

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS PROBLEMAS DE LEGITIMIDAD DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN

Ruth Martín Quintero
Universidad de La Laguna

RESUMEN

Este trabajo trata de mostrar cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debido a su relevancia en el proceso de integración a través de su activismo jurisdiccional, puede afectar no solo a su legitimidad sino a la de la propia Unión Europea. Para ello mostramos el papel que el Tribunal parece haber jugado en el proceso de retirada del Reino Unido de la Unión Europea, en la evolución de algunos aspectos de la institución de la ciudadanía europea y en la plena incorporación de los derechos humanos al Derecho de la Unión.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea, legitimidad, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND THE LEGITIMACY PROBLEMS OF THE INTEGRATION PROCESS

ABSTRACT

This paper tries to show how the Court of Justice of the European Union, due to its relevance in the integration process through its judicial activism, can affect its own legitimacy and also European Union's. For that purpose we will see the role the Court seems to have played in British withdrawal from the European Union, in the evolution on some aspects of the European citizenship and in the full incorporation of human rights into European Union law.

KEYWORDS: European Union, legitimacy, Court of Justice of the European Union.



«La legitimidad es la exigencia de justicia que debe cumplir el titular del poder político para contar con el reconocimiento y la obediencia de quienes están sujetos a él»¹. Los problemas de desafección de los ciudadanos de los Estados miembros respecto a la Unión Europea (en adelante, UE) han cobrado un nuevo protagonismo en la opinión pública tras la victoria de la opción de retirada del Reino Unido en su referéndum del 23 de junio de 2016, aunque no han dejado de estar presentes en todas las propuestas políticas que en diferentes Estados rechazan el proyecto de la Unión. Tradicionalmente, los problemas de legitimidad del proceso de integración europea y sus instituciones han estado referidos a déficits democráticos, principalmente vinculados a la falta de poder del Parlamento. Con independencia de la paulatina pérdida de fuerza de este argumento en la medida en que el Parlamento Europeo ha ido siendo equiparado al Consejo en el proceso legislativo, es importante señalar otros elementos que pueden ser utilizados para generar o incrementar esa desafección ciudadana. Del mismo modo que ha habido respuestas jurídicas a este tipo de problemas sociopolíticos (es paradigmática la creación del concepto de ciudadanía europea), también las realidades jurídicas afectan a los problemas de legitimidad que afrontan las instituciones. En esta ocasión vamos a referirnos al papel que pueda jugar en este ámbito la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE).

Comenzaremos por recordar el papel del TJUE para destacar su importancia en el proceso de integración europea y la presencia que el activismo judicial tiene en su labor. A continuación nos centraremos en algunos problemas jurídicos concretos en los que el Tribunal ha tenido un papel más o menos protagonista y que consideramos que pueden haber incidido o acabar incidiendo en la legitimidad de la UE.

1. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Desde la creación de las Comunidades Europeas existe el Tribunal de Justicia como encarnación del poder judicial en estas organizaciones internacionales. Es una de las instituciones que menos cambios ha experimentado a lo largo de estos años, salvo por la necesidad de adaptarse al incremento del número de los Estados miembros y al aumento de asuntos de los que ha de conocer, lo que ha desembocado en la existencia de instancias adicionales².

La misión fundamental del TJUE es garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados, es decir, de las normas fundamentales de la UE. Sin embargo, la función jurisdiccional ordinaria referida al Derecho de la UE corresponde a los jueces y tribunales de los Estados miembros. Es decir,

¹ PÉREZ LUÑO, A.E.; SORIANO DÍAS, R.L.; y GÓMEZ TORRES, C.J., *Diccionario jurídico. Filosofía y Teoría del Derecho e Informática jurídica*, Comares, Granada, 2004.

² Regulado en el artículo 19 del TUE, la sección 5.ª del Título I de la Parte Sexta del TFUE, y su propio Estatuto, contenido en el Protocolo número 3 anejo a los Tratados.



del mismo modo que las normas europeas se aplican de manera eminentemente descentralizada por parte de las administraciones de los Estados, también el control jurisdiccional corresponde a los poderes judiciales de estos. Los Estados han de establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión.

Ante el TJUE pueden plantear recursos los Estados miembros y las instituciones, y las personas físicas y jurídicas en determinados casos. Se trata de garantizar que tanto los Estados como las instituciones cumplan con la legalidad jurídico-europea. Junto a ello, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros pueden³ plantear una cuestión prejudicial sobre la interpretación del Derecho de la UE o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones, de modo que la respuesta del TJUE les sirva para resolver el caso que están conociendo. Es un instrumento muy útil de cara a lograr una interpretación homogénea del Derecho de la UE en todo el territorio de los Estados miembros.

Por todo ello, a lo largo de todos estos años de progresiva integración en Europa, el papel del Tribunal de Justicia ha sido fundamental. Es la institución que ha ido perfilando los principios básicos del ordenamiento jurídico que nace con las Comunidades Europeas, y los principios que habrían de regir la relación de este ordenamiento con los ordenamientos de los Estados miembros⁴. Es decir, sus decisiones e interpretaciones han sido claves para que la integración evolucionase del modo en el que lo ha hecho. Esa relevancia, ese poder, es lo que permite que el Tribunal pueda jugar un papel destacado en la legitimidad de la UE.

Una de las razones por las que el papel ejercido por el TJUE ha supuesto avanzar en la integración (más que en frenarla o ralentizarla) ha sido por su utilización frecuente de la teoría de los poderes implícitos. Las competencias con las que cuentan las instituciones europeas son aquellas que los Estados han atribuido a la organización internacional y a esas instituciones en particular a través de los tratados. Sin embargo, en la práctica, se puede producir una ampliación competencial respecto a lo estipulado en sentido estricto en el Derecho originario. En primer lugar, el actual artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) establece que

cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el

³ Aunque están obligados a ello cuando se trata de un asunto pendiente ante un tribunal nacional cuyas decisiones no son susceptibles de recurso ulterior (artículo 267 TFUE).

⁴ De manera simplificada, el TJUE ha caracterizado al ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas antes, de la UE ahora, como un ordenamiento jurídico *sui generis* (distinto tanto del internacional como del nacional de los Estados), autónomo y beneficiado por los principios de primacía (respecto a los derechos nacionales) y eficacia directa (sin necesidad de actos jurídicos de traslación de muchas de sus normas, que son directamente aplicables por las administraciones nacionales y alegadas en juicio por los enjuiciables).



Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo.

Junto a ello, el TJUE ha entendido que la existencia de un determinado poder conlleva la de cualquier otro razonablemente necesario para el ejercicio de aquel. En este caso se trataría, más que de establecer una nueva competencia (lo que permitiría el art. 352 TFUE), de ampliar una ya existente⁵.

De un modo u otro esto ha permitido entender que las competencias internas en determinada materia también otorgaban implícitamente competencias externas (de acuerdos con terceros) respecto a esas mismas materias; y permitió desarrollar las políticas de consumidores y medio ambiente, la política regional, la política de investigación y desarrollo tecnológico... antes de que estuvieran recogidas en los tratados, ligadas a la existencia del mercado interior y la necesidad de un «desarrollo armonioso de las actividades económicas [...], una expansión continua y equilibrada»⁶.

Puesto que en última instancia es el TJUE el que dictamina si hay una vulneración de los Tratados en el uso de esta técnica jurídica, ha sido objeto de las críticas de quienes han considerado (Estados, tribunales nacionales, *länder* alemanas, políticos eurosépticos, la misma doctrina⁷) su uso abusivo y, por tanto, ilegítimo. En cualquier caso, se trata de actos calificables de activismo judicial y, por tanto, sujetos a una gran subjetividad en cuanto a su valoración.

2. EL ACTIVISMO JUDICIAL

La noción de activismo judicial parte siempre, aunque mayoritariamente de manera implícita, de la concepción de la división de poderes y del Estado de Derecho en la que el poder judicial se concibe como un poder sometido al ordenamiento jurídico que ha de limitarse a resolver los litigios atendiendo a lo dispuesto en el mismo. Por tanto, el activismo judicial supondría ir más allá de la mera elección e interpretación de la norma aplicable a cada caso, para suponer una suerte de creación del Derecho por parte de los jueces (*making law*), y trascendiendo la resolución jurídica del caso concreto.

La traslación de este esquema a la Comunidad internacional exige que los Estados se sometan a las decisiones de los tribunales a quienes confieren su jurisdicción y las cortes internacionales sometan su actividad al derecho producido por los

⁵ ALONSO GARCÍA, R., *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Estudio y jurisprudencia*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2014, pp. 25-26.

⁶ Artículo 2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, en su redacción original.

⁷ Es paradigmático el libro de RASMUSSEN, Hjalte, *On law and policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1986. Le respondió CAPPELLETTI, M., «Is The European Court of Justice 'running wild'», *European Law Review*, 2015 (3), pp. 311-322 (el original se publicó en el vol. 12, 1, de 1987 de la misma revista).

propios Estados, en este caso los Tratados que son el Derecho originario de la UE. Lo cierto es que ningún Derecho es lo suficientemente completo y preciso para no dejar margen al poder judicial, al menos en los llamados casos difíciles, en los que la resolución no es sencilla con el Derecho positivo existente⁸.

En cualquier caso, contextualizar se vuelve imprescindible: en cada cultura jurídica se fijan unos límites a la función judicial. El activismo supondría traspasar dichos límites, pero no puede fijarse en términos estrictos respecto al mayor o menor sometimiento a la norma, o la mayor o menor creatividad jurisprudencial, porque el ordenamiento no fija en sí mismo unos límites precisos, y debido a que la actividad judicial es también Derecho⁹.

Así, aunque en el Derecho internacional en general¹⁰ y en el Derecho de la UE en particular la jurisprudencia no tiene formalmente capacidad para crear Derecho, en la práctica los tribunales internacionales, y en especial el TJUE, se erigen como voces autorizadas de los principios y normas no escritas, y acaban traspasando la frecuentemente difusa línea que separa la interpretación de la creación del Derecho.

De este modo la apreciación del margen de libertad de los jueces de manera que acabe siendo etiquetado como activismo judicial es una cuestión de grado y depende en gran medida de los intereses y valores de quien está realizando la evaluación, principalmente porque casi siempre es un término que se usa con afán acusatorio, no elogioso y ni siquiera descriptivo. Por ello, y porque toda decisión judicial precisamente por serlo puede ser concebida como una solución legalmente válida,

⁸ Así lo encontramos en posiciones por otra parte dispares: HART, H.L. *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 26; y DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1977, p. 147. Reflexionando sobre ello, respecto no solo a la existencia sino también a la importancia del *making law* de los tribunales internacionales en el desarrollo del Derecho internacional, *vid.* VON BOGDANDY, A. y VENZKE, «In Whose Name? An Investigation of International Court's Public Authority and Its Democratic Justification», *The European Journal of International Law*, vo. 23, n.º 1, 2012, pp. 7-41, p. 12.

⁹ Acogemos aquí una definición amplia de Derecho en el sentido de Alejandro Nieto, para quien el Derecho es el conjunto de los fenómenos reales que se identifican como sus referentes: «En primer lugar, las normas jurídicas [...] junto a las adiciones de los principios generales (de creación estatal, jurisprudencial o doctrinal) y doctrina (tanto jurisprudencial como profesoral); todas ellas vertebradas en el bloque teórico del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, los actos jurídicos singulares y concretos, sean de procedencia administrativa judicial o privada y que forman parte del Derecho aunque no sean ordenamiento jurídico. Y en tercer lugar, los hechos jurídicos [...] que son atraídos a la esfera del Derecho por la fuerza de la gravedad de sus consecuencias jurídicas» (NIETO, A., *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, Madrid, 2007, p. 17).

¹⁰ El artículo 38.1.d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ETIJ), marco de referencia del sistema de fuentes del Derecho internacional, recoge las decisiones judiciales solo como un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. Sin embargo, la importancia de la jurisprudencia internacional es evidente y no ha dejado de crecer. Su relevancia tiene origen en las propias características del ordenamiento jurídico internacional, en el que los jueces no solo han tenido que interpretar la norma, sino también con mucha frecuencia han de constatar y precisar la existencia de normas consuetudinarias o de los mismos principios generales y los principios estructurales del Derecho internacional (BOYLE, A. y CHINKIN, C., *The Making of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 263 y ss.)



el activismo judicial depende en cada caso de las convenciones sociales sobre cuál es el papel adecuado del poder judicial, de modo que el activismo se produce cuando se traspasan los límites de dicho papel¹¹. Por todo ello no es difícil detectar cómo se etiquetan como activismo judicial las decisiones que no gustan, y se acepta como jurisprudencia legítima aquella que es acorde con la propia concepción.

Es un lugar común considerar que uno de los tribunales internacionales cuya actividad puede calificarse más frecuentemente de activismo judicial es el TJUE. Ese activismo, surgido desde muy temprano, fue generalmente apoyado por el papel que esa jurisprudencia europea suponía en la consolidación e incluso el avance en el proceso de integración a través del ejercicio de la función de interpretación de un Derecho con frecuencia abierto y contradictorio. Sin embargo, tampoco han faltado las críticas de quienes observaron extralimitaciones en el Tribunal. Por lo que hemos expuesto, no es fácil precisar cuándo se produce esa extralimitación, pero sí parece claro que en la medida en que consideremos que esa extralimitación se produce comienzan las amenazas a la legitimidad del Tribunal¹².

A continuación vamos a tratar tres cuestiones recientes en las que el TJUE ha jugado un papel directo o indirecto y que pueden servir para explicar el impacto que este puede ocasionar en la legitimidad de la Unión. En primer lugar, trataremos el rol que parece haber jugado el Tribunal en el proceso que dio lugar a la activación por el Reino Unido del artículo 50 del Tratado de la Unión Europea. En segundo lugar, presentaremos algunos problemas experimentados por la institución de la ciudadanía de la UE los últimos años: el acceso a los servicios sociales del Estado de acogida por parte de ciudadanos de otros Estados miembros en condiciones desventajosas, y la interacción entre la libre prestación de servicios y la libre circulación de trabajadores, y su incidencia en el principio de igualdad y no discriminación entre nacionales de los Estados miembros. Por último, abordaremos brevemente la negativa del TJUE a la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) del Consejo de Europa.

3. EL PROCESO DE RETIRADA DEL REINO UNIDO DE LA UNIÓN EUROPEA

El 10 de noviembre de 2015, el primer ministro del Reino Unido, David Cameron, envió una carta a Donald Tusk, presidente del Consejo Europeo, proponiendo un nuevo acuerdo para el Reino Unido en una Unión Europea reformada. Con ello intentaba convencer al electorado de su país de que votaran no a la salida

¹¹ ZARBIYEV, F., «Judicial Activism in International Law –A Conceptual Framework for Analysis», *Journal of International Dispute Settlement*, núm. 3, (2), 2012, pp. 1-32, p. 5.

¹² CAPPELLETTI, M., «Is the European Court of Justice ‘running wild’?», *European Law Review*, vol. 40 (3), 2015, pp. 311-322, p. 312. El artículo original se publicó en la misma revista en 1987, vol. 12 (1), pp. 3-17. También ZARBIYEV, F., *op. cit.*, pp. 9-10.



de la UE en un referéndum que él mismo se había comprometido a celebrar¹³. La carta abordó cuatro ámbitos de reformas: gobernanza económica, competitividad, soberanía e inmigración. En cuanto a la soberanía, se propuso poner fin a la obligación británica de trabajar hacia una unión más estrecha tal y como establece el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea. De esta forma se trataba de hacer desaparecer un objetivo que permite al TJUE legitimar muchas decisiones de la UE. De hecho, en las Conclusiones con las que el Consejo Europeo respondió a la carta en febrero de 2016 se recogió, en la parte dedicada al tema de la soberanía, que

las referencias hechas en los Tratados y sus preámbulos al proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa no constituyen una base jurídica para ampliar el ámbito de aplicación de cualquier disposición de los Tratados o del Derecho derivado de la UE. Tampoco deberían servir para apoyar una interpretación extensiva de las competencias de la Unión o de los poderes de sus instituciones con arreglo a lo establecido en los Tratados.

Los recelos respecto al papel del TJUE en el Reino Unido son antiguos: «Los efectos concretos del dinamismo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas fueron pronto sentidos dentro del Reino Unido»¹⁴, donde la eficacia directa del Derecho de la UE supuso un desafío a la soberanía parlamentaria tal y como se concebía tradicionalmente. Si bien es cierto que la judicatura británica ha sido progresivamente más adepta a reconciliar dicha primacía con esa concepción de la soberanía¹⁵, particular y propia de un país sin Constitución escrita.

En cualquier caso, este no fue un tema estrella de la campaña electoral del referéndum. Sin embargo, sí parece ser que ha sido importante en el proceso de negociación que está en marcha en la medida en que la primera ministra, Theresa May, colocó como una de las líneas rojas de su posición el que el Reino Unido no vuelva a estar bajo la jurisdicción del TJUE¹⁶. Lo cierto es que en el primer acuerdo firmado entre la UE y el Reino Unido respecto a la primera fase de la negociación se ha establecido que los conceptos del Derecho de la UE referidos a los derechos de los ciudadanos (adquiridos antes de la retirada) han de ser interpretados dentro del respeto de la jurisprudencia de la Corte, de modo que

¹³ Que finalmente se celebró el 23 de junio de 2016 y supuso la victoria de la salida de la Unión Europea, lo que llevó a la activación del artículo 50 TUE a través de la carta del 29 de marzo de 2017 que la primera ministra británica envió al presidente del Consejo Europeo.

¹⁴ HANNESSON, O.I. y BANGSUND, K., «Life on the Edge: EFTA and the EEA as a Future for the UK in Europe», *European Public Law*, vol. 22 (1), 2016, pp. 69-96, p. 72.

¹⁵ HANNESSON, O.I. y BANGSUND, K., *op. cit.*, p. 74.

¹⁶ «Brexit and the courts», *The Economist*, edición impresa, 26 de agosto de 2017. En el mismo sentido, Theresa May, al pedir un acuerdo de seguridad con la UE precisó que tal acuerdo no estaría sujeto al TJUE porque «esa fue precisamente una de las razones por las que muchos británicos quisieron salir de la UE» («May pide un nuevo acuerdo de seguridad con la UE en un año», *El País*, edición impresa, 18 de febrero de 2018, p. 6).



los tribunales británicos «han de tener debidamente en cuenta» las decisiones del TJUE posteriores a la retirada¹⁷.

Con independencia de cuál sea la posición del Reino Unido tras consumarse su retirada de la UE, y la consiguiente relación con el TJUE, este proceso muestra cómo el TJUE puede constituirse en arma arrojadiza para quienes quieren cuestionar el proceso de integración europea. Esto no significa que el papel del TJUE haya sido determinante, ni mucho menos, en este proceso de abandono de la UE por parte del Reino Unido. De hecho, este país siempre ha tenido una relación ambivalente y distante con el proceso de integración europea que se ha reflejado con constantes diferenciaciones recogidas en múltiples protocolos a los Tratados: para mantener su moneda¹⁸, no participar en el acervo Schengen y realizar controles fronterizos de personas¹⁹, decidir si participa o no en las medidas del espacio de libertad, seguridad y justicia²⁰, o la excepción a los derechos sociolaborales recogidos en el Título IV de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE²¹.

4. LA CIUDADANÍA EUROPEA

El concepto jurídico de ciudadanía europea aparece en el Tratado de Maastricht²² en 1992, como un haz de derechos más allá de los que se les habían otorgado a los europeos desde los Tratados constitutivos como actores económicos (empresarios, trabajadores, usuarios, consumidores...). El origen de esta perspectiva más cívico-política que habría de completar la económica se encuentra en el desapego percibido en los ciudadanos europeos respecto al proceso de integración y tiene como finalidad servir al ciudadano, que pasa a convertirse en objetivo explícito de dicho proceso. Tiene su culminación en el Título V de la Carta de los Derechos Funda-

¹⁷ *Joint report from the negotiators of the European Union and the United Kingdom Government on progress during phase 1 of negotiations under Article 50 TEU on the United Kingdom's orderly withdrawal from the European Union*, publicado en la web del Grupo del Trabajo Artículo 50 el 8 de diciembre de 2017, párrafos 9, 38. Véase también párrafo 39. Además, el TJUE permanece competente (y sus sentencias vinculantes) para los procedimientos judiciales del Reino Unido registrados a la fecha de la retirada (párrafo 93).

¹⁸ Protocolo n.º 15 anexo al TUE, al TFUE y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica sobre determinadas disposiciones relativas al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

¹⁹ Protocolo n.º 20 anexo al TUE, al TFUE y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al Reino Unido y a Irlanda.

²⁰ Protocolo n.º 21 anexo al TUE, al TFUE y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia.

²¹ Protocolo n.º 30 anexo al TUE, al TFUE y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE a Polonia y al Reino Unido.

²² Artículo G, apartado C del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992.



mentales de la UE, jurídicamente vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa²³.

Consideramos que este es también un ámbito en el que el TJUE puede haber incidido en su legitimidad y en la de la propia UE en la medida en que en los últimos años su jurisprudencia no ha sido clara en el respaldo a la institución de la ciudadanía europea frente a las libertades económicas en algunos ámbitos. Uno de ellos ha sido el referido a los derechos de protección social de quienes han hecho uso de la libertad de circulación y residencia.

Desde los Tratados constitutivos existió el derecho de libre circulación y residencia pero se trataba de un derecho vinculado al ejercicio de una actividad económica. Es decir, derecho de libre circulación y residencia para acceder a un empleo asalariado, a un empleo por cuenta propia, a prestar o recibir un servicio, a establecerse profesionalmente o a abrir un negocio, eliminando la discriminación por razón de nacionalidad (entre ciudadanos de los Estados miembros) y con un régimen de protección social limitado a establecer principios de coordinación entre los derechos nacionales de seguridad social²⁴.

A partir de la inclusión del derecho a la libre circulación y residencia como parte de la ciudadanía europea²⁵, este pasa a ser un derecho de todo ciudadano de la UE y se impulsa o amplía el principio de no discriminación por razón de nacionalidad en los ámbitos de aplicación de los Tratados²⁶. Sin embargo, se trata de un derecho sujeto a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. Así, la Directiva 2004/38/CE²⁷ establece que por períodos inferiores a tres meses el derecho es irrestricto pero sin derecho a reclamar beneficios sociales; para períodos superiores a tres meses se exige actividad económica o disponer de recursos suficientes y un seguro médico para no resultar

²³ Artículo 6.1 TUE: La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

²⁴ Capítulos 1, 2 y 3 del Título III del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, en su versión original.

²⁵ Artículo 8A del artículo G, apartado C del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992. Actualmente, artículos 20.2 a) y 21 TFUE.

²⁶ Si bien es verdad que en 1990 el Consejo aprobó tres directivas mediante las que extendió el derecho de libre circulación y residencia a los inactivos laborales (rentistas, jubilados, pensionistas, estudiantes) y sus familias, siempre que dispusiesen de recursos suficientes y seguro de enfermedad para que no se convirtieran, durante su estancia, en una carga para el Estado de acogida.

²⁷ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.



una carga para el Estado de acogida²⁸. En cualquier caso siempre con la posibilidad de que los Estados establezcan excepciones relativas al orden público, seguridad y salud públicas²⁹.

Lo cierto es que la propia regulación tanto en los Tratados como en el Derecho derivado y el cúmulo de conceptos jurídicos indeterminados como «carga excesiva» ha permitido que el TJUE haya tenido un margen bastante amplio para determinar las consecuencias finales de muchas de estas normas.

En general, la mayor parte de los problemas se refieren a los no económicamente activos que sin contar con suficientes recursos para la subsistencia demandan prestaciones sociales en un Estado al que se han desplazado y llevan más de tres meses (períodos inferiores no dan derecho a prestaciones de ningún tipo³⁰). En un primer momento el TJUE aceptó el derecho a las mismas si estas tenían como finalidad la integración en el mercado de trabajo (acercando por tanto el concepto de demandante o buscador de empleo al de sujeto económicamente activo)³¹; y en el caso de que eso no se produjese, cabía mostrar el vínculo real con el Estado de acogida³². La evolución de la jurisprudencia ha adoptado una senda claramente restrictiva, desembocando en la negación directa del acceso a las prestaciones sociales a ciudadanos económicamente no activos que no busquen empleo de forma efectiva (denominado «turismo social» o «turismo de pobreza») sin atender al vínculo real con el Estado de acogida y tampoco el de la proporcionalidad de la decisión adoptada³³.

Un paso más en el desarrollo de esa jurisprudencia restrictiva lo constituye la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2016³⁴. En este caso, no se trata de la negación de prestaciones de asistencia social, sino de prestaciones propias y no controvertidas de seguridad social respecto de personas con ciudadanía europea, pero económicamente no activas y que no cumplen los requisitos de residencia de la normativa británica. La Comisión denunció al Reino Unido por incumplimiento del Regla-

²⁸ Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, en particular artículos 6 y 7. El artículo 16 regula el derecho de residencia permanente a partir de un período continuado de residencia legal de cinco años en el Estado miembro de acogida.

²⁹ Artículo 45.3 TFUE y capítulo VI Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004.

³⁰ Recientemente confirmado por TJUE, sentencia de 25 de febrero de 2016, *García Nieto*, C-299/14, párrafo 45: «Dado que los Estados miembros no pueden exigir que los ciudadanos de la Unión posean medios de subsistencia suficientes y una cobertura médica personal cuando realizan una estancia de tres meses de duración como máximo en sus respectivos territorios, es legítimo no obligar a dichos Estados miembros a hacerse cargo de esos ciudadanos durante tal período».

³¹ TJCE, sentencia de 4 de junio de 2009, *Vatsouras y Koupatantze*, C-22/08 y C-23/08.

³² TJUE, sentencia de 19 de septiembre de 2013, *Brey*, C-140/12.

³³ TJUE, sentencia de 11 de noviembre de 2014, *Dano*, C-333/13; TJUE, sentencia de 15 de noviembre de 2015, *Alimanovic*, C-67/14; TJUE, sentencia de 25 de febrero de 2016, *García Nieto*, C-299/14.

³⁴ TJUE, sentencia de 14 de junio de 2016, *Comisión vs. Reino Unido*, C-308/14, en especial párrafos 75 y 80.



mento³⁵ de coordinación de los sistemas de seguridad social cuyo objetivo es, precisamente, garantizar a las personas que se desplazan dentro de la UE los derechos que hayan adquirido o estén adquiriendo. Para el TJUE, el ordenamiento comunitario no se opone a que el reconocimiento de prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejerzan actividades económicas se condicione, por el Estado competente, a que los mismos cumplan el requisito de tener derecho de residencia legal en el Estado de acogida. El hecho de que esa residencia legal³⁶ de acuerdo a la legislación británica exija una comprobación de la residencia habitual en su territorio que no se exige a los nacionales británicos tampoco fue considerado por el TJUE contrario al principio de igualdad de trato tal y como alegó la Comisión, si se trata de una medida proporcional a la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida.

Quienes han denunciado esta deriva restrictiva de la jurisprudencia del TJUE en torno al derecho al acceso a prestaciones sociales asistenciales de los ciudadanos comunitarios económicamente inactivos exigen a las instituciones comunitarias afrontar esta situación en el ámbito normativo de la UE y que se proceda a modificar el Derecho derivado, para no solo cubrir la vertiente económica de la libertad de circulación y residencia, por ejemplo atendiendo al vínculo real y efectivo como criterio de solidaridad social entre los Estados miembros, o incluyendo al «demandante de empleo» como sujeto económicamente activo. En definitiva, que se precise la extensión del derecho de acceso a las prestaciones sociales de subsistencia para quienes en esa situación se desplazan a territorio de otros Estados miembros distintos al de su nacionalidad. De lo contrario, se estaría consolidando un estatuto de ciudadano de la UE próximo al de migrante extranjero extracomunitario, vaciando de contenido la institución de ciudadanía en el ámbito de la libre circulación y residencia³⁷.

Dentro de esta misma fricción entre los derechos de ciudadanía y las libertades económicas encontramos el problema de los derechos de los trabajadores desplazados en virtud de la libre prestación de servicios, el cual surge de la interacción entre dicha libertad y la libre circulación de trabajadores con sus correspondientes derechos.

En 1990, el TJUE abrió las puertas a una nueva fórmula de movilidad laboral en el ámbito comunitario con su sentencia en el caso *Rush Portuguesa*³⁸, cuando reconoció a los prestadores de servicios el derecho a desplazarse con su personal,

³⁵ Reglamento (CE) N.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

³⁶ En el Reglamento (CE) N.º 883/2004, por el contrario, se entiende por residencia «el lugar en el que una persona reside habitualmente» (artículo 1.j).

³⁷ Para un análisis más detallado del mismo, *vid.* SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M.Y., «Derecho de residencia y protección social de subsistencia», en GARCÍA MURCIA, J. (dir.), *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea*, Juruá, Vila Nova de Gaia, 2016, pp. 339-373.

³⁸ TJCE, sentencia de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, en especial párrafos 12 y 18.

garantizando simultáneamente a los Estados la posibilidad de aplicar su legislación laboral a tales trabajadores. Con ello, se lograba un punto de equilibrio entre la libertad económica de los prestadores de servicios y la protección de los mercados laborales locales frente a la introducción de mano de obra desplazada, en todos los sectores económicos y niveles de cualificación. Sin embargo, como veremos, la jurisprudencia posterior generó una fractura en ese sistema de contrapesos, desarrollando una concepción muy amplia de libertad de empresa en su dimensión organizativa, al impedir la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados, cuando estas «obstaculizan» el comercio de servicios.

La Directiva 96/71/CE³⁹ estableció en su artículo 3 que los Estados miembros velarían por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas que trasladasen trabajadores a su territorio haciendo uso de la libertad de prestación de servicios garantizaran a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias siguientes: las que en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, estuviesen establecidas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas; y las que estuvieran establecidas por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general y que se refiriesen a los períodos máximos de trabajo, así como los períodos mínimos de descanso; la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias; la presente letra no se aplicará a los regímenes complementarios de jubilación profesional; las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino; la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

El objetivo de esta Directiva era «unificar las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores transfronterizos en el marco de las prestaciones de servicios intracomunitarias» para evitar el *dumping* social⁴⁰. Sin embargo, el TJUE interpretó que esta Directiva tenía la capacidad de prohibir aquello a lo que no obligaba (concretando así en esta área la cláusula de comercio negativa contenida en el artículo 56 del TFUE) configurándola como una norma de mínimos en su proyección comunitaria y como norma de máximos en su proyección estatal. De este modo, la jurisprudencia comunitaria dificultaba la intervención estatal o sindical dirigida a evi-

³⁹ Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

⁴⁰ GIL PÉREZ, M.E., «Repensando el núcleo duro de condiciones de trabajo en el estado de acogida y la protección de los trabajadores desplazados», en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (coord.), *Presente y futuro del desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 173-188, p. 174.



tar el *dumping* social⁴¹. Es decir, los Estados solo pueden extender a los trabajadores desplazados aquellas condiciones de trabajo y empleo distintas a las enumeradas en art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE utilizando la noción excepcional de orden público. De modo que habría que extender la prohibición a las medidas nacionales que aun sin tener por finalidad la regulación de los intercambios de servicios entre los Estados miembros puedan tener un efecto real o potencial en el mismo, disuadiendo a prestadores de servicios extranjeros de ejercer tal libertad, obstaculizando la prestación de servicios.

Esta interpretación se vio reforzada por la Directiva 2014/67/UE⁴², que «tiene como finalidad garantizar que se respete un nivel apropiado de protección de los derechos de los trabajadores desplazados para la prestación de servicios transfronteriza, en particular que se cumplan las condiciones de empleo aplicables en el Estado miembro donde se vaya a prestar el servicio, de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, facilitando al mismo tiempo el ejercicio de la libre prestación de servicios a los prestadores de los mismos y promoviendo la competencia leal entre ellos, apoyando así el funcionamiento del mercado interior» (artículo 1.1.). Al no entrar en la interpretación pretoriana de la Directiva 96/71/CE, la Directiva 2014/67/UE consolidó definitivamente la expulsión de los trabajadores desplazados del ámbito de protección de la libre circulación de trabajadores.

Esta jurisprudencia refleja un menosprecio de los derechos de los europeos como trabajadores, pero se aleja aún más del contenido político intrínseco al concepto de ciudadanía, que recordaba el abogado general Jacobs⁴³ con estas palabras:

La prohibición de la discriminación por razón de la nacionalidad es asimismo de una gran importancia simbólica, en la medida en que demuestra que la Comunidad no es un mero acuerdo comercial entre los Gobiernos de los Estados miembros, sino una empresa común en la que todos los nacionales de Europa pueden participar como personas. Los nacionales de cada Estado miembro tienen derecho a vivir, trabajar y ejercer actividades económicas en otros Estados miembros en las mismas condiciones que la población nacional. No deben ser simplemente tolerados como extranjeros, sino recibidos favorablemente por las autoridades del Estado de acogida como nacionales comunitarios que tienen derecho, «en el ámbito de aplicación del Tratado», a todos los privilegios y ventajas de que gocen los nacionales del Estado de acogida. Ningún otro aspecto del Derecho de la Unión afecta al individuo más directamente ni hace más por fomentar el sentido de identidad común y destino

⁴¹ LLOBERA-VILA, M., «Evolución normativa de la regulación comunitaria relativa al desplazamiento de trabajadores», en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (coord.), *Presente y futuro del desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 39-65, p. 64.

⁴² Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»).

⁴³ Conclusiones del Abogado General EG Jacobs presentadas el 30 de junio de 1993 (asuntos acumulados C-92/92 y C-326/92, Phil Collins), párrafo 11.



compartido sin el cual la «unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos», proclamada en el preámbulo del Tratado, sería un eslogan vacío.

El artículo 45 del TFUE establece que sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho, entre otros, «de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales». Su respeto habría de impedir que el desplazamiento de trabajadores se utilizase para aprovechar inferiores condiciones laborales en otros Estados miembros. Porque no se trata solo de conseguir un alto grado de integración económica, sino también de la construcción de una ciudadanía europea real.

La inaplicación del art. 45 TFUE que supone la aplicación de la Directiva 96/71/CE (tal como ha sido interpretada por el TJUE) y la Directiva 2014/67/UE imposibilita que la garantía de paridad de trato pueda actuar como desincentivo al *dumping* social, y coloca el Derecho del Trabajo como obstáculo al comercio intracomunitario (barrera no arancelaria⁴⁴).

La denuncia de esta situación ha supuesto varios intentos de reforma de estas directivas. Finalmente, en marzo de 2017, la Comisión presentó una propuesta que ha culminado con la aprobación de la Directiva (UE) 2018/957⁴⁵, en la que se han introducido modificaciones sobre el principio de igualdad de trato. En particular, se ha limitado el carácter de trabajador desplazado a doce meses⁴⁶, de modo que después de ese tiempo la ley aplicable al contratado de trabajo dejaría de ser la del lugar de origen para ser la del Estado de destino (salvo en materia de celebración y resolución del contrato y regímenes complementarios de jubilación). Además, se ha sustituido la referencia del artículo 3 de la Directiva a las cuantías de salario mínimo por una referencia a la remuneración. En la medida en que esta comprenderá todos los elementos retributivos obligatorios puede interpretarse en el sentido de que los empleados que ejerzan temporalmente en otro Estado miembro deben recibir el mismo salario que los locales si realizan el mismo trabajo para evitar la competencia desleal de empresas que prefieren traer mano de obra extranjera más barata.

Sin embargo, esta nueva directiva no rompe con el sustrato general con el que se ha abordado, con el protagonismo del TJUE, la relación entre la libertad

⁴⁴ Vid. LLOBERA-VILA, M, «La directiva 96/71/CE: un instrumento de eliminación de barreras no arancelarias (BNA)», en FOTINOPOULOU BASURKO, O. (coord.), *Presente y futuro del desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 67-74.

⁴⁵ Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018 que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

⁴⁶ «Cuando el prestador de servicios presente una notificación motivada, el Estado miembro en que se preste el servicio ampliará el período previsto en el párrafo primero a 18 meses» (nuevo artículo 1 bis de la Directiva 96/71/CE).

de prestación de servicios y la libertad de circulación de trabajadores, incluso de la misma noción de ciudadanía de la Unión en su expresión de derecho a circular y residir libremente en los territorios de los Estados miembros (art. 21 TFUE). Ello es así en la medida en que el concepto de trabajador utilizado en estas directivas y en la jurisprudencia del TJUE ha objetivado al ciudadano al situarlo como mero elemento de la prestación de servicios. Se desprecia la relación laboral entre un empresario y un trabajador regida por una serie de derechos y deberes, y el trabajador desplazado carece de entidad jurídica propia. Como explica Llobera-Vila⁴⁷:

La posición jurídica del trabajador queda absorbida por la de su empleador, y confundida en el entramado de medios jurídicos y productivos que permiten al prestador de servicios hacer efectiva su libertad de circulación. [...] En el mercado interior de servicios el trabajo sirve instrumentalmente a la libertad empresarial que [...] se funde con ésta logrando arrastrar los elementos «laborales» a un territorio jurídico en el que quedan sujetos a un juicio de proporcionalidad, que los evalúa a partir de su capacidad restrictiva de dicha libertad empresarial, y en el que [el] trabajo va asumiendo jurídicamente una posición de factor de producción como otro cualquiera. Esta perspectiva legislativa prescinde del trabajador como sujeto primario de regulación, para situar al prestador de servicios, desposeído en gran medida de la condición de empleador, en el centro del razonamiento jurídico.

5. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL TJUE

Los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas no contemplaron ninguna disposición específica sobre los derechos humanos, los cuales no se mencionan en el Derecho originario hasta el Tratado de la Unión Europea en 1992. Una de las explicaciones que se han dado a la no contemplación de los derechos fundamentales en esos primeros tratados reside en que parecía difícil concebir posibles interferencias entre las regulaciones de carácter eminentemente económico que se establecían y derechos fundamentales principalmente referidos en ese momento a la categoría de los derechos civiles y políticos. También es cierto que el nacimiento en 1949 del Consejo de Europa y la firma en su seno un año más tarde del CEDH pareció llevar a «un acuerdo tácito de distribución de papeles entre las dos organizaciones europeas: la una, el Consejo de Europa, elaboraría el más perfecto mecanismo de protección internacional de los derechos humanos conocido hasta la fecha; las otras, esforzándose por crear lazos de solidaridad material entre los pueblos de Europa, tendrían como primera meta el establecimiento de un mercado común»⁴⁸.

⁴⁷ LLOBERA-VILA, M., *op. cit.*, p. 64.

⁴⁸ PÉREZ VERA, E., «La problemática adhesión d la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y PETIT DE GABRIEL, E.W. (eds.), *España y la Unión Europea en el orden internacional. XXVI Jornadas Ordinarias de la AEPDIRI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 59.



Lo cierto es que el propio proceso de integración de las Comunidades Europeas acabó generando colisiones con el respeto a los derechos humanos, lógicamente acrecentadas tras la asunción competencial en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal (Tratado de la Unión Europea de 1992); o tras la comunitarización de la materia relativa a visados, asilo, inmigración y la cooperación judicial en material civil (Tratado de Ámsterdam). Ante esta situación, y tras una primera etapa descrita como «inhibicionista»⁴⁹, el Tribunal de Justicia ha sido el que ha ido incorporando progresivamente los derechos humanos al Derecho comunitario desde finales de la década de los años sesenta. En concreto, este tribunal ha venido dictaminado el reconocimiento y la obligatoriedad de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho sobre la base de un triple fundamento: los derechos fundamentales comprendidos dentro de los principios generales del Derecho de la Unión Europea; la parte dogmática de los textos y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros; y los instrumentos jurídico-internacionales de los que son parte los Estados miembros en materia de derechos humanos, en especial, el CEDH⁵⁰.

De este modo, los tribunales constitucionales de los Estados miembros, que ante la postura «inhibicionista» mostraron reticencias a respetar el principio de primacía en este ámbito⁵¹, iniciaron una nueva doctrina denominada «de la protección equivalente»⁵² de acuerdo a la cual en tanto las Comunidades Europeas garantizaran una protección de los derechos fundamentales equivalente en lo esencial a la de los textos constitucionales, los tribunales constitucionales no ejercerían competencia jurisdiccional en materia de aplicación del Derecho derivado y, por tanto, no lo revisarían en función de los derechos fundamentales recogidos en sus constituciones.

La jurisprudencia incluyente de los derechos humanos en el Derecho de la UE se vio reforzada por declaraciones de las instituciones de la Unión y por las sucesivas modificaciones de los Tratados, pero era una cuestión que necesitaba solventarse de manera definitiva a través de dos vías: una declaración propia de derechos humanos y la adhesión al CEDH, del que siempre han sido parte todos los Estados miembros. La primera vía cobró forma con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE aprobada en Niza en el año 2000, si bien no obtuvo carácter vinculante hasta el Tratado de Lisboa al situarla entre el Derecho originario junto a los Tratados (artículo 6.1 TUE).

⁴⁹ LÓPEZ ROZAS, J.C., «La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia», *La Ley Unión Europea*, núm. 23, 2014, pp. 40-56, p. 43.

⁵⁰ TJCE, sentencia del 14 de mayo de 1974, *Nold*, Asunto 4/72, párrafos 12 y 13.

⁵¹ MARTINÓN, R., «Los derechos humanos en la UE. En especial, el problema de la adhesión de la Unión al CEDH», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 28, 2016, pp. 49-71, p. 51.

⁵² Tribunal Constitucional alemán, sentencia 22 de octubre de 1986, *Solange II*.



La otra vía, la adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH, se vio frenada por un escueto dictamen⁵³ del TJUE de 1996 en el que se afirmaba que un acto de tal magnitud necesitaba estar recogido en los Tratados. Eso es lo que hicieron los Estados con el Tratado de Lisboa al establecer en el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea que «la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados».

Con esta afirmación los Estados respondían al Dictamen 2/1994 dejando atrás la falta de competencia, lo que, unido al reconocimiento formal a la Unión Europea de personalidad jurídica (art. 47 TUE), parecía significar la superación de los obstáculos anteriores para la adhesión, aunque ello debiera hacerse dentro de los márgenes permitidos por el Protocolo 8 Sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al CEDH.

Pese a este explícito mandato de los Estados para que se llevara a cabo la adhesión al CEDH, el TJUE impidió tal adhesión al considerar en su Dictamen 2/2013 que el preacuerdo alcanzado entre el Consejo de Europa y la UE no era acorde al Derecho de la UE. En este caso se trata de un dictamen largo⁵⁴ que observa múltiples obstáculos para cumplir con el artículo 6.2 TUE, si bien casi todos ellos pueden reconducirse a un temor del TJUE a ser enjuiciado por otro tribunal aunque se trate de un tribunal especializado en derechos humanos que ya tiene jurisdicción sobre todos los Estados miembros de la UE, incluso cuando estos actúan de acuerdo al Derecho de la UE. De este modo, el principio de autonomía que proclama el TJUE del ordenamiento comunitario parece convertirse en autarquía⁵⁵; una autonomía aún mayor que la de los propios Estados soberanos que sí aceptan la función jurisdiccional del Tribunal de Estrasburgo para la mejor salvaguarda de los derechos fundamentales.

Hasta este dictamen la relación entre el TJUE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha sido muy positiva. El TJUE ha ido incorporando el CEDH y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en su argu-

⁵³ Tras la aprobación del Tratado de la Unión Europea el 7 de febrero de 1992 (y su recién incorporada ciudadanía europea) el Consejo solicitó una opinión consultiva al TJ sobre si era posible (recurriendo al artículo 235 del Tratado de la Comunidad Europea, actual 352 TFUE) entender que la protección de los derechos humanos constituía una competencia implícita, transversal a toda política comunitaria, suficiente para fundamentar dicha adhesión. El Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia mostró su posición de manera breve y concisa acerca de la imposibilidad de la misma por la inexistencia de base jurídica para dicha adhesión. Es decir, por entender que la Comunidad Europea carecía de competencia para firmar tratados internacionales en materia de derechos humanos, de modo que la adhesión requeriría la modificación de los Tratados.

⁵⁴ Para un análisis más detallado del mismo, *vid.* MARTÍN QUINTERO, R., «Los derechos humanos en la UE. En especial, el problema de la adhesión de la Unión al CEDH», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 28, 2016, pp. 49-71.

⁵⁵ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, 2015, pp. 825-869, p. 844.

mentación jurídica, si bien lo ha hecho a través del filtro de los principios generales; como un elemento de interpretación de indudable valor hermenéutico pero sin eficacia jurídica directa. Es decir, aunque el Tribunal cita con frecuencia la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, evita considerarse expresa e irremediabilmente constreñido por la misma, para erigirse así en el máximo intérprete de los derechos fundamentales, incluidos los contenidos en el CEDH, en el ámbito de la Unión Europea. La aplicación indirecta del contenido del CEDH como principios generales, de los que es guardián e intérprete supremo el propio Tribunal de Justicia, garantiza la autonomía y la primacía del Derecho de la UE. De modo que el Tribunal de Luxemburgo se mantiene como máximo intérprete del CEDH en el contexto comunitario, incluso cuando asume la interpretación jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo⁵⁶.

Por su parte, el TEDH ha desarrollado un control mediato o indirecto del Derecho de la Unión Europea a través de la ejecución que los Estados hacen del mismo a partir de dos principios: la imposibilidad de dejar a los ciudadanos desprotegidos en sus derechos respecto al Derecho comunitario, por un lado; y la necesidad de desarrollar una cooperación activa con otra organización internacional que muestra una historia de respeto al sistema de Estrasburgo⁵⁷. De este modo, se considera que los Estados miembros son responsables del respeto a las obligaciones del Convenio aun en áreas donde el ejercicio de la competencia se ha transferido a la organización supranacional, e incluso donde tienen un margen reducidísimo de aplicación y apreciación como en el caso de los reglamentos. Es decir, los Estados parte en el Convenio no están exentos de responsabilidad por los ámbitos de competencia atribuidos a la Unión o que son consecuencia de aquellos. Sería difícil aceptar que se pueda reducir la eficacia del CEDH a las personas en su jurisdicción sobre la base de la transferencia de ciertos poderes a la Unión Europea.

Uno de los problemas de estos casos en los que el TEDH ha controlado de forma mediata el respeto al CEDH en la aplicación y ejecución del Derecho de la Unión por parte de sus Estados miembros ha sido la imposibilidad de que la Unión pueda concurrir como parte litigante para defender su posición. Al mismo tiempo, ante la inexistencia de una legitimación pasiva de la Unión en el sistema de control del CEDH, los individuos que han entendido que sus derechos eran vulnerados por alguna decisión o actuación de las instituciones de la Unión Europea han

⁵⁶ Hay quienes han llegado a hablar de una «convencionalización» del Derecho de la Unión, en el sentido de su progresiva integración en el ámbito –sustantivo y procedimental– del Convenio Europeo. Vid. LÓPEZ GUERRA, L., «Derechos e integración europea», en UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. y JÁUREGUI BERECIARTU, G. (coords.), *Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 33-34.

⁵⁷ En la sentencia del caso *Bosphorus* se muestra una genuina combinación de estos principios con una jurisprudencia deferente (TEDH, sentencia de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Airways c. Irlanda*, n.º 45036/98, en especial, párrafos 147 y 159-165).



interpuesto una demanda contra todos sus Estados miembros, habiendo finalmente casos que han sido admitidos a trámite por el TEDH⁵⁸.

La importancia de todo ello es enorme, ya que supone un control del Derecho de la Unión Europea casi equiparable al que existiría si esta se adhiriese al CEDH, lo que algunos vieron como una motivación a «la adhesión de la Unión Europea al CEDH, en la medida en que la solución retenida por el TEDH produce, en cierta medida, consecuencias similares a la adhesión»⁵⁹. Solo si el acto nacional en el origen de la violación no es más que una simple y pura transcripción del Derecho Comunitario, el Estado no será responsable respecto del Convenio, a condición de que el Derecho Comunitario ofrezca una protección equivalente de los derechos fundamentales⁶⁰ (equiparable a la doctrina Solange del Tribunal Constitucional alemán).

No es difícil suponer que el TEDH ponga fin a esa presunción de protección equivalente, y en general que la buena relación entre ambos tribunales no pueda continuar, si bien parece inevitable seguir intentando la adhesión como mandato jurídico expreso que es. Lo cierto es que, con independencia de cuestiones de técnica jurídica, este Dictamen del TJUE incide directamente en su legitimidad, y esta vez de manera bastante independiente del resto de las instituciones de la UE porque es una posición en gran medida solitaria, que se desentiende del problema clave de la protección de los derechos humanos, que queda ajena a su argumentación. Con ello se pierde, al menos de momento, la oportunidad de conectar adecuadamente la labor de ambos tribunales y se pone en riesgo la aproximación progresiva de ambas jurisprudencias de las últimas décadas.

REFLEXIONES FINALES

El TJUE ha sido y es una institución clave en el proceso de integración europea. Posiblemente una de las razones de ello sea el activismo mostrado en su jurisprudencia. Con él ha impulsado la creación de una organización internacional con un grado de integración que ha llevado a la conceptualización de su naturaleza en términos ignotos y una realidad de prosperidad y paz europeas desconocida en la historia. Sin embargo, como todo activismo judicial, es fácil que despierte recelos con aquellos que no están satisfechos con sus decisiones, pero en casos extremos también desde quienes temen que los jueces dejen de obedecer al principio básico de su sometimiento a la ley.

El caso de la desafección de los *tories* británicos respecto al TJUE parece explicarse en términos de su argumentario político interno de más soberanía respecto a una organización y un proyecto que nunca han visto realmente como propios. El

⁵⁸ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *op. cit.*, p. 837.

⁵⁹ ANTÓN GUARDIOLA, C., «TEDH. Sentencia de 30.06.2005, Bosphorus Airways, 45036/98 –Derecho Comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario*, núm. 28, 2007, pp. 943-957, p. 947.

⁶⁰ Como sucedió en el caso Bosphorus, citado *supra*.



papel jugado respecto a la libre circulación y el acceso a las prestaciones sociales, o los derechos de los trabajadores desplazados por la libre prestación de servicios, parece mostrar una pérdida del equilibrio entre el impulso a la integración económica y los derechos de los ciudadanos en favor de la primera; pero que en la medida en que genera problemas de legitimidad por desafección con el proceso de integración puede acabar volviéndose en contra de dicha finalidad. Por último, el Dictamen que ha impedido la adhesión al CEDH se ha visto como un desafío importante a la función judicial de sometimiento al Derecho. Aunque es cierto que no es una novedad en el recorrido jurisprudencial del TJUE, no parece descabellado considerar que por el tema al que ha afectado debería suponer un problema de legitimidad mayor.

Recibido: febrero de 2018. Aceptado: abril de 2018

