

LA APORTACIÓN DE LA UE A LA RECONFIGURACIÓN TÉCNICA DEL ESTADO SOCIAL

Fernando Pérez Domínguez

*Profesor ayudante doctor de Derecho Constitucional
Universidad de Huelva*

Sumario:

- 1.- Introducción: la necesaria evolución del Estado Social y el lastre del eterno debate dogmático sobre los derechos sociales.
- 2.- La aportación de la Unión Europea I. La vía tradicional: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- 3.- La aportación de la Unión Europea II: tendencias innovadoras en la articulación práctica del Estado Social (La política de empleo como referente).
- 4.- Conclusiones.

Referencias bibliográficas.

Resumen en español

LA APORTACIÓN DE LA UE A LA RECONFIGURACIÓN TÉCNICA DEL ESTADO SOCIAL

De las diversas proyecciones que presenta el debate sobre el futuro del Estado Social, esta comunicación se centra en la necesaria evolución de las técnicas e instrumentos jurídicos en que aquel se articula en la práctica. La categoría de los derechos sociales es quizá el instrumento jurídico más representativo de ello. Sin embargo, tradicionalmente ha sido objeto de un debate dogmático jamás cerrado sobre su naturaleza y nivel de garantía respecto a las demás categorías presentes en las cartas de derechos. Frente a ello, se propone una nueva perspectiva de análisis que atiende a las técnicas, los procedimientos, las formas de gestión de los servicios públicos y prestaciones sociales y la definición de nuevas condiciones de ejercicio de derechos sociales concretos. Para ello se toman como referencia las orientaciones de la política europea de empleo en relación con los derechos socio-laborales; lo que permite inducir interesantes conclusiones sobre las nuevas tendencias de articulación práctica del Estado Social y sus derechos.

Abstract in italiano

IL CONTRIBUTO DELL'UE ALLA RICONFIGURAZIONE TECNICA DELLO STATO SOCIALE

Tra le diverse proiezioni sollevate dal dibattito sul futuro dello Stato Sociale, questo intervento si incentra sulla dovuta evoluzione delle tecniche e degli strumenti giuridici con i quali si attua nella pratica. La categoria dei diritti sociali è probabilmente lo strumento giuridico più rappresentativo di ciò. Tuttavia, è stato oggetto tradizionalmente di un dibattito dogmatico e concettuale mai chiuso sulla loro natura e il livello di garanzie rispetto alle altre categorie presenti nelle carte dei diritti. Qui invece, si propone un nuovo approccio d'analisi che si sofferma sulle tecniche, le procedure, le forme di gestione dei servizi pubblici e delle prestazioni sociali, nonché sulla definizione di nuove condizioni d'esercizio dei diritti sociali specifici. Perciò si prendono come riferimento gli orientamenti della politica europea per l'impiego in relazione con i diritti socio-lavorativi, i quali permettono di indurre conclusioni interessanti sulle nuove tendenze per lo svolgimento pratico dello Stato Sociale ed i suoi diritti.

Abstract in English

EU CONTRIBUTION TO WELFARE STATE TECHNICAL RECONFIGURATION

Among the different views having the debate on the future of Welfare State, this paper focuses on the necessary evolution of the technique and legal instruments needed to apply it in a practical way. Social rights are likely the most representative of those legal instruments. However, there has been a never ended dogmatic discussion about their nature and the level of protection and guarantee regarding the other categories of rights in the charters. By contrast, a new analysis approach is suggested. It deals with techniques, procedures, innovative ways of management for public services and social benefits, and the definition of new conditions for exercise social rights. Taken the guidelines of the European employment policy in relation to social and labor rights as a frame of reference, it's possible to infer interesting conclusions about the new trends of implementation of Welfare State and its rights.

1.- Introducción: la necesaria evolución del Estado Social y el lastre del eterno debate dogmático sobre los derechos sociales.

La idea de evolución es consustancial al concepto de Estado Social ya que éste cobra sentido respecto a una realidad cambiante como la de las condiciones socioeconómicas y de bienestar de la población. La diversidad de dificultades existentes para adaptarse y responder eficazmente a esa realidad justifica la expresión “crisis del Estado Social”. Esta crisis se habría intensificado en el contexto del cambio de siglo debido a la internacionalización de las economías y su impacto sobre la configuración tradicional del Estado nacional y su sociedad (SOTELO, 2010). Por último, el panorama referido se habría agravado desde 2008 debido a una de las mayores crisis económicas de la historia, que ha evidenciado la difícil y aún débil articulación de sistemas de gestión global de la economía que involucren a instancias nacionales y supranacionales con suficiencia y eficacia.

No obstante la relevancia de tales problemas, este trabajo afronta la cuestión del futuro del Estado Social desde otra perspectiva no menos acuciante: la técnico-jurídica. Así, se pretende valorar y cuestionar el modo en que el Estado Social viene evolucionando en el terreno de los instrumentos jurídicos a través de los que se articula en la práctica. De la diversidad de instrumentos existentes (políticas públicas, servicios públicos, prestaciones, acciones de fomento, promoción...), resulta evidente que la categoría de los derechos sociales ocupa un papel central, como demuestran la atención doctrinal recibida y algunas iniciativas normativas recientes. Centrando en ellos la atención, el enfoque teórico-doctrinal con que tradicionalmente se ha abordado la discusión sobre esta categoría se ha revelado poco útil a la necesaria adaptación del Estado Social a las nuevas demandas que se le plantean. En efecto, el cuestionamiento sobre la naturaleza jurídica de los derechos sociales, su fundamentalidad, su estatus en relación con otras categorías de derechos y, especialmente, la reprochada debilidad de sus garantías y falta de justiciabilidad directa, constituyen discursos que – a pesar de loables esfuerzos por rebatirlos (PISARELLO PRADOS, 2007; ABRAMOVICH y COURTIS, 2004)– no ofrecen respuestas claras a cuestiones como la creciente complejidad de intereses presentes en las sociedades

contemporáneas, la heterogeneidad de las demandas de tutela, la dificultad de los poderes públicos para parcelar la sociedad en colectivos concretos o bien la relativa ineficacia de instrumentos públicos de tutela configurados de forma estandarizada, diseñados verticalmente y ajenos a la participación de sus últimos destinatarios.

En el sentido de lo recién apuntado, sirva la referencia de autoridad del Prof. CASCAJO CASTRO, que en relación con las dificultades para conceptualizar los derechos sociales afirma que “toda búsqueda de un concepto general y uniforme de los derechos sociales conduce a un anunciado fracaso” y, de acuerdo con ello, “a estas alturas del desarrollo internacional, constitucional y autonómico de la materia, acaso sólo tenga sentido el enfoque analítico de alguno de los elementos de su estructura a la luz de su régimen jurídico-positivo”. De forma más constructiva, el carácter complejo de los derechos sociales nos situaría “ante un derecho con contenido regulativo denso donde no sólo hay situaciones jurídicas subjetivas que proteger, sino también deberes de tutela, obligaciones de fomento y puede que también contenidos de procedimiento y organización” (CASCAJO CASTRO, 2012: 24, 29). Finalmente, propone reconducir el debate sobre los derechos sociales argumentando que “los viejos lugares comunes sobre la mayor o menor justiciabilidad de estos derechos, o el reparto de funciones entre legisladores y jueces para la implementación de los mismos, deben dar paso hoy a cuestiones sobre procedimientos y técnicas que incidan sobre una mejor gestión de los servicios que, en régimen jurídico de derecho público, privado, cooperativo o mixto, suministren las prestaciones propias de la ciudadanía” (CASCAJO CASTRO, 2009: 37).

A pesar de este planteamiento correctivo del debate, recientemente tanto las actuaciones normativas como las reflexiones doctrinales sobre la evolución del Estado Social han incurrido en los mismos argumentos conceptuales de resultados prácticos poco efectivos. Paradigmático en ese sentido se antoja el caso de España, donde la técnica jurídica de referencia elegida para culminar y consolidar la dimensión autonómica del Estado Social ha sido, a la luz de las últimas reformas estatutarias, el clásico recurso de las cartas de derechos con fuerte presencia de derechos sociales. A pesar de estar concebidas con una decidida voluntad garantista, incluso a nivel

jurisdiccional, ésta quedó en gran medida frustrada con la STC 247/2007, sobre la naturaleza y régimen de garantía de los derechos estatutarios, a los que negó el carácter de fundamentales y de derechos subjetivos (FJ 15)¹.

Dado que los Estados nacionales no sólo han venido protagonizando un proceso descentralizador a nivel infraestatal, sino que al mismo tiempo la globalización les ha llevado a participar en procesos de integración supranacional con cesión de competencias principalmente económicas, pero de innegable trascendencia social; resulta obligado plantearse la aportación de la Unión Europea (UE) a la articulación práctica y efectiva del Estado Social a través de técnicas o instrumentos jurídicos innovadores respecto a los institutos clásicos. A ese respecto, la influencia de la UE puede concretarse en dos vías de acción que serán aquí objeto de atención. Por un parte, se ha optado por consolidar su proyección social recurriendo también al instrumento tradicional de la carta de derechos (incluidos los de carácter social) mediante su incorporación al Derecho originario a través del Tratado de Lisboa de 2007. Sin embargo, por otra parte, e incluso con anterioridad a dicha iniciativa, cabe advertir en la acción social de la UE la introducción de tendencias innovadoras en el terreno de la articulación práctica de los derechos sociales, proponiendo nuevas condiciones de ejercicio o promoviendo nuevas formas de gestión de prestaciones sociales y servicios públicos. Es esta segunda línea de acción la que se ubica en los terrenos sugeridos por el Prof. CASCAJO para reconducir el debate sobre la evolución del Estado Social y los derechos sociales; razón por la cual merecerá aquí mayor atención.

2.- La aportación de la Unión Europea I. La vía tradicional: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

De acuerdo con lo expuesto, no corresponde aquí un estudio detallado de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) incorporada al Tratado de Lisboa ex art. 6.1 TUE. Más bien se trata de referir brevemente cómo, a pesar del avance que ello supone, el instrumento jurídico utilizado sugiere en gran medida los mismos

¹ A pesar de ello, ha sido inevitable la reapertura del debate conceptual de escasos resultados prácticos, mientras que permanecen sin precisar de forma pacífica cuestiones determinantes de la efectividad del Estado Social en el ámbito autonómico, como el sistema de distribución de competencias y el régimen de financiación de las políticas públicas carácter social (vid. MEDINA GUERRERO, 2008).

debates conceptuales y dogmáticos que se derivan de las cartas estatutarias o de las propias constituciones nacionales. Así, por lo que respecta a los derechos sociales reconocidos y al contenido de los mismos, cabe subrayar la incorporación y el reconocimiento en la UE de un amplio catálogo de derechos sociales incluyendo, en unos casos, nuevos ámbitos de protección (el medio ambiente *ex art. 37*), identificando, en otros, a colectivos dignos de una tutela específica (menores, personas mayores y discapacitadas *ex arts. 24-26*) y precisando contenidos de derechos más tradicionales como los relacionados con el trabajo (v.gr. el acceso gratuito a los servicios de colocación *ex art. 29*, la protección en caso de despido injustificado *ex art. 30*) o con la seguridad social (precisando las contingencias que deben ser objeto de protección *ex art. 34.1*). Sin embargo, conforme al art. 51 CDFUE la determinación concreta de las facultades dimanantes de los derechos dependerá del régimen competencial que rijan sobre la materia en cuestión.

En relación con las garantías de los derechos sociales de la Carta, su configuración como derechos públicos subjetivos y consiguiente exigibilidad directa depende de la naturaleza jurídica atribuida a las distintas previsiones de la misma. Así, tanto el TUE (art. 6.1) como la propia CDFUE (art. 51) obligan a diferenciar entre derechos, libertades y principios; operación que se realiza acudiendo a las explicaciones elaboradas por el *Praesidium* de la Convención que la elaboró (*ex art. 52.7 CDFUE*). Éstas catalogan como principios algunos de los preceptos de la Carta (v.gr. arts. 26 y 34.1) que, sin embargo, proclaman literalmente derechos (DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, 2012: 316 ss.). En particular, la cuestión sobre el desarrollo del contenido de los derechos sociales, su carácter no directamente vinculante, la dependencia de la interposición legislativa y la falta de justiciabilidad directa viene suscitada por el art. 51.4 de la Carta², del que se deriva la reedición en la UE del clásico debate sobre el diverso régimen jurídico (debilitado) de los derechos sociales.

² “Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos”

Por último, y respecto a las garantías jurisdiccionales, es cierto que en la medida en que los poderes públicos europeos y nacionales ejecuten Derecho de la Unión, los derechos de la Carta afectados se beneficiarán de los mecanismos jurisdiccionales propios del sistema de la UE. Entre ellos se incluyen instrumentos procesales no disponibles en los sistemas nacionales para la tutela de los derechos, como el recurso por omisión para controlar la legalidad de la inactividad de las instituciones europeas (arts. 265-266 TFUE). Sin embargo, la virtualidad práctica de éste se concretaría sólo en aquellos preceptos reconocidos como verdaderos derechos (sociales), pues respecto a los catalogados como meros principios su alegación se limita (*ex art. 52.5 in fine CDFUE*) al control de la legalidad de “actos aplicativos” de tales principios, sin que se haga referencia a las omisiones que afecten al desarrollo y aplicación de los mismos (DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, 2012: 324-326).

Más allá de particularidades procesales como la apuntada, resulta innegable que el nuevo estatus jurídico (vinculante) adquirido por la Carta bajo el Tratado de Lisboa activa una corriente de enriquecimiento de la tutela de los derechos sociales a través del diálogo jurisdiccional entre las instancias de garantía de los sistemas del Consejo de Europa, la UE y los propios Estados Miembros. Los derechos constitucionales de éstos podrían empezar a interpretarse de acuerdo con la Carta a partir de mandatos de optimación del tipo del art. 10.2 CE (JIMENA QUESADA, 2012; DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, 2012: 326-329). Las sinergias derivadas de tales relaciones se sumarían a algunas de las corrientes jurisprudenciales preexistentes que ya venían reforzando la tutela de los derechos sociales de la mano, especialmente, de la tutela del principio de no discriminación por razón de nacionalidad vinculado a la libertad de circulación (DE MIGUEL BÁRCENA, 2012).

3.- La aportación de la Unión Europea II: tendencias innovadoras en la articulación práctica del Estado Social (La política de empleo como referente).

En la línea marcada por el Prof. CASCAJO de dirigir el estudio de los derechos sociales a “cuestiones sobre procedimientos y técnicas”, se trataría ahora de identificar en la acción social de la UE tendencias que apunten nuevas formas de gestión de

prestaciones y servicios públicos, la definición de nuevas condiciones de ejercicio de los derechos sociales o incluso innovaciones en su estructura. La determinación de esas líneas maestras exige tomar como premisa la limitada capacidad de intervención de la UE en relación con las materias sociales debido al régimen competencial que rija en cada caso y, en función de ello, a los instrumentos jurídicos, estratégicos o actos atípicos con que las instituciones europeas se expresen (AGUDO ZAMORA, 2014).

Las materias sociales suelen estar afectadas por el régimen de competencias compartidas (art. 4 TFUE). Sin embargo, éste se ve matizado en muchos ámbitos concretos por su fuerte componente de estatalidad. Ello limita la acción de la Unión a actuaciones de carácter indicativo, de orientación básica y de coordinación de las políticas nacionales, limitando o excluyendo a veces la finalidad armonizadora propia de la directiva (v.gr. art. 149 *in fine*, 153.2. TFUE). Esta circunstancia, hace cobrar protagonismo a otros instrumentos jurídicos de la Unión, como las decisiones y recomendaciones, o a instrumentos de carácter estratégico como las comunicaciones, resoluciones o los libros blancos (BAR CENDÓN, 2014).

A pesar de tales condicionantes, la acción de la UE ha sido intensa y enriquecedora en algunas materias sociales, además de previa al reconocimiento de virtualidad jurídica a la CDFUE. Afrontar esta labor con instrumentos jurídicamente menos rígidos, y hacerlo guiado de una motivación orientadora y promotora de la innovación en materias con fuertes anclajes nacionales, ha redundando en una mayor creatividad al definir alternativas de configuración práctica del Estado Social y sus derechos; licencias éstas que resulta difícil tomarse en otros contextos y sobre la base de otros instrumentos jurídicos. Para identificar tales alternativas se antoja conveniente, sin embargo, tomar como referencia una concreta materia en lugar de abarcar en un trabajo como éste el conjunto de políticas sociales. Por ello se atenderá a la política europea de empleo, terreno en el que la UE cuenta con una arraigada actividad vinculada con la realización práctica de derechos socio-laborales clásicos (arts. 14.1, 15, 28-34 CDFUE).

El origen de las aportaciones recientes de la UE se ubica en el debate abierto sobre las “transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa”

con motivo del cambio de siglo. En 1996 la Comisión encargó sobre ello un informe a un grupo de expertos bajo la coordinación de Alain SUPIOT, que constató una premisa clave en toda la acción europea en materia de empleo: la sustitución del modelo tradicional de trayectoria profesional basado en el trabajo estable y duradero por una dinámica marcada por múltiples transiciones o estados profesionales³.

El nuevo escenario obligaba, según el informe, a un importante cambio de los sistemas de protección y tutela tradicionales; muy vinculados a la propia relación laboral y a la defensa del puesto de trabajo (tutela económica frente al despido y prestación por desempleo). Frente a la insuficiencia de ese sistema, el equipo de SUPIOT, señalaba la necesidad de reconocer la mayor presencia y relevancia de un nuevo estado o dimensión profesional de las personas que necesitaría de un marco normativo protector más amplio, diverso y adaptable que las acompañara por las distintas situaciones que pueden jalonar hoy su trayectoria profesional. Para ello proponían redimensionar y coordinar los llamados “cuatro círculos del Derecho Social⁴”, y anunciaban la aparición de un nuevo tipo de derechos sociales, los “derechos sociales de giro⁵”, como instrumento idóneo para proteger ese estado o dimensión profesional de las personas expuestas a diversos riesgos (SUPIOT, 1998: 197-217).

A la vez que ese informe, la UE empezó a promocionar el estudio de la teoría de los Mercados de Trabajo Transicionales (MTT) a través de dos importantes proyectos de investigación de la Comisión Europea (“TRANSLAM” y “TLM-NET”), que se

³ V.gr. formación-empleo, cambios de regímenes de empleo y tiempo de trabajo, empleo-paro, vuelta al empleo tras maternidad y cuidado de familiares, tránsito hacia la jubilación, etc.

⁴ Se trata de: a) los derechos sociales universales garantizados a todos independientemente de cualquier trabajo; b) los derechos basados en el trabajo no profesional (cuidado de personas, trabajos voluntarios, autoformación...); c) el derecho común de toda actividad profesional (igualdad, seguridad y salud...); y d) el derecho propio del trabajo asalariado (SUPIOT: 210-211).

⁵ Los derechos sociales de giro (*drawing social rights, diritti di prelievo sociale*) son definidos como “derechos de iniciativa, cuyo ejercicio permanece encerrado en los límites de un crédito anteriormente constituido, pero su realización depende de una libre decisión de su titular y no de un riesgo sobrevenido”. La realización de tales derechos dependería de la constitución de una “provisión suficiente” y de la decisión del titular de utilizar dicha provisión, que habrá de ser facilitada por la administración pública, las empresas u otros agentes (SUPIOT: 212-217).

prolongaron de 1996 a 2006⁶. Esta teoría surgió en Alemania en la segunda mitad de los 90 a partir de los estudios del Prof. Günther SCHMID en el *Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung*. Reconociendo igualmente la realidad de las transiciones profesionales, considera imprescindible neutralizar los nuevos y diversos riesgos sociales derivados de la dinámica del mercado y el empleo. Ello exige una nueva organización institucional que garantice un sistema de gestión de esos riesgos, una gama de instrumentos idóneos para la construcción de “puentes de empleo”; esto es, medidas que ayuden a prevenir, reducir y superar los riesgos vinculados a las transiciones, facilitándolas desde el punto de vista económico pero, al mismo tiempo, en materia de conservación y desarrollo de la empleabilidad de las personas (SCHMID & SCHÖMANN, 2003).

Ante la complejidad de las transiciones consideradas, la construcción de “puentes de empleo” requiere una nueva configuración de las interacciones entre los sistemas sociales: Educación/Formación, Familia, Mercado de trabajo (trabajadores, agentes sociales, empresas) y Protección Social. Por tanto, la idea de gestión de los riesgos sociales propuesta por los MTT implica la participación en ella tanto del Estado como del sujeto individual y otros agentes privados y partes interesadas; planteando así la necesidad de alcanzar un nuevo equilibrio entre Solidaridad (pública) y Responsabilidad individual respecto a los acontecimientos vitales críticos (SCHMID, 2006; PÉREZ DOMÍNGUEZ, 2010).

La relevancia de los informes y teorías sucintamente referidas reside en el hecho de aportar los fundamentos del concepto de “Flexiguridad” que domina toda la acción europea en materia de empleo desde mediados de los años 2000. Así ocurrió a partir del proceso de debate abierto por la Comisión Europea con el Libro Verde “Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI⁷”, que culminaría con la Comunicación de la Comisión “Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad⁸”. La flexiguridad, definida

⁶ Vid. parte de los trabajos resultantes de tales proyectos en <http://www.siswo.uva.nl/tlm/>. Los principales resultados de ambos pueden encontrarse traducidos al castellano en TOHARIA CORTÉS (2006).

⁷ COM (2006) 708 final.

⁸ COM (2007) 359 def.

como “una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral”, se articularía en cuatro ejes que constituyen las prioridades de la política europea de empleo desde entonces: disposiciones contractuales flexibles y fiables; estrategias globales de aprendizaje permanente; políticas activas de empleo eficaces; y modernización de los sistemas de seguridad social.

Por su parte, las estrategias europeas de crecimiento – primero Lisboa y actualmente Europa 2020⁹ – han acogido la flexiguridad como instrumento válido para la consecución de sus objetivos en materia de empleo y funcionamiento del mercado de trabajo europeo¹⁰; y en consonancia con ello, la Estrategia Europea de Empleo intenta articular el concepto en sus diversos ámbitos de actuación (paquete de medidas para el empleo¹¹, empleo juvenil¹², nuevas cualificaciones para nuevos empleos¹³ o servicios públicos de empleo¹⁴, entre otros). En un último nivel de concreción, los planteamientos innovadores en cuanto a la articulación práctica de los derechos sociales de carácter laboral que derivan de la flexiguridad, se traducen en las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados Miembros¹⁵ y las

⁹ Comunicación de la Comisión “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento sostenible, inteligente e integrador”. COM (2010) 2020 final.

¹⁰ Así se ha mantenido a pesar incluso de la crisis económica, pues la Comisión ha entendido que las políticas de flexiguridad siguen constituyendo “el mejor instrumento para modernizar los mercados de trabajo, y adaptarlas al contexto de una Europa poscrisis” [vid. Comunicación “Agenda de nuevas cualificaciones y empleos: una contribución europea hacia el pleno empleo”, COM (2010) 682 final, pp. 2-4]. En esa misma línea vid. “Un compromiso compartido a favor del pleno empleo”, COM (2009) 257 final, p. 3; y “Open, dynamic and inclusive labour markets” [SWD (2012) 97 final], adjunto a la Comunicación “Hacia una recuperación generadora de empleo”, COM (2012), 173 final.

¹¹ Vid. COM (2012), 173 final.

¹² Vid. las Comunicaciones “Trabajar juntos por los jóvenes europeos. Un llamamiento a la acción contra el desempleo juvenil” [COM (2013), 447 final] y “Promover el empleo juvenil” [COM (2012) 727 final]; así como la Propuesta de Recomendación del Consejo sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil [COM (2012) 729 final] y el documento de trabajo adjunto SWD (2012) 409 final.

¹³ Vid. Comunicación “Nuevas Capacidades para Nuevos Empleos”, COM (2008) 868 final.

¹⁴ Vid. Decisión n. 573/2014/UE de 15 de mayo de 2014 sobre una mayor cooperación entre los servicios públicos de empleo (DOUE L 159/34, 28/05/2014).

¹⁵ En el marco de la Estrategia de Lisboa, la flexiguridad fue clara protagonista de las orientaciones para las políticas de empleo (vid. Orientación n. 21) para los períodos 2005-08 (Decisión 2005/600/CE) y 2008-10 (Decisión 2008/618/CE); y así ha continuado siendo bajo Europa 2020. Las orientaciones establecidas en 2010 y mantenidas hasta 2014 (vid. Decisiones 2010/707/UE y 2014/322/UE) establecen que los Estados miembros deberán “introducir una combinación de regímenes contractuales flexibles y fiables, políticas activas del mercado laboral y políticas eficaces de aprendizaje permanente, así como promover la movilidad laboral y unos sistemas adecuados de seguridad social que garanticen las

recomendaciones específicas por países que adopta el Consejo de la UE. Aquéllas son adaptadas y recibidas por los Estados Miembros en sus planes nacionales de reforma y planes nacionales de empleo para, finalmente, traducirlas en reformas concretas de las regulaciones laborales y de seguridad social nacionales.

Como se expondrá a continuación, algunas de esas reformas ofrecen ya resultados representativos de los planteamientos sostenidos por los conceptos y teorías promovidos por la UE. Su implementación permite inducir algunos planteamientos innovadores en la articulación práctica de los derechos sociales afectados en este ámbito de la política europea. Sin embargo, además de los planteamientos específicos que pueden advertirse en campos materiales concretos, no puede obviarse la influencia complementaria de otras tendencias transversales presentes en cualquier planteamiento reformista que afecte hoy día a la acción normativa e intervencionista de las Administraciones Públicas y sus relaciones con los ciudadanos. En tal sentido, deben traerse a colación las propuestas relativas a la “nueva gestión pública” (*New Public Management*), modelos alternativos de gobernanza, transparencia y evaluación de las políticas públicas¹⁶.

Tomando en consideración las aportaciones que derivan de la política europea de empleo, corresponde, llegado a este punto, extraer algunos planteamientos reconfiguradores de la articulación práctica del Estado Social y los derechos sociales que se concretarían al menos en dos momentos o escenarios distintos: el de la gestación de las políticas y normas que diseñan los servicios y prestaciones sociales, de un lado, y el momento de su aplicación, ejercicio e implementación, de otro. En el primero de ellos, destacarían los siguientes rasgos característicos:

1. La toma de conciencia sobre la capacidad limitada de los Poderes Públicos para configurar por sí mismos respuestas idóneas a todas las demandas de carácter social que se plantean. Ello supone: a) el cuestionamiento de la capacidad omnicompreensiva

transiciones en el mercado de trabajo, acompañados de una definición clara de los derechos y responsabilidades para que los desempleados busquen trabajo activamente” (Orientación n. 7).

¹⁶ La modernización de las administraciones públicas es también objeto de la Estrategia Europa 2020 [vid. Comunicación “Semestre Europeo 2014. Cimentar el crecimiento”, COM (2014) 400 final, y “Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea”, COM (2005) 97 final]. En el ámbito académico destacan los trabajos de BARNÉS, J. (2008, 2012a).

de la ley y de la autosuficiencia de la Administración Pública, el alejamiento del sistema vertical-jerárquico de regulación tradicional (ley general-reglamento de desarrollo) y un nuevo reparto de roles entre ambas fuentes; b) la apertura hacia nuevos formatos o procedimientos de regulación cooperativos, consensuales, autorregulativos, abiertos a la participación directa de agentes no exclusivamente políticos; c) el recurso, en su caso, a la utilización de nuevos instrumentos normativos (*soft law*) como códigos de conducta y buenas prácticas, estándares internacionales, etc.

La concreción de este planteamiento en el ámbito laboral pasaría por el refuerzo del diálogo social y la implicación de los agentes sociales que la UE postula como condición necesaria para el éxito de las políticas flexiseguras. En perspectiva interna destacaría el reforzamiento de la negociación colectiva a nivel de empresa desde la reforma de 2011¹⁷; o bien el proceso de consulta y participación de las partes interesadas previo a la aprobación del “Sistema Nacional de Garantía Juvenil¹⁸”, así como de la Estrategia Española de Activación para el Empleo y los Planes Anuales de Política de Empleo¹⁹ (arts. 4 *bis* y 4 *ter* Ley 56/2003, de Empleo –LE–).

2. La necesidad de articular un sistema de servicios y prestaciones que permitan una tutela integral, continuada y adaptable de las situaciones de riesgo, con el objetivo de evitar la cronificación de los estados de necesidad. Para ello se demanda un ajustado equilibrio entre las políticas pasivas y activas de protección social, esto es, entre la lógica tuitiva de carácter paliativo o resarcitorio y la lógica preventiva y proactiva.

En la perspectiva de los mercados de trabajo transicionales, se trataría de engranar instrumentos de tutela adecuados para las diversas transiciones²⁰ de forma que, en cada supuesto, los requisitos de activación y la condicionalidad del disfrute de las

¹⁷ Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE n. 139, 11/06/2011).

¹⁸ Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE n. 163, 05/07/2014) y posterior Ley 18/2014, de 15 de octubre (BOE n. 252, 17/10/2014), arts. 87 ss.

¹⁹ Para 2014 vid. Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de septiembre (BOE n. 232, 24/09/2014); y para 2015, Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 julio (BOE n. 191, 11/08/2015).

²⁰ V.gr. garantía juvenil, contratos formativos, formación profesional en el empleo, orientación e información profesional, prestación por desempleo contributivo, subsidio por desempleo asistencial, renta activa de inserción, cauces flexibles y adaptables de acceso a la jubilación...

prestaciones puedan modularse dando lugar a un “planteamiento de responsabilidades mutuas que mantenga la incentivación del trabajo y, al mismo tiempo, garantice los ingresos, ofreciendo una ayuda personalizada a la búsqueda de empleo y protección contra el riesgo de pobreza²¹”.

Por lo que respecta al momento de la aplicación, ejercicio o implementación de las normas y políticas configuradoras de estrategias de tutela y protección social, cabe advertir las siguientes tendencias innovadoras:

1. La intervención de agentes públicos y privados en un marco de cooperación dirigido a asegurar la interacción positiva entre sistemas sociales diversos como la familia, el mundo económico-empresarial, el sistema formativo y el tercer sector además, obviamente, del Estado.

En esa línea se inscribirían la apertura de la intermediación laboral a agencias de colocación privada con ánimo de lucro, con posibilidad de prestar servicios de forma tanto autónoma como en régimen de colaboración con los Servicios Públicos de Empleo²²; la participación de nuevas entidades en el diseño e implementación del subsistema de formación profesional para el empleo, más allá del protagonismo tradicional de los agentes sociales²³; o el entramado de actores participantes en la implementación de la garantía juvenil en España²⁴.

2. La intervención simultánea de varias administraciones en el diseño de estrategias de tutela efectivas y complementarias; esto es, una cooperación interadministrativa que persiga la conjunción de recursos de todo tipo (financieros, fiscales, formativos, asistenciales y jurídico-laborales) en aras de una estrategia integral y coherente. Ello exigiría ir más allá de la natural colaboración que corresponde a una organización descentralizada en el marco de una política material, estableciendo cooperaciones,

²¹ Vid. COM (2012) 173 final, pág. 12. En este sentido, la reciente implementación en España de la Garantía Juvenil ofrece cuatro programas distintos de medidas a partir de los que se definirá – de forma secuenciada – la atención a prestar a los solicitantes, quedando ésta vinculada “a la realización de un perfil con las características de la persona a atender” (art. 90.1.a Ley 18/2014, de 15 de octubre).

²² Vid. art. 21 bis LE.

²³ Vid. art. 26 LE.

²⁴ Vid. art. 88 Ley 18/2014, de 15 de octubre.

interacciones y dependencias eficaces entre políticas materiales diversas al servicio de un objetivo común como el acceso al empleo y la evitación de la exclusión social²⁵.

3. Intervención activa, y no meramente ejecutiva, de la Administración en el diseño último de las estrategias de tutela en cooperación con otros agentes; promoviendo así un nuevo concepto de discrecionalidad positiva y creativa que no estaría exenta de controles *ad hoc*. Esta nueva actitud de las Administraciones prestadoras de servicios y prestaciones deriva del principio de individualización de las ayudas que preconiza la política europea en aras de su eficacia, y que ya habría sido acogido por la normativa nacional en materia, por ejemplo, de políticas activas de empleo²⁶.

4. En consonancia con lo anterior, una efectiva atención individualizada requeriría del reconocimiento de espacios para la implicación del individuo en la gestión de sus propios riesgos sociales. Así, su tradicional posición frente a las políticas y prestaciones sociales evolucionaría desde su concepción como objeto o mero destinatario-peticionario de las mismas, a la de protagonista en el ejercicio y concreción de su derecho en colaboración con la Administración. Ello implica, por un parte, una configuración flexible y adaptable de los instrumentos públicos de tutela mediante el reconocimiento de espacios para la iniciativa individual y márgenes de configuración autónoma de las prestaciones; y por otra, la superación del diseño estandarizado de instrumentos de tutela. Paralelamente a dicho planteamiento surge la necesidad de modular los niveles de condicionalidad, cargas o elegibilidad de las prestaciones y servicios en función de la necesidad, riesgo o colectivo concreto a tutelar, como ocurre con el compromiso de actividad que deben suscribir los beneficiarios de prestaciones y

²⁵ Piénsese en las interacciones entre la previsión de modalidades contractuales y bonificaciones a la contratación en materia de seguridad social, o en el desarrollo de programas formativos y de orientación para la movilidad laboral acompañados de incentivos fiscales para ello, entre otros posibles ejemplos.

²⁶ Así se recoge en los objetivos de la política de empleo (arts. 2.c, 2.h LE), entre los principios generales que presiden el diseño y ejecución de las políticas activas de empleo (art. 24.1.a LE) o en los objetivos en materia de orientación profesional (art. 4 *bis*.4.a LE). Y más contundentemente se evidencia en relación con las personas desempleadas para las que “la articulación del itinerario individual y personalizado de empleo se configura como un derecho” *ex art. 19 sexies LE*.

subsidios por desempleo²⁷ o los compromisos de participación activa vinculados a determinadas medidas de activación para el empleo.

Sería éste el ámbito de desarrollo de los “derechos sociales de giro” antes referidos, entre cuyas concreciones podrían identificarse: las sucesivas reformas flexibilizadoras de las formas de percepción de la prestación por desempleo y la posibilidad de capitalizar su cobro en un pago único²⁸; la previsión de “cheques formativos” – canjeables ante proveedores de formación libremente elegidos – como concreción del derecho individual a la formación profesional tanto de trabajadores activos²⁹ como de desempleados³⁰; las propuestas de reforma del sistema de indemnización por despido inspiradas en el llamado “modelo austríaco³¹”; o el diseño de sistemas de créditos/préstamos horarios entre trabajador y empresario para atender necesidades formativas o familiares, entre otras medidas orientadas a posibilitar una gestión individual de la carrera profesional³².

5. Los nuevos roles descritos conceden una renovada importancia a los procesos de relación Administración – Administrado previos a la determinación y reconocimiento de las prestaciones, pues deben promover contextos relacionales de carácter consensual y cooperativo antes que imperativo. En conexión con ello, se subraya la necesidad de adecuar a tales premisas el procedimiento administrativo y, especialmente, los controles intra-administrativos y judiciales, junto con la previsión y fomento de cauces extrajudiciales para la resolución de conflictos.

6. Igualmente, la apertura a agentes privados de la actividad de prestación de servicios relacionados, en este caso, con el mercado de trabajo (agencias de colocación,

²⁷ Vid. arts. 27 LE y 231 TRLGSS.

²⁸ Vid. art. 228.3 TRLGSS y el Cap. I del Título I de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE n. 179, 27/07/2013).

²⁹ Vid. art. 23.3 ET.

³⁰ Vid. arts. 6.5.b, 13.3 y DA 2ª Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral (BOE n. 217, 10/09/2015).

³¹ Sin que llegara a desarrollarse, la DA 10ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo preveía la “constitución de un Fondo de capitalización para los trabajadores, mantenido a lo largo de su vida laboral” cuya “regulación reconocerá el derecho del trabajador a hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en el Fondo de capitalización en los supuestos de despido, de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación”.

³² Vid. una relación de ejemplos de medidas “flexiseguras” en el documento SWD (2012) 97 final.

recolocación, proveedores de formación profesional acreditados, etc.), plantea la necesidad de una regulación detallada de las relaciones entre administrados y agentes privados cuando prestan servicios públicos bajo diversos regímenes de colaboración público-privada o bien de forma autónoma³³.

7. Finalmente, y con carácter transversal a los dos momentos o escenarios señalados, cualquier planteamiento reformista que afecta a las políticas públicas debe estar presidido por la introducción de mecanismos de control y auditoría de eficiencia del impacto y resultados de las mismas. La realización de tales actividades exige como premisas transparencia y objetividad, lo que obligaría a dar entrada a agentes externos para garantizar una evaluación fiable, útil y un efecto “feed-back” enriquecedor³⁴.

4.- Conclusiones.

La somera aproximación realizada a la articulación efectiva – esto es, a las “cuestiones sobre procedimientos y técnicas” – de algunos de los derechos socio-laborales recogidos en la CDFUE y en los ordenamientos constitucionales nacionales a la luz de las previsiones de la política europea de empleo, ha sido suficiente para advertir novedades no menores que afectan a la propia estructura y concepto de los derechos sociales.

Desde el punto de vista subjetivo, ha podido constatarse como los derechos sociales estarían expuestos a un enriquecimiento y diversificación de la posición de los sujetos pasivos. En efecto, así se deriva de la participación de agentes privados en el desempeño de servicios públicos que deben concretarse en la definición de ayudas o tutelas concretas. Desde el punto de vista de sus contenidos, la definición de los mismos no dependería exclusivamente de la mediación legislativa y reglamentaria, sino que admitiría nuevos espacios o fases sucesivas de determinación, con

³³ En relación con las agencias de colocación privadas vid. art. 21 *bis* LE y RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación. Una visión más amplia sobre la intervención de agentes privados en sectores de tradicional intervención pública en BARNÉS (2012b).

³⁴ En este sentido, véase como, a instancias de la UE [v.gr. COM (2012) 173 final, pp. 23-25], los Planes Anuales de Política de Empleo de España (para 2015, vid. BOE n. 191, 11/08/2015) establecen los objetivos estructurales y estratégicos a conseguir, con indicación de los programas y medidas dispuestas para ello y, sobre todo, el establecimiento de indicadores (mesurables) que permitirán la medición del nivel de ejecución de los objetivos no sólo a nivel interno sino también desde una perspectiva multilateral.

intervención de las partes interesadas y, en última instancia, del propio titular y sujeto activo del derecho.

Por lo que respecta a las facultades y condiciones de ejercicio, la tendencia a la definición individualizada de prestaciones y servicios supone el reconocimiento al titular del derecho de ámbitos de autonomía, libre determinación o libertad positiva en los derechos sociales (MENGONI, 1998: 2, 6-8; LIMARDO, 2006: 218-219), que dista mucho de su tradicional y limitada concepción como derechos prestacionales sin margen para la autodeterminación, y se postula como una vía paliativa de la crisis de legitimación y racionalidad del Estado Social (PORRAS NADALES, 1991: 80 ss.). Asimismo, el entramado de relaciones administración/agente privado – administrado, responsabilidades mutuas, regímenes de condicionalidad y elegibilidad que se deriva de ello dibuja una nueva dinámica de “contractualización” de las prestaciones y servicios sociales en aras de su eficacia (VALDÉS DAL-RÉ, 2002).

Finalmente, en el terreno de las garantías, la amplitud y complejidad de los actos y procedimientos en que se articulan en la práctica los derechos sociales, y la diversidad de sujetos intervinientes, generan nuevos espacios y oportunidades para el control de la eficacia y realización de los mismos; control que correspondería no sólo a los órganos judiciales, sino también a instancias administrativas e incluso extrajudiciales.

Referencias bibliográficas

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid.

AGUDO ZAMORA, M. (2014). “Los derechos sociales en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, en TEROL BECERRA, M. y JIMENA QUESADA, L., *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

BAR CENDÓN, A. (2014). “La política social de la Unión Europea”, *ibidem*.

BARNÉS, J. (ed.) (2012a). *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, España.

BARNÉS, J. (2012b). "El sujeto privado en la Constitución Económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica", en VV.AA. *La Constitución Económica*, CEPC, Madrid, 33-75.

BARNÉS, J. (ed.) (2008). *La Transformación del Procedimiento Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, España.

CASCAJO CASTRO, J.L. (2009). "Los derechos sociales, hoy", en *Revista Catalana de Derecho Público*, n. 38, 21-42.

CASCAJO CASTRO, J.L. (2012). "Derechos Sociales", en VV.AA. *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 20-44.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. (2012). "Lisboa, la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y los derechos sociales", *ibidem*, 315-329.

DE MIGUEL BÁRCENA, J. (2012). "La Constitución antidiscriminatoria y los derechos sociales en la Unión Europea", *ibidem*, 331-343.

JIMENA QUESADA, L. (2012). "La tutela de los derechos sociales: el espacio de la Unión y del Consejo de Europa", *ibidem*, 135-163.

LIMARDO, E. (2006). "L'attualità dei diritti sociali", en *Previdenza e Assistenza Pubblica e Privata*, 2.

MEDINA GUERRERO, M. (2008). "Derechos sociales y financiación autonómica", en AGUDO ZAMORA, M. (coord.): *El desarrollo del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, CENTRA, Sevilla.

MENGONI, L. (1998). "I diritti sociali", en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, I.

PÉREZ DOMÍNGUEZ, F. (2010). "Los mercados de trabajo transicionales: proyección normativa", en VV.AA.: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa. Vol. I*, MTAS, 539-566.

- PISARELLO PRADOS, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid.
- PORRAS NADALES, A.J. (1991). "Problemas de configuración jurídica del Estado democrático avanzado", en *RCEC*, n. 8, 79-97.
- SCHMID, G. & SCHÖMANN, K. (2003). "The concept of transitional labour markets and some policy conclusions: the state of the art", *TLM.NET Working paper*, n. 2003-01.
- SCHMID, G. (2006). *Sharing risks: on social risk management and the governance of labour market transitions*, Discussion Paper, n. SP I 2006-101, WZB, Berlín.
- SOTELO, I. (2010). "El futuro del Estado Social", en *Claves de Razón Práctica*, n. 201, 14-23.
- SUPIOT, A. (1998). *Transformation of labour and future of Labour Law in Europe*, European Comission, final report.
- TOHARIA, L. (2006). *Los mercados de trabajo transicionales. Nuevos enfoques y políticas sobre los mercados de trabajo europeos*, MTAS, Madrid.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2002). "Las tendencias de contractualización en el sistema español de protección social", en *Revista de Derecho Social*, n. 20, 13-37.

