

CAPÍTULO SEGUNDO

EL PANORAMA SOCIAL COMUNITARIO

I. LA CUESTIÓN SOCIAL SUPEDITADA A LA ECONÓMICA

Los aspectos sociales constituyen un factor significativo en el proceso de integración económica europea, tanto así que aun cuando los fundadores de la Europa comunitaria la contemplaban desde el ángulo meramente económico con la creación de un mercado común, la dinámica y el desarrollo de la Comunidad obligó a contemplar la cuestión social, como resultado de la económica.

La política social comunitaria ha experimentado un pausado proceso, esquivando complejidades y suposiciones, entre ellas el considerar que el libre desarrollo del mercado interior por sí solo promovería una mejora de condiciones de vida y laborales de los trabajadores de la Comunidad.

El Tratado CECA (1951) expresaba algunos objetivos generales de corte social, así como algunas medidas fundamentalmente orientadas a la consecución de la libre circulación de trabajadores, sector productivo favorable al mercado común. En su artículo 69 disponía la prerrogativa de libre circulación de los trabajadores del sector del carbón y del acero, incorporando la no discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores nacionales y los inmigrantes.

En este mismo sentido, el artículo 20. señalaba como objetivos principales la armonía general de los Estados miembros mediante un mercado común, el desarrollo del empleo, la expansión económica y la elevación del nivel de vida de los Estados miembros. Por su parte, el numeral 30. expresaba la promoción y mejora de las condiciones laborales de los trabajadores.

Por su parte, el Tratado Euratom (1957) aludía de igual manera, aunque tímidamente, a la mejora del nivel de vida de los Estados miembros, en específico en sus artículos 96 y 97, al disponer

la libre circulación de los trabajadores de los Estados miembros y el principio de no discriminación por razón de nacionalidad respecto al acceso laboral en el sector energético nuclear.

El Tratado de Roma (1957) ha sido el instrumento comunitario con mayor número de disposiciones sociales¹²² —comparativamente al Tratado CECA y al Tratado EURATOM—,¹²³ sin embargo, su verdadera finalidad correspondería a una cuestión eminentemente económica, la construcción de un mercado común europeo¹²⁴ edificado en dos principios: la libre circulación (de personas, mercancías, servicios y capitales)¹²⁵ y los aranceles comunes entre los Estados comunitarios.¹²⁶

¹²² Rodríguez Cabrero, Gregorio, “Por un nuevo contrato social: el desarrollo de la reforma social en el ámbito de la Unión Europea”, en Moreno, Luis (comp.), *Unión Europea y estado de bienestar*, Madrid, CSIC, 1997, pp. 4-30, en particular pp. 12-16.

¹²³ Véase Gomis, Pedro Luis, “Las disposiciones sociales del Tratado CECA”, *Derecho social comunitario y derecho de la Unión Europea*, Madrid, Universidad Politécnica de Madrid, 1995.

¹²⁴ También consúltense Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, “La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y el Protocolo XIV de Maastricht”, en Moreno, Luis (comp.), *Unión Europea y estado de bienestar*, Madrid, CSIC, 1997, p. 169, quien muestra una Europa comunitaria con tres matices explicativos: el error ideológico fundacional, la dificultad técnico-jurídica institucional y el contexto económico mundial adverso.

¹²⁵ Sobre las libertades de circulación de trabajadores, consúltense Durán López, F., *Libertad de circulación y de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, Madrid, Tecnos, 1986; Rodríguez-Piñero, Miguel, “La libre circulación de personas en el ámbito de la CEE”, *Relaciones Laborales*, 1986, t. II; Sala Franco, T., “La libre circulación del trabajador asalariado y la protección del emigrante”, *Actualidad Laboral*, núms. 31 y 32, 1989; Ramírez Martínez, J. M., “Libertad de establecimiento y de prestación de servicios en la CEE”, *Actualidad laboral*, núm. 33, 1989; Manzini Giussepe, Federico, “La libre circulación de las personas en la CEE”, *Documentación laboral*, núm. 12, 1984; Gómez Muñoz, José Manuel y Rodríguez-Ramos Velasco, Patrocinio Teresa, “La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea”, en Cruz Villalón, J. y Pérez del Río, Teresa (coords.), *Una aproximación al derecho social comunitario*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 31-56.

¹²⁶ Nieto Solís, José Antonio, *Fundamentos y políticas de la Unión Europea*, Madrid, Siglo XXI, 1995, pp. 206-212.

Resulta fácil vislumbrar que en los orígenes de las comunidades europeas predominó la cuestión económica, imperando un marcado déficit en el ámbito social.¹²⁷ La libre circulación de trabajadores daría la pauta al origen de la prohibición de discriminación fundamentalmente en el empleo,¹²⁸ dado que ningún nacional de otro país miembro,¹²⁹ por el sólo hecho de serlo, podía ser discriminado en su empleo,¹³⁰ en su remuneración o en cualquiera de sus condiciones de trabajo (artículo 48, apartado 2, del Tratado de Roma).

Ahora bien, el Tribunal de Justicia comunitario¹³¹ ha emitido diversas sentencias en esta materia, por ejemplo, el caso *Stanton*,¹³² *Singh*¹³³ o *Bosman*,¹³⁴ resolviendo que las disposiciones del Tra-

¹²⁷ Shanks, M., “The Social Policy of the European Communities”, *Common Market Law Review*, vol. 14, 1977, pp. 375 y ss.

¹²⁸ Peredo Linacer, Juan Antonio, “Aspectos sociales de la integración”, *Papeles de Economía Española*, núm. 25, 1985, p. 94, quien destaca como principales logros en materia social: la libre circulación de trabajadores, como fundamento del principio de no discriminación entre los ciudadanos comunitarios, y la creación del Fondo Social Europeo.

¹²⁹ Gómez Muñoz, José Manuel, “Igualdad y diferencia de tratamiento de los trabajadores extracomunitarios”, en Cruz Villalón, Jesús (coord.), *La igualdad de trato en el derecho comunitario laboral*, Pamplona, Arazandi, 1997, pp. 57-79.

¹³⁰ Ribas, Jacques Jean et. al., *Derecho social europeo*, trad. de José Luis Domínguez Garrido, Madrid, Instituto de Estudios Superiores, 1980, en especial pp. 60-84.

¹³¹ Véase Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: estudio y jurisprudencia*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2006, pp. 150-210.

¹³² TJCE, sentencia del 7 de julio de 1988, *Stanton*, C-143/87, declarando que la Comunidad suprimirá todas aquellas medidas que obstaculicen la libre circulación de personas en ejercicio de actividades profesionales dentro de la Comunidad.

¹³³ TJCE, sentencia del 7 de julio de 1992, *Singh*, C-370/90, según la cual a un nacional de un Estado miembro que haya trabajado en otro, como trabajador en la concepción del derecho comunitario, le asiste el derecho de residencia cuando le acompañe su cónyuge, independientemente de su nacionalidad, gozando de un derecho propio de residencia en el Estado miembro del que es nacional el trabajador.

¹³⁴ TJCE, sentencia del 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, resolviendo en igual sentido respecto a aquellas normas que obstaculicen el ejercicio

tado de Roma relativas a la libre circulación de personas tienen por objeto facilitar a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad, el ejercicio de cualquier actividad profesional en el territorio comunitario (artículo 39 del Tratado de Roma).¹³⁵

Por su parte, el Acta Única Europea regulaba el mejoramiento del medio de trabajo para proteger la seguridad y salud de los trabajadores (artículo 118), así como el denominado diálogo social europeo (artículo 118 B) que contribuiría al establecimiento de relaciones basadas en acuerdos entre las Partes. Además, se introduce la política de cohesión económica y social (artículo 130 A-130E), estructurada fundamentalmente en la reducción de las diferencias regionales en la Comunidad a través de los fondos denominados estructurales: Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (FEOGA); Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y el Fondo Social Europeo (FSE), cuyos objetivos principales comprendían un equilibrio en el crecimiento económico desde una perspectiva regional.

Desde la perspectiva doctrinal, el desarrollo y evolución de la política social comunitaria se han clasificado en tres fases:¹³⁶

1) La primera, denominada descuido condescendiente, abarca de 1958-1973. En ella, prevalecen los objetivos económicos basados en la creación de un mercado común y se relega la cuestión social. Este periodo va de la primera fase de la firma del Tratado de Roma al Primer Programa Comunitario de Acción Social, durante la cual se tenía una idea muy clara: lograr el diálogo y concertación social a través de organizaciones sindicales y patronales a todos los niveles. A esta etapa se le considera como la fase de la armonización de las legislaciones nacionales, periodo

de dicha libertad a los nacionales de un Estado miembro y que decidan ejercer una actividad por cuenta ajena en otro Estado miembro.

¹³⁵ Cfr., Sala Franco, Tomás y Ramírez Martínez, J. Manuel, *Introducción al derecho social comunitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1986, p. 53.

¹³⁶ Mosley, Hugo G., “La dimensión social de la integración europea”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 109, núm. 1, 2000, pp. 87-106. Alonso Soto, Francisco, *Estudios de derecho social comunitario*, Madrid, 1990, p. 69.

que determinaría el inicio de un proceso de avance pero también de lentitud en la materia social. Uno de los aspectos a destacarse fue la recomendación a los Estados miembros de instaurar servicios sociales a beneficio de los trabajadores de otros Estados comunitarios.

2) La segunda etapa comprende los años 1974-1987, conocida como una época de activismo social, experimentando lo social un desarrollo extraordinario. Todo iniciaría con la aprobación del Primer Programa de Acción Social (1982-1985), a través del cual se implementaría la armonización mediante directivas, aplicándose directrices en la lucha contra la discriminación de la mujer y otros asuntos del ámbito social, principalmente enfocados a los derechos de los trabajadores.¹³⁷ Fue a partir de la década de 1970 cuando los órganos comunitarios establecen la necesidad de elaborar programas especiales de acciones sociales. Durante esta fase, el Consejo de Ministros dicta un importante número de directivas comunitarias de índole social, dos de ellas en 1975 referidas a los despidos colectivos y a la igualdad de las remuneraciones.

Este segundo periodo representó un gran avance en materia social, pues vio su esplendor normativo el principio de no discriminación por razón de sexo, a través de la emisión de un importante número de directivas comunitarias, estableciendo directrices generales de armonización legislativa en los Estados miembros.¹³⁸

¹³⁷ Uxó González, Jorge, “La UEM y los trabajadores: la protección social”, en Oreja Aguirre, Marcelino (dir.), *El futuro de la Unión Europea. Unión política y coordinación económica*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 221.

¹³⁸ Véase Cabeza Pereiro, Jaime, “La cuestión social en el derecho originario de la Unión Europea”, *Documentación laboral*, núm. 63, año 2000-III, quien considera que la supeditación de los aspectos sociales a los económicos es a causa de la reticencia por parte de los Estados miembros a flexibilizar sus legislaciones sociales, por medio de la aproximación. En el mismo sentido, véase Martín Arribas, Juan José, “El papel del diálogo social europeo en la rea- lización del mercado único”, *Noticias de CEE*, núm. 106, noviembre de 1993, pp. 27-39.

3) La tercera fase atañe al periodo de 1988-2000, durante el cual se experimenta un mayor fortalecimiento de la dimensión social comunitaria, integrando los fondos estructurales¹³⁹ como instrumentos de cohesión económica y social:¹⁴⁰ el Fondo Europeo de Desarrollo Regional,¹⁴¹ el Fondo Social Europeo¹⁴² y el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agraria.¹⁴³

Mientras que en el segundo periodo se visualizaría un concepto de Europa social, es en la tercera etapa que empieza a desdibujarse tal idea —basándose esencialmente en aspectos tales como la igualdad de oportunidades y por ende, en la política de no discriminación de género, la exclusión social y en temas relacionados con el empleo y la cohesión social—¹⁴⁴, surgiendo un retroceso en el contexto social debido al apogeo de las ideas y

¹³⁹ Molina del Pozo, Carlos Francisco y Vicente García, Inés, *Los fondos estructurales y la nueva política regional de la Comunidad Europea*, Galicia, Servicio de Publicacions da Universidade de Santiago de Compostela, 2002. Ordóñez Solís, David, *Fondos estructurales europeos. Régimen jurídico y gestión administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 1997. Lázaro Araujo, Laureano y Molina Ibáñez, Mercedes, *Política comunitaria europea. El espacio en la Comunidad Económica Europea. La política regional*, Madrid, Trivium, 1986. Begg, Iain y Mayes, David, “Una nueva estrategia para la cohesión económica y social después de 1992”, *Serie de Política Regional y Transporte del Parlamento Europeo*, Luxemburgo, núm. 9, 1991.

¹⁴⁰ Cuadrado Roura, Juan R., “Políticas regionales: hacia un nuevo enfoque”, *Papeles de Economía Española*, núm. 35, 1988, pp. 68-95.

¹⁴¹ Lázaro Araujo, Laureano, “El FEDER y la política regional comunitaria”, *Papeles de Economía Española*, núm. 35, 1988, pp. 36-49; Fernández Fernández, Juan, “El Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER)”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 181, febrero de 2000, pp. 15-34.

¹⁴² Palomero Zurdo, Javier, “El Fondo Social Europeo y la Europa social del siglo XXI”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 181, febrero de 2000.

¹⁴³ Véase Cordón Ezquerro, Teodoro, “Aportaciones del FEOGA a España”, *Papeles de Economía Española*, núm. 35, 1988, pp. 50-57.

¹⁴⁴ González Sánchez, Enrique, “La cohesión económica y social en el Acta Única Europea”, *Noticias de la CEE*, núm. 51, abril 1989, pp. 47-55.

sistema neoliberales.¹⁴⁵ Entre sus principales objetivos podemos señalar los siguientes:¹⁴⁶

- a) La realización del pleno y mejor empleo en la Comunidad, puesto que la tasa de desempleo durante la década de 1980 resultaba verdaderamente incompatible con la cohesión social como objetivo comunitario.
- b) La mejora de las condiciones de vida y trabajo que permitieran la equiparación en el progreso.
- c) La participación creciente de las partes sociales en las decisiones económicas y sociales de la Comunidad y de los trabajadores en la vida de las empresas.

Uno de los aspectos a destacarse en el estudio y desarrollo de la cuestión social comunitaria es la creación del Fondo Social Europeo, que propició la necesidad de combinar el progreso económico y la esfera social. Posteriormente, con el Tratado de Maastricht se plantearía, como principales objetivos sociales, la mejora de las oportunidades de empleo y la movilidad profesional de las y los trabajadores.

El punto central de la política social comunitaria radica en la colaboración entre los Estados miembros a través de estudios, dictámenes o consultas, todos ellos instrumentos de actuación comunitaria¹⁴⁷ (artículo 139 del TCE) a los que el Consejo otorgó el carácter de actos sin obligatoriedad jurídica, así pues, para subsanar esta cuestión se emitirían numerosas directrices, creando un auténtico espacio social¹⁴⁸ basado en la cohesión económica y social.

¹⁴⁵ Consultese Rodríguez Sáenz L. y Sotelo Navalpotro, J., “La problemática de la política regional europea ante 1992”, *Revista de Estudios e Investigaciones de las Comunidades Europeas*, núms. 11 y 12, 1989.

¹⁴⁶ Cfr. Sala Franco, Tomás y Ramírez Martínez, J. Manuel, *op. cit.*, p. 54.

¹⁴⁷ Véase Guéry, Gabriel, “La dimensión convencional de la Europa social según se desprende del Tratado de Maastricht”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 112, núm. 2, 1993, pp. 293-312. Spyropoulos, Georges, “Derecho del trabajo y relaciones laborales en la Europa social del mañana”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 110, núm. 1, 1991, pp. 1-21, en particular, pp. 17-19.

¹⁴⁸ Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco, *op. cit.*, pp. 48-63.

Ahora bien, resulta curioso señalar que los instrumentos comunitarios carezcan de un concepto de cohesión económica y social, de ahí que la doctrina nos sea de ayuda. Ante esta cuestión, podemos considerar la cohesión económica y social¹⁴⁹ como la reducción de las diferencias interregionales y del atraso de las regiones menos favorecidas mediante la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros. Todo ello aunado a las acciones desarrolladas por los fondos con finalidad estructural,¹⁵⁰ el Banco Europeo de Inversiones y otros instrumentos financieros que contribuyan a corregir los desequilibrios regionales y el ajuste estructural de las regiones menos desarrolladas.¹⁵¹

En el Programa de la Comisión de 1988, se incluían como instrumentos al fortalecimiento de la cohesión social y económica los siguientes: a) el tercer programa de acción comunitario de igualdad de oportunidades para mujeres y hombres; b) la Directiva sobre la protección de la mujer embarazada en el lugar de trabajo; c) la recomendación sobre las modalidades de custodia infantil, y d) la recomendación sobre un código de buena práctica para la protección del embarazo y de la maternidad.

Transcurrida casi una década, en la Conferencia Intergubernamental de 1996-1997¹⁵² se abordarían diversos temas sociales.¹⁵³

¹⁴⁹ Hannequart, Achille (ed.), *Economic and social cohesion in Europe*, London, Routledge, 1992, pp. 80-98.

¹⁵⁰ Barreiro Rivas, Xosé Luis, “Entre el realismo y la utopía: la construcción de la Europa social después de la Cumbre de Salónica”, en Flecha Andrés, José-Román y García Nicolás, Cristina (coords.), *La nueva Unión Europea: retos y desafíos de la ampliación*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 2004, pp. 174 y 175; González-Varas Ibañez, Santiago, “La coherencia entre los fondos estructurales y las ayudas regionales”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 181, febrero de 2000, pp. 37-49.

¹⁵¹ López de Silanes, J. L., *Diccionario de las Comunidades Europeas*, Madrid, Pirámide, 1988, p. 50.

¹⁵² Barreiro Rivas, Xosé Luis, *op. cit.*, p. 159.

¹⁵³ Extremo Casado, Pedro, “Solidaridad e igualdad de oportunidades en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 40, 2002, pp. 135-147, en particular, p. 137.

Entre los principales figuraba el empleo, así como el hecho de incluir un conjunto de derechos sociales como parte de un catálogo de derechos fundamentales, lo que suponía la adopción del contenido de la Carta Social de 1961 y la Carta Comunitaria de 1989 en el Tratado Comunitario, aun sin tener fuerza vinculante.

Acordado en la Cumbre de Luxemburgo (1997), se incorpora el nuevo Título de empleo del Tratado de Ámsterdam,¹⁵⁴ lo que favoreció la realización de políticas económicas y de empleo de manera conjunta y vinculante entre los Estados miembros, representando así el equilibrio institucional en la materia económica.

En este mismo sentido, el Tratado de Ámsterdam implicó un paso importante en materia social con respecto al Tratado de Maastricht, incluyendo los acuerdos de política social, un nuevo título sobre las políticas de empleo y, finalmente, la anhelada adhesión de los Estados comunitarios a las dos cartas sociales, la Carta Social Europea de 1961 y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 1989.

II. LA POLÍTICA SOCIAL COMUNITARIA EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO

Hemos señalado que el origen de lo social se encuentra en el Tratado de Roma que, atendiendo a una de las libertades económicas básicas en el ámbito comunitario:¹⁵⁵ la libre circulación de trabajadores,¹⁵⁶ aludía a la materia social de manera indirecta,

¹⁵⁴ Véase al respecto Rodríguez-Piñero, Miguel y Monereo Pérez, J. L., “La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores ante la modificación del Tratado de la Unión Europea”, *Informe para la Comisión Europea*, noviembre-diciembre de 1995. Informe del Comité de Sabios, “Por una Europa de los derechos civiles y sociales”, 1996; García de Enterría, Eduardo, “La nueva Europa social”, *ABC*, 21 de marzo de 1998.

¹⁵⁵ Pérez de las Heras, Beatriz, *Las libertades económicas comunitarias*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995. De la misma autora, *El mercado interior europeo*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004.

¹⁵⁶ Stoffel, N., *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías*, Madrid, Dykinson, 2000. También Comisión de las Comunidades Eu-

regulando el principio de no discriminación entre trabajadores femeninos y trabajadores masculinos en el aspecto salarial.

Ahora bien, el principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo representa uno de los temas sociales de mayor relevancia en el seno de la política comunitaria, cuya pauta correspondió al artículo 141 (antiguo artículo 119 en el Tratado de Roma), que garantiza la igualdad retributiva entre hombres y mujeres para el mismo trabajo,¹⁵⁷ seguido de las directivas comunitarias y la numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario.

A raíz de la puesta en marcha del Primer Programa de Acción Social (1972) por la Comisión Europea, se contemplan diversas acciones comunitarias dirigidas a asegurar la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres¹⁵⁸ en lo relativo al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo, incluyendo en ellas las remuneraciones.¹⁵⁹ Dos años más tarde, la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974 hace referencia a las bases contenidas en el artículo 235 del Tratado de Roma, disponiendo lo que sigue:

ropeas, “La libre circulación de mercancías en el mercado único”, *Documentos Europeos*, marzo de 1993.

¹⁵⁷ Colina Robledo, Miguel y Ramírez Martínez, Juan M., *op.cit.*, pp. 70-74.

¹⁵⁸ Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 1981, publicada en el DOCE del 28 de enero de 1982, núm. L.020, por la que se crea el Comité Consultivo para la Igualdad de Oportunidades entre las mujeres y los hombres, así como también la Comisión de los Derechos de la Mujer, creada por la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 1977, relativa a la intervención del Fondo Social Europeo a favor de las mujeres y publicada en el DOCE del 27 de diciembre de 1977, núm. L.337/44. También véase el artículo 41 del Reglamento núm. 1260/1999, del Consejo, de 21 de junio de 1999 por el que se establecen disposiciones generales sobre los fondos estructurales. Además, el Reglamento núm. 1784/1999, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de julio de 1999, relativo al Fondo Social Europeo.

¹⁵⁹ Martín Arribas, Juan José, “El principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres a la luz del derecho comunitario europeo”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 4, abril-septiembre de 1993.

Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea, adoptará las disposiciones pertinentes.

Aunado a todo ello, en 1975 se emite la primera Directiva Comunitaria, 75/117/CEE de 10 de febrero de 1975 en materia de igualdad de trato entre hombre y mujer, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

III. LA CARTA COMUNITARIA DE DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

Su antecedente fue la Carta Social Europea,¹⁶⁰ documento de gran trascendencia desde la perspectiva de derechos humanos al constituir uno de los primeros instrumentos que expresaba la protección de derechos sociales, aun con sus múltiples deficiencias basadas primordialmente en las condiciones socioeconómicas que prevalecían en los diferentes Estados miembros.¹⁶¹

La Carta Comunitaria surge a iniciativa de la presidencia de la Comisión Europea, representada por Jacques Delors,¹⁶² y de algu-

¹⁶⁰ Oreja Aguirre, Marcelino, “Un proyecto social para Europa: la contribución del Consejo de Europa”, en Lezertua, Manuel y Vida Soria, José (eds.), *La Carta Social Europea desde la perspectiva de la Europa social del año 2000*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, pp. 39-55.

¹⁶¹ Díaz Barrado, Castor M., “La Carta Social Europea: un instrumento válido para el desarrollo de los derechos sociales en Europa”, en Mariño Menéndez, Fernando M. y Fernández Liesa, Carlos (dirs. y coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pp. 231-261.

¹⁶² Sáenz de Miera, Antonio, “La política social en Jacques Delors”, *Revista de Política Social*, núm. 113, enero- marzo de 1977, pp. 123-137.

nos Estados miembros con la idea de crear una edificación social comunitaria de forma conjunta,¹⁶³ con la finalidad de concebir un espacio social homogéneo.¹⁶⁴ Sin embargo, surgieron diversas dificultades —reticencias y negativas por parte del Reino Unido y de algunas organizaciones empresariales, como la UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria y los Empleadores de Europa)— entre las que encontramos dos principalmente:

- 1) Se apreciaba como una parte integrante de la Convención Europea de Derechos del Hombre, esto es, una complementación de índole social.
- 2) Se consideraba una mera declaración de principios y derechos sociales que diera la pauta para una política social común en el ámbito europeo, prevaleciendo su rasgo eminentemente político.¹⁶⁵

La firma de este documento social marcó el inicio de una visión de desarrollo de la política social comunitaria, estimándose de esta manera la integración de una Europa social a una de tipo económica. Es una declaración de derechos sociales que representa el modelo social comunitario,¹⁶⁶ y aun careciendo de validez jurídica, constituye una referencia importante para el avance social, principalmente en la armonización de los sistemas sociales de los Estados miembros.

¹⁶³ Véase Rhodes, Martín, “El futuro de la dimensión social europea”, en Moreno, Luis (comp.), *Unión Europea y estado de bienestar*, Madrid, CSIC, 1997, pp. 143-167.

¹⁶⁴ Garzón Clariana, Gregorio, “El nuevo derecho social de la Comunidad Europea: objetivos y medios”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 19, núm. 1, 1992, pp. 39-69.

¹⁶⁵ Rodríguez-Piñero, Miguel, “Antecedentes, génesis y contenido de la Carta Social Europea”, *Revista de Política Social*, 1962, pp. 145 y ss., y del mismo autor “La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación”, *Revista de Política Social*, núm. 118, abril- junio de 1978, pp. 4-23.

¹⁶⁶ Vaughan-Whitehead, Daniel C., *EU enlargement versus Social Europe. The uncertain future of the European Social Model*, Great Britain, MPG Books Ltd, 2003, p. 21.

Este instrumento internacional plasma derechos sociales de manera programática¹⁶⁷ y, en forma general, establece objetivos como la mejora del nivel de vida, la promoción del bienestar, y las condiciones necesarias para el goce de tales derechos sociales¹⁶⁸ sin ningún tipo de discriminación, por motivos de raza, color, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social.¹⁶⁹ No obstante, constituye una mera proclamación solemne, una declaración de objetivos, sin vinculabilidad jurídica,¹⁷⁰ y con un alcance evidentemente político,¹⁷¹ al expresar el compromiso de cumplirla por parte de los Estados miembros.

Ahora bien, la Carta incorpora algunos derechos sociales que no son contemplados como fundamentales, sino como principios sociales programáticos, con un matiz de meras recomendaciones a desarrollar, tal es el caso, por ejemplo, de la finalidad de intensificar las acciones con el objetivo de asegurar la igualdad entre hombres y mujeres, así como también aquellas medidas para la compaginación de la vida familiar y profesional entre hombres y mujeres.

En su artículo 1o. establece el derecho de toda persona de ganar su vida en un trabajo libremente desempeñado, esto es, reconoce el derecho al trabajo por el cual los Estados parte se com-

¹⁶⁷ García de Enterria, E., *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1994, p. 226.

¹⁶⁸ De la Villa de la Serna, Paula, “Las tres cartas europeas sobre derechos sociales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, julio de 2001.

¹⁶⁹ Comisión Europea, *Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1990.

¹⁷⁰ Pérez del Río, Teresa, “La dimensión social del mercado único europeo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 47, mayo-junio de 1991, pp. 394-397.

¹⁷¹ González Ortega, Santiago, “La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores”, en Mariño Menéndez, Fernando M., y Fernández Liesa, Carlos (dirs. y coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pp. 311-338.

prometen a la obtención y al mantenimiento de un nivel estable de empleo. Es a partir de este primer artículo que se incluyen los derechos a la seguridad e higiene laboral, así como el derecho a una remuneración equitativa, en los artículos 3o. y 4o. respectivamente.

Por lo que se refiere a los derechos sindicales, éstos se encuentran estipulados en los artículos 5o. y 6o. de la Carta, ambos relacionados entre sí, incluyendo entre este tipo de derechos, el derecho de huelga. Por otra parte, los derechos concernientes a la familia se estipulan en el artículo 16, y se hace especial mención a su protección social, jurídica y económica. En éste, se postula una nueva igualdad de oportunidades y de trato, al valorizar las responsabilidades familiares de los trabajadores con obligaciones profesionales.

El derecho a la seguridad social y el derecho a la asistencia social y médica se establece en los artículos 12 y 13, aunque incluye disposiciones bastante genéricas, teniendo una evolución y desarrollo en los diversos instrumentos jurídicos.

Asimismo, dicha Carta alude al concepto de diálogo social entre los interlocutores sociales y lo proclaman como derecho en el ámbito social. Inicialmente sólo comprende la relación entre los empleadores y los trabajadores, sin embargo, a partir de los documentos firmados a razón de la ampliación de la Unión Europea, se contempla dicha relación que incluye al Estado.¹⁷²

Por su parte, el artículo 30 de la Carta contiene la protección de los denominados grupos vulnerables, es decir, los niños y adolescentes, a las mujeres consideradas como trabajadoras —manteniendo el principio de igualdad referido a la maternidad—, los trabajadores migrantes y sus familias.

En cuanto al alcance de la Carta Social Europea, un importante número de doctrinarios coinciden en restarle relevancia, pues ésta no contempla una técnica de reservas¹⁷³ y, por tanto, otorga

¹⁷² Vaughan-Whitehead, Daniel C., *op. cit.*, p. 218.

¹⁷³ Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, *op. cit.*, pp. 178 y 179.

a los Estados parte la libertad de determinar los derechos que están dispuestos a reconocer y a garantizar, con lo que se considera que la Carta posee un carácter incompleto,¹⁷⁴ además de estimarla como un documento no comunitario, dado que sólo ha sido firmado por once Estados miembros.¹⁷⁵

No obstante lo anterior, debemos destacar que este instrumento social ha constituido un progreso importante en la defensa y protección de los derechos sociales¹⁷⁶ en el ámbito regional europeo.¹⁷⁷ Asimismo, ha supuesto una importante referencia a futuro¹⁷⁸ en la necesidad postergada de crear un espacio social comunitario,¹⁷⁹ sin las graves deficiencias que obedecen a las diversas condiciones y posturas respecto al entorno social europeo¹⁸⁰ y a sus diferentes sistemas socioeconómicos.¹⁸¹

Desde luego es innegable que aun cuando la Carta Europea de Derechos Sociales¹⁸² sea considerada como un instrumento de

¹⁷⁴ Gould, Mark, “The European Social Charter and the Community Law-A Comment”, *European Law Review*, vol. 14, agosto de 1989, pp. 223-226.

¹⁷⁵ Cfr., Riley, Alan J., “The European Social Charter and Community Law”, *European Law Review*, vol. 14, abril de 1989, pp. 80-86.

¹⁷⁶ Galiana Moreno, J., “El lento camino de la gestación de la política social comunitaria: desde el Tratado de Roma a la cumbre de Maastricht”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 53, 1993, pp. 189-198.

¹⁷⁷ Casas Martínez, Faustino, “El proceso de integración social europea”, *Noticias de la CEE*, núm. 105, octubre de 1993, pp. 61-68.

¹⁷⁸ Vogel-Polsky, Éliane, “La Europa social del año 2000: la Carta Social y el sistema comunitario”, *cit.*, 1989, pp. 67-87.

¹⁷⁹ Cabrera Bazán, José, “Una visión de futuro de la política social de la Comunidad Económica Europea”, en Montoya Melgar, Alfredo *et. al.*, *Cuestiones actuales de derecho del trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1990.

¹⁸⁰ Zufiaur, José María, “Luces y sombras de la nueva dimensión social comunitaria” *Documentación Social*, núm. 91, abril- junio de 1993, pp. 125-156.

¹⁸¹ Alonso Soto, Francisco, “La Europa social después de Maastricht”, *Documentación Social*, núm. 91, abril-junio de 1993, pp. 111-123.

¹⁸² Rodríguez-Piñero, Miguel, “La Declaración de los derechos sociales comunitarios”, *Relaciones Laborales*, núm. 22, 1989.

carácter declarativo e interpretativo,¹⁸³ para la Europa social, en ese momento, significó un gran paso el inicio del desarrollo de una política social¹⁸⁴ que poco a poco daría sus frutos,¹⁸⁵ aunque persistiendo la cuestión económica.¹⁸⁶

Lo destacable de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales es el hecho de haber logrado un acuerdo consensuado para adoptar un instrumento que incluiría los aspectos sociales comunes a los Estados miembros —sólo once de los doce, exceptuando al Reino Unido, que consideraba que las cuestiones de política social correspondían de manera exclusiva a la competencia nacional—. Este documento representó una evolución en el entorno social de Europa.¹⁸⁷

La oposición del Reino Unido a la Carta representaría a futuro el desarrollo de una política social comunitaria diversificada, marcando así posteriormente su negativa a la reforma de disposiciones sociales insertadas en el Tratado de Maastricht. Fue por tal negativa que la Carta resultó simplemente una declaración política solemne,¹⁸⁸ sin carácter vinculante¹⁸⁹ ni jurídico.¹⁹⁰

¹⁸³ Monereo Pérez, J. L., “Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores I”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 56, 1992.

¹⁸⁴ Pérez del Río, Teresa, *op. cit.*, pp. 392-397.

¹⁸⁵ Suárez González, Fernando, “El espacio social europeo”, en Montoya Melgar, Alfredo *et. al.* (coords.), *Cuestiones actuales de derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de derecho del trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, pp. 115-142.

¹⁸⁶ Maestro Buelga, Gonzalo, “Constitución económica y derechos sociales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, año 4, enero- junio de 2000, pp. 123-154.

¹⁸⁷ Parejo Alfonso, Luciano, “La política y el derecho sociales de la Unión Europea”, *cit.*, pp. 263-309.

¹⁸⁸ Blanpain, R. *et. al.*, *Fundamental Social Rights: Proposals for the European Union*, Lovaina, Peeters, 1996, p. 6.

¹⁸⁹ Bercusson, B., “The European Community’s Charter of Fundamental Rights of Workers”, *Modern Law Review*, 1990, p. 624.

¹⁹⁰ Hepple, B., “The implementation of Fundamental Social Rights”, *Modern Law Review*, 1990, p. 643.

Resulta interesante señalar que unos días antes de la firma de la Carta, la Comisión anunció al Consejo el Programa de Acción respecto a la aplicación de la Carta, incorporando todas aquellas medidas necesarias para su cumplimiento y así brindar al mercado interior una dimensión social.¹⁹¹ Con posterioridad, el Tratado de Maastricht contemplaría la cuestión social,¹⁹² al incluir tres de los diecisiete protocolos referidos a la materia social:¹⁹³ el Protocolo III referido al artículo 119 del Tratado,¹⁹⁴ el Protocolo XIV concerniente a la política social,¹⁹⁵ y por último, el Protocolo XV sobre la cohesión económica y social, en total treinta y cuatro declaraciones.

Tal Programa se consideró ambicioso, ya que insertaba lineamientos que representaban un gran avance en el ámbito social comunitario y establecía diversas propuestas de directivas comunitarias referentes a aspectos laborales: seguridad, salud e higiene de los trabajadores, ordenación del tiempo de trabajo, relaciones de trabajo atípico (contratos a tiempo parcial, contratos temporales), despidos colectivos, entre otros.¹⁹⁶

Resultado de estas circunstancias, surge lo que se ha denominado “Europa social a la carta”, caracterizada por un lado, mediante los acuerdos referidos a once de los doce Estados miembros, y por otro, debido a las disposiciones aplicables al total de los Estados miembros. Todo ello se vio reflejado en una de las más importantes innovaciones introducidas en el Tratado de Maastricht, los conceptos de alto nivel de empleo, de protección y de cohesión social y económica como objetivos de índole social

¹⁹¹ Pérez del Río, Teresa, *op. cit.*, pp. 388-390.

¹⁹² Comisión Europea, *Lo social en la Europa del 92*, 4a. ed., Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1992.

¹⁹³ Rojo Torrecilla, E., “La política laboral europea. El desarrollo de la Carta Comunitaria como elemento clave de la Europa Social”, *Documents de Treball*, núm. 23, 1992, pp. 114 y ss.

¹⁹⁴ *Le développement de la politique sociale européenne*, Luxembourg, Ofice des publications officielles des communautés européennes, 1996.

¹⁹⁵ Rhodes, Martin, *op. cit.*, pp. 156-164.

¹⁹⁶ Rodríguez-Piñero, Miguel, “El Programa de Acción de la Comisión para la aplicación de la Carta Social”, *Relaciones Laborales*, 1989, t. II, p. 82.

contemplados en su artículo 2o., representando con ello un nuevo arranque de la política social comunitaria, sin olvidar la constante y acostumbrada reticencia británica.

De lo anterior derivó que se firmara el Tratado de Maastricht por quince Estados miembros y el Acuerdo del Protocolo XIV relativo a la política social no aplicable al Reino Unido. Una Europa a la carta representada por dos cuestiones más significativas: en primer lugar, la negativa británica en materia de política social, y en segundo lugar, la negativa danesa a integrarse a la política exterior y de seguridad común y a los lineamientos referidos a la ciudadanía europea.

Dicho Protocolo se basaba en los postulados de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales de 1989, implementando diversas innovaciones en el ámbito de la política social, entre las que podemos citar la participación de los interlocutores sociales, así como la posibilidad de emitir decisiones por mayoría cualificada en materia de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres, ambos en el ámbito laboral.

Así, el Tratado de Maastricht amplió las competencias de la Comunidad en materia social¹⁹⁷ y desató una política de cohesión económica y social en la Unión.¹⁹⁸ Uno de sus principales objetivos consistió en promover un progreso equilibrado y sostenible, lo que implicó la creación del denominado Fondo de Cohesión,¹⁹⁹ el cual implementaría una política regional más estructural.²⁰⁰

¹⁹⁷ González Cano, Vicente, “La Unión Europea a partir de Maastricht. Un breve análisis del Tratado”, en Romero, José R. y Rodero, Adolfo (dirs.), *España en la CEE: del Acta Única al Tratado de Maastricht*, ETEA, Córdoba, 1993, pp. 141-180.

¹⁹⁸ Ortúzar Andechaga, Luis, “La cohesión económica y social en la Comunidad Europea: mito o realidad”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 181, febrero de 2000, pp. 79-85.

¹⁹⁹ Rodríguez Cañas, Encarnación, “El Fondo de Cohesión: experiencias y perspectivas”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 181, febrero de 2000, pp. 101-111.

²⁰⁰ Iniesta Alonso-Sañudo, Araceli, “Política de cohesión y fondos estructurales”, *Documentación Social*, núm. 91, abril- junio de 1993, pp. 215-233.

Este Tratado representó la voluntad de continuar con el proceso de construcción europea²⁰¹ y consolidó la necesidad de una verdadera Europa social, aunque sobre todo correspondió a un común acuerdo respecto a los aspectos esenciales en materia de unión económica y monetaria.²⁰² Uno de sus objetivos sociales fue el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, dispuesto en el artículo 119 del Tratado, principio al que se le ha dado una auténtica dimensión comunitaria, en gran parte por la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia.²⁰³

Hay que reconocer que la materia económica nuevamente era protagonista en el contenido de este Tratado²⁰⁴ que implementaba tres pilares comunitarios:²⁰⁵ la Unión Económica y Monetaria (TUE), el pilar de la Comunidad Europea, traducido a las revisiones hechas al Tratado de Roma, un segundo pilar relativo a la política exterior y de seguridad común (PESC), y un último, relativo a la justicia y asuntos de interior.

Desafortunadamente, este Tratado reducía las innovaciones en la cuestión social, entre ellas podemos citar la creación de un nuevo fondo de cohesión social y un programa social más amplios. También brindó protagonismo a la política social, enfocada al nivel de empleo, a la protección y seguridad sociales y a la elevación del nivel de vida, así como a la implementación de instrumentos que potenciaban las políticas sociales en el marco comunitario.

²⁰¹ Boixareu Areny, Ramón, “El Tratado de Maastricht. Génesis, estado actual y perspectivas”, *Papeles de Economía Española*, núms. 52-53, 1992, pp. 2-17.

²⁰² Pérez de los Cobos Orihuel, F., *op. cit.*, p. 92.

²⁰³ Rodríguez-Piñero, Miguel, “La dimensión social del Mercado Interior (I)”, *La Ley*, t. I, 1989, p. 3.

²⁰⁴ Fonseca Morillo, Francisco y Martín Burgos, Juan Antonio, “El Tratado de Maastricht: análisis y perspectivas”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 19, núm. 2, 1992, pp. 517-563.

²⁰⁵ Muns, Joaquín, “Cinco preguntas clave en torno al Tratado de Maastricht”, *Papeles de Economía Española*, núms. 52-53, 1992, pp. 27-29.

Como resultado de ello, este Tratado supuso lo que en la jerga comunitaria se conoce como una “Europa social a dos velocidades”, debido a los condicionamientos macroeconómicos establecidos —los llamados criterios de convergencia—, lo que originaría grandes diferencias entre las regiones comunitarias, diferencias en su mayoría de tipo económico y, por ende, de índole social.

IV. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

La idea de elaborar una Carta de Derechos Fundamentales para la Unión Europea (CDFUE) surge de la necesidad de reflejar los valores y principios de libertad, democracia y de Estado de derecho bajo los cuales se fundamenta la Unión. Del mismo modo, contribuiría a garantizar a los ciudadanos europeos la seguridad jurídica y protección de los derechos fundamentales proclamados en la Carta.²⁰⁶

En otras palabras, este instrumento comunitario implicaría que los derechos fundamentales de los europeos fuesen visibles, que los conocieran y que pudieran allegarse a ellos, para reclamar su auténtica protección y aplicación,²⁰⁷ aludiendo también a la concepción de una Europa cada vez más política.

Recordemos que el Tribunal de Luxemburgo es una institución comunitaria que ha inyectado un sorprendente avance, pues contribuye a garantizar la protección de derechos considerados como principios fundamentales del ordenamiento comunitario, basándose en las costumbres de los Estados miembros, así como en los diversos instrumentos internacionales, evidentemente con especial referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

²⁰⁶ Fernández Tomás, Antonio, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 45 y ss.

²⁰⁷ Simitis, Spiro, *Afirmación de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar*, Bruselas, Informe del grupo de expertos sobre derechos fundamentales, Comisión Europea, febrero de 1999, p. 19, documento también conocido con el nombre *Informe Spiris*.

En este sentido, esta Carta de derechos representa un importante avance en el aspecto político de la Europa comunitaria, pero igualmente constituye un listado de derechos que han sido previamente reconocidos como tales por el órgano jurisdiccional comunitario, esto es, confirma lo que ya ha sido reconocido como tal. En realidad vino a llenar un vacío existente en los tratados comunitarios, ya que la Unión carecía de un instrumento político de tal envergadura —y de un sistema formal de protección de derechos humanos— lo que supuso una Unión integrada políticamente basada en valores comunes a los Estados miembros.

Desde una perspectiva política, la CDFUE simbolizó un elemento imprescindible en el proceso de integración europea, sin embargo, supuso una mera formalidad al incluir de manera conjunta y completa el cúmulo de derechos reconocidos por el Tribunal de Justicia Comunitario, expresados de manera dispersa en el conglomerado de sentencias por él emitidas.²⁰⁸

Este documento comunitario se incorporó finalmente al Tratado de Lisboa de 2007, limitándose a incluir el principio de no discriminación, entre otros motivos, por razón de sexo. Así, en su artículo 21,²⁰⁹ apartado 1, establece que se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones públicas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Asimismo, en el artículo 20 establece una cláusula que manifiesta que en él todas las personas son iguales ante la ley. No obstante ello, el principio de igualdad de género o *gender mainstreaming*

²⁰⁸ Véase Bering Lüsberg, J., “Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?, *Harvard Jean Monnet Working paper 04/01*, Massachussets, Harvard Law School, 2001, p. 6.

²⁰⁹ En lo concerniente a la segunda parte de este mismo artículo, debemos expresar que se garantiza expresamente el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, siguiendo la misma línea y considerándolo como uno de los fundamentos de la Europa comunitaria.

ming brilló por su ausencia, ello se puede percibir en el grupo que elaboró la Carta de Derechos Fundamentales, al estar integrado por un porcentaje mínimo de mujeres,²¹⁰ y por ende, incumpliendo el principio de participación equilibrada entre mujeres y hombres en los procesos de toma de decisiones.²¹¹

Al analizar el contenido de la CDFUE en materia de igualdad de género, observamos que ésta se encuentra regulada de una manera tímida, vaga y limitada, sin contemplar aspectos de gran trascendencia, como por ejemplo, la violencia de género, la cultura, la educación o la salud. Una de las críticas corresponde a que contempla la perspectiva de género desde un panorama evidentemente parcial.²¹² Resulta imprescindible el denominado enfoque de cambio de agenda, concerniente a la transformación y a una completa reconfiguración estructural de las instituciones y los procesos de toma de decisiones en la que se otorgue prioridad a las cuestiones de género, y no a la mera aplicación de la política de *mainstreaming* ya existente, continuando con una visión meramente integracionista.²¹³

En este sentido, en las normas jurídicas en materia de igualdad de género ha prevalecido un carácter contradictorio e incluso

²¹⁰ Freixes Sanjuán, Teresa, “La perspectiva de género en la elaboración de la Constitución Europea”, *Congreso Internacional Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, Madrid, 2005, p. 12, http://www.inap.map.es/inapweb/goberna/act_form/pdfs/tfreixes.pdf.

²¹¹ Freixes Sanjuán, Teresa, “La igualdad y la Constitución de la Unión Europea: elaboración del texto y criterios de interpretación”, en Figueruelo Burrieza, Ángela y López de la Vieja, Teresa *et. al.* (eds.), *Las mujeres en la Constitución europea. Estudios multidisciplinares de género*, Salamanca, Universidad de Salamanca-Centro de Estudios de la Mujer, 2005, colección Aquilafuente, núm. 87, pp. 33-66.

²¹² Lombardo, Emanuela, “Algunas consideraciones sobre la igualdad de género en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en Fernández Sola, Natividad (coord.), *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 333-353.

²¹³ Lombardo, Emanuela, “Integrating or Setting the Agenda? Gender Mainstreaming in the two European Conventions on the Future of the EU and the Charter of Fundamental Rights”, septiembre de 2003, http://www.unizar.es/union_europea/files/Lombardo_GMConv.pdf.

hasta paradójico en el ámbito de la Unión Europea. Por un lado, contempla un significativo número de disposiciones en las que se plantea el principio de participación equilibrada entre mujeres y hombres en la toma de decisiones comunitarias como uno de los pilares básicos en materia de igualdad, y por el otro, en la realidad fáctica pareciera desdibujarse poco a poco sin contemplar este principio de igualdad en diversas convenciones desarrolladas en el seno de la Unión.

De igual modo, se parte de formulaciones y criterios establecidos por el Consejo de Europa, resultando por demás contradictorio que en los fondos estructurales se plantea el desarrollo de actuaciones bajo la perspectiva de igualdad de género, y que en la práctica no se contemple. Un ejemplo ha sido la integración de la Convención para el futuro de Europa conformada mayoritariamente por hombres.²¹⁴

Por lo que se refiere a la igualdad entre hombres y mujeres, se estipula en el artículo 23 de la Carta que se deberá garantizar esta equidad en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución, disposición que resulta un tanto confusa, dado que contempla todas aquellas áreas en las que se pudiera producir discriminación por razón de sexo.²¹⁵

Una de las pocas innovaciones que supuso la CDFUE correspondió a la inclusión de aplicación de acciones positivas, al expresar que el principio de no discriminación no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado, logrando una igualdad tanto en el plano formal como en el sustancial.

Por lo que se refiere al Tratado de Lisboa de 2007 y que aún no se ha ratificado por los veintisiete Estados miembros, en su artículo 8o., establece como objetivo de la Unión, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer. En el mismo sentido, consagra el principio de no discriminación por razón de sexo, este motivo es el primero de los que cita la redacción del artícu-

²¹⁴ Freixes Sanjuán, Teresa, *op. cit.*, pp. 50-58.

²¹⁵ Lombardo, Emanuela, *op. cit.*, p. 340.

lo 10, incluyendo entre otros, raza, color, origen étnico o social, etcétera. De esta manera se incorpora todo un conjunto de disposiciones del acervo comunitario en materia de igualdad entre mujeres y hombres, considerando: estructura jurídica, objetivo de la Unión, derecho fundamental y dimensión transversal de las políticas comunitarias.²¹⁶

Ahora bien, atendiendo al origen y evolución que este principio ha tenido en el marco jurídico comunitario —esencialmente en la esfera laboral— se ha caracterizado por aspectos económicos, mismos que dieron fundamento al nacimiento de la Unión Europea con la única finalidad de crear un mercado único.

Siguiendo la misma línea trazada por la Carta Social Europea de 1961 y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 1989, los derechos sociales se incluyen en la CDFUE, aludiendo a dos tipos: derechos subjetivos susceptibles de ser invocados, así como aquellos que se incluyen de manera programática y que requirieren la actuación legislativa para su ejercicio.

V. LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA EUROPA COMUNITARIA

En este tema resulta imprescindible referirnos al desarrollo que ha tenido tal dimensión social durante los años sesenta y setenta fundamentalmente, décadas en las que ha experimentado su mayor auge, después del Tratado de Ámsterdam²¹⁷ y hasta el Tratado de Niza, cuya prioridad radicaría en la reforma institucional y estructural de la Unión Europea.

Si atendemos a lo que en su momento reflejaba la idea original de los tratados constitutivos de las comunidades europeas, resulta evidente que los objetivos y fines sociales desarrollarían un

²¹⁶ Freixes Sanjuán, Teresa, “Lo que la nueva Constitución puede aportar a las mujeres y a los hombres de Europa”, *El Magazine de Educación y Cultura*, núm. 25, 2005.

²¹⁷ Gomis, Pedro Luis, *La política social y de empleo en el Tratado de Ámsterdam*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1999, especialmente, pp. 244-269.

papel eminentemente instrumental para lograr así las finalidades económicas de la Comunidad.

A este respecto existen dos posturas contradictorias. La primera expresa que en el ámbito comunitario ha prevalecido el carácter predominantemente económico, dejando de lado las cuestiones sociales.²¹⁸ Y la segunda postula que los aspectos sociales comunitarios estaban latentes, aun cuando lo social estaba supeditado a los objetivos económicos de la Europa Comunitaria.²¹⁹

A este respecto simpatizamos con la primera posición,²²⁰ sin embargo también han influido diversos factores, entre ellos el rechazo de Margaret Thatcher a suscribir cualquier compromiso en materia social, la falta de voluntad política de Gran Bretaña respecto a un marco mínimo de derechos sociales comunitarios, los resultados incipientes de las cumbres europeas de Bruselas, Copenhague y Hannover —gracias a la cual se incentivó la creación de una política social de forma paralela al mercado interior—.²²¹

La construcción de un Espacio Social Europeo (ESE)²²² se dio a iniciativa del gobierno francés a través de un memorándum de 1981, plasmando tres objetivos: considerar el empleo como eje central de la política social comunitaria, fortalecer el diálogo social entre los interlocutores sociales tanto a nivel comunitario como a nivel interno e intensificar la cooperación en materia de protección social.²²³ Dos son los pilares determinantes en la crea-

²¹⁸ Maestro Buelga, Gonzalo, *op. cit.*, pp. 152 y 153.

²¹⁹ Cfr. Montoya Melgar, Alfredo *et. al.*, *Instituciones de derecho social europeo*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 14.

²²⁰ Zufiaur, José María, “La Europa de los capitales”, *El País*, 19 de junio de 1989.

²²¹ Redondo, Nicolás, “No cruzarse de brazos”, *El País*, 7 de octubre de 1988.

²²² Fraga Iribarne, Manuel, “La dimensión social de la Europa comunitaria”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 37, 1989, pp. 5-35, en particular, pp. 19-24.

²²³ Unión General de Trabajadores, *El espacio social europeo*, Madrid, Torreblanca, 1989.

ción del ESE: la aproximación legislativa de los sistemas sociales de los Estados miembros y el diálogo social entre los interlocutores sociales.

Otra de las instancias instrumentales de mayor envergadura en materia social fue la creación de un Fondo Social Europeo (FSE)²²⁴ que garantizaría el mejoramiento del empleo de los trabajadores²²⁵ (artículo 30., inciso j, del Tratado de Roma), así como la elevación del nivel de vida, basado, claro está, en la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad (artículo 48), y el conjunto de derechos y libertades derivadas de ella.²²⁶

Este Fondo Comunitario es uno de los mecanismos financieros que en materia social se establecen en el TCE con los objetivos de fomentar, dentro de la Comunidad, las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, así como de facilitar su adaptación a las transformaciones industriales y cambios de los sistemas de producción, especialmente mediante la formación y la reconversión profesionales (artículo 146, antiguo artículo 123 TCE).

Por su parte, la cohesión económica y social no tenía cabida en el Tratado de Roma, incluso ni se hacía alusión a ella, dejando de lado el ámbito social, elemento cada vez más imprescindible en el proceso de integración europea.

Desde una perspectiva institucional tanto el Tribunal de Justicia como la Comisión Europea han contribuido al desarrollo de la dimensión social. El primero con su actividad pretoriana, y la segunda a través de sus iniciativas legislativas que impulsarían la perspectiva social al mercado comunitario.

²²⁴ Martín Valverde, Antonio, “El Fondo Social Europeo”, *El espacio social europeo*, Valladolid, 1991, pp. 33 y ss.

²²⁵ Gomis, Pedro, “El Fondo Social Europeo”, *IV Jornadas Nacionales de Estudio del Comité Español para el Bienestar Social, Política Social de las Comunidades Europeas*, Madrid, ACEBO, 1986, pp. 45-62.

²²⁶ Martín Valverde, Antonio, *El Fondo Social Europeo y la política de empleo en la Comunidad Europea*, Madrid, s.e., 1986, pp. 36 y ss.

Con el Acta Única Europea²²⁷ se vislumbraría con mayor énfasis la creación de un ESC a la par del mercado económico, incluyendo claros objetivos que encuadrarían en el logro de la cohesión económica y social,²²⁸ destacando la trascendencia del diálogo entre los interlocutores sociales. Así, en su Preámbulo expresaba la finalidad de conseguir la justicia social y la mejora de la situación económica y social, a través de las medidas de acción entre las instituciones comunitarias y las políticas comunes de cooperación entre los Estados miembros.²²⁹

Esencialmente, han sido tres cuestiones las que introducen el desarrollo de la esfera social comunitaria en el Acta Única Europea: la armonización legal de disposiciones en materia de condiciones de trabajo, el desarrollo del diálogo social y el objetivo de eliminar las diferencias regionales entre los Estados miembros, con lo que se logra la cohesión económica y social en Europa. En dicho instrumento comunitario se establecerían las bases jurídicas para cumplir este objetivo social, reforzadas en los acuerdos de Maastricht, con el cual se crearían diversas instancias coadyuvantes a esta política. Un ejemplo de ello es el Fondo de Cohesión, precedido por el FEDER (Fondo Europeo de Desarrollo Regional), cuyo objetivo esencial era aminorar las diferencias regionales en la Europa comunitaria.

El auge de la cuestión social se cimentó en tres áreas:

- 1) Las nuevas competencias establecidas en los artículos 118A (actual artículo 138) y 100 A2 (actual numeral 95 del TCE), relativos al fomento de consulta de los interlocutores sociales por parte de la Comisión Europea y a la aproximación

²²⁷ Romero Rodríguez, José J. y Ortiga Carpio, Ma. Luz, “El Acta Única Europea: una breve descripción”, en Romero, José R. y Rodero, Adolfo (dir.), *España en la CEE: del Acta Única al Tratado de Maastricht*, Córdoba, ETEA, 1993, pp. 3-24.

²²⁸ Bonet Marco, Emilio, *Introducción al Acta Única Europea*, Madrid, ESIC, 1988, pp. 65-67.

²²⁹ Lázaro, Laureano y Cordero, Gervasio, “La política de cohesión económica y social de la UE: evaluación desde la perspectiva española”, *Papeles de Economía Española*, núm. 63, 1995, pp. 335-357.

de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, con lo que el Consejo, por mayoría cualificada, adoptaba todas aquellas medidas que considerase pertinentes para el buen funcionamiento del mercado común.

- 2) El reconocimiento del diálogo social a nivel comunitario entre los interlocutores sociales expresado en el artículo 118 B (actual artículo 139) del Tratado, en el que la Comisión participaría en el papel de mediador y de apoyo técnico.
- 3) Las nuevas disposiciones en materia de política de cohesión económica y social contenidas en los artículos 130A a 130E (actuales artículos 158-162) del Tratado.

No resultó tarea fácil la creación de una ámbito social a nivel comunitario, fue por ello que la Comisión Europea emitió el documento denominado “La dimensión social del mercado interior”, también conocido como Documento Marín,²³⁰ presentado por el vicepresidente Marín al Parlamento Europeo en septiembre de 1988,²³¹ afirmando que:

El gran mercado carecería de sentido si el nivel de vida y de protección social del ciudadano europeo resultara comprometido. Más bien al contrario, la justificación política y económica del

²³⁰ Véase el texto completo de la Comunicación en AA.VV, *El espacio social europeo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, pp. 345 y ss. Consultense las declaraciones de Jacques Delors (Documento Marín) en Monereo Pérez, J. L., “La participación de los agentes de la Comunidad Europea y el diálogo social”, *Actualidad Laboral*, núm. 29, 1988, pp. 380 y ss.; Rodríguez Piñero, Miguel, “La dimensión social del mercado interior”, *La Ley*, 1989, t. II, p. 20. También del mismo autor: “El Programa de Acción de la Comisión para la aplicación de la Carta Social”, *Relaciones Laborales*, 1989, t. II, p. 78. Goodhart, David, “Social Dumping within in EU”, en Hine, David y Kassim, Hussein (eds.), *Beyond the Market. The EU and National Social Policy*, London-New York, 1998, pp. 79-90. Salinas Ramos, Francisco, “Dimensión social del mercado interior europeo”, *Documentación Social*, núm. 91, abril- junio de 1993, pp. 171-195.

²³¹ Venturini, Patrick, *El espacio social europeo para 1992*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1989, pp. 111-113.

mercado único es el progreso social y las ventajas que supone para los ciudadanos de la Comunidad. La dimensión social no se opone ni entorpece la consecución del mercado interior. Muy al contrario, es imprescindible para el respaldo de la mayoría de los ciudadanos en este gran paso que supone para la construcción europea del mercado único.

De esta manera se establecía la necesidad de fijar objetivos y medidas colectivos para formar un mínimo social comunitario, recogido en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales, que reuniera las diferencias de sistemas nacionales de seguridad social y garantizara tanto la dimensión social como la dimensión económica del mercado interior, incluyendo cinco principios determinantes en la actuación de la comisión en materia social:

- 1) Promover la mejora de las condiciones de vida y trabajo.
- 2) Asegurar la libertad de circulación de personas y la igualdad de trato.
- 3) Consolidar las condiciones para la adaptación profesional de los trabajadores.
- 4) Fortalecer la cohesión social y económica.
- 5) Reforzar el diálogo entre los interlocutores sociales.

En la actualidad, indudablemente existe un derecho social comunitario, con sus debidas limitaciones en el proceso de integración europea, pero con bases ciertas y firmes, pues la evolución social de la Europa comunitaria no ha ignorado los diversos sistemas sociales de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Aun cuando en el articulado del Tratado de Maastricht se excluía toda referencia a lo social, una de sus novedades relevantes correspondería a dos protocolos: el Protocolo sobre la política social, junto con un Acuerdo anexo implementado con el Tratado de Maastricht²³² —documento en el que se planteaba la necesi-

²³² Véase Tratado de la Unión Europea, Textos consolidados de los tratados comunitarios: “Protocolo sobre la política social. Acuerdo sobre la política social celebrado entre los Estados miembros de la Comunidad Europea a excepción de Irlanda”.

dad de una carta de derechos sociales, frente a la que el gobierno británico expresaría su *opting-out*, que implicaba la existencia de una Europa de geometría variable concerniente a la materia social— y un segundo Protocolo sobre la cohesión económica y social en el que la Unión expresaría el objetivo de fomentar el progreso económico y social.

De los doce Estados miembros que conformaban la Europa comunitaria, once (excepto Reino Unido) aprobaron el acuerdo que incluía un protocolo relativo a la política social comunitaria, expresando la facultad de legislar por mayoría cualificada en materia de condiciones de trabajo, consultas e informaciones a los trabajadores, y de igualdad de condiciones de empleo de hombres y mujeres.

En este sentido, una cuestión de índole social que introdujo el Acuerdo de Política Social, anexo al Tratado de Maastricht, fue el compromiso que adquirieron tanto los sindicatos como las organizaciones patronales de asumir su papel de interlocutores en el proceso del diálogo social, siendo partícipes como instituciones especializadas en el entorno comunitario y colaborando en la política social. Este hecho trascendió hasta la firma del Tratado de Ámsterdam, plasmando su rol en la política social de Europa.

La dinámica del proceso de innovaciones y modificaciones a los tratados comunitarios en materia de derechos sociales ha sido similar a la experimentada por los derechos fundamentales,²³³ con lo que se ha apreciado la fórmula de reenvío a textos y declaraciones internacionales de derechos sociales. Así lo muestra el artículo 136 del TCE, que alude a la remisión al contenido de la Carta Social Europea y a la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales en el ordenamiento comunitario.

ción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte”, Madrid, Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas, 1992, pp. 305-309.

²³³ Véase Maestro Buelga, Gonzalo, *op. cit.*, p. 148.

VI. EL LIBRO BLANCO DE POLÍTICA SOCIAL

Este documento fue creado a instancia de Padraig Flynn,²³⁴ comisario europeo de asuntos sociales, y aprobado el 27 de julio de 1994. Incluía diversas propuestas que la Comisión desarrollaría en 1995, todas con una constante: la necesidad de un modelo social europeo caracterizado por la protección social. Así, en una reunión de 9 y 10 de noviembre, plantearía la definición de normas sociales comunes con un estándar mínimo de protección para todos los Estados miembros, garantizando las libertades de circulación.

Asimismo, establecía la estrategia de la política social comunitaria para el futuro, reforzando el modelo social europeo y la importancia de su reforma para las nuevas necesidades sociales; representaba un nuevo impulso al desarrollo de la política social y, que junto con el Libro verde de política social, suponía importantes esperanzas en la creación de nuevos empleos y en una mayor protección social, así como una economía competitiva. Como resultado, surgiría la Estrategia Europea de Empleo —con la finalidad de disminuir el desempleo, azote que ha determinado una gran desconfianza en los Estados— estructurada en el Tratado de Ámsterdam, y que se perfeccionaría con las directrices definidas en la cumbre celebrada en Luxemburgo en noviembre de 1997.

Uno de los documentos que la Unión ha implementado en la materia, es el Libro verde sobre la política social,²³⁵ que plantea la creación de un comercio mundial, junto con la producción y las tecnologías para abatir el desempleo en los Estados comunitarios, e incorpora a los agentes sociales, autoridades gubernamentales

²³⁴ “EC/Social Affairs. Ministers examine the problem social protection in the light of the European Commission’s analytical report”, *European Commission*, núm. 6103, noviembre de 1993.

²³⁵ *Libro verde sobre política social*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1993, COM (93) 551, de 17 de noviembre de 1993.

mentales, y en general a la sociedad entera, fijando como retos a cumplir la implementación de normas de protección social.

El Libro blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo,²³⁶ visualiza un modelo social adecuado para el siglo XXI. Consiste en una iniciativa comunitaria en la que nuevamente se incorporaría como pieza clave en el abatimiento del desempleo,²³⁷ a una sociedad mucho más activa y dinámica que interviniéra en las acciones innovadoras para hacer frente a los retos y desafíos sociales de la Unión Europea. Algunos ejemplos son las acciones para el empleo,²³⁸ reorganización del trabajo, así como la adaptabilidad del mercado de trabajo a los avances industriales y tecnológicos.

Después de un primer fracaso en su aprobación, finalmente se aceptó el 17 de noviembre de 1993 y, por último, encontramos el Libro blanco de la política social europea,²³⁹ en el que se exponen diversas directrices de carácter innovador y progresista para hacer frente a los retos de la Unión.

Como resultado de esta iniciativa, se implementó un Tercer Programa de Acción Social a medio plazo durante el periodo 1995-1997,²⁴⁰ que concebía tres aspectos fundamentales:

- 1) Una visión integral de la política social que se situaba en el centro del proceso de construcción europeo.

²³⁶ *Libro blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1994.

²³⁷ Macadán Díaz, M. y Rivas García, J., *La Europa social*, Barcelona, Bosch, 1999, pp. 147-172.

²³⁸ Alonso Berberena, Juan, “La política de empleo de la Unión Europea a partir del análisis del Libro blanco sobre el crecimiento, competitividad y empleo (1993-1995)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 20, octubre-diciembre de 1995, pp. 193-321.

²³⁹ *Libro blanco de política social europea. Un paso adelante para la Unión*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1994, COM (94) 333, 27 de julio de 1994.

²⁴⁰ *Comunicación de la comisión sobre el programa de acción social a medio plazo 1995-1997*, Bruselas, Comisión de las Comunidades Europeas, COM (95) 134 final, 12 de abril de 1995.

- 2) Una mayor perspectiva dinámica de esta política congruente con los cambios socioeconómicos graduales.
- 3) La trascendencia de la coordinación entre las políticas comunitarias económicas y sociales, cuyas áreas de acción serían el empleo, la igualdad de oportunidades para las mujeres, las medidas de protección social y salud pública, y un mayor desarrollo de estudios e investigaciones en el ámbito social comunitario.

Una de las áreas esenciales en este programa ha sido el empleo, con dos enfoques principales: cualificación y movilidad, desarrollados en una sociedad diversificada que hace frente a un mundo laboral globalizado y a los constantes avances tecnológicos, incorporándose la política social como parte integrante de la estrategia de política económica.

Entre los lineamientos programáticos en el orden social destacan los siguientes:

- 1) Establecer la perspectiva incluyente de la política social, con el fin de lograr la integración de todos los ciudadanos en lo económico y en lo social.
- 2) Indicar como principal prioridad la creación de empleos.
- 3) Desarrollar y consolidar la legislación social, indicando la culminación del periodo legislativo en curso y la aplicación del derecho europeo, básicamente en el ámbito de la salud y seguridad.
- 4) Fortalecer la cooperación de la acción social a futuro, mediante la inserción de planes de acción social o la formulación de un nuevo programa de acción para la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres para el año 1995, ubicando a las mujeres como conjunto especialmente excluido en el ámbito social.

En marzo de 2000 se celebraría la Cumbre de la Unión Europea en Lisboa, así como la elaboración de la Agenda Social Europea, que incluye los lineamientos y metas a conseguir frente al vertiginoso desarrollo del ámbito económico de la Europa co-

munitaria. Entre ellos, citamos los siguientes: hacer frente a los nuevos retos tecnológicos y un mayor crecimiento económico sostenible con mayor cohesión social, coordinando las políticas sociales y las políticas económicas derivadas de la unión económica y monetaria; equiparar a Europa frente a los nuevos paradigmas que resultan de la sociedad de la información y nuevas tecnologías; reforzar la política de cohesión económica y social, así como la creación de un instituto europeo sobre discriminaciones y asuntos de género, previsto para el año 2001.²⁴¹

Por lo que respecta a la agenda social, se incluye un programa de acción social de cinco años (2000-2005),²⁴² cuyos lineamientos de acción principales son las acciones para la erradicación de la pobreza, las acciones en el empleo, la protección social, la inclusión y el diálogo social, la igualdad de oportunidades y la lucha contra la discriminación.²⁴³

VII. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL DERECHO ORIGINARIO COMUNITARIO EUROPEO

En el desarrollo de la política social comunitaria, el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo goza de gran relevancia. Su fundamento jurídico corresponde al artículo 119 del Tratado de Roma (artículo 141 del Tratado de Ámsterdam), el cual dispone que cada Estado miembro aplicará el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. Su desarrollo y evolución surgieron por las mismas

²⁴¹ Cercas Alonso, Alejandro, "La Europa social que se está conformando: realidad y perspectivas", *Documentación Social*, núm. 123, abril-junio de 2001, pp. 129- 144, en especial, pp. 141-144.

²⁴² Consejo Europeo, *Agenda 2000. Por una Unión más fuerte y más amplia y el desafío de la ampliación*, COM (97) 2000 final, 15 de julio de 1997.

²⁴³ Muñoz de Bustillo Llorente, Rafael, "Los desafíos sociales en la Europa del siglo XXI", *Documentación Social*, núm. 123, abril-junio de 2001, pp. 225-244.

condiciones y consecuencias del mercado, pues eran imprescindibles las acciones de instituciones comunitarias para garantizar el mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores, objetivo social dispuesto en el artículo 117 del Tratado de Roma.

De la redacción original del artículo 119 del Tratado de Roma se desprende el concepto de salario, considera como todas aquellas prestaciones en dinero o en especie que pagará el empresario al trabajador por motivo de la relación laboral. Dicha disposición sentó las bases para su posterior e impresionante desarrollo normativo hasta estimarse un principio fundamental y pieza clave de la política social comunitaria en materia de igualdad de trato y no discriminación. Categóricamente, este precepto ha sido el fundamento jurídico de la política social en materia de igualdad de género en el marco normativo comunitario, recordando la influencia que ejerció el Convenio núm. 100 de la Organización Internacional del Trabajo de 1951.

El Protocolo núm. 2, relativo al artículo 119 del Tratado, disponía lo siguiente:

A los fines de aplicación del artículo 119, las prestaciones en virtud de un régimen profesional de seguridad social no se considerarán retribución en el caso y en la medida en que puedan asignarse a los períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990, excepto en el caso de los trabajadores o sus derechohabientes que, antes de esa fecha, hubieran incoado una acción ante los tribunales o presentado una reclamación equivalente según el derecho nacional de aplicación.

Dicho Protocolo establecía dos objetivos fundamentalmente: delimitar el concepto de retribución referido al principio de igualdad retributiva entre trabajadores femeninos y masculinos en el ámbito de prestaciones de seguridad social y establecer los efectos temporales de la interpretación del artículo 119, expresando que:

El efecto directo del artículo 119 del Tratado no puede ser alegado para invocar un derecho de pensión, con efectos a una fecha

anterior a la de la presente sentencia (17 de mayo de 1990), salvo para los trabajadores o aquellos de sus causahabientes que, antes de dicha fecha, hayan iniciado una acción judicial o hayan formulado una reclamación equivalente según el derecho nacional aplicable.

Aquí cabe destacar que lo establecido por el Tribunal de Luxemburgo suscitó un ambiente incierto y diversas inquietudes, esencialmente en lo que se refiere a la posible retroactividad en la aplicación de esta sentencia, lo que suponía graves consecuencias económicas en los fondos de pensiones de los Estados comunitarios. Para evitarlo, se elaboró un Protocolo *ad hoc* anejo al Tratado de la Unión Europea emitido por la presidencia holandesa, que fijaba una temporalidad de aplicación y expresaba que las prestaciones en virtud de un régimen profesional de seguridad social no se considerarían retribución en el caso y en la medida en que pudieran asignarse a los períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990.

Resulta interesante apreciar que la evolución del citado principio ha sido rebasada en lo que se ha denominado igualdad de oportunidades, es decir, ya no sólo se trata de prohibición de no discriminación por razón de sexo, sino también una igualdad además de formal, sustancial, una igualdad de resultados en la realidad social en el que confluyen una serie de condiciones de igualdad para todos.

Asimismo, se ha considerado ya no sólo el concepto de sexo, sino también la noción de género, apreciando los roles sociales estructurados desde una base sexual, actos discriminatorios violatorios de la propia dignidad de la mujer, constantes en el ámbito laboral. Tales conductas aluden a aquellas razones históricas, sociales y tradicionales, siendo la mujer sujeto de discriminación, arraigadas en estereotipos sociales que reproducen el papel tradicional que se le impone y para el cual fue educada.²⁴⁴

²⁴⁴ Fernández López, María Fernanda, “Igualdad y no discriminación por razón de sexo”, en Aparicio Tovar, Joaquín y Baylos Grau, Antonio, *Autoridad*

A partir de la década de los años setenta, la Comisión Europea interviene en el progresivo avance normativo de este principio, al enfocarlo a otros ámbitos socio laborales e implementar programas e iniciativas comunitarias que coadyuvarían a su esplendor jurídico.

El segundo paso sería representado por el Tratado de Maastricht (1992), al incluir un Acuerdo anejo al Tratado sobre política social en cuyo numeral 2, se establecía la intervención de la Comisión en las acciones de los Estados miembros en materia de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres, ambos en la esfera laboral.²⁴⁵

Del mismo modo, en su artículo 60., plasmaba la transcripción de lo dispuesto por el artículo 119 TCE e incorporaba un nuevo párrafo, base jurídica de las acciones positivas a favor de la mujer, experimentando su visión jurisprudencial en las sentencias emitidas en los casos como, por ejemplo, Kalanke,²⁴⁶ Marschall,²⁴⁷ Abrahamson,²⁴⁸ Badeck²⁴⁹ y Lommers.²⁵⁰

Por otra parte, el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral ha sido objeto de múltiples instrumentos y declaraciones a nivel internacional, y el derecho comunitario no ha sido la excepción, inicialmente sólo en el aspecto salarial, punto de inflexión de políticas de igualdad, para abarcar así otras áreas del derecho del trabajo.²⁵¹

Desde la óptica del *soft law*, una de las iniciativas que determinó el desarrollo del principio de igualdad y no discriminación

y democracia en la empresa, Madrid, Trotta, 1992, pp. 95-115, especialmente pp. 95-98.

²⁴⁵ Alonso Olea, Manuel, “La Unión Europea y la política social”, *España y la Unión Europea. Las consecuencias del Tratado de Maastricht*, Barcelona, Plaza & Janes, 1992, pp. 59-89.

²⁴⁶ TJCE, sentencia del 17 de octubre de 1995, *Kalanke*, 450/93.

²⁴⁷ TJCE, sentencia del 11 de noviembre de 1997, *Marschall*, 409/95.

²⁴⁸ TJCE, sentencia del 7 de julio de 2000, *Abrahamson*, C-407/98.

²⁴⁹ TJCE, sentencia del 28 de marzo de 2000, *Badeck*, 158/97.

²⁵⁰ TJCE, sentencia del 19 de marzo de 2002, *Lommers*, C-476/99.

²⁵¹ Maestro Buelga, Gonzalo, *op. cit.*, pp. 135-138.

por razón de sexo en el ámbito comunitario fue el documento que presentó el Grupo de Reflexión creado en el Consejo Europeo de CORFO, celebrado los días 24 y 25 de junio de 1994. En el capítulo segundo de su informe final,²⁵² establecía la relación entre temas sociales de la Comunidad y el principio de no discriminación. Dos cuestiones fueron las relacionadas a nuestro estudio:

- 1) La relevancia de incorporar al Tratado CE una cláusula general de no discriminación, insertándose al principio de no discriminación por razón de nacionalidad, contenida en el artículo 60.
- 2) La modificación del artículo 119 que postula el principio de igualdad entre hombres y mujeres, y que posteriormente conformaría el nuevo artículo 141 en el Tratado.

Estas dos propuestas formarían parte del artículo 141 del Tratado de Ámsterdam, representando así un importante paso en la estructura del ámbito social en el proceso de construcción europea y, de manera específica, en materia de igualdad de mujeres y hombres.

Resulta innegable afirmar que el Tratado de Ámsterdam ha sido el instrumento comunitario que mayor relevancia ha plasmado al ámbito social, al abordar la trascendencia de una política social, que incluye varias acciones que otorgan a la Comunidad un papel determinante en diversos ámbitos de índole social y que fija el carácter prioritario del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras por un trabajo de igual valor. En este mismo Tratado se sustituye la noción “por un trabajo igual” para establecer “por un trabajo de igual valor”, disposición normativa que se perfeccionaría con la Directiva comunitaria 75/117/CEE de 10 de febrero de 1975.

Hasta antes del Tratado de Ámsterdam, la política social era aplicable sólo a catorce de los quince Estados miembros. Fue a partir de este Tratado que el Acuerdo y sus disposiciones anexas

²⁵² *Informe final del Grupo de Reflexión*, Bruselas, 5 de diciembre de 1995, p. 39.

formarían parte integrante del acervo comunitario, aplicable a la totalidad de Estados comunitarios sin distinción e incluso al Reino Unido, aunque con posterioridad.

Aunado a las numerosas aportaciones que implicó la firma del Tratado de Ámsterdam, se establece el compromiso, por parte de la Comisión Europea, de integrar en sus acciones comunitarias el denominado *mainstreaming* de género, esto es, la aplicación de la perspectiva de género en todas las actividades y políticas comunitarias con el objetivo de eliminar las desigualdades, y a la vez, reafirmar el logro de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres como objetivo principal de la Unión Europea.

El Tratado de Ámsterdam vuelve a enumerar los artículos del Tratado de la Unión Europea, correspondiendo al artículo 119 el nuevo artículo 141, además de modificarlo al hacer frente a las exigencias que supuso la evolución de este principio de igualdad de retribución. Una de las innovaciones fue la inclusión del último párrafo en el artículo 141 del Tratado de Ámsterdam, al disponer la facultad de los Estados miembros para adoptar medidas de carácter temporal, destinadas a favorecer a las mujeres en aquellos ámbitos en los cuales se encuentran infrarrepresentadas, conocidas como acciones positivas.²⁵³ Esta innovación constituiría el punto crucial que daría pie al desarrollo e implementación de toda una serie de planes, programas y políticas comunitarias de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. El objetivo primordial de ello obedeció a la idea de contrarrestar el principio de igualdad formal con la dimensión real traducida en las situaciones de desigualdad de las mujeres, y así como de favorecer la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Las acciones positivas han constituido una polémica constante. Hay quienes las consideran instrumentos que tratan de con-

²⁵³ López Ortega, Ma. José, “Empleo y discriminación salarial de la mujer”, en Ruiz Pérez, Esther (coord.), *Mujer y trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2003, pp. 33-99, en particular, pp. 22-24.

tristar la desigualdad real²⁵⁴ y social²⁵⁵ de la mujer, cuya aplicación debe ser justificada, objetiva y razonable. Otros expresan que, lejos de representar una igualdad, implican una clara discriminación a grupos en su gran mayoría integrados por hombres, quienes se perciben discriminados al dar preferencia a mujeres en puestos de empleo, condiciones de cualificación y formación profesional.

El Tribunal de Luxemburgo no se ha quedado fuera de esta polémica, al pronunciarse en dos de sus sentencias clásicas, en las que de manera ilustrativa establece su postura, incluso contradictoria en ambas jurisprudencias. Nos referimos a las sentencias Kalanke²⁵⁶ y Marschall.²⁵⁷ En la primera, declara que estas medidas resultan contrarias al principio de igualdad, definiéndolas como aquellas normas que otorgan preferencia a mujeres frente a aspirantes masculinos en puestos de categoría superior, contando con la misma capacitación profesional, y por el hecho de encontrarse infrarrepresentadas.

Partiendo de estas premisas y a la vista de la normativa comunitaria europea, esta apreciación jurisprudencial daría un vuelco en la sentencia Marschall, la cual se pronuncia a favor de las acciones positivas y declara que una norma nacional, en caso de candidatos de ambos sexos con igual capacitación, obliga a conceder preferencia en la promoción, a candidatas femeninas en aquellos puestos con menos representación. A ello agrega dos condicionantes: garantizar a los candidatos masculinos que tal preferencia sea objetiva y que los criterios de preferencia no resulten discriminatorios para las candidatas femeninas.

Desde la óptica jurisdiccional, las primeras sentencias que el Tribunal de Luxemburgo emitió en materia social, correspondieron al principio de igualdad y no discriminación por razón de

²⁵⁴ Rey Martínez, Fernando, *op. cit.*, pp. 70 y 71.

²⁵⁵ Fernández López, María Fernanda, *op. cit.*, p. 101.

²⁵⁶ TJCE, sentencia del 17 de octubre de 1995, *Kalanke*, 450/93.

²⁵⁷ TJCE, sentencia del 11 de noviembre de 1997, *Marschall*, 409/95.

sexo. Un ejemplo de ello es el asunto *Defrenne*,²⁵⁸ en el cual se aludía de manera implícita al principio de igualdad, así como a la interpretación tanto del artículo 2o. como del numeral 117 del Tratado de Roma.

Otra de las sentencias a mencionarse es el caso *Bilka*.²⁵⁹ En este asunto se plantea el principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores masculinos y femeninos en materia de retribución, estipulado en el artículo 119 TCE, que hace referencia a la mejora de calidad de vida y de trabajo.

²⁵⁸ TJCE, sentencia del 15 de junio de 1978, *Defrenne*, 149/77, asunto en el que el Tribunal de Luxemburgo declara el principio de no discriminación por razón de sexo, como principio fundamental del derecho comunitario.

²⁵⁹ TJCE, sentencia del 13 de mayo de 1986, *Bilka*, 170/84.