

LOS DERECHOS SOCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA: COMENTARIOS A LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.

Josu de Miguel Bárcena¹

*Investigador posdoctoral del Gobierno Vasco.
Universidad de Bolonia.*

1. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo pretende abordar la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) sobre derechos sociales, desde la perspectiva de lo que en los últimos tiempos viene denominándose como constitucionalismo pluralista. Dicho movimiento reúne diversas tendencias teóricas que interpretan la actualidad del proceso de integración constitucional europea, desde la perspectiva multinivel, el contextualismo jurídico o la tesis de la soberanía compartida². Partiendo de este cuadro general de interpretación, pueden extraerse del análisis de la última jurisprudencia del TJCE dos conclusiones meridianamente claras: primero, que en contextos federales como el de la Unión, la cuestión de los derechos fundamentales y la construcción de un sistema de colaboración entre Tribunales, implica una sustancial unificación del catálogo de los derechos a favor del catálogo más general, en este caso el comunitario, en virtud de la dinámica expansiva del mercado y los principios constitucionales que sostienen el conjunto del sistema. Segundo, que los derechos sociales será seguramente el ámbito donde aparecerá con mayor claridad la disponibilidad de recursos jurisprudenciales del TJCE y su lógica interpretativa, en la medida en que se configuran como la categoría de derechos fundamentales que más varía, tanto en su concepción material como garantista, en el constitucionalismo de los Estados miembros³.

1 Josu de Miguel Bárcena es investigador posdoctoral del Gobierno Vasco, adscrito al *Center for Constitutional Studies and Democratic Development*, Universidad de Bolonia-Johns Hopkins University.

2 Sobre estas, ver POIARES MADURO, M.: "Las formas del poder constitucional de la Unión Europea", *Revista de Estudios Políticos*, nº 119, 2003.

3 PISARELLO, G.: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007 y COURTIS, C. y ABRAMOVICH, V.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004.

2. LOS DERECHOS SOCIALES EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA.

Sin duda los derechos sociales son uno de los elementos de identidad del constitucionalismo social desarrollado en Europa después de la Segunda Guerra Mundial. La construcción de esta categoría de derechos fue posible gracias al desarrollo de tres bases fundamentales que resulta importante no olvidar: el concepto de Constitución normativa, la forma de Estado social y especificación de un cúmulo de derechos constitucionalizados que desarrollaban la cláusula social⁴. No es necesario, en esta sede, llevar a cabo una mayor profundización histórica a este respecto. Nos basta señalar para nuestras intenciones, que precisamente porque el constitucionalismo regulador de la Unión Europea, está caracterizado por una disociación estructural entre el vínculo social y el vínculo económico, la categoría de los derechos sociales fundamentales se ve seriamente comprometida⁵. En todo caso, antes de profundizar en esta idea, a continuación haremos una breve referencia a la difícil recepción de los derechos sociales en el ordenamiento comunitario y en la jurisprudencia del TJCE.

Originalmente, los Tratados de la Comunidad Europea no hacían ninguna alusión directa al ámbito social en los objetivos del proceso de integración. Las únicas alusiones a derechos relacionados con el trabajo en los Tratados constitutivos estaban vinculadas a la libertad de circulación de trabajadores (art. 39 TCE): en ella se recogían derechos que aún conectados con el ámbito de actuación de los derechos sociales, incorporaban en origen, una lógica divergente con el Estado social. Si éste introducía una dinámica ajena a la mercantilización de la subsistencia y del mercado laboral, la libre circulación de trabajadores pretendía, por el contrario, una mercantilización de estos espacios. Su reconocimiento intentaba constituir el mercado de los factores de producción, extender meramente el mercado laboral. Incluso el derecho de no discriminación por razón de sexo contenía esa significación, al permitir una conexión natural con los derechos de libertad e incorporar problemas estructurales para derivar, a partir de ellos, derechos meramente prestacionales⁶. De forma similar, el derecho derivado, basado en la libertad de circulación de personas, ha ido produciendo una efectividad lógica en materia de seguridad social, tratando de extender prestaciones pero al ámbito de lo asistencial⁷.

Ciertamente esta situación general se mantuvo durante varias décadas hasta la llegada del Tratado de Amsterdam a finales de la década de 1990. Dicho Tratado significó un cambio cualitativo respecto a las situaciones anteriores, al incorporar tanto en el Preámbulo como en el art. 136 TCE, una fórmula de remisión bastante peculiar: “La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo [...]”. Cuando se intenta evaluar en perspectiva el significado que con el tiempo ha tenido el reenvío a los contenidos de los textos aludidos,

4 GIANNINI, M.S.: “Profili costituzionali della protezione sociale delle categorie lavoratrici”, *Rivista giuridica del lavoro*, nº 6, 1952, pp. 3 y ss. y CABO, C. de: *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo social*, UNAM, México, 1997, pp. 317-318.

5 MAESTRO BUELGA, G.: “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 7, 2000, pp. 123-154.

6 MAESTRO BUELGA, G.: “Los derechos sociales en la Unión Europea: una perspectiva constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 49, 1996, pp. 119 y ss.

7 SÁNCHEZ – RODAS NAVARRO, C.: *La aplicación del derecho comunitario a las prestaciones sociales no contributivas*, Comares, Granada, 1997, p. 31.

tanto en lo jurisprudencial como en lo legislativo, se llega a la conclusión de que el nivel de eficacia jurídica ha resultado ciertamente atenuado y poco efectivo⁸. Amsterdam consolidó el sistema de protección de derechos fundamentales que había sido construido jurisprudencialmente, sin embargo, los derechos sociales, desde el punto de vista del derecho originario, no lograron traspasar el umbral de normas programáticas subordinadas a la integración económica, esa es la realidad.

Esta situación no ha sido remediada por la firma de la Carta de Derechos Fundamentales aprobada en Niza en el año 2000. No tanto porque aún no tenga un valor jurídico formal, cuestión que parece en parte resuelta por el Tratado de Lisboa de 2007, sino porque los análisis jurídicos realizados después de ocho años ofrecen respuestas profundamente divergentes sobre el significado político e institucional de la Carta, así como sobre el alcance normativo de las medidas de tutela que ésta prevé para el desarrollo concreto de los derechos sociales. La perspectiva más crítica, a la que en cierta forma nos sumamos, ha subrayado que las finalidades de orden social y colectivo tienen en la Carta de Niza un carácter en exceso vago y genérico. Los derechos sociales se estructuran, en gran medida, como objetivos difícilmente traducibles en obligaciones de resultados para las instituciones públicas y en situaciones jurídicas subjetivas accionables por los particulares⁹. Como si se tratara de proposiciones programáticas que no tienen la fuerza de verdaderos principios guía, de criterios y directivas vinculantes para una posible legislación europea¹⁰. Una vez analizada sumariamente la posición de los derechos sociales en el ordenamiento constitucional comunitario, nos interesa abordar cómo se han individualizado como concepto con especificidad propia, en los derechos protegidos por la jurisprudencia del TJCE.

En lo relativo a los fines y los objetivos que en los Tratados expresan la solidaridad social, en especial los arts. 2, 136, 137 y 138 TCE, la jurisprudencia del TJCE no ha sido muy abundante y en parte adolece de un problema fundamental: el carácter periférico de las argumentaciones del Tribunal respecto a estas cuestiones, producto de la naturaleza de los problemas que han suscitado sus pronunciamientos. En todo caso, de su jurisprudencia inicial¹¹, que posteriormente ha sido la que se ha mantenido a lo largo del tiempo, pueden extraerse dos conclusiones muy claras: la primera, que los objetivos sociales expresados en los Tratados, son el fruto del mercado, una de las consecuencias del nuevo espacio económico. Esta dependencia expresa la subordinación de las cláusulas sociales, que pierden autonomía y no adquieren ninguna dimensión tutelar. Vinculado con ello aparece la segunda de las consecuencias: los objetivos sociales tienen un carácter programático en relación a los derechos sociales, formulación que supone situarse fuera del estatus jurídico de estos derechos en el constitucionalismo del Estado social¹². Según Gonzalo Maestro, los efectos jurídicos que la interpretación de los objetivos sociales pudiera producir resultan especialmente atenuados por un doble vínculo, primero el mercado como ratio primaria de la acción comunitaria y, segundo, los instrumentos de actuación de los objetivos sociales previstos en los Tratados. La

8 Una consideración temprana en BAQUERO CRUZ, J.: "La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratado de Amsterdam", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 4, 1998, pp. 639 y ss.

9 CANTARO, A.: *Europa soberana. La constitución de la Unión entre guerra y derechos*, El Viejo Topo, Barcelona, 2006, pp. 131 y 132.

10 Esto ha sido una cuestión puesta de manifiesto con respecto al conjunto de la Carta por RUBIO LLORENTE, F.: "Mostrar los derechos sin destruir la Unión", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 64, 2002.

11 Sentencias *Defrenne*, C-149/77, 15 de junio de 1977 y *Giménez Zaera*, C-126/86, 29 de septiembre de 1987, entre otras.

12 CASCAJO CASTRO, J.L.: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988, p. 21.

aproximación de las políticas económicas y los instrumentos de derecho blando antes aludidos, privados de eficacia jurídica y alcance tutelar, son especialmente poco idóneos para recibir la influencia interpretativa de estos objetivos¹³.

La jurisprudencia del TJCE en materia de seguridad social, sirve igualmente para mostrar la inoperancia del ordenamiento comunitario para interiorizar la idea de derechos sociales. En 1972, a través de la Sentencia *Frilli*, C-1/72, de 22 de junio, el TJCE extendió la cobertura de protección incluida dentro del Reglamento 1408/71/CE, relativo a las prestaciones incluidas exclusivamente al ámbito contributivo, a prestaciones asistenciales, entendiéndose que era suficiente que una norma brindase protección contra alguno de los riesgos enumerados en el Reglamento, aunque no tuviera naturaleza contributiva para calificarla de seguridad social. La práctica extensión por esta vía, de la protección a los trabajadores inmigrantes de las prestaciones asistenciales sin límite, provocó la reacción normativa del Reglamento 1247/92/CE, que impuso los correspondientes límites a la fuga del sistema operada jurisprudencialmente. El ordenamiento comunitario reaccionó así a una dinámica expansiva de los mecanismos de protección, en este caso, con medidas de contención que limitaban la comunicación de los sistemas de seguridad social nacionales a la lógica del mercado¹⁴.

En cualquier caso, la recepción débil de los derechos sociales en el ordenamiento comunitario y en la jurisprudencia del TJCE, fue en sus inicios totalmente coherente con la sistemática interordinamental que planteaba el proceso de integración supranacional. Es necesario recordar, en este sentido, que hasta el Tratado de Maastricht, la Unión se constituyó como una comunidad política dual en lo referente a lo económico y lo social¹⁵. Los Tratados comunitarios perfilaban una constitución económica neutral en el sentido de que no estaba sujeta a intervenciones políticas. Sin embargo, la política social era tratada como una materia categóricamente distinta, constituía un dominio de la legislación política y, por tanto, debía permanecer en el ámbito nacional. Así pues, el enraizamiento del mercado en la sociedad podía y debía ser llevado a cabo por los Estados miembros de manera diferenciada. Desde esta perspectiva, se entiende que la construcción jurisprudencial de un sistema general de protección de derechos fundamentales en la Unión, lo que también vale para los derechos sociales, se hiciese históricamente a través de tres premisas que no comprometían los sistemas nacionales de protección de derechos: a) la actuación comunitaria en materia de derechos se realizaba en el marco del derecho comunitario y sus actos; b) los derechos fundamentales eran extraídos del ordenamiento comunitario, es decir, de sus propias normas y principios generales, y; c) los derechos fundamentales incluidos en el constitucionalismo de los Estados miembros eran solo una fuente de inspiración¹⁶.

Pues bien, como pretendemos demostrar a continuación, estas premisas hoy ya no son válidas, pues parten de una interpretación de la relación entre ordenamientos en clave dualística. La pretensión de integrar los ordenamientos nacionales y el comunitario en una Constitución compuesta o multinivel, articulada en torno a los principios del pluralismo jurídico, evidencia sin duda que ya quedan muy pocos espacios ordinamen-

13 MAESTRO BUELGA, G.: "Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea", *op. cit.*, p. 143.

14 RECIO LAZA, A.M.: *La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria*, La Ley, Madrid, 1997, p. 52 y 53.

15 JOERGES, C.: "¿Qué tiene de social-demócrata la constitución económica europea?", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 73, 2005, pp. 9-53.

16 Sobre estas cuestiones, ver ROBLES MORCHÓN, G.: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1998 y DíEZ PICAZO, L.M.: "¿Una Constitución sin declaración de derechos?", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 32, 1991, pp. 135 y ss.

tales en la esfera nacional, que queden al margen de la influencia del principio de primacía del derecho comunitario. En lo que a nuestro ámbito de estudio respecta, el Acta Única Europea supuso el comienzo de lo que podría denominarse como las *invasiones del mercado* a las políticas sociales europeas. La iniciativa de la Comisión presidida por J. Delors acerca de la consecución del mercado interior, fue un esfuerzo por consolidar y dar prioridad a la institucionalización de la racionalización económica en el proyecto de integración europea. El reforzamiento de las libertades económicas fomentó de manera extraordinaria los procesos de competencia entre regulaciones, y expuso a las legislaciones sociales nacionales a controles reiterados desde el marco supranacional¹⁷. La consecuencia fundamental de todo ello, es que los derechos sociales de las Constituciones de los Estados miembros, han ido quedando expuestos igualmente al vínculo económico del sistema de derechos comunitario, en la medida en que la reconstrucción jurisprudencial se realiza desde la perspectiva de los fines y objetivos de la propia Unión.

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO NUEVA FORMA DE ACTIVISMO CONSTITUCIONAL DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA.

El TJCE está teniendo en los últimos tiempos una importante evolución dirigida a cambiar de acento los caracteres de la integración europea, o lo que es lo mismo, para liberar a la Unión de los estrechos límites de la originaria dimensión económica. Probablemente, la Carta de Derechos Fundamentales aprobada en Niza en 2000, ha determinado a partir de esa fecha una clara diferencia de las intervenciones del TJCE, cualitativa y cuantitativamente, en materia de derechos. Marta Cartabia ha notado con acierto que en los años que han seguido a la aprobación de la Carta se aprecian, en efecto, importantes signos de un cambio en la jurisprudencia del TJCE, “que hacen pensar en una nueva estación de “activismo constitucional”, parangonable en importancia a aquella que se desarrolló en los años 60 y 70 en materia de fuentes y de relaciones entre ordenamientos, y que ahora se retoma sobre un terreno distinto: el de los derechos fundamentales”¹⁸. Por supuesto, esta tendencia se basa en pronunciamientos concretos que a continuación detallamos de la manera más breve posible.

La Sentencia *Tanja Kreil*, C-285/98, de 11 de enero de 2000, llevó al TJCE un conflicto entre el art. 12 de la Ley Fundamental alemana, que prohibía a las mujeres desarrollar en el ejército funciones que comportaban el uso de armas, y el principio comunitario que prohíbe la discriminación por razón de sexo (art. 13.1 TCE). Sin entrar a valorar directamente el rango constitucional de la norma que pretendía liquidar, el TJCE termina por exigir indirectamente a Alemania la reforma constitucional, al constatar que el art. 12 de la Ley Fundamental supone un conflicto insalvable con el principio comunitario que prohíbe la discriminación entre sexos. En esta línea, y de manera muy inteligente, el TJCE aprovecha el contexto político y social favorable, resolviendo dos Sentencias similares en las que surgen conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales de rango constitucional. En el caso *Schmidberger*, C-112/00,

17 VAN APELDOORN, B.: “Transnationalization and the Restructuring of Europe’s Socioeconomic Order. Social Forces in the Construction of “Embedded Neoliberalism””, *International Journal of Political Economy*, Vol. 28, nº 1, 1998, pp. 12-53.

18 CARTABIA, M.: “El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia”, *Revista española de Derecho Europeo*, nº 22, 2007, p. 203.

de 12 de junio de 2003, el TJCE fue llamado a dirimir un conflicto entre una libertad fundamental del mercado comunitario, la libertad de circulación de mercancías, y algunos derechos fundamentales relativos al derecho de reunión y la libertad de expresión, originado por una manifestación de una asociación ecologista que había bloqueado durante treinta horas una autopista que unía Austria e Italia. En esta ocasión, el TJCE dio prevalencia a los derechos de manifestación, pero ello se hizo después de una operación de ponderación, en las que las exigencias del mercado no prevalecieron sobre las de los derechos civiles.

En este sentido, resulta aún más clarificadora la Sentencia *Omega*, C-36/02, de 14 de octubre de 2004. En ella, el TJCE tuvo que afrontar un conflicto entre la libre prestación de servicios y la libre circulación de mercancías, y las exigencias de protección de derechos fundamentales referidos a la dignidad humana, en relación con una actividad comercial lúdica como la simulación de homicidios mediante armas de juguete. El TJCE razona que en este caso, las libertades económicas comunitarias encuentran límites en las exigencias de protección de la dignidad humana, que no es sólo uno de los valores fundamentales de la Constitución alemana, sino que es parte de los principios tutelados por el ordenamiento constitucional comunitario. El Tribunal matiza, remitiéndose a las Conclusiones del Abogado General Stix – Hackl, que la Carta de Derechos Fundamentales comienza en este sentido con la afirmación general de la protección de la dignidad humana como valor inviolable.

Las Sentencias *Omega* y *Schmidberger* han recibido un aplauso general por parte de la opinión pública europea: al fin y al cabo, los críticos del TJCE siempre han manifestado sospechas sobre el uso instrumental que éste ha hecho de los derechos fundamentales en relación no tanto con la protección de los valores de por sí merecedores de tutela, como sobre todo con el reforzamiento de la integración económica europea¹⁹. Esta lectura dejaría constancia de una peculiaridad que ha caracterizado la jurisprudencia comunitaria que eleva al rango de derechos fundamentales las libertades de circulación de personas, de servicios, de mercancías y de capitales, sobre cuya base se ha constituido el mercado común europeo. Sin embargo, la verdadera novedad de las Sentencias *Omega* y *Schmidberger* no es que la balanza de la operación interpretativa y jurisprudencial caiga por primera vez del lado de los derechos fundamentales no económicos, sino que el TJCE entra a valorar decisiones de las autoridades nacionales basadas en derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros, teniendo en cuenta el ámbito material y axiológico que proporcionan los Tratados comunitarios. Se rompe de esta forma la tradicional posición jurisprudencial, aludida con anterioridad, por la que la actuación comunitaria en materia de derechos se realizaba en el marco exclusivo del derecho comunitario y sus competencias. Podemos decir, a este respecto, que en cierto modo se abre una nueva etapa, en la que el TJCE va a mostrar seguramente una tendencia a ampliar selectivamente la funcionalidad de los derechos comunitarios más allá del ordenamiento constitucional de la Unión, aunque competencialmente no le corresponda.

Ello es claramente perceptible en dos decisiones pronunciadas recientemente en relación con los derechos de los transexuales. Sin duda, al margen del contenido, el interés de las Sentencias C-117/01, de 7 de enero de 2004 y C-423/04, de 26 de abril de 2006, reside en que los derechos fundamentales comunitarios inciden en el régimen bri-

19 Desde diferentes perspectivas, MAESTRO BUELGA, G.: “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, *op. cit.*; CANTARO, A.: *Europa soberana. La constitución de la Unión entre guerra y derechos*, *op. cit.*; EVERSON, M.: “The Legacy of the Market Citizen”, en SHAW, J. y GILIAN, M. (Eds.): *New Legal Dynamics of the European Union*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 73-89 y REICH, N.: *Understanding EU Law. Objectives, Principles and Methods of Community Law*, Intersentia, New Cork, 2003, pp. 54 y ss.

tánico de estado civil, materia ajena a las competencias de la Comunidad. El TJCE, preocupado por los problemas relativos a la prohibición de discriminación por género, art. 13.1 TCE, en el contexto del disfrute de las pensiones de jubilación, termina por ocuparse de un tema que los Estados no han tenido intención de ceder a las instituciones comunitarias, como es el estatus jurídico de los transexuales y las reglas que rigen el registro civil del Reino Unido²⁰. En este sentido, el TJCE reconoce que la legislación inglesa no pone el peligro directamente un derecho tutelado por el ordenamiento comunitario, pero incide sobre *una de las condiciones* para su disfrute. La disparidad de trato no afecta, por tanto, al reconocimiento de la pensión de supervivencia alegada, sino a una *condición preliminar indispensable*, esto es, la inscripción del cambio de sexo y por tanto a la capacidad para contraer matrimonio²¹.

Las Sentencias anteriormente aludidas, y otras recientes²², indican que el TJCE, en materia de derechos fundamentales, viene aplicando la doctrina de la *incorporation* elaborada por los jueces federales estadounidenses, enfocada a aplicar de forma abstracta el catálogo federal de derechos a la legislación estatal, vaciando de hecho las declaraciones de derechos de las constituciones nacionales, incluso en el caso de un mejor tratamiento en ellas de los ciudadanos de un Estado²³. En este contexto, la jurisprudencia relativa a derechos sociales que nos hemos propuesto analizar, pone de manifiesto sin embargo los riesgos ocultos en un desarrollo de este tipo y los peligros de adornar el fundamento de la integración europea dando a los derechos fundamentales el papel representado hasta el momento por el mercado.

4. LOS DERECHOS SOCIALES EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.

A continuación, se trata de realizar un análisis detallado de dos sentencias recientes del TJCE, en las que realiza numerosas consideraciones de indudable interés en torno a la difícil conciliación entre el derecho de huelga y el derecho a percibir un salario mínimo por un lado, y las libertades fundamentales reconocidas en la Constitución económica europea por el otro.

a) Sentencia del TJCE C-438/05, de 11 de diciembre de 2007.

En el año 2003, la compañía marítima finlandesa OÜ Viking Line Eesti, consideró poder obtener una ventaja competencial rematriculando su ferry de transporte Rosella, que hacía el trayecto Helsinki – Tallin, bajo pabellón estonio, sustituyendo a la tripulación finlandesa por marinos estonios peor pagados y con condiciones sociales menos gravosas. El sindicato finlandés Finnish Seamen’s Union (en adelante FSU) convocó una huelga para que se aplicara a este personal un convenio colectivo con condiciones de trabajo semejantes a las de los marineros finlandeses, consiguiendo que la empresa firmase un acuerdo en este sentido.

20 CARTABIA, M.: “El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia”, *op.cit.*, pp. 206-207.

21 El TJCE entra también aquí en diálogo jurisprudencial directo con el TEDH. En este sentido, contrastar su razonamiento con las Sentencias TEDH *Rees* de 17.6.1986, *Cossey* de 27.9.1990, o las más recientes, *I. vs. Reino Unido* y *Christine Goodwins vs Reino Unido*, ambas de 11.7.2002.

22 Ver los casos sobre terrorismo, *Yusuf*, T-306/01, de 21 de septiembre de 2005; *Kadi*, T-315/01, de 21 de septiembre de 2005 ó *Ayadi*, T-253/02 y *Hassan*, T-49/04, ambas de 12 de junio de 2006.

23 Sobre la doctrina de la *incorporation* en Estados Unidos, ver TRIBE, L.H.: *American Constitutional Law*, Foundation Press, Mineola, 1978, pp. 119 y ss.

Un año después, la empresa Viking presentó una demanda ante un Tribunal del Reino Unido, contra el sindicato finlandés y la Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte (en adelante ITF), que tiene su domicilio en Londres. Su objetivo era que se declarara contraria a la libertad de establecimiento reconocida en el art. 43 TCE, y a la libertad de prestación de servicios de transporte marítimo del Reglamento 4055/86/CE, la posibilidad de que en el futuro el sindicato finlandés FSU pudiera convocar una huelga para proteger las condiciones de trabajo de sus miembros, obligando a Viking a negociar un convenio colectivo.

Es importante recordar que el TJCE está resolviendo una cuestión prejudicial, con el valor que ello tiene a efectos de interpretación por todos los operadores jurídicos nacionales. El Tribunal de origen pregunta al comunitario, si el art. 43 TCE tiene efecto horizontal, es decir, confiere a una empresa privada derechos que pueda oponer a otra persona privada, y en particular a un sindicato o a una asociación sindical, y si las medidas de conflicto colectivo, en este caso una huelga, pueden suponer una restricción en la eficacia del art. 43 TCE y el Reglamento 4055/86/CE, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.

El TJCE comienza señalando (FJ 43) que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga, está reconocido en las Constituciones nacionales y en los diferentes instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han participado o a los que se han adherido: este es el caso de la Carta Social Europea de 1961, el Convenio nº 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, adoptada por la Organización Internacional del Trabajo en 1948. En el ámbito comunitario, la Carta de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, mencionada en el art. 136 TCE, y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en el año 2000 en Niza, también reconocen, de una u otra forma, el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo. Por lo tanto, concluye el TJCE que el derecho de huelga, debe ser reconocido como un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el propio TJCE. Ahora bien, como demuestra el art. 28 de la Carta de Niza o la práctica constitucional comparada, en el sistema comunitario, los derechos fundamentales están sometidos a las restricciones que impone tanto el Derecho de la Unión, como las legislaciones nacionales.

Por lo tanto, el problema que se plantea de inicio, con esta apreciación, es si, como reclaman entre otros el Gobierno danés y sueco, el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido en derecho de huelga, constituye un derecho fundamental que, como tal, debe estar excluido del ámbito de aplicación del art. 43 TCE. Al fin y al cabo, supuestamente, según el art. 137.5 TCE, el derecho de asociación, el derecho de huelga y el derecho de cierre patronal están excluidos del ámbito de la libertad fundamental establecida en el art. 43 TCE. El TJCE (FJ 40), reconoce que en las materias no comprendidas en el marco de competencias de la Unión, los Estados miembros pueden fijar libremente, en principio, los requisitos de existencia de los derechos de que se trate y las formas de ejercicio de estos derechos, pero sin embargo recuerda que en el ejercicio de esta competencia, *deben respetar el Derecho comunitario*.

Efectivamente, para el TJCE (FJ 45), la protección de los derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el TCE. Sin embargo, esta nueva postura, que puede ser interpretada como un signo más del interés de la Unión, por convertirse en una auténtica comunidad de derecho liberada de los estrechos límites de la originaria dimensión

económica²⁴, no debe hacernos olvidar, que el ejercicio de cualquier derecho fundamental tiene sin embargo que “conciliarse con las exigencias relativas a los derechos protegidos por dicho Tratado y con el principio de proporcionalidad” (FJ 46).

A continuación, el TJCE responde a la pregunta de la *Court of Appeal* en torno a si el art. 43 TCE puede conferir derechos a una empresa privada que ésta pueda oponer a un sindicato o a una asociación de sindicatos. Como se sabe, una de las polémicas tradicionales del Estado constitucional ha sido si se pueden derivar de los derechos fundamentales una obligación del Estado de intervenir en situaciones en que los derechos constitucionales de un particular se ven amenazados por la actuación de otro²⁵. Resultado de ello y también una forma común de conferir fuerza normativa a los derechos constitucionales en las relaciones horizontales es considerarlos vinculantes para el juez a la hora de resolver los asuntos entre particulares. Ya sea al interpretar una cláusula contractual, al pronunciarse en una reclamación por daños y perjuicios o al resolver una solicitud de medidas cautelares, el órgano jurisdiccional, como órgano del Estado, está obligado a dictar una sentencia que respete los derechos constitucionales de las partes. La delimitación de los derechos individuales de esta forma se conoce como *mittelbare drittwirkung* o efecto horizontal indirecto²⁶.

El TJCE recuerda que el hecho de que determinados preceptos del TCE estén formalmente dirigidos a los Estados miembros, no excluye que ciertos derechos puedan, al mismo tiempo, otorgarse a cualquier particular en la observancia de las obligaciones así definidas y, por otra parte, que la prohibición de vulnerar una libertad fundamental prevista por una disposición del TCE que tenga carácter imperativo se extiende, en especial, a todos los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena (FJ 58). No existe, según el TJCE, ningún indicio que permita sostener válidamente que el art. 43 TCE se limita a los organismos que ejercen una función normativa o que disponen de un poder público cuasi legislativo. De lo contrario, la libre prestación de servicios podría ser neutralizada con obstáculos derivados de actos realizados en el ejercicio de su autonomía jurídica, por asociaciones y organizaciones que no están sometidos al derecho público (FJ 65). En la medida en que el FSU y la IFT son dos sindicatos, y por lo tanto dos organismos que no son entidades de derecho público, una empresa puede invocar directamente contra sus pretensiones el art. 43 TCE.

De esta manera, se le otorga al empresario un instrumento crucial en su relación con los trabajadores y sus organizaciones sindicales. En el caso español, el derecho de huelga ha sido configurado a través del Real Decreto – Ley 17/1977 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 11/1981). Ello no ha empecido para que en ambos supuestos, los límites al ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 28.2 de la Constitución, se hayan establecido con sumo cuidado, atendiendo a los requisitos formales de convocatoria y los intereses productivos de los sectores estratégicos de la sociedad. Por lo demás, elementos como la función de dirección empresarial han resultado subalternos al derecho de huelga, ello porque la libertad sindical aparece como un elemento central de la representación política de intereses que protege la Constitución (art. 7 CE), a partir del contenido participativo que se desprende de la definición del Estado social y democrático de Derecho. Así las cosas, si en el ámbito europeo, los

24 Como se señala en la introducción del trabajo colectivo BIFULCO, R., CARTABIA, M. y CELOTTO, A. (a cura di): *L'Europa dei diritti*, Il Mulino, Bolonia, 2001, pp. 11. y ss., a tenor de la Carta de Derechos Fundamentales de Niza.

25 En el ámbito del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, ver SPIELMANN, D.: *L'effect potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, Bruselas, 1995.

26 VEGA, P. de: “El problema de los derechos fundamentales en el Estado social”, *Anuario Jurídico de la Rioja*, nº 3, 1997, pp. 365-383.

empresarios tienen la facultad de oponer a un derecho constitucional, la libertad de establecimiento que les otorga el art. 43 TCE, en virtud del efecto horizontal indirecto anteriormente aludido, nos encontramos con que el derecho de huelga se ve sometido a la tensión de la lógica contractual, perdiendo su capacidad para sustraer en lo posible a la fuerza de trabajo de las leyes de mercado.

Y ello es así, porque el TJCE señala más adelante que la restricción a la libertad de establecimiento, como principio constitucional de la Unión, sólo es posible si persigue un objetivo legítimo *compatible con el Tratado* y está justificado por *razones imperiosas de interés general* (FJ 75). El TJCE reconoce que la Comunidad no sólo tiene una finalidad económica, sino también social (art. 2 TCE), por ello, si el Tribunal nacional encargado de aplicar el Derecho comunitario, llega a la conclusión de que los empleos o las condiciones de trabajo en un caso concreto pueden quedar seriamente afectados por una deslocalización empresarial, tendrá que comprobar si la medida de conflicto colectivo adoptada por los trabajadores o sindicatos es adecuada para garantizar la realización del fin perseguido y no va más allá de lo necesario para lograrlo (FJ 84). Es decir, el TJCE abre la puerta a que si no existe un equilibrio entre los intereses de los trabajadores y la *racionalidad* del mercado, el derecho de huelga pueda verse limitado. De hecho, en el caso que nos ocupa, todas aquellas medidas de conflicto colectivo de la IFT, que puedan (en el futuro) tener como objetivo impedir que los armadores matriculen sus buques en un Estado distinto del Estado del que son nacionales los propietarios efectivos de esos buques, no pueden ser justificadas objetivamente (FJ 88).

No pretendemos hacer un análisis pormenorizado de las implicaciones que para el derecho de huelga tiene la interpretación del TJCE en su Sentencia C-438/05. En nuestra opinión, lo más importante es que el Tribunal de la Unión invierte la matriz jurídica sobre la que interpretar un Derecho fundamental reconocido en las Constituciones de los Estados miembros: si el ejercicio del derecho de huelga, puede ser limitado por la interpretación jurisprudencial realizada de acuerdo a los Tratados comunitarios, ello significa que cambiamos los parámetros de fondo del ejercicio interpretativo, pasando del constitucionalismo social reconocido en buena parte de las Constituciones de los Estados miembros, al constitucionalismo de mercado que caracteriza al proceso de integración²⁷.

b) Sentencia del TJCE C-346/06, de 3 de abril de 2008.

La Sentencia C-346/06 es también la respuesta a una petición prejudicial que tiene por objeto la interpretación del art. 49 TCE, sobre libre prestación de servicios, realizada por un Tribunal del Länder alemán de Baja Sajonia. En otoño de 2003 dicho Länder adjudicó a una empresa alemana un contrato de obras públicas, el cual contenía el compromiso de pagar a los trabajadores empleados en las mismas, como mínimo, el salario vigente en el lugar de ejecución, con arreglo al convenio colectivo representativo relativo a “edificios y obras públicas”. La empresa alemana recurrió a su vez a los servicios de una empresa subcontratada establecida en Polonia, que finalmente sólo abonó el 46,57% del salario mínimo fijado por el Convenio colectivo a los trabajadores polacos. En virtud del art. 8.1 de la Ley del Länder sobre contratación pública, el Estado de Baja Sajonia rescindió la adjudicación y dictó una resolución penal contra el principal responsable de la empresa alemana establecida en Polonia, por el importe del 1% del valor del contrato de obras. El Tribunal que ejercita la cuestión prejudicial, tuvo dudas sobre si el art. 8.1 de la Ley del Länder sobre contratación pública, era o no compatible con la libre prestación de servicios consagrada en el art. 49 TCE.

²⁷ GARCÍA HERRERA, M.Á. y MAESTRO BUELGA, G.: “Dirección económica y mercado en la Constitución europea”, *Cuestiones constitucionales*, nº 15, 2006, p. 140.

En virtud del art. 3, apartado 1, de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, deben garantizarse a los trabajadores desplazados, en relación con las prestaciones de servicios transnacionales en el sector de la construcción, las condiciones de trabajo y de empleo relativas a las cuantías de salario mínimo, bien mediante disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o convenios colectivos de carácter general. Va a ser precisamente, desde la perspectiva de las fuentes del derecho laboral, desde donde el TJCE va a inferir la incompatibilidad entre el salario mínimo impuesto por el L nder y el art. 49 TCE. Según el TJCE, la Ley alemana de 26 de febrero de 1996, que traspone la Directiva 96/71/CE, extiende la aplicación de las disposiciones relativas a los salarios mínimos de los convenios colectivos que se declaren de aplicación *general* en Alemania a los empresarios establecidos en otro Estado miembro que desplacen a sus trabajadores a Alemania. Ni que decir tiene, que el convenio colectivo de edificios y obras públicas del Estado de Baja Sajonia, no tiene una aplicación general. Por consiguiente, el TJCE considera que el salario mínimo que establece la Ley del L nder no puede integrarse en la definición que del mismo hace el art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE (FJ 31).

Es decir, en el caso en controversia, Alemania no est  autorizada para supeditar la realización de una prestación de servicios de no nacionales en su territorio, al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima comunitaria. Así lo exige una interpretación estricta de la Directiva 96/71/CE a la luz del art. 49 TCE. Por lo tanto, aquí nos encontramos con uno de los viejos problemas del proceso de integración, que por cierto no sale a la luz explícitamente en la Sentencia: la aplicación del derecho comunitario no puede restringirse mediante la invocación del principio de autonomía institucional por parte de los Estados miembros. La distribución de competencias en la Alemania federal permite al L nder de Baja Sajonia atribuir en su legislación un derecho de salario mínimo tanto para los trabajadores alemanes como para los no nacionales, con el objetivo de evitar la deslocalización del mercado de trabajo y sus consecuencias indeseables. Además, en virtud de las características sectoriales y territoriales de la naturaleza productiva, los trabajadores de Baja Sajonia pueden elaborar convenios colectivos que no tengan una naturaleza general, como ocurre en una gran parte de los Estados miembros, también en España. Sin embargo, ninguno de estos elementos puede oponerse a la aplicación efectiva de una Directiva comunitaria, que afecta a uno de los pilares de la Constitución económica europea, la libre prestación de servicios.

Dando por hecho la ineficacia de estos argumentos ante la jurisprudencia reiterada del TJCE, varios Gobiernos europeos pretendieron justificar las medidas del L nder de Baja Sajonia, en la protección de los trabajadores, la organización autónoma de la vida profesional mediante sindicatos y la estabilidad financiera de los regímenes de seguridad social. Con una desnudez pasmosa, y sin recurrir a ningún tipo de interpretación material, el TJCE señala que su objetivo en el caso abordado es única y exclusivamente responder a la pregunta planteada de si la Directiva 96/71/CE, a la luz del art. 49 TCE, se opone, en una situación como la controvertida en el asunto principal, a una medida de carácter legal, adoptada por una autoridad de un Estado miembro. El Tribunal de la Unión evita así tener que entrar a dirimir otros aspectos claves que sobrevuelan la Sentencia: la cuestión de si el salario mínimo puede presentarse como un derecho de configuración legal integrado en los principios generales del derecho de la Unión, la necesidad de utilizar el derecho comunitario para establecer condiciones preliminares que permitan la creación de un espacio laboral supranacional, tal y como ha ocurrido reiteradamente en la no discriminación laboral por razón de sexo, o el papel de la división territorial del poder, en un sentido infraestatal, como factor lubricante de la deslocalización productiva en el contexto de las nuevas ampliaciones del mercado europeo.

5. LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES Y SU DIFÍCIL RECONDUCCIÓN HACIA UNA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL MULTINIVEL.

Como ya hemos señalado, los impulsores del constitucionalismo multinivel y del movimiento pluralista, consideran que la interrelación entre los ordenamientos estatal y comunitario ha alcanzado una dimensión tan profunda, que el único concepto que puede responder adecuadamente a los problemas derivados de la falta de unidad, es la teoría de la Constitución compuesta. Con esta propuesta se da de baja uno de los lugares comunes del derecho comunitario para todas las teorías jurídicas previas, a saber: el supuesto de los sistemas jurídicos autónomos²⁸. Estaríamos en todo caso, ante un modelo relacional basado en la conexión entre el centro y la periferia, donde las normas nacionales terminarían desplazándose lateralmente en favor de las normas comunitarias, en virtud del principio de competencia. Sin embargo, esta no deja de ser, en nuestra opinión, una concepción interesada del principio constitucional de primacía del Derecho comunitario, como bien se demuestra en la jurisprudencia analizada en este trabajo.

El activismo constitucional del TJCE en materia de derechos fundamentales, parece indicar que una vez configuradas como colaborativas las relaciones entre las distintas jurisdicciones en materia de derechos, la construcción de un sistema relacional entre los Tribunales nacionales y supranacionales, implica una progresiva unificación del catálogo de los derechos a favor del catálogo más general, que por otra parte no siempre tiene por qué ser más amplio²⁹. Ciertamente, en las tesis de la Constitución multinivel o pluralista, el ordenamiento comunitario parece diseñado para mantener la diferenciación y respetar las diversas sensibilidades de los Estados miembros: lo demuestra hasta hoy la preferencia por instrumentos normativos como la directiva -salvo en los limitados casos en que una disciplina totalmente homogénea sea absolutamente necesaria- fuente de derecho que tiende a armonizar los ordenamientos y no necesariamente a unificarlos. Desde este punto de vista, habría espacio para una diferenciación nacional y, en el interior de cada Estado miembro, para ulteriores diferenciaciones regionales y locales, según el esquema conceptual de una mayor autonomía normativa y reglamentaria de cada institución³⁰. Todo este cuadro se integra perfectamente en un tipo de democracia postnacional, que debe legitimarse mediante procedimientos participativos y relacionales de búsqueda de consenso, en la así llamada *gobernanza*.

Los derechos fundamentales, sujetos por su propia naturaleza a una adjudicación estricta, dejan sin embargo poco espacio a la autonomía normativa de los legisladores individuales, estatales o regionales, y por lo tanto para la diferenciación. Por decirlo más claramente, para los derechos fundamentales lo antes afirmado no parece ser un esquema creíble, pues resulta muy complejo que cada juez haga convivir en su obrar cotidiano decisorio, dos o más catálogos de derechos³¹. Antes o después, como queda demostrado, se producirá una unificación en sentido conceptual y cultural, que llevará

28 PERNICE, I.: "Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: european constitution-making revisited?", *Common Market Law Review*, Vol. 36, nº 4, 1999.

29 CARROZZA, P.: "El "Multilevel Constitutionalism" y el sistema de fuentes del derecho", *Revista española de Derecho Europeo*, nº 19, 2006, p. 363.

30 CARROZZA, P.: "El "Multilevel Constitutionalism" y el sistema de fuentes del derecho", *op. cit.*, p. 365.

31 Desde luego, no es este el criterio de nuestro Tribunal Constitucional, que ha dado por buenas las cartas de derechos fundamentales incorporadas a los Estatutos tras las recientes reformas autonómicas, en su Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre de 2007.

a la prevalencia del catálogo más general sobre los particulares, de naturaleza territorialmente limitada. Evidentemente, en el caso de la Unión Europea, dicha unificación sólo es posible si se postula un entendimiento *material* de la primacía del Derecho comunitario, basado en el concepto de jerarquía: las Sentencias C-438/05 y C-346/06, dejan claro la patente influencia de las libertades económicas fundamentales y de principios propios de la constitución económica del mercado, sobre explícitas reglas constitucionales de los Estados miembros que, como consecuencia de las exigencias derivadas del principio estructural de seguridad jurídica comunitaria, se han de revisar³².

En las Sentencias *Schmidberger* u *Omega*, o más recientemente en el pronunciamiento *Modjahedines*, T-228/02, de 12 de diciembre de 2006, donde se declara una violación de los derechos fundamentales de una Decisión del Consejo por no respetar la tutela judicial efectiva, en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional, el TJCE demuestra saber sacrificar ocasionalmente los intereses de los operadores económicos frente a la dignidad humana y las exigencias derivadas del Estado de Derecho. Hoy, varios años después de la aprobación de la Carta de Niza puede decirse, sin duda, que los derechos fundamentales están aún más claramente en manos del TJCE y que la autoridad de éste se está consolidando de manera progresiva.

Ahora bien, como ya dijimos con anterioridad, el problema del activismo del TJCE no es propiamente el aumento de competencias en materia de derechos fundamentales, sino el cambio de parámetro interpretativo global que ello produce. En el constitucionalismo de los Estados miembros, prácticamente sin excepción, los derechos fundamentales son los protagonistas centrales de lo que la doctrina alemana denomina como el “efecto irradiación”, esto es, aquellos proyectan su dimensión material, centrada en la dignidad, la libertad y la igualdad de los ciudadanos, en la articulación y el desarrollo de la forma de poder donde se integran. Con el activismo jurisprudencial del TJCE, se corre el riesgo de que el sistema de derechos estatal se revise a partir de la perspectiva economicista que postula la Constitución material de los Tratados comunitarios, marco de referencia ineludible para el propio Tribunal³³. En las Sentencias analizadas con anterioridad, el TJCE da pistas de dónde puede producirse una mayor diferenciación sobre la base estatal de interpretación: aquellos derechos diseñados de forma programática y que, por su naturaleza, dejen paso a diferentes implementaciones del mercado, es decir, los derechos sociales. Para ellos sin duda será de aplicación la lógica de disponibilidad de recursos jurisdiccionales, porque varían en su configuración de Estado en Estado y el TJCE opera a través de la lógica de los principios generales del derecho.

Por lo tanto, la expansión federal del campo de aplicación de los derechos fundamentales por el TJCE no plantea sólo un problema formal de jurisdicciones. Si así fuese, el paradigma del constitucionalismo pluralista, resolvería el problema, pues desde una perspectiva descriptiva explica con notable originalidad y precisión la compleja interrelación de los ordenamientos comunitario y estatal. Pero existe, por encima de esta cuestión, un problema sustancial de contenido: hay una versión comunitaria (dominante) de algunos derechos que no se corresponde totalmente con la de uno o más Estados miembros. Y esta versión, asentada en el alma económica que preside el momento constitu-

32 NETTESHEIM, M.: “El significado constitucional de la primacía del Derecho Comunitario/de la Unión”, *Revista española de Derecho Europeo*, nº 6, 2003, pp. 279-289.

33 Este proceso ha sido definido por Marta Cartabia como *colonialismo jurisdiccional* del TJCE; CARTABIA, M.: “El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia”, *op.cit.*, p. 213 y ss. y en un sentido general PESCATORE, P.: “Les objectifs de la Communauté Européenne comme principes d’interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice”, en VV.AA.: *Miscelane W.J. Ganschof van der Meerst*, LGDJ, París, 1972, Tomo II, pp. 325 y ss.

yente de la construcción europea, se presta a ser utilizada en los casos más controvertidos, en los que las diferencias de valor entre las Constituciones nacionales y ordenamiento comunitario pueden ser más tirantes. Desde esta perspectiva, la apelación al diálogo jurisdiccional en materia de derechos, que postula por ejemplo el constitucionalismo multinivel, no hace sino ocultar la verdadera gravedad del conflicto.

Ello puede comprobarse en los ejemplos que venimos analizando: el ejercicio del derecho de huelga *en su dimensión europea*, y el derecho a un salario mínimo en el contexto infraestatal, no pueden desplegar efectos restrictivos de la competencia y de la libertad de establecimiento: al contrario, pueden ser limitados cuando estén en juego las libertades fundamentales de la Constitución económica de la Unión. La libertad sindical de establecer convenios colectivos y el derecho de huelga sólo son oponibles a las principios económicos fundamentales comunitarios, si los empleos y condiciones de trabajo de los trabajadores están “seriamente amenazados” y si la medida es “adecuada” y “proporcional”, es decir, si no va más allá de lo necesario para lograr el objetivo perseguido. Las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, en la Sentencia C-438/05, relativas al equilibrio entre el fenómeno de la deslocalización y el derecho de acción colectiva, y que el propio TJCE hace suyas en su argumentación de fondo, son esclarecedoras a este respecto: “[...] el ordenamiento económico europeo está firmemente anclado en un *contrato social*: los trabajadores de toda Europa deben aceptar las consecuencias negativas recurrentes que son inherentes a la creación de una prosperidad creciente por el mercado común, a cambio de lo cual la sociedad debe comprometerse a la mejora general de sus condiciones de vida y de trabajo [...]” (FJ 59)³⁴.

La escuela del pluralismo jurídico a la que pertenece el Abogado General Poiares Maduro, quizá pueda justificar mediante fórmulas constitucionales complejas, la existencia de un contrato social entre los trabajadores y la sociedad europea. Sin embargo, al margen de esta cuestión retórica y contextual, no parece aconsejable ni apropiado buscar un equilibrio, al menos por ahora, entre el derecho de huelga y a un salario mínimo y las libertades económicas fundamentales comunitarias: ello porque mientras éstas últimas cuentan con un respaldo y una articulación jurídica y política indiscutible en el marco de la Unión y de los Estados miembros, los derechos salariales y de acción colectiva de los trabajadores no tienen ni jurídica ni fácticamente, una dimensión supranacional correctamente tutelada y desarrollada. Estamos por tanto, como argumenta el propio TJCE en su Sentencia C-423/04, de 26 de abril de 2006, ante un problema de *condiciones preliminares* para el disfrute de derechos sociales fundamentales que se pretenden comunitarios.

6. CONCLUSIONES.

Las Sentencias C-438/05, de 11 de diciembre de 2007, y C-346/06, de 3 de abril de 2008, son un paso más en la europeización de los derechos fundamentales, que se muestran como el ámbito privilegiado donde el TJCE despliega en los últimos tiempos su activismo constitucional. El proceso de integración jurídica, guiado por el principio de especialidad funcional, implica una inevitable proyección del derecho comunitario en el acervo de los Estados miembros, lo que ha producido y produce un importante nivel de conflictividad interordinamental. Esta realidad impide, como señala el constitucionalismo multinivel, seguir sosteniendo la teoría de la dualidad de ordenamientos

³⁴ Conclusiones del Abogado General M. Poiares Maduro, presentadas el 23 de mayo de 2007, Asunto C-438/05.

que operan en esferas diferenciadas en virtud del principio de competencia. En este contexto, el TJCE ha terminado por expandir la tutela comunitaria de los derechos fundamentales, más allá de los ámbitos que quizá cabría esperar de las exigencias prácticas derivadas de la aplicación del derecho. Probablemente, como ya señalamos con anterioridad, la aprobación de la Carta de Niza, ha tenido el efecto de alimentar una corriente de pensamiento en el juez comunitario, que defiende el desarrollo de valores comunes europeos, destinados no sólo a constituir una base de cultura jurídica compartida para la Unión, sino a informar la vida pública de toda la sociedad europea.

En cualquier caso, hemos pretendido demostrar, desde un punto de vista crítico, que tal proceso de unificación implica un cambio importante en la tarea jurisdiccional del TJCE y de los tribunales de los Estados miembros, en la medida en que la unificación de ordenamientos y el principio de jerarquía funcional del derecho comunitario, trasladan la matriz de los criterios interpretativos de las Constituciones nacionales a los Tratados comunitarios. Ello supone al fin y a la postre, como en la mayor parte de las ocasiones olvidan los impulsores de la tesis de la Constitución compuesta, pasar del constitucionalismo social al constitucionalismo regulador del mercado europeo. Y así ocurre que, derechos fundamentales que el TJCE no considera como integrantes del *núcleo esencial* de los principios generales del derecho comunitario, y por lo tanto según su parecer con un carácter programático, como en este caso sucede con los derechos sociales, pueden ser limitados por las libertades económicas esenciales del orden constitucional comunitario.

Es cierto que en los derechos fundamentales hay una aspiración de universalidad, que justifica su necesidad de ampliación ante las exigencias provenientes de la sociedad, pero también una dimensión histórica, en la que se refleja el modo de existencia de cada comunidad política³⁵. En la Unión, la obligada concordancia de diferentes acervos jurídicos produce en numerosas ocasiones que la regulación del derecho fundamental, particularmente en sede jurisprudencial, pero también en la Carta, resulte de conseguir un consenso epistemológico previo y de los cambios tácticos producidos en la negociación intergubernamental. Por ello, al final se incorpora menos contenido y precisión de intereses subjetivos y se establecen garantías más débiles que las ya alcanzadas en los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros³⁶. Así las cosas, el TJCE debería ser extremadamente cuidadoso para que su tarea de *protección* de los derechos no se transforme en una función de *creación* de los mismos, operación que también ha correspondido y corresponde, no lo olvidemos, a los ámbitos de decisión política legitimados democráticamente para ello en los Estados miembros. De no ser así, la relación entre los ordenamientos comunitario y estatal, y sus respectivos interpretes, no podrá ser explicada en términos de diálogo, como muchas veces se pretende, sino como una estructura constitucional global que no admite la contraposición de perspectivas jurídicas y políticas diferenciadas, cuando del núcleo económico fundamental del derecho de la Unión se trata.

35 RUIPÉREZ ALAMILLO, J.: "El trasfondo teórico – ideológico de la "libertad civil" y su eficacia", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 20, 2007, pp. 175-230.

36 GARCÍA HERRERA, M.Á.: "Derechos nuevos y nuevos derechos en la Unión Europea", *Teoría del diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica*, nº 1, 2005, p. 35.