

LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA
UNION EUROPEA Y LOS DERECHOS SOCIALES*
THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE
EUROPEAN UNION AND THE SOCIAL RIGHTS

ONDREJ HAMULÁK

Profesor titular de la Facultad de Derecho, Miembro de la Cátedra Jean Monnet La integración
Económica de Europa desde una perspectiva global. Palacký
University de Olomouc, República Checa
ondrej.hamulak@upol.cz

DAVID RAMIRO TROITIÑO

Profesor Jean Monnet, Relaciones Internacionales,
Universidad de Tecnología de Tallin, Estonia
david.troitino@ttu.ee

ARCHIL CHOCHIA

Investigador de la Escuela de Derecho de Tallin,
Universidad de Tecnología de Tallin, Estonia.
archil.chochia@ttu.ee

RESUMEN: El artículo trata de una nueva postura de los derechos sociales por la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea jurídicamente vinculante. Los autores estudian si una facturación formal y la incorporación de los derechos sociales a un único catálogo significan también una revolución en cuanto a la protección de estos derechos (que se asocian tradicionalmente con un prudente acercamiento por parte de los estados nacionales así como de la comunidad internacional). Los autores responden a esta cuestión con un cierto grado de escepticismo. Apuntan a las limitaciones significativas que la Carta conecta con los derechos sociales - con el carácter incompleto del catálogo, las referencias al derecho nacional y el conocimiento de los derechos sociales como el principio del carácter de justiciabilidad limitado.

PALABRAS CLAVE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Solidaridad, Protección de los Derechos Sociales.

ABSTRACT: The research develops a new approach to the social rights deriving from the adoption of the fundamental rights chapter by the European Union with juridical correlation. The authors research if a formal implementation and incorporation of social rights to a single catalogue means a revolution in terms of the protection of these rights (traditionally have been cautiously approach by the national

* Artículo recibido el 13 de mayo de 2015 y aprobado el 20 de diciembre de 2017.

states and the international community). The authors answer this research question with a certain degree of skepticism. The research outlines the relevant limitations of the Charter in connection with social rights - the incomplete essence of the catalogue, references to national law and understanding of social rights as the principle of limited justiciability.

KEYWORDS: *Charter of the Fundamental Rights of the EU, Solidarity, Social Rights protection*¹.

1. INTRODUCCIÓN

La concesión del carácter jurídicamente vinculante a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta) mediante la adopción del Tratado de Lisboa² trajo consigo cambios significativos dentro del conjunto del sistema legal de la Unión Europea³. Gracias a la Carta, el proyecto europeo de integración entró en una nueva etapa y adquirió una nueva imagen⁴.

La exitosa importancia de adoptar un catálogo de derechos fundamentales jurídicamente vinculantes tiene varios aspectos:

- Se puede ver desde la perspectiva del dogma constitucional donde la adopción de un catálogo de derechos y libertades interno propio completa el sistema constitucional de la Unión. Junto a las leyes constitucionales procesales más o menos establecidas (relaciones de la Unión y los estados miembros, las leyes internas de separación de poderes entre distintas instituciones de la Unión, leyes cuasi federales sobre la aplicación de la ley europea en la práctica nacional⁵, etc.) trajo consigo unas leyes constitucionales relevantes y claras que definen la rela-

¹ Ondrej Hamulák participó en los trabajos en esta investigación dentro del proyecto N° 17-22322S La influencia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sobre el Derecho constitucional de los países del Grupo de Visegrad, fundado por la Fundación de Ciencias Checa (GACR). David Ramiro Troitiño participó en los trabajos en esta investigación dentro del proyecto Jean Monnet n. VERT672 La Capacidad funcional de la Unión Europea.

² La disposición central es el artículo 6° TEU que define los tres conceptos básicos de la protección de los derechos fundamentales a nivel supranacional - La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (potencialmente) y los derechos fundamentales como principios generales de derecho. Estos tres pilares parecen proporcionar a la Unión el sistema más complejo de promoción de los derechos fundamentales que deberían funcionar como un cuerpo de herramientas con tres cabezas diferentes –como Cerbero custodiando el mítico inframundo. Hamulák (2014).

³ MAZÁK, Jánošíková *et al.* (2016).

⁴ HAMULÁK y MAZÁK (2017) pp. 161-171.

⁵ HAMULÁK (2015) pp. 7-30.

ción entre autoridades públicas e individuales dentro del sistema constitucional supranacional.⁶

- Además, este paso se puede evaluar desde la perspectiva de algún simbolismo constitucional donde la existencia del catálogo de derechos humanos sirve como importante herramienta legitimadora⁷ con respecto a los crecientes poderes que cada vez se extienden más de la Unión Europea o los estados miembros que actúan en su nombre.⁸

- Finalmente, la Carta jurídicamente vinculante sirve como una importante novedad revolucionaria desde el punto de vista de la teoría y la historia de los derechos humanos. La Carta por su amplio contenido revoluciona el enfoque clásico de los derechos humanos que solía ser aceptado por los documentos separados de acuerdo con la teoría de varias generaciones de derechos humanos. La Carta abandona este enfoque tradicional, por lo menos de manera oficial, y reconoce derechos políticos y civiles así como económicos, sociales y culturales como parte de un registro de derechos humanos general.

Los derechos culturales, sociales y económicos (de aquí en adelante se hará referencia a ellos simplemente con el término general de derechos sociales) se asignan tradicionalmente a los derechos humanos de segunda generación⁹. Estos son significativamente diferentes a los derechos de primera generación ampliamente aceptados –los derechos políticos y civiles. La diferencia entre la primera y la segunda generación radica principalmente en el hecho de que se acepta la suma de los antiguos derechos y libertades como autodeterminados y de efecto inmediato en sentido político, legal y también económico.

Posteriormente la categoría de derechos humanos se entiende profundamente como condicional en todos los aspectos. Desde el punto de vista político, los derechos sociales dependen de la disposición de la representación política para su provisión sistémica activa, requieren un papel activo de la ley y de manera

⁶ Los límites de constitucionalidad relevantes de la Unión Europea están definidos principalmente por el sistema de protección de los derechos fundamentales. La cuestión del papel y la ubicación de los derechos fundamentales dentro de las comunidades europeas y de la Unión Europea ha experimentado un gran desarrollo durante la historia de integración (ver ŠIŠKOVÁ (2008, pp. 7-13). Pero no es discutible que únicamente mediante la adopción del catálogo vinculante se haya alcanzado el nivel de claridad y complejidad.

⁷ NEACSU (2001) pp. 141-146.

⁸ LENAERTS y CAMBIEN (2009) hablan del incremento de la democracia de participación de la Unión Europea en estas consideraciones. La Carta legitima a la Unión Europea con el mismo valor que el papel aumentado del principio de representación y parlamentarismo en la Unión Europea (democracia de aportación).

⁹ BARTO *et. al.* (2016).

autónoma (por lo tanto sin el papel activo de la política) apenas pueden dirigirse a la protección de los individuos. También son estrictamente condicionales en sentido económico porque muchos derechos sociales están sujetos a este poder, a las posibilidades y a las disposiciones de los Estados.

Por último, los derechos sociales están conectados con la existencia de una regulación precisa para poner en marcha la norma internacional o constitucional no aplicable general. Solamente la existencia de estas leyes comunes que concretizan las normas generales hace de los derechos sociales instrumentos legales vivos¹⁰. Los derechos sociales y el carácter diferente también están conectados con alguna diversidad cultural, ambos a nivel del derecho internacional clásico y el derecho constitucional de los estados. En el primer caso, los derechos sociales se suelen catalogar en documentos legales autónomos separados de los derechos de la primera generación¹¹. En el segundo caso, en la comparación de los catálogos constitucionales aparecen diferencias significativas en cuanto al acceso a los derechos sociales, donde estos son ignorados en algunos textos constitucionales; o tratados como secundarios (condicionales); o casi nunca integrados con los derechos de primera generación¹².

Teniendo en cuenta el enfoque tradicional diferenciado mencionado anteriormente sobre los derechos sociales, tenemos que aceptar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reuniendo los derechos en un documento único, proporciona un volumen formal distintivo. La Carta de los Derechos Humanos de la Unión Europea es verdaderamente un proyecto ambicioso, un esfuerzo (por lo menos documental) para un enfoque universal de los derechos humanos. Pero el proyecto que reúne en un sitio los derechos de todas las generaciones y todos los tipos ha generado *a priori* algunas dudas y oposiciones, especialmente por parte de los Estados Miembros. Por lo tanto, la pregunta principal es si tal facturación formal (documental) se puede asociar con cualquier cambio desde un punto de vista material sobre los derechos de segunda generación y si –en términos de protección– iguala los derechos sociales con la parte central del sistema de los derechos humanos.

¹⁰ KERIKMÄE *et al.* (2016) pp. 98-115.

¹¹ Ver el ejemplo de la Carta Social Europea junto con la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹² TROITIÑO (2013).

En este artículo trataremos la cuestión de si la Carta trajo un cambio fundamental sistemático en el enfoque a los derechos sociales (elevando el nivel de su protección) o si la inclusión de los derechos sociales en la Carta aportó simplemente un valor simbólico. Debemos reconocer que respondemos a esta cuestión de manera más bien negativa y escéptica. La forma de presentar los derechos sociales en la Carta tiene algunos puntos críticos que debilitan la hipótesis del acceso universal a los derechos fundamentales. Nuestra opinión más crítica se basa en las siguientes suposiciones, a las que vemos como factores principales de reducción de la calidad de la protección de los derechos sociales en el marco de la Carta de los Derechos Fundamentales:

- La primera razón es una indiscutible e ininclusión. La inclusión de los derechos sociales en la Carta no fue lo suficientemente precisa y pasó por alto algunas categorías de estos derechos ya que están reconocidos en otros instrumentos internacionales. Además, hay algunas dudas sobre una posible reducción de los estándares de protección de los derechos sociales en Europa identificados en la Carta Social Europea y su protocolo actualizado por la aplicación y la interpretación de la Carta en el futuro.

- El siguiente problema es el uso extendido de las llamadas cláusulas condicionales nacionales con relación a la mayoría de los derechos contenidos en el Título IV de la Carta que plantea la cuestión de si cualquier enfoque supranacional a estos derechos es tan siquiera posible.

- Un factor importante también es la interpretación esquemática potencial del Título IV de la Carta así como el capítulo que contiene fundamentalmente (solamente) los principios en el sentido del art. 52 párrafo 5, es decir, sólo las disposiciones secundarias no aplicables que son incapaces de ofrecer directamente derechos individuales aplicables.

- El último problema está relacionado con la adopción del Protocolo (Nº 30) sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y el Reino Unido, que afecta de manera específica a los derechos contenidos en el Título IV (Solidaridad) de la Carta.

2. CATÁLOGO INCOMPLETO E “INESTABLE” DE LOS DERECHOS SOCIALES

Si observamos detenidamente el Título IV de la Carta podemos ver que sólo contiene algunos derechos sociales y que no se puede considerar como un catálogo exhaustivo comparable con la Carta Social Europea de 1961 y su versión revisada

de 1996. Los derechos incluidos en el Título IV se pueden dividir sistemáticamente en dos grupos generales:

- Los derechos relacionados con el empleo (por consiguiente, la mayor parte de los derechos de los trabajadores)
- Y los derechos relacionados con la responsabilidad social, interpretados en líneas generales.

El primer grupo de derechos incluye el derecho de los trabajadores a la información y consulta dentro de la empresa (art. 27 de la Carta), el derecho de negociación y de acción colectiva (art. 28 de la Carta), el derecho a la protección en caso de despido injustificado (art. 30 de la Carta), el derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31 de la Carta), la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo (art. 32 de la Carta), el derecho a la protección contra el despido por razones de maternidad y el derecho a disfrutar el salario de maternidad y de paternidad (art. 33 párrafo 2 de la Carta). La segunda categoría contiene la disposición sobre el estatus especial de la familia en la sociedad y su protección (art. 33 párrafo 1 de la Carta), el derecho a la Seguridad Social y a la ayuda social (art. 34 de la Carta), el derecho a la protección de la salud (art. 35 de la Carta), el acceso a los servicios de interés económico general (art. 36 de la Carta), la protección del medio ambiente (art. 37 de la Carta) y la protección de los consumidores (art. 38 de la Carta). De carácter mixto en el límite entre los dos grupos está el derecho de acceso a los servicios de colocación (art. 29 de la Carta)¹³.

Es verdad que el Título IV fija algunos derechos sociales tradicionales de los trabajadores (que componen el llamado “punto central” de la Carta Social Europea). Y la propia Carta también sienta las bases de los derechos sociales en otra parte (*e. g.* el art. 12 párrafo 1, que contempla el derecho de toda persona a afiliarse a sindicatos para proteger sus intereses; el art. 15, que regula el derecho a trabajar y elegir la profesión libremente, o, por ejemplo, el art. 25 y el art. 26, que trata de los derechos de las personas mayores y de las personas discapacitadas).

Por otra parte, es verdad que al texto de la Carta le faltan algunos derechos sociales, tales como el derecho a un salario justo y a unos ingresos mínimos, el derecho de los trabajadores a participar en la creación del ambiente y las condiciones laborales, etc.¹⁴. Bajo nuestro punto de vista, este enfoque selectivo de los

¹³ POLESE (2016).

¹⁴ GIJZEN (2001) pp. 40-41.

derechos sociales presenta la primera manifestación de una actitud preventiva sobre la codificación de estos derechos a nivel supranacional. Consideramos este enfoque selectivo y la omisión de algunos derechos sociales no sólo como discutibles y arriesgados sino también como ligeramente superfluos. Esto se debe a que los creadores de la Carta, de hecho, introdujeron la compleja suma de otras “medidas” restrictivas relacionadas con los derechos sociales.

Analizaremos más tarde las cláusulas de condicionalidad nacional o la interpretación de los derechos sociales meramente como principios. Estos instrumentos restrictivos pueden haber sido usados también con relación a, por ejemplo, el derecho omitido a un salario justo. Si podemos aceptar las limitaciones por interpretación o aplicación de algunas medidas restrictivas, difícilmente podemos aceptar la omisión absoluta de algunos derechos sociales clásicos. Incluso la aceptación limitada es mucho mejor que la ignorancia de algunos derechos.

Otro aspecto negativo que queremos señalar en este apartado de nuestro artículo es la cierta inestabilidad en el amplio nivel europeo de protección de los derechos sociales que vino dado por la adopción de la Carta. Por esta inestabilidad, entendemos una pregunta abierta sobre si una futura aplicación o interpretación de los derechos sociales en la Carta puede llevar a una reducción a nivel de protección de tales derechos comparado con las normas establecidas por la Carta Social Europea, la Carta Social Europea revisada y la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales.

Por una parte está claro que la Carta se basa en estos documentos y explicaciones relacionadas con la misma y hace referencia a ellas como una importante fuente de inspiración. Pero por otra parte, ninguna disposición de la Carta define claramente la relación de la misma y las cartas sociales adoptadas a nivel del Consejo de Europa. Si miramos a la Convención Europea de Derechos Humanos, que representa otra fuente importante de inspiración para la Carta, se percibe expresamente como una norma mínima de protección que no se puede reducir aplicando la Carta (ver art. 52 párrafo 3 de la Carta)¹⁵.

Con respecto a las cartas sociales del Consejo de Europa, sin embargo, el principio de interpretación no regresivo no está presente en el texto de la Carta. ¿Cómo podemos entender este silencio sobre la relación entre la Carta de la Unión Europea y las cartas sociales? Si nos inclinamos hacia una interpretación positivista, la conclusión podría ser entonces que la Carta de la Unión Europea

¹⁵ POLESE (2016).

define su propio acceso a los derechos sociales, lo cual no está relacionado con las normas establecidas por las cartas sociales del Consejo de Europa y así crea espacio para una posible interpretación regresiva de un derecho individual particular¹⁶. No estamos de acuerdo con esta hipótesis. En este caso usar el postulado *inclusio unius est exclusio alterius* sería una simplificación errónea. La referencia no directa a las cartas sociales comparada con la referencia expresa a la Convención no se puede interpretar como ignorancia del nivel de protección de los derechos sociales dentro del sistema del Consejo de Europa.

Por el contrario, las cartas sociales (por lo menos sus derechos “centrales”) deberían actuar como una norma mínima, que no se pueda reducir por la aplicación y la interpretación de la Carta de la Unión Europea. Basamos nuestra conclusión en una serie de argumentos sistémicos:

- El preámbulo de la Carta declara que el Catálogo de la Unión es solamente una reafirmación de los derechos ya incluidos en otros documentos.

- El art. 53 de la Carta prohíbe la restricción del nivel de protección de los derechos reconocidos por “el derecho internacional y los acuerdos internacionales de los que forman parte la Unión o todos los Estados Miembros”.

- El respeto por los derechos sociales fundamentales que se exponen en la Carta Social Europea figura expresamente en el art. 151 TFUE, que representa las disposiciones “de programación” iniciales del Título X - Política social.

Además, podemos usar algunos argumentos históricos y teleológicos en favor del principio de no regresión de las normas de protección de los derechos sociales:

- La intención de los autores de la Carta de la Unión Europea jurídicamente vinculante fue respaldar un mayor desarrollo de los derechos humanos en la Unión, lo cual comprende lógicamente el respeto por un nivel de protección de cualquier derecho ya alcanzado.

- La Carta, en general, se basa en un enfoque universalista de los derechos humanos y conforme a su preámbulo, su objetivo no es sólo conservar sino fortalecer la protección de los derechos fundamentales en Europa.

- Finalmente, la aplicación e interpretación de la Carta no se puede ver implementada aislada de los desarrollos en la protección de los derechos humanos dentro de las Comunidades y de la Unión. Se han declarado políticamente los derechos (por la adopción de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989) así como consagrado en el Tribunal

¹⁶ *Ibíd* p. 40.

de jurisprudencia (con referencias expresas a las cartas sociales del Consejo de Europa como fuente de inspiración, ver por ejemplo el caso C-438/05 Viking Line).

3. DERECHOS SOCIALES Y CONDICIONALIDAD NACIONAL

Otra expresión del acceso reservado y sensible de los legisladores a los derechos sociales se puede ver en la inclusión de las llamadas cláusulas de condicionalidad nacional en relación con muchos derechos contenidos en el Título IV de la Carta. De acuerdo con estas cláusulas, el puro reconocimiento o la aplicación práctica de algunos derechos fundamentales es condicional y tiene que estar conforme con las leyes nacionales o incluso a la práctica nacional. Estas cláusulas están presentes también en otras secciones de la Carta¹⁷ pero en relación con los derechos sociales su existencia es más común. La condicionalidad nacional aparece en las disposiciones relacionadas con el derecho de los trabajadores a la información y consulta en la empresa (art. 27 de la Carta), el derecho de negociación y de acción colectiva (art. 28 de la Carta), el derecho a la protección en caso de despido injustificado (art. 30 de la Carta), el derecho a la seguridad social y ayuda social (art. 34 de la Carta), el derecho a la protección de la salud (art. 35 de la Carta) y el derecho de acceso a los servicios de interés económico general (art. 36 de la Carta).

La importancia de las disposiciones de condicionalidad se enfatiza también dentro de las disposiciones “horizontales” finales de la Carta, que el art. 52 establece el deber de informar de manera exhaustiva a las prácticas y leyes nacionales como se especifica en la Carta. Sin embargo, la pregunta principal es cómo concebiremos el significado de estas referencias a las leyes y prácticas nacionales, ¿Qué importancia tienen en los cuerpos policiales? Las aclaraciones que acompañan a la Carta no proporcionan ninguna guía detallada respecto al art. 52 párrafo 6. Sólo contienen una breve recomendación según la cual tales disposiciones presentan una manifestación de la aplicación del espíritu de subsidiariedad. El hecho de vincular la subsidiariedad en relación con la obligación de respetar las legislaciones y prácticas nacionales está, bajo nuestro punto de vista, un poco confuso.

En primer lugar, entendemos el principio de subsidiariedad como un conjunto de normas “legislativas” que, en algunas áreas, quien pueda y cuando pueda, tenga el derecho a legislar. En este aspecto da la impresión de que los derechos asociados con una cláusula de condicionalidad nacional sólo tienen una natu-

¹⁷ E. g. art. 9º (Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia), art. 10 párrafo 2 (Derecho a la objeción de conciencia) o art. 14 párrafo 3 (Libertad de creación de centros docentes).

raleza programática y no se pueden aplicar directamente, sino sólo con base en la existencia de una legislación implementada. Esto significaría la tendencia a la interpretación clásica de los derechos sociales y por lo tanto separarlos del concepto universal de la Carta¹⁸.

En segundo lugar, el principio de subsidiariedad determina principalmente las relaciones entre los Estados Miembros y la Unión dentro del marco de la separación de poderes, que actúa como límite (principalmente legislativo) para la intervención de la Unión. La subsidiariedad es simplemente una frontera entre la actuación de la Unión y los Estados Miembros. La subsidiariedad no descarta todas las actuaciones de la Unión. Sólo limita el ámbito de la actuación de la Unión obligando a respetar la capacidad legislativa de los Estados Miembros. Por lo tanto, si aceptamos que la aplicación e interpretación de algunos derechos, que están relacionados con la condicionalidad nacional, está determinada por la legislación nacional, no está demasiado claro dónde reside el espacio para la actividad legislativa autónoma de la Unión. La referencia a la subsidiariedad también es superflua desde otro punto de vista. De hecho, en la mayoría de las áreas, donde se menciona la costumbre y la legislación nacional, la Unión sólo tiene un poder limitado o no legislativo¹⁹.

Está claro que el hecho de insertar una referencia a la legislación nacional fue pensado para modificar los efectos de la Carta con relación a tipos de derechos fundamentales sensibles. Giuseppe Martinico relaciona estas cláusulas con el art. 4º del Tratado de la Unión Europea (que entre otras cosas protege la identidad nacional²⁰ de los Estados Miembros²¹) y los entiende como otro instrumento que protegerá las prerrogativas nacionales de los Estados Miembros, restringir la actividad interpretativa del Tribunal de Justicia y limitar la incorporación “federal” (*i. e.* desde el centro) de algunos derechos en la estructura constitucional de la Unión²². Personalmente, las referencias a la práctica y legislación nacional forman parte del sistema de la Carta desgraciadamente. Una vez más, interfieren en el concepto universal de la Carta²³ y suscitan dudas sobre su potencial supranacional.

¹⁸ Para los críticos de esta subsidiariedad vertical ver KENNER (2009) p. 290.

¹⁹ PEERS (2014) p. 1513.

²⁰ TROITINO (2014).

²¹ ARNAIS y LLIVINA (2013).

²² MARTINICO (2012) pp. 95-96.

²³ PANDO (2017).

Aunque puedo entender los motivos de los Estados Miembros, no estamos de acuerdo con el método escogido. Como la Carta abre paso a diferentes enfoques usando la cláusula derogatoria general (art. 52 párrafo 1 de la Carta) caso por caso (a nivel de aplicación) parece innecesario incluir una cláusula restrictiva general para todas las situaciones (a nivel normativo).

Pese a la reseña anteriormente mencionada tenemos que aceptar que las cláusulas de condicionalidad nacional forman parte de la Carta y, por lo tanto, tenemos que buscar su propia interpretación. La pregunta es si la práctica y la legislación nacional deben limitar algún derecho concreto de manera absoluta y derogar los efectos de la Carta en el contexto del País Miembro específico en relación con ese derecho. No compartimos esta interpretación tan rígida y tendemos hacia una interpretación relativa de la condicionalidad nacional como propuso Steve Peers en la reciente crónica de la Carta. Peers sólo acepta el efecto relativo de las referencias a la legislación nacional, las que, aunque puedan limitar el ámbito de protección de algunos derechos, no deben llevar a su total eliminación²⁴. Esta conclusión se basa en la práctica del Tribunal de Justicia que, en casos en los que los Estados Miembros tienen derecho a limitar el ejercicio de algunos derechos individuales que desaparecieron de la legislación europea (*e. g.* derechos a la libertad de circulación), adquiere un enfoque restrictivo y rechaza la derogación absoluta que harían referencia a la propia naturaleza de tales derechos.

4. DERECHOS CONTRA PRINCIPIOS (SOCIALES) EN LA CARTA

Una de las cuestiones más debatidas en relación con la adopción del catálogo de derechos fundamentales supranacional jurídicamente vinculante es una cierta dicotomía que aparece en el contenido de la Carta. La Carta presenta dos categorías de disposiciones (y dos niveles de protección) ya que diferencia entre derechos y libertades por una parte y principios, por la otra. La naturaleza dual de las disposiciones de la Carta está subrayada en el texto de su Preámbulo y también en la disposición que establece las direcciones de la obligación de proteger los derechos fundamentales (Unión Europea y Estados Miembros²⁵) que tienen el deber de respetar los derechos y cumplir los principios.

Pero la disposición principal que determina el enfoque dual al contenido de la Carta es “horizontal”, art. 52 párrafo 5. Esta disposición suscita la mayor

²⁴ PEERS (2014) p. 1514.

²⁵ TROITIÑO (2008) p. 143.

controversia y abre un amplio debate. De acuerdo con ella, “Las disposiciones de esta Carta que incluyen principios que se pueden implementar mediante actos legislativos y ejecutivos llevados a cabo por instituciones, organismos, oficinas y agencias de la Unión; y leyes de los Estados Miembros cuando estén implementando la ley de la Unión, en el ejercicio de sus respectivos poderes. Deben ser legalmente justiciables solamente en la interpretación de tales leyes y en el fallo de su legalidad”. Las aclaraciones de la Carta en relación con esta disposición exponen que “los principios pueden ser implementados mediante leyes ejecutivas o legislativas (aceptadas por la Unión de acuerdo con sus poderes, y por los Estados Miembros sólo cuando pongan en marcha la ley de la Unión); por lo tanto, se vuelven importantes para los Tribunales sólo cuando tales actos sean interpretados o revisados. Sin embargo, no dan lugar a concesiones directas por medidas positivas de las instituciones de la Unión o las autoridades de los Estados Miembros”.

El texto del art. 52 párrafo 5 de la Carta y su explicación emiten un mensaje claro, diciendo que las partes de la Carta que incluyen principios tienen una posición considerablemente más débil en comparación con aquellas que incluyen derechos y libertades. La ejecución judicial de principios es significativamente limitada. La mayoría de los investigadores se inclinan por la opinión según la cual los principios no preparan individuos con las declaraciones subjetivas aplicables directamente en los procesos judiciales ante los tribunales²⁶.

Las disposiciones que contienen los principios sirven como estipulaciones programadas y contenido del principio, por lo tanto sólo tienen importancia política –los principios son meras aspiraciones condicionadas por la voluntad expresa del legislador: “las autoridades públicas, y en particular la asamblea, son llamados a que promuevan y transformen el “principio” en una realidad legalmente justiciable, mientras que en todo momento respeten el marco objetivo (el tema de discusión) y su naturaleza intencional (los resultados) ya determinada por la redacción de la Carta que establece el “principio”²⁷. Los principios representan los derechos condicionales. Una vez plasmadas en el texto, las medidas aplicadas adoptan la forma real y sólo entonces los individuos pueden confiar en ellos ante los tribunales.

²⁶ PRECHAL (2014) p. 1505.

²⁷ Párrafo 50, Opinión del abogado general Cruz Villalón emitida el 18 de julio de 2013, Caso C-176/12 Association de médiation sociale con Union locale des syndicats CGT y otros (C-176/12) ECLI:EU:C:2014:2

Existen también voces contrarias que sostienen la indivisibilidad de los derechos humanos²⁸. La dicotomía establecida por la Carta interfiere claramente en el enfoque universalista. A pesar de que sea empático, la visión universal radical de los derechos humanos me parece un poco idealista y contraria al estado actual de las cosas. La hipótesis según la cual todos los derechos son iguales no es válida simplemente porque no todos los derechos son iguales. Incluso la Convención Europea diferencia entre derechos irrevocables (como la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud, etc.) y aquellos que pueden ser derogados en circunstancias especiales. También la comparación material entre algunos derechos confirma las diferencias, por ejemplo, en cuanto al derecho a la vida es sin duda alguna de efecto inmediato, claramente, y directamente aplicable y, por ejemplo, el derecho a un juicio justo o la libertad de asociación siempre requieren por lo menos un marco legal para que se ejerza de manera activa.

Estamos preparados para aceptar que existen derechos más “fuertes” y derechos más “débiles”. Lo que cuesta aceptar es la disposición precisa (art. 52 párrafo 5) que representa este hecho. En primer lugar, suscita amplios debates sobre el significado, el ámbito y el contenido de dicha disposición. Uno de los problemas más discutidos es determinar qué parte de la Carta recae en la categoría más “débil” descrita arriba. Las aclaraciones relacionadas con la Carta sólo proporcionan unos pocos ejemplos de disposiciones que contienen los principios (*e. g.* artículos 25, 26 y 37).

La situación es incluso complicada una vez que tratamos la información según la cual, en algunos casos, una disposición de la Carta puede contener tanto elementos de un derecho como de un principio (*e. g.* artículos 23, 33, 34). Falta la enumeración exacta de las disposiciones de la Carta que contienen los principios. En este aspecto, la Carta produce cierta incertidumbre. Pero no es necesario comprender esta amplitud negativamente. En nuestra opinión ese carácter abierto de las aclaraciones equilibra la formulación rígida de la Carta aquí. Está claro que la lista de principios así como la definición de su impacto y relevancia deberían de ser tratados por la futura jurisprudencia. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia posee un amplio espacio para el enfoque individual para determinar qué disposiciones presentan derechos y cuáles estipulaciones programadas. Por lo tanto, aunque la incertidumbre es un poco problemática, no debe ser sentida como negativa.

²⁸ LACIAKOVÁ y MICHALICKOVÁ (2013) pp. 235-243.

Por otra parte, lo que hay que mencionar como negativo es una especie de hipocresía que está aquí presente. El enfoque hacia los principios parece estar hecho a medias. En relación con estos principios, que se mencionan como ejemplos en las aclaraciones, tenemos que aceptar su naturaleza más débil. Respecto a ellos, la Carta presenta un supuesto fijo y estático y excluye (o complica considerablemente) cualquier desarrollo e interpretación flexible de los principios por lo menos de los derechos directamente aplicables. En relación con todos los demás principios potenciales, tenemos que esperar la reacción de la práctica judicial y por lo tanto sólo podemos especular sobre el margen de su posible aplicabilidad directa.

La amplitud y la incertidumbre anteriormente mencionadas tienen un gran impacto negativo en el ámbito de los derechos sociales. El enfoque general es que los principios, como categoría especial de las leyes de los derechos humanos, deben estar asociados en gran parte con el Título IV de la Carta, Capítulo IV: “Solidaridad”. No estamos dispuestos a aceptar esta generalización por algunas razones concretas:

- En primer lugar, esta interpretación esquemática no tiene ninguna base en el texto del preámbulo, en las aclaraciones o en los “travaux préparatoires” de la Carta. Es bastante interesante que el primer borrador de la Carta (2000) no incluyera una disposición especial (como el actual art. 52 párrafo 5) que habla de la “no aplicabilidad” de los principios. La Carta sólo prescribe el deber de cumplir los principios (art. 51 párrafo 1) por la Unión y (en un ámbito limitado), por los Estados Miembros. La noción de principios nunca fue evidente en los derechos de solidaridad.

- En segundo lugar, el Título IV incluye claramente algunas disposiciones que confieren unos derechos aplicables de manera directa y clara a los individuos. Uno de los tradicionalmente aceptados es el derecho de negociación y de acción colectiva (art. 28 de la Carta), que fue aceptado como derecho aplicable a nivel de la Unión Europea incluso antes del Tratado de Lisboa. Otro ejemplo de derecho claramente aplicable es la convincente prohibición del trabajo infantil (art. 32 de la Carta).

- En tercer lugar, tal visión generalizada rechaza completamente los valores universales de la Carta y la codificación de toda la generación de derechos humanos en un catálogo. Aquí tengo que reiterar que no percibo todos los tipos de derechos humanos como iguales e igualitarios. Pero aunque aceptaré los derechos sociales como condicionados en su mayoría, no quiere decir que la categoría entera tenga que ser encerrada en la estricta clase de aspiraciones políticas no aplicables.

5. PROTOCOLO N° 30 Y DERECHOS SOCIALES

Una de las cuestiones más debatidas emocionalmente relacionada con la Carta fue la adopción del Protocolo (N° 30) sobre la aplicación en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y el Reino Unido. Este protocolo refleja una respuesta política seria sobre la adopción del catálogo de derechos humanos supranacional. Expresa claramente algunas dudas surgidas en el Reino Unido y en Polonia. Y ha abierto amplios debates y reflexiones académicas sobre su impacto legal, ámbito, interpretación y relación con la Carta. La existencia de una fuente especial de derecho primario que trata la cuestión de la aplicación de la Carta en dos Estados Miembros naturalmente evoca el método de enfoque específico al catálogo supranacional en estos países. Hay muchos comentarios y reflexiones sobre este protocolo. La mayor parte de ellos hace referencia al hecho de que el Protocolo N° 30 no hace ninguna excepción u opción de no participación en relación con la aplicación de la Carta en los países interesados, y eso es una herramienta explicativa e interpretativa²⁹. Según las principales opiniones, este protocolo no presenta ningún estado particular especial de la Carta sino que solamente confirma los siguientes hechos:

- Que la Carta no amplía las competencias de la Unión;
- Que la aplicación de la Carta tiene que estar totalmente de acuerdo con el principio de subsidiariedad;
- Que la aplicación de la Carta en relación con las medidas de los Estados Miembros no es universal sino que por el contrario está limitada a los casos en que los Estados Miembros están implementando el derecho de la Unión Europea (ver art. 51 párrafo 1 de la Carta);
- Que en el caso de las referencias a las leyes y costumbres nacionales incluidas en las disposiciones particulares de la Carta, estas leyes y costumbres nacionales deben ser tenidas en cuenta siempre que alguna disposición particular vaya a ser aplicada *vis-à-vis* en algunos Estados Miembros.

Esta visión se basa principalmente en la redacción del preámbulo del Protocolo N° 30 (ver párrafos 8 y 9) y las interpretaciones teleológicas. No tenemos ninguna objeción a este enfoque del Protocolo N° 30. Pero lo que percibimos como problemático y desafiante es el uso general de este acuerdo neutralizante³⁰. Claro que puede ser aceptado en relación con el art. 1° párrafo 1 y el art. 2° del

²⁹ BARNARD (2011) pp. 139-140.

³⁰ BRAGHIROLI (2015).

Protocolo que tienen un alcance general y un significado general³¹. Pero lo que puede ser visto como problemático es la puesta en práctica de la no interpretación en relación con el art. 1º párrafo 2 del Protocolo N° 30, la disposición que se relaciona directamente con los derechos sociales. Esta disposición declara que: “En particular, y para evitar dudas, nada del Título IV de la Carta crea derechos justiciables aplicables a Polonia o el Reino Unido excepto que Polonia o el Reino Unido hayan incluido esos derechos en su derecho nacional”. El lenguaje y el diseño complicado de esta disposición suscita el mayor debate y dudas. Los debates giran alrededor de la cuestión de si esa disposición tiene que ser interpretada como declaratoria o como constitutiva. En el primer caso, no significaría ninguna excepción para el Reino Unido ni Polonia, sino que solamente aclararía (con el sentido y el impacto para todos los Estados Miembros) que el Título IV de la Carta no incluye ningún derecho individual aplicable legalmente sino sólo los principios en el significado del art. 52 párrafo 5 de la Carta. Conclusión según la cual el título Solidaridad incluye sólo principios. Tampoco aquí estamos dispuestos a aceptar tal visión esquemática. Por lo tanto, nos inclinamos hacia la segunda interpretación del art. 1º párrafo 2 del Protocolo (el constitutivo) según el cual el Protocolo N° 30 puede servir como una opción de no participación en relación con los derechos sociales. Y usando esta interpretación llegamos al resultado negativo de que la Carta, respecto a (como máximo)³² dos estados Miembros y en el ámbito de los derechos sociales, no es capaz de generar efectos legales de manera autónoma.

³¹ Por fin el Tribunal de Justicia lo confirmó en su decisión en el caso C-411/10 N. S. y otros. Aquí, el Tribunal confirma que el Protocolo N° 30 no representa ninguna exención u opción de no participación de la aplicación de la Carta en el Reino Unido. Esta opinión del Tribunal fue planteada en el caso relacionado con el art. 4º de la Carta (prohibición de los tratos inhumanos o degradantes) respecto al derecho clásico que pertenece a la primera generación de derechos humanos.

³² Es porque de hecho, esta opción significa opción de no participación sólo en relación a un único Estado Miembro - el Reino Unido, mientras que Polonia en su propia ley reconoce los derechos sociales incluso en mayor medida que en el Título IV. En este aspecto, ver también la Declaración (N° 62) de la República de Polonia que hace referencia al Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea acerca de Polonia y el Reino Unido anexada en el Acta final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007: “Polonia declara que, habiendo considerado la tradición del movimiento social de “Solidaridad” y su notable contribución en la lucha por los derechos laborales y sociales, respeta totalmente dichos derechos, como establece el derecho de la Unión Europea, y en particular, aquellos ratificados en el Título IV de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

De hecho –desde la perspectiva de la aplicabilidad de los derechos sociales– estamos haciendo frente aquí a la situación donde ambos pierden. Nosotros preferimos la segunda variante de “perder” simplemente por sus impactos negativos, que son menores. Está claro que una hipotética situación de no participación significaría una no aplicabilidad total de los derechos incluidos en el capítulo IV solamente para destinatarios del Protocolo N° 30. A diferencia de esto, el entendimiento interpretativo del art. 1º párrafo 2º alcanzaría a todos los Estados Miembros, lo cual no estoy dispuesto a aceptar.

6. CONCLUSIÓN

En la introducción de este artículo planteamos una pregunta: si la facturación formal y la inclusión de los derechos sociales en un catálogo único de derechos fundamentales en la Unión Europea (junto con los derechos de primera generación bien instituidos tradicionalmente) podían ser entendidos como una revolución a nivel de protección de estos derechos y cambiar en entendimiento material. Respondimos a esta cuestión con cierto escepticismo y ofrecimos una visión crítica sobre el cambio sustancial real en este aspecto. Pero tenemos que confesar que llegamos a estas conclusiones principalmente por un análisis estático de la estructura de la Carta y el lugar de los derechos sociales en su sistema. Desde este punto de vista textual, nos parece que la Carta ha dado un paso hacia adelante y dos hacia atrás.

Definitivamente el futuro será diferente. Nos damos cuenta de que una vez que el texto de la Carta sea puesto en práctica por el Tribunal de Justicia, tendremos una imagen más colorida y quizás más positiva. Somos conscientes del hecho de que la Carta es un instrumento vivo de protección de los derechos en el mismo sentido que otros catálogos de derechos humanos. El hecho de que los derechos sociales se hayan asociado con la resistencia más brillante de los autores de la Carta no es desde luego una sorpresa. Después de todo, estos derechos tradicionalmente se acompañan de un enfoque prudente por parte de los estados de la comunidad internacional. Por otra parte, no creemos que fuera necesario crear semejante cantidad de redes protectoras contra esta categoría de derechos humanos. Esta precaución tan grande debilita la unidad de la Carta, está en contra de las tendencias universalistas y finalmente también aclara el significado revolucionario de este catálogo. Afortunadamente la ley no entra en la vida real a través de los libros sino a través de la acción, abriendo así espacio para una visión restrictiva de todos los límites de los derechos sociales que analizamos en nuestro

artículo. Nick Bernard escribe: “La carencia de efecto vinculante no significa necesariamente la falta de efecto legal”.³³

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARTO, M. *et al.* (2016): “Základní práva” (Leges, Prague, 608 pp.).
- BARNARD, C. (2011): “The EU Charter of Fundamental Rights: Happy 10th Birthday?” *European Union Studies Association Review*, N° 1, pp. 5-10.
- BERNARD, N. (2003): *New Governance’ Approach to Economic, Social and Cultural Rights in the EU* (Hart Publishing, Oxford), pp. 247-268).
- BRAGHIROLI, S. (2015): “An emerging divide? Assessing the impact of the Euro crisis on the voting alignments of the European Parliament”. *The Journal of Legislative Studies*, 21(1), pp. 96-114.
- GIJZEN, M. (2001): “The Charter: A Milestone for Social Protection in Europe?” *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, N° 1, pp. 33-48.
- HAMULÁK, O. (2014): “Idolatry of Rights and Freedoms” en Tanel Kerikmäe (edit), *Protecting Human Rights in the EU - Controversies and Challenges of the Charter of Fundamental Rights* (Springer, Cham), pp. 187-197.
- HAMULÁK, O. (2015): “Listina základních práv Evropské unie jako okolí ústavního po ádku eské republiky” *Acta Iuridica Olomucensia*, Vol. 10, N° 3, pp. 7-30.
- HAMULÁK, O.; MAZÁK, J. (2017): “The Charter of Fundamental Rights of the European Union vis-á-vis the Member States - Scope of its Application in the View of the CJEU” *Czech Yearbook of Public & Private International Law*, Vol. 8, 2017, pp. 161-172.
- KENNER, J. (2009): “New Frontiers in EU Labour Law: From Flexicurity to Flex-Security” en Michael DOUGAN; Samantha CURRIE (edit.), *50 Years of the European Treaties Looking Back and Thinking Forward* (Hart Publishing, Oxford), pp. 279-310.
- KERIKMÄE, T.; HAMULÁK, O.; CHOCHIA, A. (2016): “A Historical Study of Contemporary Human Rights: Deviation or Extinction?” *Acta Baltica Historiae et Philosophiae Scientiarum*. Vol. 4, N° 2, pp. 98-115.
- LACIAKOVÁ, V.; MICHALICKOVÁ, J. (2013): “Rights and Principles - Is There a Need to Distinguish Them in the Charter of Fundamental Rights of the European Union?” *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, N° 2, pp. 235-243.

³³ BERNARD (2003) pp. 247-268.

- LENAERTS, K.; CAMBIEM, N. (2009): “The Democratic Legitimacy of the EU after the Treaty of Lisbon”, en Jan WOUTERS (edit.), *European Constitutionalism beyond Lisbon*. (Intersentia, Antverps), pp. 185-207.
- MARTINICO, G. (2012): *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe* (Nueva York, Routledge).
- MAZÁK J.; JÁNOŠKOVÁ, M. et al. (2016): *The Charter of Fundamental Rights of the European Union in the Proceedings before Courts of Slovak Republic* (Kosice, UPJS).
- NEACSU, E. (2001): “The Draft of the EU Charter of Fundamental Rights: A Step in the Process of Legitimizing EU as a Political Entity, and Economic-Social Rights as Fundamental Human Rights”, *Columbia Journal of European Law*, Nº 1, pp. 141-146.
- PEER, S.; PRECHAL, S. (2014): “Commentary on the Article 52 of EU Charter”, en Steve PEERS; Tamara HERVEY (edit.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary* (Oxford, Hart Publishing) pp. 1506-1511.
- PANDO BALLESTEROS, M. D. L. P.; TROITIÑO, D.R. (2017). El modelo de integración europea de Churchill. *Revista de Occidente*, (433), 57-71.
- PEER, S.; PRECHAL, S. (2014): “Commentary on the Article 52 (6) of EU Charter”, en Steve PEERS; Tamara HERVEY (edit.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary* (Oxford, Hart Publishing) pp. 1511-1515.
- POLESE, A.; KOVACS, B.; JANCICS, D. (2016). Inofensivitatea i nocivitatea practicălor informale ce au loc “în pofida” sau “mai presus” de voin a statului: cazul Ungariei i României. *Studia Politica (Romanian Political Science Review)*, 17(2), 219-241.
- POLESE, A.; KOVÁCS, B.; & JANCICS, D. (2016). Az „állam ellenére” és az „államon túl” megvalósuló informális gyakorlatok ártalmas és ártalmatlan természetű: magyarországi és romániai példák. *Szociológiai Szemle*, 26(2), 44-70.
- SAIZ ARNAIZ, A.; ALCOBERRO LLIVINA, C. (2013): *National Constitutional Identity and European Integration*, (Cambridge Intersentia).
- SISKOVA, N. (2008): “Actual Issues of the Creation of Constitutionalism in the Field of Human Rights at the EU Level and its Prospects”, en *Nadežda Šišková et al., The Process of Constitutionalisation of the EU and Related Issues* (Groningen, Europa Law Publishing), pp. 7-13.
- TROITIÑO RAMIRO, David (2008): “De Gaulle and the European Communities”. *Proceedings of the Institute for European Studies. Tallinn University of Technology*, Nº 4, pp. 139-152.

TROITIÑO RAMIRO, David (2013): *European Integration: Building Europe* (New York, Nova Science Publishers).

TROITIÑO RAMIRO, David (2013): “The British Position towards European Integration: A Different Economic and Political Approach”. *Baltic Journal of European Studies*, vol. 4, N° 1.