógica de los derechos inserta en el constitucionalismo contemporáneo. La fundamentación laborista de la ciudadanía social es fruto del primer momento de construcción del Estado social que inevitablemente debe verse afectado por la lógica expansiva y universalizadora de los derechos «De estos últimos documentos emerge una «cultura» de los derechos, que refleja las expectativas y los problemas de una sociedad fuertemente secularizada, pero también caracterizada por el fenómeno de dispersión de los *cleavages* y de multiplicación de las identidades, que ha sido rasgo caracterizante después de la crisis de las grandes familias políticas, que han constituido la osatura de las constituciones y de las cartas de derechos de la segunda postguerra»⁷⁷. Las demandas de protección, extendidas a nuevos campos todavía opacos en el inmediato constitucionalismo de la postguerra, y la transformación de las relaciones económicas exigirían y explicarían la nueva ciudadanía social. Queda por ver si este aparente cambio de modelo responde a esta dinámica expansiva o es fruto de un proceso distinto de fragmentación y remercantilización-individualización de los derechos que exige el abandono de la subjetivización del trabajo en el universo constitucional de los derechos. Que produce una suerte de mutación de los sujetos: del ciudadano al consumidor⁷⁸.

De esta forma los nuevos derechos no tendrían tanto una función ampliadora del patrimonio jurídico de los ciudadanos, sino sustitutiva⁷⁹. Sancionan el abandono de la protección frente a las condiciones sociales desligando la tutela jurídica de tales condicionamientos, sustituyéndolos por una parcelación, una atomización de derechos reconducidos a múltiples situaciones vitales en cuyo centro está, ahora un individuo atomizado. Este ocasionalismo jurídico⁸⁰ pro-

⁷⁷ P. RIDOLA, «Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo» en *I diritti costituzionali*, vol I, Giappichelli, Turin, 2001, pp. 3 y ss.

⁷⁸ A. CANTARO, *Il Secolo lungo. Lavoro e diritti sociali nella storia europea*, op. cit., pp. 128.

⁷⁹ D. LA ROCCA, «Strategia dei diritti e società di mercato» en *Diritti e società di mercato nella scienza giuridica europea*, op. cit., pp. 3 y ss.

⁸⁰ D. LA ROCCA, «Strategia dei diritti e società di mercato», op. cit; también «La patrimonialización de los derechos en la ciencia jurídica europea» en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2006, n.º 5, pp. 121 y ss.

ducido por la trampa de la inflación de derechos⁸¹, como señala Weiler⁸², pretende compensar la debilitación de los derechos por la adquisición atomizada de más derechos, constituyendo al ciudadano europeo en consumidor de derechos⁸³. Se deteriora tanto el patrimonio protector como la calidad del sujeto protegido. El consumidor es la antítesis del sujeto del iusfundamentalismo jurídico establecido por el constitucionalismo del Estado social. A pesar de la virtualidad que algunos sugieren otorgarle en una nueva definición de la ciudadanía⁸⁴, colocándole como núcleo subjetivo del sistema, reindividualiza al ciudadano, desvinculándolo de la lógica social que introducía la cultura constitucional de la postguerra.

Desde esta perspectiva, la pretendida ampliación de la ciudadanía social resulta difícil de sostener, más aún, oculta la debilitación de la ciudadanía. La acumulación ocasionalista, poco tiene que ver con una ciudadanía social a la que se priva, precisamente de su dimensión social. La función sustitutiva⁸⁵ de la inflación de los derechos resulta la respuesta, en el ámbito iusfundamental, a la mercantilización de los derechos⁸⁶, a un sistema que introduce la centralidad del mercado disolviendo el vínculo social que inevitablemente introducen los derechos y la ciudadanía social al sistema económico.

Como ha señalado la doctrina, un análisis de la Carta evidencia un cambio fundamental respecto al constitucionalismo social, el abandono de la igualdad sustancial en la misma, frente a una valoración determinante de la igualdad formal⁸⁷. A la vez, los derechos más vinculados al trabajo pierden su dimensión colectiva, se individualizan, articulándose como manifestaciones de la libertad y contraponiéndose a la lógica prestacional y participativa de que les dotaba la ciudadanía social. Pasan a ser derechos de libertad, su dimensión colectiva se minimiza. El derecho al trabajo es mera libertad de trabajar (elección de profesión

⁸¹ A. CANTARO, «Diritti versus politica e società» en *Democrazia e Diritto*, 2006, n.º 3, pp.235 y ss.

⁸² J. H. H. WEILER, Entrevista a J. H. H. Weiler «I rischi dell'integrazione: deficit politico e fine della diversità» en *Interviste sull'Europa*. Integrazione e identità nella globalizzazione, Carocci, Roma, 2001, pp. 66.

⁸³ R. GRECO, «Il modello sociale della Carta di Nizza», op. cit.

⁸⁴ M. EVERSON y C. JOERGES, «Consumer citizenship in postnational constellation?» en *EUI working papers*, law n.º 2006/47.

⁸⁵ M. A. GARCÍA HERRERA, «Diritti nuovi e nuovi diritti nell'Unione europea» en *Diritti e società di mercato nella scienza giuridica europea*, op. cit., pp. 151 y ss.

⁸⁶ D. GRIMM, «Autonomia e libertà. Riflessioni sulla tutela dei diritti fondamentali e la «comercializzazione» en *Nomos*, 2001, pp. 9 y ss.

⁸⁷ G. BUCCI y L. PATRUNO, «Riflessioni sul c.d. modello sociale europeo, sull' Europa «sociale» dei capi di governo e sul mutato rapporto tra costituzione ed economia» op. cit.

u oficio o de buscar empleo en el mercado unificado) o se reduce a la protección en caso de despido injustificado. Los derechos prestacionales, corazón de la ciudadanía social, de debilitan, contrayendo los espacios de la solidaridad de la ciudadanía.

El segundo de los problemas planteados en relación con la Carta se refería a la capacidad para crear, desde ella, un sistema europeo de Derechos sociales que sirvan de base para la construcción de la ciudadanía social europea. En el modo como resultan formulados, la Carta no resulta un instrumento suficiente para este cometido⁸⁸.

Tal y como la doctrina ha reconocido⁸⁹ el problema que plantea la interrelación entre el constitucionalismo económico europeo y los sistemas nacionales de Derechos sociales, entre integración económica negativa y *welfare* estatal, es la erosión de los sistemas de protección social de los Estados miembros, que se produce desde la instancia europea. La exigencia de un sistema europeo de Derechos sociales emerge como intento de compensar el debilitamiento de los sistemas nacionales. Desde esta perspectiva, la intervención social europea debe responder a estándares propios que se impongan a los estados miembros y que garanticen a los ciudadanos europeos niveles de protección definidos desde el derecho de la Unión. No es posible, para justificar su ausencia, apelar a una suerte de ciudadanía social multinivel, pues precisamente la interacción entre el ordenamiento europeo y los nacionales es la fuente del problema. La ciudadanía social europea precisa de un contenido propio definido desde Europa, o no existirá.

El problema es que la Carta renuncia a una definición propia de los Derechos de solidaridad en ella contenidos. Si por una parte la formulación de los derechos es un problema, por otra el reenvío constante, en la definición de los mismos, a las «legislaciones nacionales» se constituye como problema formal para la construcción de la ciudadanía social. El reenvío constante a la legislación nacional y a la comunitaria, no solo debilita los Derechos sociales respecto a la tradición social más fuerte⁹⁰, sino que invierten su función, como señala Ridola, servirían como posible freno al derecho comunitario frente a los Estados miem-

⁸⁸ D. GRIMM, «Il significato della stesura di un catalogo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea» en *Diritti e costituzione nell'Unione europea*, Il Mulino, Bolonia, 2003, pp. 10 y ss.

⁸⁹ S. GIUBBONI, «Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario» en *Diritti sociali e servizio sociale*, op. cit., pp. 23 y ss.; C. EUZÉBY, «Redynamiser l'Europe sociale par un socle de droits minimaux: une nécessité?» en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 2006, n.º 502, pp. 575 y ss.

⁹⁰ A. CANTARO, «Il Secolo lungo. Lavoro e diritti sociali nella storia europea», op. cit. pp. 120.

bros⁹¹, aunque es dudosa la capacidad de resistencia de la carta, vista su configuración normativa, frente a la competencia entre ordenamientos. La cuestión no es tanto la imposición de la necesaria intermediación normativa, cuestión ya recibida constitucionalmente en el ordenamiento español, como el llamamiento a los ordenamientos estatales como forma de determinación de los contenidos de los Derechos sociales, que fragmenta los derechos y renuncia a la configuración de un sistema europeo. El constitucionalismo compuesto, en este caso, es una forma de evadir la cuestión.

El tercer problema planteado por la Carta es radical. Se trata de ver si la CDFUE crea Derechos sociales, sin los cuales resulta imposible la afirmación de la ciudadanía social europea. Si los Derechos de solidaridad de la Carta pueden considerarse como Derechos sociales, entendiendo como tales a esta categoría construida en el seno del Estado constitucional de la postguerra.

Que en la fase previa al Tratado constitucional, y todavía en estos momentos dada la crisis constitucional europea, podía afirmarse la ausencia de Derechos sociales en el ordenamiento europeo es perfectamente sostenible⁹², que tampoco la Carta modifica esta situación también se puede afirmar.

La tesis que se sostiene es que la CDFUE más que crear Derechos sociales, disuelve los derechos en las políticas, categoría, ésta, que resulta la antítesis de los derechos desde el punto de vista constitucional. El problema, tal y como lo plantea algún autor⁹³, me parece desenfocado. La cuestión no es que los Derechos sociales resulten fundamentalmente afectados por las políticas, es decir por la falta de materialización de políticas que los implementen, que los hagan realidad. La inactuación constitucional, obviamente es un problema, pero no afecta a la estructura y definición de los derechos, desde los que cabe la resistencia normativa-constitucional. Lo que la Carta hace, en la redacción del Tratado constitucional (art. 112.2), es privar de un contenido propio a los derechos, de una significación constitucional, y lo hace mediante el traslado de su definición a la parte III^a. De esta forma, las políticas se imponen a los derechos. La parte no constitucional de Tratado constitucional se impone a la constitución, desnaturalizando a los derechos. Obviamente, son los Derechos sociales los más afectados por este precepto y los que permiten hablar de desconstitucionalización, de disolución de los derechos en las políticas, que se impone normativamente. Se

⁹¹ P. RIDOLA, «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e lo sviluppo storico del costituzionalismo europeo» en *La Carta europea dei diritti*. Genova, 2002, pp. 22 y ss.

⁹² G. MAESTRO BUELGA, «Constitución económica y Derechos sociales en la Unión europea» en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2000, n.º 7, pp. 123 y ss.

⁹³ S. GIUBBONI, «L'ambigua «novita» dei diritti sociali europei» en *Diritti e società di mercato nella scienza giuridica europea*, op. cit., pp. 137 y ss.

opera, así, una forma de perversión, a través de la constitución se desconstitucionalizan los derechos.

Si esta consideración nace directamente de la dicción literal del Tratado constitucional, una interpretación contextual del mismo conduce a la misma conclusión. La Carta no puede considerarse un documento autónomo inserto en el Tratado constitucional, sino que establece una relación contextual con el resto del mismo⁹⁴. Esta relación no solo se impone como hemos visto (art. II-112.2) sino que se deduce de las partes I^a y III^a. La definición de la constitución económica del Tratado constitucional y la primacía del mercado que se establece en los objetivos (I-3) y, más evidentemente, en las políticas (cap. 2.º y 3.º), la acusada subalternidad de los derechos sociales que impone el Texto constitucional europeo los degrada como categoría constitucional, expulsando del ámbito constitucional a los mismos. El ordenamiento constitucional europeo confirma lo que todos intuimos, que ha sido Forsthoff quien finalmente ha vencido en la polémica sobre los derechos sociales y la cláusula de Estado social. Por ello, la Carta no es el instrumento a partir del cual puede construirse la ciudadanía social europea.

5. LA VIA JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ORDENAMIENTO EUROPEO

Debemos abordar ahora otra dimensión en relación con la ciudadanía social europea: la jurisprudencial. Si el ámbito normativo e iusconstitucional resulta insuficiente para su afirmación, la vía jurisprudencial podría coadyuvar a la construcción de ésta. Se trata de ver, en un paralelismo a su contribución a la afirmación en el espacio comunitario de los derechos fundamentales de tradición liberal, si el TJCE ha realizado esta función.

En este caso, sin embargo, encontramos mayores dificultades que nos muestran la insuficiencia de la vía jurisprudencial. De hecho los problemas que, en general pueden advertirse en materia de derechos fundamentales suponen un problema para la consolidación de un sistema de derechos en un contexto supranacional como el de la Unión europea. La influencia distorsionante de la lógica económica en materia de derechos⁹⁵, el inevitable casuismo en la confor-

⁹⁴ G. FERRARA, «Il mercato costituente», op. cit.

⁹⁵ J. A. HERNÁNDEZ CORCHETE, «La irrupción en la jurisprudencia del TJCE de los Derechos fundamentales como límite de las libertades económicas o de cómo vuelve a la escena la Doctrina Solange» en *Revista Española de Derecho Europeo*, 2006, n.º 19, 415 y ss.

mación del mapa de derechos y la difícil lectura común de la tradición constitucional de los Estados miembros⁹⁶, entre otras razones, llevan a la doctrina a demandar la positivización, en el derecho primario europeo, de los derechos como remedio a los problemas de garantía que comporta la intervención jurisprudencial. Esto se agrava en el caso de los Derechos sociales, pues la tensión entre estos derechos y los objetivos económicos es evidente. El distinto y privilegiado estatuto de las libertades económicas, se manifiestan con especial intensidad. Tanto es así, que los Derechos sociales ni siquiera han dado el salto a la categoría de principios generales del derecho comunitario, que permitió asentar los derechos de la tradición liberal en la jurisprudencia comunitaria.

La tensión entre solidaridad y libertades económicas ha sido una constante en la actuación del TJCE en materia social, no solo en relación con el propio derecho comunitario, sino en contraposición a los derechos sociales nacionales⁹⁷. Se evidencia, así, que el discurso sobre los Derechos sociales encuentra especiales dificultades en un contexto jurídico débil. A falta de una presencia constitucional expresa su consagración jurisprudencial aparece siempre problemática. El hecho de que solo recientemente, y sobre la base del derecho derivado, el TJCE haya utilizado la expresión «derecho social» que se impone derivado de la normativa comunitaria (caso Bectu, STJCE 26 de junio 2001 (C-173799)) es revelador. Esta decisión constituye una isla, de trascendencia relativa, y fundamentada en el derecho derivado que conviene no sobredimensionar. Por ello, todavía se puede afirmar que los Derechos sociales no han entrado en la jurisprudencia europea. Aunque sin duda esta afirmación puede resultar controvertida, a la luz de la literatura que los cultivadores del Derecho social comunitario, como veremos a continuación, es perfectamente sostenible.

Las mayores tensiones, se han planteado entre la negociación colectiva y la competencia, aunque en estos momentos tiende a trasladarse esta contradicción a la libertad de empresa⁹⁸. En el primer caso los problemas se planteaban entre las ventajas sociales, vinculadas a la previsión social complementaria, pactadas en la negociación colectiva y la libre competencia. El otorgamiento de derechos exclusivos, en régimen de monopolio, a determinadas empresas o entes para la gestión de estas prestaciones complementarias colisionaba con la libre competencia

⁹⁶ H.-J. BLANKE, «Protection of fundamental rights afforded by the European Court of Justice in Luxembourg» en *Governing Europe under a Constitution*, Springer, Berlin, 2006, pp. 265 y ss.

⁹⁷ V. BRINO, «Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: conflitto o complementarità» en *Rivista Giuridica del lavoro e della Previdenza Sociale*, 2005, n.º 2, pp. 319 y ss.

⁹⁸ B. VENECIANI, «Il ruolo delle parti sociali nella costituzione europea» en *Rivista Giuridica del lavoro e della Previdenza Sociale*, 2006, n.º 3, pp. 471 y ss.

(art 86 del Tratado). Desde la sentencia del caso Albany (C- 67/96) parece que el TJCE afirma la compatibilidad en determinados supuestos, siempre sobre la base del establecimiento de una relación de regla excepción, siendo la regla la de la competencia. Efectivamente, la compatibilidad se afirma «cuando los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultasen gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1 del Tratado» (apart. 59). Las tensiones con la libertad de empresa afectan a derechos más centrales evidenciando los problemas para un acercamiento jurisprudencial.

Sin embargo, las cuestiones señaladas no afectan al inexistente sistema europeo de Derechos sociales puesto que se colocan en dinámica de la afectación de los derechos nacionales por el ordenamiento comunitario, por ello no son centrales estas cuestiones para el tema que nos ocupa.

El establecimiento de la ciudadanía europea fundamentada en las libertades de circulación y residencia desvinculada de la noción de trabajador⁹⁹ podría abrir vías para la construcción de la ciudadanía social definidas desde la instancia europea. La igualdad de trato que impone el art. 18.1 de los Tratados, excluye la aplicación de medidas restrictivas reconocidas en el derecho derivado comunitario, generalizando un pretendido estatuto de ciudadano europeo que incide en el ámbito social. Sin embargo esto no es así. El art. 18.1, jurisprudencialmente, como podremos comprobar, ni implica abrir una vía de derechos europeos que se impongan a los Estados, ni evita la introducción de obstáculos que dificulten la afirmación de la igualdad de trato¹⁰⁰. Como hemos dicho, la igualdad de trato significa la extensión de las mismas condiciones nacionales a todos los ciudadanos de la Unión, pero no la creación de derechos. Su base de acción son los Derechos sociales nacionales ya reconocidos no la afirmación de un derecho de la unión que se imponga a los Estados. Ciertamente la ciudadanía europea juega eliminando restricciones anteriores, en el interior del ordenamiento europeo. Por ejemplo los establecidos en la directiva 93/96 tendentes a evitar que los estudiantes desplazados a otro país supongan una carga para el sistema de protección social del Estado receptor. Pero lo que realmente reconoce es la circulación. Como derecho, la igualdad de trato es un reflejo de la misma y la aplicación de los beneficios sociales del país de acogida no forman parte de un sistema de derechos europeo. Estos derechos a la igualdad de trato fundado en el art. 18.1

⁹⁹ R. WITTERWULGHE, «Du concept économique de travailleur européen au concept politique de citoyen européen» en *La citoyenneté européenne*, U. de Montréal, 2000, pp. 115 y ss.

¹⁰⁰ P. LARKIN, «The limits to European social citizenship in the United Kingdom» en *Modern Law Review*, 2005, n.º 3, pp. 435 y ss.

pueden considerarse lo que podemos llamar «derechos de comunicación», en un contexto de relación territorial donde el elemento sustancial-determinante es el sistema nacional de derechos. Los «derechos de comunicación» expresan la interdicción de discriminación con base nacional derivada de la necesidad de comunicar los ordenamientos estatales, produciendo una definición dual e híbrida de la ciudadanía europea.

Sobre la base del art. 18.1 se puede construir una «ciudadanía relacional». Más allá del contenido de los derechos de circulación y residencia, si jurisprudencialmente éste se convierte en el foco, por irradiación, de la ciudadanía, nos encontramos con una «ciudadanía de relación», sin contenidos específicos, como reflejo de su dimensión antidiscriminatoria. El contenido se determina en la dinámica de relación, mediante la exigencia de la aplicación de los derechos nacionales.

En realidad esta noción de ciudadanía es tributaria del proceso histórico de integración europea y se deriva de las necesidades de construcción de mercado, primero común y luego único. La libertad de circulación de trabajadores, configurada como una libertad económica básica, imponía esa técnica relacional de la no discriminación, de ella no se deducen contenidos concretos sino que actúa en una situación iusfundamental fragmentada, opera reenviando a la norma concreta que exige la situación de facto. Permite además compatibilizar un espacio económico único con una diversidad de espacios y sistemas de tutela jurídica de los derechos. Situación ésta que en el ámbito económico resulta idónea pues preservando el mercado, salvaguarda también, la competencia interterritorial. A pesar de toda la literatura en relación a la tutela multinivel de los derechos, la ciudadanía exige un *standard* unitario para su afirmación, ésta es una muestra de la insuficiencia de la noción de ciudadanía introducida en los Tratados, de su limitación. El régimen de ciudadanía de los Tratados sin la Carta de derechos es una construcción insostenible. Su formulación actual en la Carta debilita el estatuto de la ciudadanía, pero si ésta desaparece, posibilidad apuntada en las consultas realizadas a los mandatarios de los Estados miembros, el retroceso será un hecho. «Derechos de comunicación», sin contenido unitario, son principios del todo diversos de la ciudadanía social, al menos tal y como sea ha construido hasta ahora este concepto.

La afirmación general de esta concepción en la jurisprudencia del TJCE ha tenido su recepción en el caso García Avello (C-148/02). En éste se apela directamente a la ciudadanía de la Unión como marco jurídico de resolución de la controversia, los arts. 17 y 18.1 de los Tratados, son el parámetro constitucional-normativo, pues definen el «estatuto fundamental de los ciudadanos de los Estados miembros» (apartado 22). La cuestión debatida: un problema nominal de filiación. Las normas de la ciudadanía de la Unión implicarían el derecho al

cambio de nombre de menores residentes en un Estado miembro, que dispongan de doble nacionalidad, en virtud del derecho y la tradición del segundo Estado miembro. Es evidente que, en este caso, funciona la ciudadanía, en cuanto a sus contenidos, como derecho de comunicación. Lo que importa, no solo es ver cómo funciona el modelo de los Tratados, anecdótico en el caso concreto, sino ver que jurisprudencialmente se construye un sistema general centrado en la relación de los ordenamientos.

En el caso de los Derechos sociales, no se produce tanto la protección indirecta¹⁰¹ de éstos, como el establecimiento de «derechos de comunicación» impuestos por la libertad de circulación, pues como hemos dicho se vinculan a la igualdad de trato y no a la aplicación de *standars* unitarios en materia de derechos a los ciudadanos de la Unión. Ello a pesar de que se utilicen como argumentos los preceptos que establecen la ciudadanía de la Unión. Lo que el art. 18.1 del Tratado y su interpretación jurisprudencial, innovan es la desvinculación de estos «derechos de comunicación» de la noción de trabajador y por tanto de la libertad económica, fundamentándolos en la noción de ciudadanía, lo que posibilita la expansión de estos derechos y de las personas beneficiadas. El tránsito de la aplicación de una libertad económica (caso Lebon C-316/85) a los casos D'Hoop (C-224/98) y Grzelczyk (C-184/99) ilustran esta evolución. Ciertamente, en la sentencia Lebon la extensión de ciertos beneficios sociales está estrechamente vinculada a la noción de trabajador, hasta el punto en que el cese en esta condición hace decaer los beneficios de los familiares. Las otras sentencias aparentemente permiten operar esta ampliación de los sujetos, sin embargo esto no significa ni que el art. 18.1 de los Tratados establezca una igualdad de trato no condicionada, ni que el derecho derivado no contemple límites en aplicación que son verdaderos obstáculos, incluso, a la «ciudadanía de relación». Debemos recordar que el precepto que reconoce, como núcleo de la ciudadanía de la Unión, la libertad de residencia, somete este derecho a las limitaciones y condiciones previstas, tanto en los Tratados, como en el derecho derivado. Igualmente, debe tenerse presente que un criterio acuñado en el derecho derivado en materia de libertad de residencia es la cláusula que impide el turismo social, es decir somete al requisito de la suficiencia económica esta libertad. El núcleo de la ciudadanía se vincula a un cálculo de rentabilidad social, ausencia de costo para el Estado de acogida. Este requisito no ha sido revisado en la jurisprudencia. Por otra parte, la desvinculación de la libertad de residencia,

¹⁰¹ F. SALMONI, «Diritti sociali fondamentali e Unione europea. Dall'ordinamento comunitario allo Stato sociale europeo» en *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Giappichelli, Turin, 2005, pp. 531 y ss.

como derecho de ciudadanía de la Unión, de la de trabajador es relativa¹⁰². Si tenemos en cuenta la directiva 2004/38 del Parlamento y del Consejo relativa «al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros» vemos que su art. 7, establece los términos en que se puede ejercer el derecho vinculado tanto a la condición de trabajador por cuenta ajena o propia y a la disponibilidad de recursos. La referencia a los estudiantes contempla también este requisito. Vemos pues que en cierta medida la cuestión no ha cambiado tanto respecto al derecho derivado anterior al establecimiento de la ciudadanía de la Unión. La licitud de la suficiencia de recursos dificulta la relación de ordenamientos en materia social atenuando los efectos de limitada ciudadanía de la Unión.

Añadido a todo lo anterior habría que decir que la jurisprudencia es también oscilante y no configura como una libertad fuerte, en la definición de la ciudadanía europea, a la libertad de residencia en conexión con la protección social. Es sintomática una sentencia reciente, dictada en el caso *Collins* (C-138/02). En este caso los beneficios sociales demandados en espera de la obtención de un puesto de trabajo, durante el periodo de búsqueda de empleo, se hacen depender de la existencia de un vínculo real entre el solicitante de los beneficios sociales y el marco laboral y geográfico donde los ejerce (apartado 67). Nexo real, tiempo de residencia etc., limitan la comunicación de derechos en materia de protección social, más aún si vinculamos la residencia a la suficiencia de recursos. De esta forma, incluso los «derechos de comunicación», como contenido de la protociudadanía social, se presentan como derechos débiles, condicionados por motivos de oportunidad. Esto es especialmente grave, si se tiene en cuenta que estos derechos de comunicación resultan ser el contenido de la dimensión social de la «ciudadanía relacional», concepto distinto, como hemos dicho, del de ciudadanía social europea.

La jurisprudencia europea, además de la vía indirecta de la igualdad de trato conectada con la libertad de circulación de trabajadores, ha abordado cuestiones que entran en el ámbito de los Derechos sociales desde otra perspectiva que en nuestra opinión, tampoco puede constituir una fuente de derechos autónomos, nos referimos a la no discriminación por razón de género. La prohibición de la discriminación de género no puede considerarse como fuente de Derechos sociales porque no solo su fundamento es ajeno a la tradición de éstos derechos, en cuanto fundado sobre la igualdad formal¹⁰³, sino porque al igual

¹⁰² F. PÉRALDI-LENEUF, «Citoyenneté ou paradoxe démocratique» en *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*. Bruylant, Bruselas, 2005, pp. 631 y ss.

¹⁰³ F. SALMONI, «Diritti sociali fondamentali e Unione europea. Dall'ordinamento comunitario allo Stato sociale europeo», op. cit.

que en los casos anteriores, estos son derechos indirectos, «no autónomos»¹⁰⁴. El trato igual no prefigura un contenido sustancial de derechos, no crea derechos, salvo el de no discriminación. «En verdad la prohibición no permite fundar derechos sino simplemente incide sobre la actuación de aquellos previamente reconocidos por otras fuentes»¹⁰⁵. Las vías indirectas de tutela de los Derechos sociales se revelan como incapaces de reconocer derechos, sancionando la fragmentación nacional como el campo de eficacia de éstos, cada vez más erosionado por el ordenamiento europeo.

Una última referencia al único episodio jurisprudencial que ha sido considerado por la doctrina como un posible cambio de tendencia, en cuanto reconoce Derechos sociales a los ciudadanos emanados del derecho comunitario¹⁰⁶. La sentencia del caso Bectu (C-173/99), antes citada, hasta ahora es la única ocasión en la que el TJCE ha usado la expresión Derecho social y la ha deducido del ordenamiento comunitario. Se coloca, pues, en el campo de la excepción. Este pronunciamiento no ha deducido un derecho social en paralelo a la construcción del sistema de derechos que desde la sentencia Stauder, hace ya casi cuatro décadas, la jurisprudencia comunitaria ha configurado. El derecho social a las vacaciones anuales pagadas se deduce del derecho derivado, en concreto de la directiva 93/104 y, en cuanto que aplicación de ésta, que no era sino una armonización de mínimos en materia de seguridad y salud laboral, reconoce ese derecho. Igualmente, este derecho, por su origen, no entra en la categoría de los «principios generales de derecho comunitario» instrumento que el TJCE ha utilizado para otorgar la condición privilegiada a los Derechos fundamentales en el ordenamiento europeo, continuando sin franquear esa frontera que determina el estatuto minorizado de estos derechos. Es cierto que la sentencia de 21 de junio de 2001, conecta el derecho a las vacaciones pagadas con la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y, también, que califica este derecho a las vacaciones, como principio social de derecho comunitario revestido de una importancia particular, pero ello no implica la entrada de este derecho en el mundo de los «principios generales». Las formulaciones literarias de la sentencia obedecen, más que a un cambio del estatuto de los Derechos sociales, a una licencia conectada con la denominación de la directiva 93/104 que tiene un alcance de mínimos y un campo general de aplicación en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo. Es más, por tanto, una

¹⁰⁴ M. LUCIANI, «Diritti sociali e integrazione europea», op. cit.

¹⁰⁵ A. SOMMA, «Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti» en *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2005, pp. 75 y ss.

¹⁰⁶ R. GRECO, «Il modello sociale della Carta di Nizza», op. cit.

aplicación no reductiva del art. 7 de la directiva citada, que un giro jurisprudencial. Ni los derechos sociales han entrado en el ámbito constitucional comunitario, ni su entrada en los «principios generales» se ha materializado. Quizá, por ello, esta novedad no ha tenido gran trascendencia en el debate sobre los Derechos sociales, no ha pasado la frontera de un episodio de cierta importancia, necesitado, para poder valorarlo, de desarrollo posterior, que debe ser más incisivo. Si una lección podemos extraer de la sentencia Bectu es precisamente que la construcción de la ciudadanía social europea depende de que el espacio europeo se configure como ámbito de definición, con estándares propios, de Derechos sociales que se impongan a los Estados. Se saluda el cambio que representa Bectu porque se quiere ver precisamente esto, aunque en ello haya mucho de voluntarismo.

Nada parece, por tanto, haber cambiado. Tampoco la vía jurisprudencial parece ser el camino de construcción, con el desarrollo actual, para una ciudadanía social europea.

6. CONCLUSIONES

La ciudadanía social europea aparece en forma de paradoja en el debate social y jurídico europeo, por una parte, se presenta como demanda cada vez más generalizada y evidente, pero por otra, como una meta inalcanzable. La implacable hegemonía de los principios del mercado debilita, ahoga, el espacio de la ciudadanía social. Los instrumentos con los que la Unión europea actúa en el espacio social son insuficientes para construir esta noción de ciudadanía.

Debemos recordar que la noción de ciudadanía exige un estatuto básico unitario, en la comunidad jurídica en la que se define. Por ello, no cabe hablar de ciudadanía social europea si no es ese el marco de definición de los derechos y de su contenido y se realiza de forma autónoma. Sin esta premisa, ciudadanía social, es un concepto virtual, con efectos puramente legitimadores.

Esto es más cierto si tenemos en cuenta que los sistemas de protección social nacionales, el núcleo de la ciudadanía social, están siendo erosionados en el proceso de integración europea, una integración prevalentemente negativa. De la tensión entre integración económica y social nace la exigencia de una tutela unitaria básica definida desde la instancia europea. Los Derechos sociales, desde su aparición constitucional, han establecido una relación problemática con el mercado, integrando en su seno garantismo y conflictualidad, que permitía una compatibilidad tutelada desde el ámbito iusfundamental. El tránsito a una Constitución económica fuertemente contrastante con los principios del Estado

social, definida desde el ámbito europeo e impuesta desde este nivel normativo, obliga a trasladar a este espacio la determinación de la tutela. Por eso ahora, la perspectiva europea se impone en la reconstrucción de la ciudadanía social.

Este planteamiento contrasta con las teorizaciones del constitucionalismo multinivel. Si es complejo articular niveles de tutela en materia de derechos, resulta más complicado cuando los distintos niveles representan lógicas contrapuestas, al menos formalmente. La relación entre economía y Derechos sociales resiste mal la contraposición entre los distintos niveles e introduce una lógica perversa de competencia que se impone a la tutela. Por esta razón la renuncia a una determinación básica de los Derechos sociales confina la ciudadanía al ámbito puramente relacional. «Ciudadanía relacional» expresa que su contenido es la no discriminación en base al origen nacional, presupuesto que permite la relación entre ordenamientos en un espacio económico unitario, pero establece la competencia entre ellos, minando la tutela y dificultando la definición del estatuto social del ciudadano europeo. Los «derechos de comunicación» no pueden constituir el contenido de la ciudadanía social europea.

La forma de intervención jurídica en la tutela social del ciudadano europeo, léase la jurisprudencia del TJCE y la CDFUE, no se configuran como instrumentos idóneos para la definición social de un estatuto de ciudadano europeo. La ciudadanía social europea está todavía en la lista de espera.

Título

La inaprehensible ciudadanía social europea.

Title

The unseizable European social citizenship.

Resumen

Este trabajo trata de verificar si es posible hablar de la existencia de una ciudadanía social europea, construida en este nivel. La creación de la Unión Económica y Monetaria llevó aparejada la creación de una incipiente ciudadanía europea, basada fundamentalmente en la libertad de circulación y residencia, pero no se introdujeron contenidos sociales en ésta. Los problemas de legitimación del proyecto europeo, evidenciados en el proceso de ratificación del fracasado Tratado constitucional, sitúan en primer plano del debate el «modelo social europeo» y vinculado a éste el problema de la ciudadanía social europea, sus contenidos y su definición. En realidad, la cuestión de la posibilidad de su afirmación. La ciudadanía social europea exige que sus derechos se

determinen desde este nivel, con estándares propios que se impongan a los Estados. Desde esta perspectiva, el constitucionalismo multinivel no sirve como esquema para la construcción conceptual de la ciudadanía social. No lo es porque el ordenamiento europeo se confronta con los sistemas de *welfare* estatales, desnaturalizándolos. Esta relación contradictoria entre sistemas de protección social e integración económica europea obliga a definir, o negar en caso contrario, la ciudadanía social desde el nivel europeo como requisito de su afirmación.

Sin embargo, tanto de los Tratados, como de la jurisprudencia comunitaria, no emergen contenidos capaces de afirmar la ciudadanía social. Los Derechos sociales, corazón de ésta, siguen ausentes del ordenamiento comunitario. El TJCE tampoco ha realizado una función de suplencia similar a la realizada en la tutela de los Derechos fundamentales de libertad. En este contexto, el llamado «modelo social europeo» ha operado efectos sustitutorios de una ciudadanía social nunca afirmada aunque, paradójicamente este modelo expulsa a la ciudadanía social del ámbito comunitario. La ciudadanía social europea es, de esta forma, una realidad inexistente. Lo es porque el modelo de Constitución económica impide el reconocimiento de unos Derechos sociales que puedan equilibrar a la integración negativa europea.

Abstract

This work tries to verify if it is possible to speak about the existence of a European social citizenship constructed at this level. The creation of the Economic and Monetary Union conveyed the creation of a incipient European citizenship essentially grounded on the freedom of movement and residence, but social contents were not introduced therein. The legitimation problems of the European project, shown during the ratification process of the failed constitutional Treaty locate the «European social model» in the foreground of the debate and, linked to it, the problem of the European social citizenship, its contents and their definition. Actually, the question of its existence.

The European social citizenship demands that its standards be determined from this level, with standards of its own imposed to the States. From this view, the multilevel constitutionalism cannot be used as a scheme for the conceptual construction of social citizenship. It is not so because the European legal system is confronted with States system of welfare, perverting them. This contradictory relation between system of social protection and European economic integration compels to define or deny the social citizenship from the European level as requirement for its affirmation.

Nevertheless, Treaties as well as communitarian case law do not produce any contents to affirm the social citizenship. The social rights, core thereof, continue to be absent from the communitarian legal system. The CJEC has not either made a replacement function similar to the one made in the tutelage of the fundamental rights of freedom. In this context, the so called «European social model» has operated with replacement effects of a social citizenship never affirmed in the communitarian sphere though, paradoxically this model expels social citizenship from the community scope. The European social citizenship is a nonexistent reality. It is so because European economic constitution prevents the recognition of social rights that could balance the negative European integration.

Palabras clave

Ciudadanía social europea, modelo social europeo, Derechos sociales, Constitución económica europea, constitución multinivel

Key words

European social citizenship, European social model, social rights, European economic constitution, multilevel constitution