

LA CIUDADANÍA EUROPEA TRAS MARTÍNEZ SALA Y BAUMBAST: ¿LA CONSECUCCIÓN DE UN DERECHO EUROPEO MÁS HUMANO PERO MENOS SOCIAL?

AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ (*)

«Eliminar barreras es más fácil que establecer vínculos.»

Helen S. FELDSTEIN (1)

I. LA LIBRE CIRCULACIÓN COMO LIBERTAD ECONÓMICA FUNDAMENTAL Y COMO VEHÍCULO DE INTEGRACIÓN: DESDE LA CREACIÓN DE LAS COMUNIDADES HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA.—II. EL DOBLE CASO DE REFERENCIA: QUÉ SIGNIFICA Y QUÉ HA IMPLICADO: 1. *Hechos y principales argumentos de las sentencias Martínez Sala y Baumbast: a) Martínez Sala. 2. Martínez Sala y Baumbast como jurisprudencia de referencia: los ámbitos objetivo y subjetivo de la libertad de circulación en la perspectiva de la ciudadanía europea: a) Ampliando el ámbito de aplicación subjetivo del Derecho comunitario: del ciudadano del mercado al ciudadano supranacional como sujeto del Derecho comunitario. b) El alcance y ámbito de aplicación objetivo de la libre circulación de personas: encuadre constitucional «horizontal» y comunitarización de las relaciones entre los Estados miembros y sus propios nacionales.* 3. *Martínez Sala como el caso paradigmático sobre libre circulación de personas: cómo se ha convertido en un argumento de autoridad para toda la jurisprudencia.*—III. VALORACIÓN JURÍDICA Y NORMATIVA DE MARTÍNEZ SALA Y BAUMBAST: 1. *¿Una revolución jurídica? 2. ¿Más humana pero menos social?: a) Promoviendo la europeización y la judicialización del Derecho y la política nacional. b) La predisposición estructural sustantiva contra las normas jurídicas distributivas y solidarias: el encaje negativo de los derechos socioeconómicos. c) Las sustantivas implicaciones distributivas de la jurisprudencia.*—IV. CONCLUSIÓN.

(*) Profesor Contratado Doctor Permanente, Universidad de León. Este artículo ha sido escrito en el marco del proyecto de investigación RECON y, más concretamente, como parte del grupo de trabajo dedicado al estudio de la Política Económica de la Unión Europea y en condición de fellow del citado programa de investigación de la Universidad de Oslo. El proyecto está financiado por el Sexto programa marco de la Comisión Europea. Traducción de Fernando Losada.

(1) «A Study of Transnational and Political Integration: Transnational Labour Flow within the European Economic Community», *Journal of Common Market Studies*, núm. 6 (1967), págs. 24-55 (pág. 30).

Las sentencias en los casos *Martínez Sala* y *Baumbast* se han convertido en hito en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Buena parte de la doctrina jurídica (2), quizás bajo la influencia de la narrativa construida por el propio Tribunal de Justicia y, especialmente, por sus Abogados Generales (3), ha saludado estos pronunciamientos como decisiones que abren nuevas vías gracias a las cuales se podría haber operado un «giro cívico» en el Derecho comunitario, recubriendo al fin con músculos el esqueleto que constituían las disposiciones sobre ciudadanía introducidas en el Tratado de Maastricht (4). En concreto, resulta frecuente leer que el Tribunal habría redefinido los valores en los que se basa el Derecho comunitario mediante la ampliación del ámbito personal del que se predica la libertad de circulación de las personas: la categoría de trabajador, definida económicamente, ha dado paso a la categoría más general de ciudadano (de *libre circulación de trabajadores* a *libre circulación de personas*). El Tribunal habría deducido de las nuevas disposiciones incluidas en los Tratados la necesidad de ampliar más allá de los individuos económicamente activos la libertad protegida por el Derecho comunitario, atribuyéndosela a todos los ciudadanos europeos, sin mayor calificación (5). En consecuencia, estos casos habrían demostrado una vez más el potencial emancipador del Derecho europeo, estrechamente relacionado con su capacidad para

(2) Véase, por ejemplo, Dora KOSTAKOPOLOU, «Ideas, Norms and European Citizenship: Explaining Institutional Change», *Modern Law Review*, núm. 68 (2005), págs. 233-267.

(3) El Abogado General Jacobs ya marcó el tono con sus Conclusiones en el Asunto C-168/91 *Konstantinidis* [1992] ECR I-1191, parágrafo 46: «el nacional comunitario que se traslada a otro Estado miembro como trabajador por cuenta ajena o autónomo, con arreglo a los artículos 48, 52 o 59 del Tratado, no sólo tiene derecho a ejercer su actividad o profesión y a beneficiarse de las mismas condiciones de vida y laborales que los ciudadanos del Estado de acogida, sino que, además, tiene derecho a presumir que, dondequiera que vaya para ganarse la vida dentro de la Comunidad Europea, se le tratará de acuerdo con un código común de valores fundamentales, en particular, los establecidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos. En otras palabras, tiene derecho a afirmar *civis europeus sum* y a invocar dicho estatuto para oponerse a cualquier vulneración de sus derechos fundamentales». La decisión en *Konstantinidis* fue tomada después de la firma del Tratado de Maastricht, pero antes de su entrada en vigor. Véase asimismo, Francis JACOBS, «Citizenship of the Union. A legal analysis», *European Law Journal*, núm. 13 (2007), págs. 591-610.

(4) Como es bien sabido, una de las principales enmiendas introducidas por el Tratado de Maastricht en el Tratado de Roma fue precisamente la creación del nuevo estatus de ciudadano europeo. Aunque el Tratado fue firmado en 1992, no entró en vigor hasta noviembre de 1993. Dado de que los asuntos tardan bastante tiempo en llegar al Tribunal y en ser decididos por él, no resulta sorprendente que Martínez Sala, resuelto en 1998, llegase más de cuatro años después de la entrada en vigor del Tratado.

(5) Véase el excelente Álvaro CASTRO OLIVEIRA, «Workers and other persons: step-by-step from movement to citizenship», *Common Market Law Review*, núm. 39 (2002), págs. 77-127.

rediseñar los límites políticos y económicos del viejo continente. *Martínez Sala* y *Baumbast* habrían supuesto una nueva (y explícita) vuelta de tuerca al hacer del sujeto de Derecho comunitario un ciudadano político cívico y solidario, y no un mero actor del mercado solitario y egoísta (6).

Este artículo cuestiona de forma moderada pero categórica esta forma de entender las cosas y propugna una valoración menos triunfalista de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Ciertamente, es más que probable que muchos ciudadanos disfruten ahora de derechos y libertades que les eran negados con anterioridad; también sería cierto decir que las decisiones en los casos *Martínez Sala* y *Baumbast* podrían haber sentado la base para un sentimiento paneuropeo sin el cual la integración social mediante el Derecho comunitario se hará inviable con el paso del tiempo (7). Y aun así, en mi opinión, no es fácil mantener la interpretación habitual, ni en términos puramente jurídicos, ni en términos políticos. Desde una perspectiva jurídico-dogmática, existe cierta exageración al caracterizar *Martínez Sala* y *Baumbast* como sentencias que marcan una época, dado que buena parte de los cambios estructurales y sustantivos que se dice aportaron las dos sentencias aquí analizadas eran parte del acervo de la jurisprudencia pre Maastricht. Desde una perspectiva político-normativa, una evaluación adecuada de dichas sentencias debería combinar la atención a las consecuencias para las partes del proceso junto con una valoración de sus efectos sistémicos y, en particular, sus implicaciones institucionales y (re)distributivas. Sobre tal base, resulta justo decir que *Martínez Sala* y *Baumbast* radicalizaron una tendencia que ya estaba en marcha, y al hacerlo exacerbaron los procesos de *europización* de lo que solían ser competencias nacionales exclusivas y de *judicialización* de los procesos de adopción de decisiones, en los que instituciones representativas solían tener en exclusiva la palabra. Pero si encontramos más continuidad que cambio, y si el proceso aquí descrito tienen consecuencias que distan de ser ideales desde una perspectiva democrática, no puede ser que la historia que contamos narre la imparable emancipación de los ciudadanos europeos de sus cadenas nacionales y económicas. Al contrario, me parece que la jurisprudencia del Tribunal es profundamente ambivalente. El Derecho comunitario podría haber ejercido un influjo humanizador, en tanto que ha obligado a los ordenamientos jurídicos nacionales a dismantelar parcialmente algunos criterios de exclusión respecto

(6) O quizás debería decir «ciudadano de mercado», siguiendo la adecuada denominación acuñada por Michelle EVERSON inspirándose en Ipsen en su «The Legacy of the Market Citizen», en Jo SHAW y Gillian MORE (eds.), *New Legal Dynamics of European Union* (Oxford, Clarendon, 1995), págs. 73-89.

(7) En concreto, mediante el cuestionamiento de las líneas de exclusión construidas en torno a la nacionalidad.

del disfrute de derechos, pero tan sólo al precio de convertirse en menos social, lo que puede conducir a importar una lógica no solidaria a ámbitos antes a salvo de presiones económicas, o incluso forzar la retirada del Estado Social.

Para sostener estas afirmaciones, procederé en tres pasos. En primer lugar, situaré la jurisprudencia sobre ciudadanía europea en su contexto jurídico-dogmático mediante la reconstrucción de la definición legal y judicial de las libertades fundamentales comunitarias y, muy especialmente, de la libre circulación de las personas físicas antes de *Martínez Sala* y *Baumbast*; en segundo lugar, analizaré el razonamiento del Tribunal en ambos casos, realizando una lectura sistemática de la subsiguiente jurisprudencia; y en tercer lugar, valoraré las ambivalentes consecuencias de las dos sentencias y su incidencia en la evolución del Derecho comunitario y de la integración europea en general.

I. LA LIBRE CIRCULACIÓN COMO LIBERTAD ECONÓMICA FUNDAMENTAL Y COMO VEHÍCULO DE INTEGRACIÓN: DESDE LA CREACIÓN DE LAS COMUNIDADES HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

Tanto el Tratado de París de 1951, por el que se establecía la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, como el Tratado de Roma de 1957, que fundó la Comunidad Económica Europea, contenían disposiciones que consagraban el principio de libre circulación de trabajadores como pieza fundamental del Derecho comunitario (8). La disposición esencial, el artículo 48 del Tratado CEE, establecía en sus decisivos segundo y tercer párrafos que:

«2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:

- a) de responder a ofertas efectivas de trabajo;
- b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;
- c) 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;

(8) Cfr. artículos 68 y 69 del Tratado de París y artículos 48 a 51 del Tratado de Roma.

d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión.»

El tenor literal de esta disposición enumeraba una serie limitada de prescripciones claramente negativas, que requerían la revocación de muchas disposiciones legales nacionales reguladoras del acceso al empleo de los extranjeros en cada «mercado de trabajo» nacional. En el medio siglo anterior, los estados-nación europeos habían perfeccionado los instrumentos normativos e institucionales con ayuda de los que trataron y, en buena medida, lograron controlar los flujos de población que cruzaban en una y otra dirección sus fronteras (9). Las dos Guerras Mundiales tuvieron unas consecuencias militares, económicas y sociales dramáticas que virtualmente condujeron a la creación de ciertas capacidades estatales que resultaron en un control intenso y pormenorizado de los movimientos de personas durante ese medio siglo (10). De hecho, la redacción original de los artículos 48 a 51 del Tratado CEE se refería a todos los

(9) Aunque la consolidación del Estado-nación como la forma virtualmente exclusiva de comunidad política a finales del siglo XVIII vino de la mano del establecimiento de los criterios jurídicos que distinguían a los nacionales de los extranjeros, esto no se concretó en la limitación o incluso el control de los flujos de personas a lo largo de las fronteras europeas. Acerca de la evolución de los distintos tipos de derechos civiles concedidos a los extranjeros (incluidos los derechos limitados a heredar o legar propiedades, la sujeción a impuestos especiales, restricciones comerciales y financieras y límites a su derecho de libertad de movimiento dentro del Estado), véase Peter Sahlins, *Unnaturally French: Foreign Citizens and the Old Regime and After* (Ithaca, Cornell University Press, 2004). Quizá la explicación radique simple y llanamente en el hecho de que hasta el final de la Primera Guerra Mundial los países europeos [con la única excepción de Francia-véase Patrick Weil, *La France et ses étrangers* (París, Gallimard, 2004), págs. 21 y sigs.] no eran la elección de destino de muchos de los emigrantes europeos, que preferían poner rumbo casi exclusivamente hacia América del Norte o del Sur.

(10) Primero, las crecientes preocupaciones acerca de la seguridad nacional (o lo que era percibido como tal, como el riesgo de que enemigos extranjeros quintacolumnistas debilitasen desde dentro el esfuerzo de guerra) condujo al perfeccionamiento de las capacidades estatales de control de los movimientos de población, desde la creación y mantenimiento de una red de puestos fronterizos a la universalización de los carnés de identidad [Klaus BADE, *Europa en Movimiento* (Barcelona, Crítica, 2003), pág. 194; sobre los carnés de identidad véase, entre otros, John TORPEY, *The Invention of the Passport* (Cambridge, Cambridge University Press, 2000)]. Segundo, la población extranjera que debía ser sometida a control crecía de manera dramática. Tras la Primera Guerra Mundial flujos masivos de población saliente resultaron de la fragmentación del Imperio Austríaco, la Revolución en Rusia y el rediseño de muchas fronteras nacionales conforme al principio de autodeterminación nacional. Los flujos internos de población tras la Segunda Guerra Mundial se explican por el enorme número de personas que habían sido desplazadas y por el rediseño de las fronteras (muy particularmente en Europa Central y del Este). Tercero, el surgimiento de los seguros nacionales de bienestar exigieron distinguir mucho mejor entre nacionales (o extranjeros con residencia permanente) y extranjeros, al menos para asegurarse de que se respetaban los criterios exigidos para ser titular de tales derechos.

grandes obstáculos con los que con toda probabilidad habían de toparse en su camino aquellos que desearan emigrar a otros países europeos. De una parte, la entrada se hizo condicional dependiendo de la obtención de permisos que se expedían a completa discreción del estado de recepción, para cortos períodos de tiempo (rara vez superiores a un año) y que podían ser rescindidos a voluntad (de hecho, los extranjeros eran considerados «amortiguadores» del mercado de trabajo nacional, pues podían ser contratados y despedidos a conveniencia de las necesidades del empresariado «nacional»). De otra parte, los trabajadores extranjeros disfrutaban no sólo de una protección menor de sus derechos políticos, sino que también encontraban sus derechos civiles y sociales gravemente restringidos (11). Así pues, eran discriminados por lo que concernía a las condiciones de trabajo y al salario (sin garantía de que las contribuciones a la seguridad social pudieran ser computadas a la hora de calcular su pensión tanto en su país de origen como en el de destino; o, en otras palabras, de que pudieran disfrutar completamente de su pensión allá donde estuvieran), se veían enfrentados a fuertes restricciones de sus derechos laborales, incluido el derecho a elegir trabajo, particularmente si habían obtenido acceso al país para un empleo de perfil diferente (en cuyo caso debían solicitar un nuevo permiso de trabajo, que podía serles concedido o no), el derecho a la afiliación sindical, el derecho a ser elegidos como representantes sindicales y el derecho a huelga o a implicarse en cualquier otra forma de acción colectiva; al mismo tiempo que disfrutaban prestaciones sociales, de alojamiento o de educación menos generosas que las concedidas a los trabajadores nacionales. La libre circulación de trabajadores pretendía poner fin a esta situación primero mediante la transformación de los permisos de trabajo, que pasarían de ser graciosas concesiones a derechos regulados de los trabajadores si existían ofertas de trabajo (como se preveía esencialmente en el art. 49 TCE); y segundo gracias a la exclusión de las discriminaciones basadas en la nacionalidad en todo lo que se refiere al acceso, al salario y a las condiciones de trabajo (como exigen los arts. 48 y 51 TCE).

Así pues, el contenido esencial e incontrovertido de la libertad comunitaria de circulación de trabajadores resulta *tanto* de una visión normativa de la igualdad de derechos, no ajena al revulsivo que para la conciencia moral europea supusieron las atrocidades cometidas por nazis, fascistas y demás gobiernos compañeros de viaje, *como* de las necesidades económicas de los seis Estados miembros fun-

(11) Una magistral recreación de las circunstancias socioeconómicas de los emigrantes en las décadas de 1920 y 1930 en B. TRAVEN, *The Death Ship*, 1926. *N. del T.*: Existen dos traducciones recientes al castellano a cargo de Roberto Bravo de la Varga bajo el título *La nave de los muertos* (Acantilado, 2009), y de María Dolores Ábalos, *El barco de la muerte* (Barcelona, Alfabet, 2008).

dadores de la Comunidad (siendo el prototípico sujeto de derechos comunitarios la persona económicamente activa que cruza fronteras para asumir un trabajo remunerado) (12). Cinco de los Estados miembros necesitaban de hecho acrecentar su fuerza de trabajo para hacer factibles sus planes de recuperación económica, mientras que el sexto, Italia, tenía un exceso de operarios (especialmente en el «mezzogiorno») ansiosos por encontrar trabajo en el extranjero (13).

De todos modos, no resultaba obvio si el contenido jurídico de las disposiciones del Tratado se agotaba en las normas que podían derivarse sin mayores controversias de su tenor literal o si un programa político y jurídico mucho más ambicioso podía ser deducido de una reconstrucción sistemática y teleológica de sus artículos. La respuesta a esta pregunta giraba sobre todo en torno a la cuestión de conforme a qué concepción de las Comunidades Europeas debía procederse a la integración; de hecho, diferentes concepciones implicaban una diferente visión acerca del propósito y el fundamento de la libre circulación de trabajadores. No es preciso mencionar que esa incertidumbre estaba estrechamente relacionada con el estatus jurídico y político global poco claro del proceso de integración europea en sus inicios (14).

Una caracterización «funcional» de la integración europea apoyaría de manera natural una interpretación literal y muy restringida de los artículos 48 a 51, partiendo de la asunción de que la libre circulación de trabajadores era una de las muchas poleas y palancas a disposición de la estructura administrativa supranacional creada por los Tratados fundacionales. Bajo tal visión, la libre circulación de trabajadores supondría de hecho una herramienta para resolver problemas, siendo la dificultad en este caso la insuficiente eficiencia productiva y la solución

(12) Helen FELDSTEIN, «A Study of Transaction and Political Integration: Transnational Labour Flow within the European Economic Community», *Journal of Common Market Studies*, núm. 6 (1967), págs. 24-55.

(13) Véase en la literatura contemporánea, entre otros, Attilio OBLATH, «The Problem of Surplus Manpower in Europe», *International Labour Review*, núm. 70 (1954), págs. 301-322; Xavier LANNES, «International Mobility of Manpower in Europe», *International Labour Review*, núm. 73 (1957), págs. 1-24 y 135-151, especialmente pág. 143. Era ampliamente aceptado que la emigración aliviaría muchas tensiones sociales en Italia, al tiempo que proporcionaría las tan necesarias remesas con las que financiar inversiones.

(14) Una cuestión sobre la que merece la pena insistir, dada la anacrónica (aunque en términos de dogmática jurídica bastante inevitable) tendencia a considerar que no había alternativa a la integración, algo que no resultaba nada obvio en aquel momento. Es suficiente con recordar el entonces reciente fracaso de las Comunidades Política y de Defensa, la decisión del Reino Unido de no adherirse ni a la CECA ni a la CEE, y la búsqueda de identidad de los gobiernos franceses durante los mandatos De Gaulle. De hecho, resulta justo decir que la principal importancia de la CECA (y podría aventurarse que también de la CEE) fue más psicológica que económica, como señala Tony JUDT en *Postwar* (Londres, Allen Lane, 2005), pág. 158.

la apertura de los mercados nacionales de trabajo, de modo que el factor trabajo pudiera moverse hacia el lugar en el que se ofreciera un mayor salario fuese a causa del uso mejor y más productivo que se hiciera de él (15). Ambos objetivos, la superación, «policía» administrativa de los movimientos de trabajadores y el reconocimiento del derecho a la igualdad de los trabajadores extranjeros, eran requisitos operativos necesarios para que el mercado funcionase correctamente (y en cierta medida se autorregulase o, al menos, se autocorrigiese).

Pero la libre circulación de trabajadores podía ser vista también como un vehículo para la integración política. Concediendo a los trabajadores la libertad para moverse a su voluntad por el territorio de las comunidades europeas, los beneficios no serían simplemente económicos sino también políticos, pues los trabajadores establecerían lazos sociales a través de las fronteras. Si esto era así, las disposiciones de los Tratados, cuyo tenor literal estaba plagado de prohibiciones para los legislativos nacionales, debían ser interpretadas sistemática y teleológicamente como si subyaciese a su diseño un principio de libertad de acción lo más general posible, del cual podrían derivarse más normas (16) con ayuda de las cuales colmar las lagunas jurídicas y de este modo crearse normas de Derecho comunitario secundario y nacionales que maximizasen el grado de realización del principio de libre circulación así concebido. A largo plazo (quizás en ese largo plazo en el que todos estaremos muertos, siguiendo el famoso dicho de Keynes), el proceso se concretaría en la consolidación de un estatus de ciudadano europeo completamente dissociado de la actividad económica (17).

(15) Resulta pertinente recordar que la Parte Segunda del Tratado CEE mantiene hasta hoy en día una división en Títulos que pone de manifiesto el papel central asignado a la libre circulación de mercancías y el papel complementario atribuido a las libertades de circulación de trabajadores, de servicios y de capitales. Así, el Título I está dedicado en exclusiva a la libre circulación de mercancías, mientras que las otras tres libertades económicas fundamentales están detalladas en el Título III, estando dedicado el Título II a la Agricultura. Esta organización formal era perfectamente coherente con la comprensión contemporánea de que la liberalización de los movimientos de mercancías necesitaba en realidad de una adecuada regulación del resto de factores de producción. Así pues, las otras libertades económicas lo eran en tanto que resultaban una precondition necesaria para la consecución de la libre circulación de mercancías.

(16) El lento trabajo del Tribunal de Justicia fue más tarde consolidado por la Comisión. Véase, por ejemplo, el Programa de Acción a favor de los trabajadores migrantes y sus familias, COM (74) 2250, 7, disponible en www.aei.pitt.edu.

(17) Véase, por ejemplo, el discurso de Jean Monnet sobre la entrega de los primeros pasaportes garantizando al portador la libre circulación dentro de la Comunidad a los funcionarios públicos de la CECA, disponible en www.ena.lu?lang=1&doc=5114, en el que dichos pasaportes son considerados como el antecedente de un pasaporte europeo generalizado, lo que implica, pues, que la libre circulación era un objetivo político.

La tensión entre estas dos concepciones alternativas de la libre circulación de trabajadores nunca fue resuelta (o siquiera abordada) explícitamente, pero sobre el derecho secundario y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ejerció una mayor influencia la segunda concepción, de modo que ésta informó los conceptos jurídicos y el ideal normativo de la integración europea en general, y de la libre circulación de trabajadores en particular. De hecho, en 1975 el Tribunal concluyó que «el trabajador emigrante no [era] considerado por el Derecho comunitario [...] como mero factor productivo como ser humano» (18). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia expandió el alcance y el ámbito de aplicación de las disposiciones sobre libre circulación de trabajadores al ampliar la titularidad del derecho y al reconsiderar las bases normativas sobre las que se apoyaba la libre circulación de trabajadores.

En primer lugar, una larga serie de casos ampliaron el número de sujetos que merecían el calificativo de trabajadores y, por tanto, habían de ser considerados titulares de derechos comunitarios cuando se movían a través de las fronteras o cuando permanecían legalmente en un Estado miembro distinto a aquel del que eran ciudadanos. El movimiento de apertura de esta línea jurisprudencial consistió en la afirmación de la interpretación autónoma y diferenciada del concepto de trabajador en Derecho comunitario (19). Esto, obviamente, no suponía ignorar las definiciones nacionales (20), sino la reconstrucción de los derechos y obligaciones que caracterizaban y distinguían una relación de trabajo en los ordenamientos jurídicos nacionales de forma crítica con el objeto de realizar los objetivos de los Tratados fundacionales de las Comunidades (21). Al mismo

(18) Asunto 7/75, *Epoux F* [1975] 2 CMLR 442, pág. 450.

(19) Una estrategia que, como es bien sabido, ha sido habitualmente empleada por el Tribunal cuando persigue objetivos favorables a la integración. Cfr. asunto 75/63, *Hoekstra (née Unger)* [1964] ECR 177, parágrafo 1: «Si la definición de este término fuese un asunto bajo la competencia del Derecho nacional, sería por consiguiente posible que cada Estado miembro modificase el significado del concepto de “trabajador migrante” y eliminase a voluntad la protección dispensada por el Tratado a determinadas categorías de personas. [...] Los artículos 48 a 51 se verían por tanto desprovistos de todo efecto y los objetivos del Tratado mencionados más arriba se verían frustrados si el significado de tal término pudiera ser determinado y modificado unilateralmente por el Derecho nacional».

(20) Así, la cuestión de si las parejas de hecho debían ser asimiladas a los trabajadores a los efectos de determinar quién tenía derecho a residir en cada Estado miembro fue decidida de forma negativa en el asunto 59/85, *Reed* [1986] ECR 1283, parágrafos 13 y 15: «En ausencia de un desarrollo social general que pueda justificar una construcción más amplia, y en ausencia de cualquier indicación en sentido contrario en el reglamento, debe entenderse que el término “cónyuge” en el artículo 10 del Reglamento se refiere en exclusiva a relaciones matrimoniales».

(21) Asunto 66/85, *Lawrie-Blum* [1986] ECR 2121, parágrafo 17. La interpretación extensiva llevó al Tribunal a rechazar la diferenciación implícita del estatus de funcionario comunitario, apoyada por el Abogado General Rozès en el Asunto Case 152/82 *Forcheri* [1983] ECR 2323. He con-

tiempo, el Tribunal se reservó un cierto margen de maniobra y discrecionalidad al subrayar que las diferentes disposiciones del Tercer Título de la Segunda Parte del Tratado tenían distintos propósitos, sosteniendo de este modo que no era oportuna una definición unívoca de trabajador en el Derecho comunitario (22). Este primer movimiento creó las condiciones estructurales de una interpretación extensiva del concepto de trabajador, más allá de su caracterización como factor de producción (23). Esto condujo tanto a *a*) la expansión del rango y tipo de trabajadores mediante la extensión analógica de su caracterización a los miembros de la unidad familiar, a potenciales trabajadores y a antiguos trabajadores, como a *b*) la reconstrucción sistemática de la libre circulación de trabajadores (junto a la libertad de establecimiento y la libertad de recibir servicios, derivada del derecho a prestarlos a través de las fronteras) como parte de una libertad de acción personal más general.

a) La legislación secundaria y la jurisprudencia asimilaron el estatus de varias personas que no eran necesariamente económicamente activas al estatus de «trabajador» sobre la base de la existencia de una relación personal que les vinculara con un «trabajador» o sobre la base de que pudieran convertirse en o hubieran sido trabajadores ellos mismos. Éste fue el caso muy especialmente de los miembros de una unidad familiar, potenciales trabajadores y personas que

sultado las Conclusiones del Abogado General en [1984] 1 CMLR 334. La clave está en la página 340: «Es necesario evitar cualquier consideración acerca de la situación similar de los trabajadores migrantes que requiera la interpretación de disposiciones irrelevantes para el presente asunto.»

(22) El Tribunal ha distinguido claramente entre el concepto de trabajador a efectos de la libre circulación de trabajadores y a efectos de asegurar la coordinación de los sistemas de seguridad social nacionales. Cfr. el asunto 66/85, *Lawrie-Blum* [1986] ECR 2121, parágrafo 17: «el elemento esencial de una relación de trabajo, sin embargo, es que durante un cierto período de tiempo una persona realiza servicios para y bajo la dirección de otra persona, a cambio de los cuales recibe una remuneración»; con el asunto 182/78 *Pierik II* [1979] ECR 1977, parágrafo 4: «El artículo 4(1) del Reglamento 1408/71 define el concepto de “trabajador” como cualquier persona que es asegurada obligatoria o voluntariamente bajo uno de los modelos de seguridad social a los que se refieren los subapartados (I) (II) o (III) de tal disposición. [...] Tal definición tiene un alcance general y, a la luz de tal consideración, cubre a cualquier persona que esté asegurada bajo la legislación sobre seguridad social de uno o más Estados miembros, tanto si ejerce una actividad profesional o comercial como si no.»

(23) Asunto C-53/81, *Levin* [1982] ECR 1035, párrafos 9 y 13: «Aunque los derechos derivados del principio de libre circulación de trabajadores, y más concretamente el derecho a acceder y residir en el territorio de otro Estado miembro, están ligados al estatus de trabajador o de persona que ejerce una actividad por cuenta ajena o que desea hacerlo, los términos “trabajador” y “actividad por cuenta ajena” no son definidos expresamente en ninguna de las disposiciones sobre el particular. [...] A este respecto, debe hacerse hincapié en que estos conceptos definen el campo de aplicación de una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado y, como tales, no deben ser interpretados de forma restrictiva.»

habían participado en el mercado de trabajo pero que ya no lo hacían. Consideremos cada una de esas categorías separadamente:

— *Miembros de una unidad familiar*: El artículo 48 del Tratado no hacía referencia a los cónyuges o miembros de la unidad familiar como beneficiarios del derecho a circular libremente atribuido a los trabajadores. Pero el Reglamento 15 (24) ya garantizaba los derechos comunitarios a los miembros de la unidad familiar, si bien limitándolos al cónyuge y algunos hijos. El Reglamento 38/64/CE (25) y el Reglamento 1612/68 (26) ampliaron esos derechos a todos los hijos, así como a los ascendientes dependientes (padres y abuelos a cargo del trabajador) (27). La Directiva 68/360 estableció que esos derechos eran independientes de la nacionalidad de los miembros de la familia, haciendo así posible que los ciudadanos de terceros países pudiesen cumplir los requisitos (28). El Reglamento 1251/70 amplió esos derechos más allá de la muerte del trabajador (29). El Tribunal de Justicia llevó aún más lejos esta asimilación al afirmar que 1) la separación legal de los cónyuges no suponía el fin de los derechos derivados del matrimonio (30); 2) que incluso las parejas no casadas podían tener derechos, al considerar una «ventaja social» el reconocimiento por parte del derecho nacional de un permiso de residencia a las parejas no casadas de los nacionales (31); 3) que incluso los cónyuges o las parejas sin un documento nacional de identidad o pasaporte válido podían tener acceso al Estado miembro, siempre que ambos pudiesen identificarse y ofrecer pruebas de la vinculación con el nacional comunitario (32).

(24) DOCE 57, de 26.8.1961, pág. 1073.

(25) DOCE 62, de 17.4.1964, pág. 965.

(26) DOCE L 257, de 19.10.1968, pág. 2.

(27) Cfr. Kenneth A. DAHLBERG, «The EEC Commission and the Politics of the Free Movement of Labour», *Journal of Common Market Studies*, núm. 6 (1968), págs. 310-323.

(28) Artículo 4.4, DOCE L 257, de 19.10.1968, pág. 13.

(29) DOCE 142, de 30.6.1970, pág. 24.

(30) Asunto C-267/83, *Diatta* [1985] ECR 567, párrafos 17-20.

(31) Asunto 58/95 *Reed* [1986] ECR 1283. Mientras que en los párrafos 15 y 16 el Tribunal rechazaba que un derecho de residencia pudiera derivarse del artículo 10 del Reglamento 1612/68, en los párrafos 29 y 30 afirma que conforme al artículo 7 del citado Reglamento puede considerarse una «ventaja social» en atención a la cual los nacionales de otros Estados miembros no deben ser discriminados.

(32) Asunto C-459/99, *MRAX* [2002] ECR 6591, párrafo 62: «[P]rocede responder a la primera cuestión prejudicial que los artículos 3 de la Directiva 68/360 y 3 de la Directiva 73/148, así como el Reglamento núm. 2317/95, considerados a la luz del principio de proporcionalidad, deben interpretarse en el sentido de que un Estado miembro no puede denegar en la frontera la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que intente entrar en su territorio sin disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido

— *Trabajadores potenciales*: Originalmente se asumía que la entrada en el territorio de otro Estado miembro estaba condicionada a la oferta previa y definitiva de un puesto de trabajo. El Derecho comunitario transformó la obtención del permiso de trabajo de tal modo que dejó de ser una prerrogativa discrecional del Estado miembro receptor y se convirtió en un derecho del potencial trabajador. Esto explica la relevancia de las disposiciones institucionales y sustantivas relativas a la coordinación de los servicios nacionales de empleo, incluidas en los Reglamentos 15, 38/64 y 1612/68. Pero el derecho a entrar en el territorio de otro Estado miembro para buscar empleo sin una oferta previa sólo se estableció en una Declaración aneja al Reglamento 1612/68. Tal declaración exigía que todos los Estados miembros reconociesen un derecho de residencia de al menos tres meses (que podrían ser reducidos sólo si en ese plazo quien buscaba trabajo pasara a depender económicamente del sistema de asistencia social, en cuyo caso sería conminado a dejar el país sin mayores preámbulos). El Tribunal interpretó este derecho de manera aún más extensiva, afirmando que podría ser alegado por quien buscaba trabajo en tanto en cuanto pudiese ofrecer pruebas de tener una verdadera oportunidad de ser contratado (33).

— *Aquellos que hubiesen sido contratados pero que ya no estuviesen trabajando*: Tanto el Reglamento 3 como la norma que lo sustituyó, el Reglamento 1408/71, contribuyeron a la equiparación con los trabajadores de todos aquellos que estaban asegurados contra cualquiera de los riesgos regulados en los Reglamentos cuando disfrutasen efectivamente de las correspondientes prestaciones, algo que en muchos casos implicaba que los beneficiarios ya no estaban trabajando ni temporal ni definitivamente. Éste fue el caso de los antiguos trabajadores que sufrían enfermedades, invalidez, habían superado la edad de jubilación, accidentes laborales y enfermedades laborales o eran perceptores de subsidios de desempleo, todos ellos sujetos al régimen del Reglamento 1408/71. En concreto, las personas jubiladas fueron objeto en 1990 de una directiva específicamente dedicada a regular su derecho de residencia en 1990 (34).

b) La libre circulación de trabajadores fue definida, junto a la libertad de prestar y recibir servicios y a la libertad de establecimiento, como manifestaciones concretas de una más amplia libertad personal de acción, y en concreto de una

o, en su caso, de un visado, cuando dicho cónyuge pueda probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y si no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública en el sentido de los artículos 10 de la Directiva 68/360 y 8 de la Directiva 73/148.»

(33) Asunto C-282/89, *Antonissen* [1991] ECR 745, párrafos 21-22.

(34) Directiva 90/365 [1990] DOCE L 180, de 13.7.1990, pág. 28.

libertad de movimiento de las personas (35) que resultó en el establecimiento, tanto en la legislación como en la jurisprudencia, de numerosas conexiones entre los derechos y los deberes atribuidos a los nacionales de los Estados miembros en tanto que trabajadores, proveedores o receptores de servicios, o empresarios (36). En concreto, se reconoció el derecho de entrada en cualquier Estado miembro con la simple presentación de un documento de identidad como parte del derecho a prestar y recibir servicios (37). Se dio un paso más allá cuando la condición de mero receptor de servicios fue considerada título suficiente para beneficiarse de la protección jurídica asociada al principio comunitario de no discriminación en razón de nacionalidad (lo que tiene una enorme trascendencia práctica, dado que es difícil no convertirse en receptor de servicios una vez que uno se traslada a otro estado, ya que las sociedades modernas se basan en la división del trabajo y la actividad económica está casi completamente «monetarizada») (38). La influencia mutua entre las libertades personales explica la promulgación de dos directivas reguladoras del derecho de ciudadanos económicamente no activos a residir en otros Estados miembros, la llamada Directiva general de 1990 (39), y la Directiva aplicable a los estudiantes de 1993 (40). En ambos casos el derecho de residencia está sujeto a la doble condición de disponer de una cobertura médica completa y de estar en posesión de los medios suficientes como para no constituir una carga económica para el sistema de bienestar del Estado receptor.

(35) Véase el Preámbulo al Reglamento 38/64/EC, DOCE 62, de 17.4.1964, pág. 965.

(36) Acerca del derecho de entrada y de residencia, véanse las Directivas 68/360 y 73/148 y la interpretación de las mismas ofrecida en el Asunto 48/75 *Royer* [1976] ECR 497, párrafos 12 y 15: «No obstante, la comparación de estas diferentes disposiciones muestra que ambas están basadas en los mismos principios en tanto que conciernen a la entrada y residencia en el territorio de Estados miembros de personas protegidas por el Derecho comunitario y a la prohibición de toda discriminación en razón de su nacionalidad». Acerca de las implicaciones sustantivas del derecho de igualdad de trato véanse los Asuntos 118/75, *Watson and Belmann*, [1976] ECR 1185, párrafo 9; C-106/91 *Ramrath* [1992] ECR I-3351, párrafo 17, y C-107/94, *Asscher* [1996] ECR I-3089, párrafo 29.

(37) Cfr. Asuntos acumulados 286/82 y 26/83 *Luisi y Carbone* [1984] ECR 377, párrafo 16: «De ello se deduce que la libertad de prestar servicios incluye la libertad por parte de quienes los vayan a recibir de ir a otro Estado miembro para recibirlo allí sin ser obstaculizados por restricción alguna, incluso en relación a los pagos, y que turistas, personas que reciban un tratamiento médico y personas que viajen con la intención de educarse o de hacer negocios deben ser considerados receptores de servicios.»

(38) Asunto 186/87, *Cowan* [1989] ECR 195; [1990] 2 CMLR 613 AG Lenz, 619: «La delimitación de su ámbito de aplicación sustantivo debe orientarse hacia el modelo de un mercado común en el cual todas las actividades económicas de la Comunidad estén liberadas de toda restricción en razón de nacionalidad o de residencia.»

(39) Directiva 90/364 [1990] DOCE L 180, de 13.7.1990, pág. 26.

(40) Directiva 93/96 [1993] DOCE L 317, de 18.12.1993, pág. 59.

En segundo lugar, el ámbito de aplicación objetivo de la libre circulación de trabajadores fue progresivamente ampliado mediante la reconsideración de su principio fundamental (que pasó de ser la no discriminación en razón de la nacionalidad a la idea de libertad personal de acción, como se acaba de indicar) (41) y mediante la consiguiente actualización del parámetro de comparación sustantivo frente al que debía determinarse la constitucionalidad europea de las leyes nacionales (de estándares constitucionales nacionales a estándares comunitarios trascendentales y autorreferenciales). El Tribunal operó esta transformación decisiva mediante lo que aparentemente era una expansión del ámbito subjetivo de la libre circulación de trabajadores, a saber, mediante la relativización progresiva de la asunción de que la libertad de movimiento era una libertad disfrutada por trabajadores extranjeros nacionales de un Estado miembro y que realizaban un trabajo remunerado en otro Estado miembro; el Tribunal fue flexibilizando esa condición de modo que la libre circulación de personas comenzó a determinar el marco jurídico de las relaciones entre los Estados miembros y sus nacionales, siempre que esos ciudadanos hubieran sido económicamente activos (o se hubiesen formado) en otro Estado miembro. Un primer grupo de casos se refería a la negativa de los Estados miembros a reconocer las cualificaciones laborales adquiridas en otro Estado miembro (42). En segundo lugar, el Tribunal estableció que también era contrario al Derecho comunitario rechazar el cómputo de los períodos de trabajo en otro Estado miembro a los efectos del cálculo del derecho de pensión (43) o imponer mayores contribuciones a la seguridad social cuando el trabajador hubiera sido destinado a otro Estado miembro por su empleador y siguiera estando asegurado en su Estado de origen mientras era considerado un no residente a efectos fiscales (44). En tercer lugar, pasó a aplicar el mismo razonamiento a quienes *efectivamente buscasen trabajo* al considerar contrario al Derecho comunitario el rechazo del reconocimiento de períodos de empleo en otros Estados miembros (45), y más tarde a quienes *potencialmente pudiesen buscar trabajo*, mediante la afirmación explícita de que es el Derecho comunitario el competente para responder a la cuestión de si un título de posgrado expedido en otro Estado miembro debe ser reconocido por el país del cual el ciudadano era nacional, incluso cuando no existía legislación

(41) Un proceso estrechamente relacionado con la interpretación sistemática de las libertades económicas a la que acabamos de hacer referencia.

(42) Asunto 115/78, *Knoors* [1979] ECR 399, párrafos 20 y 24.

(43) Asunto C-443/93, *Vougioukos* [1995] 4033, párrafos 39-41.

(44) Asunto C-18/95, *Terhoeve* [1999] 345, párrafo 28.

(45) Asunto C-419/92, *Scholz* [1994] ECR I-505, párrafo 9.

secundaria al respecto (46). En cuarto lugar, amplió la protección del Derecho comunitario a los cónyuges de terceros países que tuvieran un derecho de residencia cuando el ciudadano era residente en otro Estado miembro, pero (que no lo tuviesen al trasladarse al país del que el cónyuge era ciudadano debido esencialmente a las sospechas referidas a la autenticidad del matrimonio) (47). Y finalmente, el Tribunal estableció que el Derecho comunitario también se aplicaba cuando un ciudadano alemán adquiriese la nacionalidad francesa mediante el matrimonio (sin renunciar a su nacionalidad anterior) y trabajase en Alemania (48). Lo que estaba en juego en este caso no era el ámbito del concepto de «trabajador» de modo que incluyese al trabajador nacional, sino la reducción del ámbito de las *situaciones meramente internas* en las que el Derecho comunitario no era de aplicación. Mientras la discriminación *contra los propios nacionales de un Estado miembro* (resulta paradójico que se denomine a esta práctica «discriminación inversa») (49) siguiese siendo considerada inobjetable de acuerdo con el Derecho constitucional europeo (50) el Tribunal sólo podía pretender que la libre circulación de trabajadores rigiese las relaciones entre un Estado miembro y sus propios nacionales alterando los fundamentos básicos de la libertad de circulación, al sustituir el principio de no discriminación en razón de nacionalidad por el principio de libertad (esencialmente libertad económica) que se pretendía subyacía a las cuatro libertades económicas consagradas en los Tratados, o mediante la redefinición de lo que solían ser situaciones meramente

(46) Asunto C-19/92, *Dieter Kraus* [1993] ECR 1633, párrafos 16-22.

(47) Asunto C-370/90, *Singh* [1992] ECR I-4265, párrafo 23: «Por ello, el cónyuge de un nacional comunitario que haya utilizado dichos derechos debe disponer, cuando este último regrese a su país de origen, como mínimo de los mismos derechos de entrada y de residencia que le reconocería el Derecho comunitario si su esposo o esposa decidiese entrar y residir en otro Estado miembro.»

(48) Asunto C-336/96, *Gilly* [1998] ECR 2793, párrafo 21.

(49) El aroma a paradoja proviene del hecho de que el término haya sido acuñado por la doctrina jurídica norteamericana durante la resaca de *Brown* para referirse a lo que ahora se conoce generalmente como «acción afirmativa» o «discriminación positiva».

(50) La solidez de la discriminación inversa hunde sus raíces en bases lógicas y normativas. En términos de lógica, la asunción de que existe una clara división de competencias legislativas entre la Unión Europea y sus Estados miembros conlleva que ciertas situaciones puedan ser definidas como meramente internas cuando un estándar diferente al comunitario sea necesariamente aplicado. En términos normativos, la discriminación inversa no debe ser obstruida mediante la revisión judicial de la norma nacional conforme a la constitucionalidad europea, puesto que el proceso político nacional, en el que los ciudadanos nacionales discriminados están representados, puede antes o después rectificar la discriminación si ello es percibido como adecuado o necesario. Acerca de la discriminación inversa referida a la libre circulación de mercancías, véase Miguel MADURO, *We the Court* (Oxford, Hart, 1997), págs. 154-159.

internas, que ahora resultaban situaciones relevantes para el derecho comunitario en atención a los obstáculos para el ejercicio de la libre circulación de trabajadores que resultaban de la legislación nacional, incluso si ésta era aplicable a los nacionales. Tal cambio apunta a una mutación trascendental en la fuente y el contenido del parámetro de constitucionalidad europeo, asunto que retomaré posteriormente (51).

Para concluir este epígrafe, tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como el derecho secundario que precisa las consecuencias de la libre circulación de trabajadores se sustentaron de caracterización la libre circulación de trabajadores como vehículo de la integración no sólo económica, sino también política. Ello da cuenta y razón de la construcción expansiva de la noción de «trabajador» en la expresión «libre circulación de trabajadores», que ya mucho antes de *Martínez Sala y Baumbast* había conducido a lo que ha de ser caracterizado como una interpretación forzada a del tenor literal restrictivo de la disposición en cuestión, y a un cambio en la forma de entender qué normas nacionales y de acuerdo a qué estándares estaban sujetas a un control de constitucionalidad que determinarse su ajuste con las exigencias normativas de la libre circulación de trabajadores. Un antecedente directo de la transformación de esta libertad fundamental de operacionalización del principio de no discriminación por razones de nacionalidad en libertad (fundamentalmente económica) en sí misma.

II. EL DOBLE CASO DE REFERENCIA: QUÉ SIGNIFICA Y QUÉ HA IMPLICADO

El carácter trascendental de *Martínez Sala y Baumbast* deriva de que el primer caso estableció y el segundo ratificó las consecuencias jurídicas de la inserción de las disposiciones sobre ciudadanía en el Tratado de la Comunidad Europea (*ex art. G* del Tratado de Maastricht), en particular las consecuencias que de ello se derivaban para la determinación del alcance y el ámbito de aplicación del derecho comunitario a la libre circulación de las personas (52).

(51) Como veremos con mayor detalle posteriormente, mientras las libertades económicas en tanto que concreciones del principio de no discriminación en razón de nacionalidad hacían referencia a los estándares constitucionales nacionales (constituyendo la no discriminación un estándar meramente formal que debía ser completado con principios sustantivos nacionales), la libertad (económica) se pretendía relacionada con estándares trascendentales y autorreferenciales directamente derivados de los Tratados (en tanto que ejemplos de obstáculos a las libertades económicas de los nacionales identificados más allá de los estándares constitucionales nacionales).

(52) Acerca de la ciudadanía europea véanse Carlos CLOSA, «The concept of citizenship in the Treaty on European Union», *Common Market Law Review*, núm. 29 (1992), págs. 1137-1170; Massimo LA TORRE (ed.), *European Citizenship. An institutional challenge* (Dordrecht, Kluwer,

Antes de embarcarnos en el análisis de la cuestión a la que hace referencia este epígrafe resulta pertinente refrescarle al lector el contenido de las disposiciones de ciudadanía tal y como fueron incluidas en el Tratado de Maastricht. El tenor literal sigue siendo el mismo, aunque la numeración haya cambiado: las dos disposiciones fundamentales para nuestros propósitos [arts. 8 y 8.a)] establecen:

«Artículo 8

1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro.
2. Los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado.

Artículo 8.a)

1. Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.
2. El Consejo podrá adoptar disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado 1; salvo que se disponga otra cosa en este Tratado, el Consejo decidirá por unanimidad sobre una propuesta de la Comisión y tras haber obtenido la aprobación del Parlamento Europeo.»

El presente epígrafe está articulado en tres partes. En la primera ofrezco una presentación sumaria de los hechos y los principales elementos de los asuntos *Martínez Sala* y *Baumbast*. En la segunda considero hasta qué punto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se refiere a *Martínez Sala* y *Baumbast* para justificar divergencias respecto de la jurisprudencia anterior a Maastricht. En la tercera analizo la subsiguiente jurisprudencia a fin de determinar hasta qué punto *Martínez Sala* y *Baumbast* pueden ser consideradas «leading cases» de facultades asociadas a la libre circulación de personas asentadas en la jurisprudencia pre-Maastricht, para determinar hasta qué punto la importancia simbólica de *Martínez Sala* se traduce en su consagración en tanto que *la* referencia de autoridad sobre la libre circulación de personas.

1998), y Pietro COSTA, «From National to European Citizenship. A Historical Comparison», en Richard BELLAMY, Dario CASTIGLIONE y Emilio SANTORO (ed.), *Lineages of Citizenship* (Londres, Palgrave, 2004), págs. 207-226.

1. *Hechos y principales argumentos de las sentencias* Martínez Sala y Baumbast

a) Martínez Sala

La demandante era una nacional española que había residido en Alemania desde su infancia, excepto durante un corto período de dos años en los que vivió en su país de origen. Desde 1976 a 1986 tuvo cinco trabajos diferentes, aunque ocasionalmente pasó algún tiempo en el paro. Desde 1986 a 1989 estuvo la mayor parte del tiempo sin trabajo y recibió un subsidio asistencial por parte de las autoridades regionales y locales. Parece que la demandante siempre había cumplido con la exigencia de solicitar los pertinentes permisos de residencia, conforme a la ley alemana. Esos permisos le fueron concedidos sin mayores problemas hasta 1984, pero desde ese año hasta 1994 sólo consiguió obtener el recibo de su solicitud, presumiblemente en razón de retrasos en la maquinaria burocrática. En junio de 1993, esperando todavía que su permiso de residencia fuera expedido, nació su segundo hijo. Dado que carecía de un empleo a tiempo completo (de hecho estaba en el paro), en principio cumplía los requisitos para recibir el subsidio correspondiente al cuidado de un hijo, una ayuda no contributiva que forma parte de la política familiar alemana. Sin embargo, su solicitud fue rechazada con el argumento de que aunque era residente en Alemania, el Derecho alemán condicionaba la concesión de la ayuda a los no nacionales a que estuviesen en posesión de un permiso de residencia válido.

Dado que todas las partes en el litigio estaban de acuerdo en que la decisión alemana era correcta desde un punto de vista puramente nacional pero que sería nula si se consideraba desde una perspectiva comunitaria, la cuestión crucial era si el caso debía regirse por el Derecho alemán interno o por el Derecho comunitario (53). Antes de Maastricht, éste habría sido un caso claro: Martínez Sala no era una tra-

(53) Todas las partes del proceso, incluido el gobierno alemán, reconocieron que la denegación del permiso de residencia a Martínez Sala tuvo como consecuencia una discriminación basada exclusivamente en su nacionalidad. Sin embargo, el gobierno alemán proseguía su argumentación diciendo que el caso no entraba en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, porque Martínez Sala no podía ser considerada una trabajadora ni a los efectos del artículo 48 TCE y el Reglamento 1612/68, ni a los del artículo 51 y el Reglamento 1408/71. En clara oposición a esta postura, el abogado de la demandante arguyó que el mismo hecho de que Martínez Sala fuera una ciudadana europea trasladaba el asunto al ámbito del Derecho europeo, independientemente de si era o no una trabajadora según la acepción comunitaria del término. Por consiguiente, la demandante entendía que la inclusión de las disposiciones sobre ciudadanía exigía que el Tribunal revisase en profundidad su jurisprudencia anterior y ampliase aún más el ámbito de aplicación

bajadora o, dicho de otro modo, una persona económicamente activa; bajo tales circunstancias el Derecho comunitario sencillamente no era de aplicación (54).

Aceptando la solicitud del abogado de la demandante, el Tribunal de Justicia entró a considerar si un ciudadano europeo, siendo residente legal en otro Estado miembro, podía invocar los derechos que le reconoce el Derecho comunitario contra el Estado miembro en el que residiese y, en concreto, el derecho a no ser discriminado en razón de su nacionalidad *ex* artículo 8a. El Tribunal estableció que éste efectivamente era el caso:

«En su condición de nacional de un Estado miembro que reside legalmente en el territorio de otro Estado miembro, la demandante en el procedimiento principal está incluida en el ámbito de aplicación *ratione personae* de las disposiciones del Tratado consagradas a la ciudadanía europea» (55).

Sobre esa base el Tribunal concluyó que la denegación del subsidio de maternidad por las autoridades alemanas violaba el Derecho comunitario; en concreto, conducía a una discriminación basada en la nacionalidad contra alguien que tenía derecho a un igual trato. Tras Maastricht (y en concreto tras la ciudadanía europea), las relaciones entre un Estado miembro y los residentes legales nacionales de otro Estado miembro estaban sometidas al Derecho comunitario, incluso si el ciudadano europeo era económicamente inactivo. Aun así, la sentencia del Tribunal dejó sin responder varias cuestiones legales de gran trascendencia (56), y muy especialmente estas tres: *a*) si debería atribuirse efec-

subjetivo del Derecho comunitario, trascendiendo la idea de que sólo era aplicable a las personas implicadas en una actividad económica transfronteriza.

(54) Parágrafos 34 y 45 de la Sentencia. De igual modo, el Abogado General en sus Conclusiones, aunque en el párrafo 12 afirmase que si era el caso de que estuviese recibiendo asistencia social en el momento en el que el niño nació, Martínez Sala debía considerarse cubierta contra uno de los riesgos descritos en el Reglamento 1408/71 y, por consiguiente, entraría en el ámbito de aplicación del Tratado.

(55) Parágrafo 61 de la Sentencia.

(56) Había muchas razones para que Martínez Sala dejase abiertas tantas cuestiones, pero quizás dos fueron las más importantes. Primero, los hechos del caso eran muy peculiares. No resulta muy inverosímil decir que de no ser por el carácter tan restrictivo del Derecho alemán en lo tocante a la adquisición de la ciudadanía, Martínez Sala se habría convertido en ciudadana muchos años antes de que el caso tuviera lugar. En cualquier otro Estado miembro de la Unión ella podría por aquel entonces haberse naturalizado, y con toda probabilidad habría optado por tal opción como mínimo para evitarse más enredos burocráticos. Dado que ella era a todos los efectos y de acuerdo con todos los posibles criterios un miembro *de facto* de la sociedad alemana, incluso aunque no estuviera en posesión de un pasaporte alemán, las autoridades teutonas se encontraban en una posición muy débil cuando intentaban justificar su decisión. De hecho, el Abogado General La Pergola afirmó explícitamente que si las condiciones requeridas por los alemanes fueran aplica-

to directo al artículo 17, b) si un derecho a entrar en el territorio de otro Estado miembro podía derivarse del mismo y c) si los nacionales podían invocar ese nuevo derecho frente a su propio Estado (57).

De hecho, solamente cuando el Tribunal se pronunció en los asuntos *Baum-bast* y *R* quedaron plenamente de manifiesto las consecuencias radicales de *Martínez Sala*; y ésa es la razón de que resulte adecuado hablar de un doble caso de referencia «leading case».

b) Baumbast y R

Estos asuntos acumulados hacen referencia a dos cuestiones diferentes pero relacionadas. En ambos procedimientos nos encontramos con parejas mixtas, uno de cuyos miembros era un ciudadano no comunitario. En *Baumbast*, ella era ciudadana colombiana y él alemán; en *R*, ella era ciudadana estadounidense y él francés. Ambas parejas establecieron en un momento dado su residencia en el Reino Unido, y se les denegó posteriormente el derecho a residir allí.

En *Baumbast* la pareja tenía un hijo común (que disfrutaba de la nacionalidad tanto de su madre como de su padre) y de la unidad familiar formaba parte también una hija de un matrimonio anterior de la esposa. Cuando todos ellos

das a los nacionales comunitarios legalmente residentes en Alemania, como lo era Martínez Sala, el aprovechamiento indebido resultaba improbable (cfr. párrafo 22 de sus Conclusiones). En segundo lugar, el Tribunal limitó el efecto desencadenante del artículo 17 a la «residencia legal» anterior en el Estado miembro de acogida, y dejó de lado intencionadamente la cuestión de cuáles son las concretas implicaciones de la ciudadanía europea en términos de acceso a otro Estado miembro. Como puede leerse en el párrafo 60 de la Sentencia: «No obstante, procede señalar que, en un caso como el del procedimiento principal, no es necesario examinar si la interesada puede invocar el artículo 8 A del Tratado para que se le reconozca un nuevo derecho a residir en el territorio del Estado miembro de que se trata puesto que consta que ya fue autorizada a residir en él, aunque se le denegó la expedición de un permiso de residencia.» La decisión de ingeniárselas de esa manera puede también haberse visto favorecida para evitar la pregunta de cuándo se origina el derecho de Martínez Sala a no ser discriminada. Esto resultaba especialmente relevante en el supuesto de que el hijo hubiera nacido a principios de 1993, ya que el Tratado de Maastricht entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. El Abogado General resaltó una obviedad cuando excluyó explícitamente que pudiera ser invocado con la pretensión de acceder a derechos políticos reservados a los nacionales precisamente por serlo; cfr. párrafo 21 de sus Conclusiones: «la pretensión del residente nacional de otro Estado miembro con respecto a los nacionales del Estado que le acoge será infundada si se refiere a derechos que deben entenderse reservados a estos últimos en virtud precisamente de su ciudadanía nacional.

(57) Como reconocía el Abogado General La Pergola en sus Conclusiones, párrafo 23: «Este asunto es, por tanto, un caso que sienta jurisprudencia respecto de un buen número de problemas que pueden ser planteados en un futuro al Tribunal.»

llegaron al Reino Unido, el señor Baumbast trabajaba para una empresa británica. Fue entonces cuando a todos los miembros de la familia se les concedió un permiso de residencia válido hasta 1995. Antes de esa fecha, el marido puso fin a la relación laboral con su empleador y empezó a trabajar como autónomo. Desde 1993 entró y salió del paro, asumiendo contratos temporales con empresas alemanas en terceros países. Cuando el señor Baumbast solicitó en 1995 un permiso de residencia indefinido le fue denegado. Los Baumbast vivían en el Reino Unido, en donde habían comprado una casa mediante un préstamo hipotecario y donde estaban escolarizados sus hijos. A pesar de ello, las autoridades británicas afirmaron que ninguno de ellos era un trabajador de acuerdo con el Derecho comunitario y que, por tanto, no tenían derecho a obtener un permiso de residencia de acuerdo con el derecho secundario entonces vigente. El argumento fundamental era que el señor Baumbast ya no trabajaba en las Islas Británicas, y que tampoco tenía cobertura de seguridad social en el Reino Unido (toda la familia estaba cubierta por el sistema de seguridad social alemán, que no cubría plenamente todas las eventualidades en el Reino Unido), algo que las autoridades consideraban prueba de que el señor Baumbast no tenía derecho a residir en el Reino Unido de acuerdo con la Directiva 90/364, que entonces contenía la normativa general del derecho de residencia de los nacionales de otros Estados miembros (58).

Los hechos en *R* eran ligeramente distintos. La pareja tenía dos hijos comunes con doble nacionalidad francesa y estadounidense. El marido tenía permiso de residencia en su condición de trabajador, y cuando su mujer se estableció al Reino Unido le fue concedido un permiso de residencia, con validez hasta 1995, en su condición de esposa de un nacional comunitario. La pareja se divorció en 1992, quedándose la madre a cargo de los hijos (aunque se dispuso explícitamente que debían mantener el contacto con el padre). Ella se estableció como decoradora de interiores. Cuando en 1995 solicitó un nuevo permiso de residencia le fue denegado (aunque no así a sus hijos) en razón de que se trataba de una ciudadana extracomunitaria que ya no estaba casada con un nacional comunitario. Antes de que el Tribunal decidiera el caso, se casó con un británico y le fue concedido el permiso de residencia.

El Tribunal se enfrentaba, en consecuencia, a tres bloques de problemas: 1) si los hijos de las dos parejas tenían derecho de residencia; 2) si los cónyuges,

(58) A fuere resultar exhaustivos, debe añadirse que antes de que la cuestión prejudicial fuese realmente resuelta, les fue reconocido a los hijos el derecho a residir en el Reino Unido conforme al artículo 12 del Reglamento 1408/71, y en razón de ello también a la señora Baumbast en tanto que persona al cargo de ellos; pero al señor Baumbast le seguía siendo denegado el permiso de residencia en el momento en el que el asunto era dirimido por el Tribunal de Justicia.

aun siendo ciudadanos extracomunitarios, tenían derecho de residencia; 3) y si el propio señor Baumbast, un nacional comunitario que ya no podía ser considerado un trabajador conforme al artículo 48 o 51 TCE, tenía derecho de residencia. En los tres casos el Tribunal sentenció que los demandantes afectados tenían derecho de residencia. Pero mientras los dos primeros planteaban cuestiones legales que estaban lejos de afectar a la interacción entre la jurisprudencia del Tribunal y las disposiciones sobre ciudadanía (y de hecho fueron decididas sin mayores innovaciones respecto de la jurisprudencia anterior a Maastricht) (59), el tercer problema, el derecho de residencia del propio señor Baumbast, volvía presentar las cuestiones legales que *Martínez Sala* dejara abiertas, precisamente porque lo que el señor Baumbast solicitaba conducía al reconocimiento de su derecho de residencia en el Reino Unido *incluso aunque ya no fuese un trabajador*, lo que ni siquiera se ajustaba a la ya de por sí forzada definición que el Tribunal de Justicia estableció en su jurisprudencia anterior a Maastricht.

El Tribunal, en contradicción con las opiniones de los gobiernos británico y alemán y de la Comisión, consideró el artículo 18(1) sí tenía efecto directo (60) y confería, por tanto, a todos los nacionales de los Estados miembros (61) el derecho a moverse a su voluntad por, y a residir libremente en, el territorio de todos los demás Estados miembros, aun cuando fueran económicamente inactivos (62). Estos derechos, como casi todos, no eran ilimitados, sino que tenían que ser ponderados con los intereses legítimos de los Estados miembros si entraban en conflicto con ellos (63). Sin embargo, las limitaciones debían

(59) El Tribunal estableció en cada uno de esos casos la existencia de un derecho de residencia. Respecto del primer problema, el Tribunal aplicó casi al pie de la letra la jurisprudencia anterior, señalando que el mero hecho de que a los hijos les fuera denegado el derecho a proseguir su educación en el Estado miembro de acogida en razón de los cambios acaecidos en las circunstancias personales o laborales de sus padres supone un obstáculo al ejercicio efectivo de la libre circulación de trabajadores (parágrafos 51-52 de la sentencia). El Tribunal sólo llevó un poco más lejos su anterior jurisprudencia al señalar que la eficacia de la libre circulación de trabajadores requería garantizar el permiso de residencia a todos los hijos que viviesen con los cónyuges, incluso si algunos de ellos eran descendientes en exclusiva del nacional no comunitario (parágrafo 57 de la sentencia). Por lo que respecta al segundo problema, el Tribunal estableció que el derecho de los hijos a la residencia quedaría sin efecto si no implicase a su vez el de la pareja que realmente se hace cargo de ellos, en caso de que carezca de cualquier otro título de residencia (como se establece en el parágrafo 71 de la sentencia; el parágrafo 72 establece que este resultado es también exigible en virtud del derecho a la vida familiar reconocido en la Convención Europea de Derechos Humanos).

(60) Parágrafo 84 de la sentencia.

(61) Parágrafo 84 de la sentencia.

(62) Parágrafo 81 de la sentencia.

(63) Parágrafo 90 de la sentencia.

respetar el contenido esencial del derecho (64) (el Tribunal se refería claramente a la congruencia con los límites impuestos por el Derecho comunitario) y ser proporcionales (65). Esto obviamente implica que cualquier trato diferenciado entre nacionales y no nacionales resultase inmediatamente sospechoso y pudiese ser objeto de control de constitucionalidad por parte de los tribunales nacionales. En el caso concreto, estaba más allá de toda proporción denegar el derecho de residencia a un ciudadano que podía mantenerse y que no suponía una carga para las finanzas públicas británicas en razón de que su seguro alemán no cubriese los tratamientos de urgencia realizados en el Reino Unido (66).

2. *Martínez Sala y Baumbast como jurisprudencia de referencia:
los ámbitos objetivo y subjetivo de la libertad de circulación
en la perspectiva de la ciudadanía europea*

En este apartado someto a examen las principales doctrinas acerca del significado de la libre circulación comunitaria que ha aportado la jurisprudencia en la que se han desarrollado *Martínez Sala* y *Baumbast*. Mi principal tesis es que el Tribunal ha afirmado que el establecimiento de un vínculo que une a los nacionales de los Estados miembros en tanto que ciudadanos de la comunidad política europea (i.e. la ciudadanía europea) ha operado una transformación de los valores fundamentales del Derecho comunitario en general, y en particular de las cuatro libertades económicas (y quizás de forma especialmente acusada, la libertad de circulación de personas). El Tribunal ha sostenido que el establecimiento de una ciudadanía europea requiere la recaracterización de las libertades económicas fundamentales de tal modo que conduzcan no sólo a la realización del principio de no discriminación en razón de nacionalidad, sino, de modo más amplio y general, a la obtención de la igualdad de trato de todos los nacionales de los Estados miembros en tanto que ciudadanos europeos. Tal cambio requeriría una lectura de las disposiciones de libre circulación de trabajadores de las que resultase la ampliación tanto de su ámbito de aplicación subjetivo como objetivo. Respecto del primero, el Derecho comunitario de libertad personal de movimiento debe entenderse aplicable no sólo a «trabajadores» (esto es, ciudadanos económicamente activos y aquellos asimilados a ellos en la jurisprudencia previa a Maastricht del Tribunal de Justicia), sino también

(64) Conclusiones del Abogado General Geelhoed, párrafo 110.

(65) Párrafo 91 de la sentencia.

(66) Párrafo 93 de la sentencia.

a los «ciudadanos supranacionales», el término con el que podríamos referirnos (y con el que en adelante nos referiremos) a la categoría de personas, más amplia, que son bien trabajadores o bien residentes económicamente inactivos pero legales en otro Estado miembro, en el que ya han establecido una red de relaciones sociales. Por lo que se refiere al ámbito objetivo de la libre circulación de personas, el «giro hacia la ciudadanía» ha conducido a una construcción expansiva del elemento constitucional horizontal de la libertad, europeizando así áreas políticas sobre las que los Estados miembros retenían competencias exclusivas y que eran consideradas como excluidas del ámbito de aplicación del Derecho comunitario en la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia; de este modo resultando en una injerencia más acusada del Derecho comunitario en las relaciones entre los Estados y sus propios ciudadanos.

a) *Ampliando el ámbito de aplicación subjetivo del Derecho comunitario: del ciudadano del mercado al ciudadano supranacional como sujeto del Derecho comunitario*

Las decisiones a favor tanto de Martínez Sala como de Baumbast condujeron necesariamente hacia el abandono definitivo del concepto de «trabajador» como elemento determinante del ámbito de aplicación personal del Derecho comunitario. El Tribunal entendió que la inclusión de las disposiciones acerca de la ciudadanía y, muy particularmente, del primer epígrafe del artículo 8.a), requería ampliar el círculo de titulares de derechos comunitarios. En consecuencia, el concepto de trabajador sigue siendo importante a la hora de determinar el ámbito de aplicación del conjunto de derechos atribuidos en razón de ejercer un trabajo en otro Estado miembro, pero el hecho de no ser trabajador no implica automáticamente carecer de derechos comunitarios.

Una reconstrucción sistemática de los casos que siguen el patrón diseñado por *Martínez Sala* y *Baumbast* muestra que el Tribunal no ha procedido a reemplazar «trabajador» por «ciudadano europeo» como categoría que delimita la esfera de aplicación del Derecho comunitario, sino que en su lugar ha favorecido la de «ciudadano supranacional». Trabajar sigue siendo una posibilidad para desarrollar esos lazos, pero no la única. Si la entrada y la fijación de residencia se hayan producido legalmente (67), el mero hecho de ser residente implica tal

(67) Aunque los ciudadanos europeos tengan efectivamente el derecho a acceder a cualquier otro Estado miembro, podría darse el caso de que la entrada hubiera tenido lugar cuando el Estado del que es nacional el individuo relevante no fuese todavía miembro de la Unión (esta hipótesis

estatus, incluso si la persona no ha estado económicamente activa durante los meses y los años en que ha sido residente.

El estatus jurídico del ciudadano supranacional ha sido definido positivamente en *Martínez Sala*, *Grzekzyck*, *Baumbast*, *Ninni-Orasche* (tan sólo en las conclusiones del Abogado General) (68), *Trojani*, *Bidar* y *Ioannidis* como el de aquel que es residente legalmente en otro Estado miembro incluso si nunca ha sido o no volverá a ser un trabajador. Martínez Sala había pasado gran parte de su vida en Alemania; Grzekzyck había vivido tres años en Bélgica; Baumbast había habitado por un largo período en el Reino Unido, e incluso poseía una casa allí; Ninni-Orasche había sido residente durante dos años y su permiso de residencia era válido para otros tres; Trojani había estado viviendo en Bélgica durante dos años, y había colaborado en un programa de reintegración socio-ocupacional del Ejército de Salvación; Bidar había estado viviendo durante dos años en el Reino Unido; y Ioannidis había pasado cerca de diez años en Bélgica. En *Collins*, el concepto de «ciudadano supranacional» fue definido de forma negativa, excluyendo de su alcance a aquellos ciudadanos europeos que no habían establecido lazos consistentes en el Estado de residencia. En concreto, el Tribunal encontró problemático que la posibilidad de obtener un permiso de búsqueda de trabajo estuviese condicionada a una residencia de larga duración, así que consideró adecuado exigir una «conexión entre las personas que reclaman la titularidad de tal permiso» y el mercado de trabajo (69).

disto de resultar artificial, teniendo en cuenta que el número de miembros de la Unión Europea casi se ha doblado desde 2004). Aún más, continúa siendo el caso de que la residencia está condicionada a no convertirse en una carga para los sistemas de asistencia médica y seguridad social nacionales, tal y como establece el artículo 7(1)(b) de la Directiva de 2004 acerca de la libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos (Directiva 2004/38/EC del Parlamento Europeo y el Consejo, de 29 de abril de 2004, DOUE L 158, de 30.4.2004, pág. 77). Así pues, aunque los nacionales de cualquier Estado miembro tengan derecho a acceder a cualquier otro Estado para buscar un trabajo, y aunque puedan proseguir esa búsqueda durante bastante tiempo, no tienen un derecho de residencia indefinido.

(68) Aunque el Tribunal se limitase a responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional en su cuestión prejudicial y evitase el tema de qué implicaciones tenía el artículo 18 TCE en el caso concreto, las Conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto C-413/01, *Ninni-Orasche* [2003] ECR I-13187 constituyen el esfuerzo más claro por determinar qué concepto de titular de derechos subyace a la jurisprudencia *Martínez Sala*; cfr. particularmente el párrafo 91 de las Conclusiones.

(69) C-138/02, *Collins*, párrafo 71. El Tribunal aludió a la exigencia de que la persona hubiese efectivamente buscado trabajo en el Estado miembro. Esto se quedaba corto respecto del estándar más estricto de los sugeridos por el Abogado General, quien consideraba que la residencia era una condición perfectamente adecuada para ser titular de ese derecho (párrafo 75 de sus Conclusiones) en tanto que desincentivaría el «turismo aprovechado».

Los límites del derecho de residencia de los ciudadanos supranacionales han sido también analizados en la jurisprudencia. Como vimos, en *Baumbast* el Tribunal declaró injustificado denegar un nuevo permiso de residencia a un ciudadano que se mantenía por sí mismo en razón de que su seguro no cubriese los tratamientos de urgencia. *Grezekczyk* también tocó tangencialmente el asunto al redefinir la condición de convertirse en una «carga irrazonable» para las finanzas del Estado de acogida. La atribución de un derecho de residencia permanente después de cinco años de residencia legal continuada en el Estado de acogida, establecido por el artículo 16 de la Directiva de Residencia de 2004, constituye una «codificación» parcial de los derechos derivados de esta línea jurisprudencial (70).

Particularmente importante es la afirmación del derecho de los cónyuges no comunitarios de ciudadanos nacionales a la residencia [en los términos establecidos de *Akrich* (71) en adelante]. Mientras que el Abogado General Geelhoed era extremadamente cuidadoso en sus conclusiones, arguyendo que existían muy buenas razones para restringir la libre entrada y el establecimiento de no nacionales cuando su único título para hacerlo fuera el matrimonio con un nacional comunitario, el Tribunal estableció que las restricciones debían estar virtualmente limitadas a que los Estados miembros tuvieran pruebas concluyentes del carácter ficticio del matrimonio (el derecho a la vida familiar consagrado en Derecho comunitario descartaría la denegación automática del derecho de residencia incluso si el cónyuge no era residente legal en el Estado miembro en el que estaba establecido antes de entrar en el Estado del que es nacional su pareja).

El «ciudadano supranacional» es la criatura resultante de las dinámicas sociales, políticas y económicas desencadenadas por la integración (72). Con todo, tan sólo estaba parcialmente incluido (73) (cuando no totalmente excluido) en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, así como lo estaba el disfrute de los derechos que conlleva, hasta su inclusión en el Tratado de Maastricht y su articulación en *Martínez Sala* y *Baumbast*. Atribuyendo al ciudadano supra-

(70) Directiva 2004/38/EC.

(71) C-109/01*Akrich* [2003] ECR I-9607.

(72) Obviamente, ya existían trabajadores que emigraban a otros Estados mucho antes de que el Tratado de Roma entrase en vigor. Pero en la actualidad nos hemos llegado a habituar tanto al alto número de europeos que pasan parte de sus vidas en otros Estados miembros que no nos damos cuenta de que su novedad es el resultado reflejo de las tecnologías que hacen más fácil y cómodo viajar y del marco jurídico establecido por el Derecho comunitario.

(73) Parcialmente porque algunos de los ciudadanos supranacionales han sido absorbidos, en tanto que «trabajadores», por la forzada definición del término (muy especialmente, como ya fue señalado, en la línea jurisprudencial paralela que comenzó en *Cowan*).

nacional un «droit de cité» completo, el Tribunal de Justicia sólo pudo redefinir el ámbito de aplicación objetivo del Derecho comunitario y, en particular, de la libre circulación de personas.

- b) *El alcance y ámbito de aplicación objetivo de la libre circulación de personas: encuadre constitucional «horizontal» y comunitarización de las relaciones entre los Estados miembros y sus propios nacionales*

El giro en pos de la ciudadanía experimentado por la libre circulación de personas no sólo ha justificado la expansión del ámbito de aplicación subjetivo de la libertad (del trabajador al ciudadano supranacional), sino que también ha conducido a la reconsideración de su ámbito de aplicación objetivo. En concreto, el Tribunal ha ampliado el alcance constitucional de la libre circulación o, para decirlo con otras palabras, el Tribunal de Justicia ha revisado la constitucionalidad europea de normas nacionales tomando como parámetro cada vez en mayor número de ocasiones la libertad de circulación. En concreto, el Tribunal ha empezado a revisar la constitucionalidad europea de normas adoptadas en ejercicio de competencias nacionales exclusivas (y, muy significativamente, respecto de disposiciones sobre prestaciones no contributivas) y ha aumentado la injerencia del principio de libre circulación en relaciones entre un Estado y sus propios nacionales. Como resultado de ello, se han reducido de forma drástica lo que antes eran «situaciones puramente internas» en la libre circulación de personas (74).

- i) Nuevas áreas de Derecho nacional que pueden ser objeto de revisión constitucional conforme a parámetros europeos

La caracterización del ciudadano supranacional como titular de derechos y obligaciones por el Derecho comunitario implica *de facto* una ampliación de su ámbito de aplicación que se corresponde con la nueva dimensión de los

(74) De hecho, la redefinición de los valores fundamentales de la libre circulación está estrechamente relacionada con la redefinición del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho. Si los ciudadanos económicamente inactivos de otros Estados miembros debe ser considerados titulares de derechos comunitarios (como de hecho *Martínez Sala* y *Baumbast* hacían explícitamente), entonces los vínculos que unen a los europeos no pueden ser entendidos como basados en meros intereses económicos, sino que deben haber trascendido esa etapa y alcanzado otra de confianza basada en la solidaridad.

problemas sociales y económicos de los ciudadanos supranacionales, que con anterioridad no se regían por el Derecho de la Unión. Pero el nuevo alcance del Derecho comunitario no vino de la mano de una atribución explícita de competencias a la Unión, sino de la afirmación de que la validez de todas las normas nacionales, incluso la de aquellas promulgadas en el ejercicio de competencias exclusivamente nacionales, dependía de su adecuación a las exigencias derivadas del derecho de libre circulación tal y como era entendida en la etapa en la que la ciudadanía ya formaba parte del Derecho comunitario.

El «efecto constitucional horizontal de la libertad de circulación» (75) ha tenido un impacto sustancial en el diseño de los sistemas de bienestar nacionales y, particularmente, en el de las prestaciones no contributivas. La principal consecuencia concreta de *Martínez Sala y Baumbast* para el ciudadano supranacional es que le ha permitido el acceso a beneficios sociales no contributivos, precisamente el tipo de prestaciones que básicamente permanecían al margen del ámbito de aplicación del Derecho comunitario hasta el Tratado de Maastricht (76). No es sólo que las Comunidades careciesen virtualmente de competencia alguna en esas materias, sino que éstas apenas se veían afectadas por el efecto horizontal de las libertades económicas, dado que se concedían por razón de «ciudadanía» y no de «mercado» (esto es, la titularidad no dependía de la condición de trabajador o de persona económicamente activa propia del Derecho comunitario) y presuponían una relación a largo plazo entre la comunidad política y el beneficiario (consecuentemente, iban más allá del alcance de la línea de jurisprudencia marcada en *Cowan*). Garantizando al ciudadano supranacional la condición de titular de derechos comunitarios, *Martínez Sala y Baumbast* convirtieron en sospechoso cualquier criterio de titularidad sobre

(75) De hecho, la Abogado General Kokott en el asunto C-192/05, *Tas Hagen* [2006] ECR I-10451, párrafos 34 y 36 habla de un efecto horizontal de las disposiciones sobre ciudadanía, lo que tuvo eco en el razonamiento del Tribunal en el párrafo 23 de su sentencia. El Abogado General Geelhoed en C-209/03, *Bidar* [2005] ECR I-2119, párrafos 29 y 52, elabora su razonamiento conforme a su sentencia en *Collins*. Y sigue esa misma línea de razonamiento en el caso que nos ocupa. El Tribunal asume en el párrafo 40 de su sentencia que las Comunidades ya han adquirido competencias en materia de educación.

(76) Así lo ha explicitado el Abogado General Geelhoed en C-209/03, *Bidar* [2005] ECR I-2119, párrafo 28: «Al poner de relieve el carácter fundamental de la ciudadanía de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia deja claro que no se trata de un concepto meramente vacío o simbólico, sino que constituye la condición básica de todos los nacionales de todos los Estados miembros de la UE, dando lugar a determinados derechos y privilegios en Estados miembros distintos de aquellos en los que residen. [...] [D]iversas prestaciones sociales que los Estados miembros concedían anteriormente a sus nacionales y a las personas económicamente activas con arreglo a los Reglamentos núms. 1612/68 o 1408/71 se han extendido ahora a los ciudadanos de la Unión Europea que residen legalmente en el Estado miembro de acogida.»

prestaciones no contributivas que les excluyera del grupo de posibles beneficiarios, trasladando la carga de la prueba a los Estados miembros. En *Collins*, el Tribunal dejó claro que la aplicación de todo límite «debe descansar sobre criterios claros y conocidos con anterioridad, y deben existir disposiciones que posibiliten un medio de resarcimiento de naturaleza judicial» (77). Así pues, en *Martínez Sala* resultaba imposible condicionar el disfrute de un permiso de paternidad o maternidad a la obtención de un permiso de residencia meramente declarativo; en *Grzejszyk* resultaba poco razonable asumir que el derecho de residencia de un estudiante se extinguía a causa de que hubiera solicitado el *minimex* (una prestación no contributiva que aseguraba unos ingresos mínimos); en *Trojani* el mismo argumento se aplicó al caso en el que el solicitante no era ni trabajador ni estudiante; en *Ninni-Orasche*, el Abogado General (aunque no así el Tribunal) encontró injustificada la denegación de una beca de estudio en razón de la nacionalidad, dado que la estudiante tenía verdaderos lazos con Austria y existían claros indicios de que no había cambiado su residencia con la intención de ser beneficiaria de tal prestación; en *Bidar* resultaba irrazonable exigir una residencia de cuatro años de duración para poder ser titular de una beca de manutención mientras se completaban los estudios universitarios; en *Ioannidis*, resultaba injustificada la denegación de una prestación para jóvenes en busca del primer empleo porque el solicitante había seguido un programa de formación en otro Estado miembro.

ii) Regulación comunitaria de las relaciones entre los ciudadanos y su propio Estado y la reducción de las «situaciones meramente internas»

La ampliación del alcance objetivo del Derecho comunitario no sólo ha resultado en la absorción de ámbitos materiales que tradicionalmente eran considerados al margen del alcance del Derecho comunitario, sino también en la mayor injerencia del Derecho comunitario en la disciplina de las relaciones entre los Estados miembros y sus propios nacionales, que ha conducido a una dramática reducción del rango de situaciones puramente internas a las que el Derecho comunitario no es de aplicación. De hecho, algunos Abogados Generales han mantenido que el Derecho comunitario debe aplicarse también a casos de discriminación inversa «residuales», lo que nos dejaría a un paso de hacer inviable la distinción entre las situaciones puramente internas y las comunitarias.

(77) C-138/02, *Collins*, parágrafo 72.

La persistencia de los derechos adquiridos y la relación entre ciudadanos y Estados

Como ya se explicó en páginas anteriores, las relaciones entre un Estado miembro y sus propios nacionales formaban parte del ámbito de aplicación del Derecho comunitario incluso antes del Tratado de Maastricht, en la medida en la que los nacionales ejercían su derecho a la libre circulación aceptando un empleo (o preparándose para hacerlo) en otro Estado miembro y posteriormente retornaban al propio.

El Tribunal de Justicia ha ampliado el papel constitucional desempeñado por la libre circulación tras de *Martínez Sala* y *Baumbast* al afirmar que las relaciones entre un Estado y sus nacionales quedan sujetas al Derecho comunitario cuando los nacionales han ejercido previamente el derecho a su libre circulación personal en otro Estado miembro, *tanto si al hacerlo han estado económicamente activos o no*. Así pues, no sólo los trabajadores, sino también los estudiantes y los pensionistas disfrutaban de derechos frente a su propio Estado miembro si, en razón de no haber residido en él todo el tiempo, reciben un trato distinto al dispensado a un nacional que haya permanecido de forma continua en el propio Estado (78). Si hacemos uso de la misma metáfora que empleamos al analizar la expansión del ámbito de aplicación personal del Derecho comunitario, con lo que nos enfrentamos aquí es con el reconocimiento de que los ciudadanos supranacionales no dejan de serlo cuando retornan a su país de origen.

En esta relación concreta, el refuerzo del derecho de libre circulación de los nacionales se concretó en su acceso a los beneficios y deducciones fiscales disponibles tanto para los nacionales (y ciudadanos europeos) que hayan tenido una residencia continua como para los nacionales que hayan ejercido su derecho de libre circulación en tanto que trabajadores. Los casos menos problemáticos se referían a ciudadanos que ya habían retornado a su Estado de origen o bien que todavía residían en otros Estados miembros. *D'Hoop* se basó en la ausencia de justificación del rechazo de un permiso de reciclaje sobre la base de que la solicitante no había completado todos sus estudios en Bélgica, sino que había seguido parte de ellos en Francia. En *D'Hoop*, el Tribunal consideró la denegación del subsidio a jóvenes que buscan su primer empleo fundada en que la solicitante

(78) Cfr. parágrafo 58 de las Conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto C-540/99, *Reisch*, en el que afirma que la ciudadanía se concreta en que el propietario de una segunda residencia en otro Estado miembro pasa a formar parte del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

había cursado parte de sus estudios en Francia y no en Bélgica. En *Tas Hagen*, la supeditación de la concesión de una pensión indemnizatoria para víctimas de guerra a la residencia en el país carecía de toda base en Derecho comunitario. En *Turpeinen* una normativa fina que aplicaba un mayor tipo de gravamen a la pensión pagada por las autoridades del país escandinavo en razón de la residencia en España del titular fue considerada no justificada (79). En *Pusa* se dejó sin efecto una norma que limitaba la orden de embargo de una pensión a fin de que el deudor recibiese una cantidad equivalente al salario mínimo porque impedía que el impuesto sobre la renta pudiese ser pagado en el país de residencia (80). Mucho más complicados fueron los casos de trabajadores fronterizos discriminados por su propio Estado en razón de ser residentes en un segundo Estado miembro. En un grupo de casos, el Tribunal pareció no tener mayores dificultades en extender el alcance de su jurisprudencia. En *Elsen*, el hecho de que la residencia (o el pago real de las contribuciones) fuese requerida por la normativa alemana para asimilar los períodos de maternidad durante los que la madre no trabaja a los períodos de trabajo a efectos del cálculo de la pensión fue considerado completamente injustificado (81). En *Ritter Colais*, el diferente trato dado a las pérdidas patrimoniales a causa del hogar familiar en función de la ubicación del mismo en Alemania o en otro Estado miembro fue considerado carente de toda justificación. En *Schwarz*, el Derecho fiscal alemán denegaba la deducción de los gastos de escolarización en otro Estado miembro, lo que fue considerado contrario al derecho de ciudadanía y a la libre circulación de los propios estudiantes (82). En *Van Pommeren*, la denegación de prestaciones asociadas a la pensión de invalidez en razón de residir en otro Estado miembro fue anulada pese a que el demandante no fuera considerado un «ciudadano del mercado», porque el único factor comunitario era su residencia en Bélgica. Sin embargo, algunos casos posteriores han puesto de manifiesto las complejidades inherentes a estos casos, dejando si no al Tribunal, al menos sí a los Abogados Generales con muchas dudas acerca de cuál ha de ser la línea más adecuada para el desarrollo de la jurisprudencia. En *Hartmann*, el Abogado General Geelhoed expuso la idea de que los derechos de los que los ciudadanos podían valerse frente a sus Estados debían limitarse a aquellos que hubieran adquirido como resultado de haber efectivamente trasladado su residencia a otro Estado miembro. Dudaba de que los *Hartmann* hubieran adquirido tal derecho si ambos se hubieran ido a Aus-

(79) Asunto C-520/04, *Turpeinen* [2006] ECR I-10685, parágrafos 63-66.

(80) Asunto C-224/02, *Pusa* [2004] ECR I-5763, parágrafos 34 y 35.

(81) Asunto C-135/99, *Elsen* [2000] ECR I-10409, parágrafo 35.

(82) Asunto C-76/05, *Schwarz* [2007] ECR I-06849, parágrafo 90; Conclusiones del Abogado General, parágrafo 91.

tria o Alemania. Y en *Hendrix*, el mismo Abogado General se mostró receptivo a considerar si la naturaleza de la prestación que complementaba las ganancias de los discapacitados estaba «más estrechamente relacionada con el ambiente social del demandante» y, por tanto, si estaba justificado subordinarla a un criterio de residencia (83). Más aún, en *Schempp*, el Tribunal rechazó considerar discriminatoria una carga fiscal mayor resultante del rechazo de una deducción en razón de pagos de una pensión alimenticia porque el receptor era un nacional austríaco y no existía prueba de que sus ingresos estuvieran sujetos a fiscalidad en Austria. Si la esposa hubiera sido residente en Alemania, *Schempp* habría sido beneficiario de esa deducción. Sin embargo, el Tribunal consideró que el resultado se debía a la disparidad entre las normas tributarias, resultado a su vez de la división de poderes entre la Unión y los Estados miembros (84).

¿Qué nos queda de la «situación meramente interna» en la circulación de personas?

Quizás la consecuencia más radical del giro que el Tribunal de Justicia ha dado en la jurisprudencia sobre ciudadanía sea la dramática reducción del ámbito de aplicación y el alcance de las «situaciones meramente internas».

El trazado de una línea clara y significativa entre las situaciones internas y las comunitarias era intrínseco a una concepción de la Comunidad y del proyecto de integración europea que ha sido erosionada progresivamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no sólo en lo atinente a la concepción las libertades económicas, sino también por lo que atañe a la base jurídica de los actos comunitarios. Las doctrinas jurídicas que el Tribunal ha elaborado después de *Martínez Sala* y *Baumbast* implican necesariamente una reducción del alcance de las situaciones meramente internas.

La así llamada doctrina de la «discriminación residual», propuesta al Tribunal por el Abogado General Maduro en un caso referido a la libre circulación de mercancías (85), y aplicada a la libre circulación de personas por la Abogado

(83) Parágrafo 77 de las Conclusiones. Pero el Tribunal de Justicia limitó esa concepción al establecer que tal restricción debería estar justificada y ser proporcionada al objetivo perseguido (parágrafo 54 de la Sentencia).

(84) Asunto C-403/03, *Schempp* [2005] ECR I-6421, parágrafos 17-18.

(85) Conclusiones del Abogado General Maduro en el Asunto C-72/03, *Carbonati Apuani* [2004] ECR I-8027, particularmente parágrafos 68 y 69. El caso se refería a una ley italiana que imponía un impuesto calculado en referencia al peso sobre todos los mármoles extraídos de Carrara de cuyo pago se eximía a los que hubieran sido transformados dentro del propio municipio.

General Sharpston (86), puede acelerar el proceso de olvido constitucional de la categoría de las situaciones meramente internas. La doctrina afirma que el Derecho comunitario debe regir las situaciones meramente internas cuando el control de constitucionalidad europea conduzca a la anulación de una norma nacional aplicada principalmente a no nacionales pero que aun así afecta a un número residual de nacionales. El uso del término «residual» y los consiguientes argumentos normativos (que parecen girar en torno a la necesidad de que el Derecho comunitario proteja a las víctimas de un estándar normativo discriminatorio sólo aplicable a una muy reducida minoría una vez que el Derecho constitucional europeo conduce a su abandono, haciéndolo inaplicable para muchos de sus destinatarios originales; esto es, el Derecho comunitario debería aplicarse porque las víctimas sólo son una minúscula minoría, con muy pocas probabilidades de ser escuchadas en el proceso político nacional *después* de la aplicación de los estándares comunitarios de constitucionalidad) sugieren que la ampliación del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión a estos casos puede constituir de hecho una empresa muy modesta. Pero aun así, las consecuencias simbólicas, políticas y sistémicas sólo pueden ser descritas como radicales.

3. *Martínez Sala como el caso paradigmático sobre libre circulación de personas: cómo se ha convertido en un argumento de autoridad para toda la jurisprudencia*

Prueba de la importancia simbólica de *Martínez Sala* es el hecho de que se ha convertido en un argumento de autoridad incluso respecto de facultades de la libre circulación de personas que antes de ella eran objeto de una

Aunque se tratase de un caso de libre circulación de mercancías *par excellence*, Maduro invocó *Martínez Sala* y *Baumbast* para defender que también los residentes en Italia debían beneficiarse de la declaración de inconstitucionalidad europea de la ley nacional; de otro modo, el derecho de la Unión habría tolerado una discriminación residual de la minoría que ni pertenecía al municipio, ni al conjunto de la Unión a excepción de Italia.

(86) Conclusiones de la Abogado General Sharpston en C-212/06 *Gouvernement de la Communauté française and Gouvernement wallon* [2008] ECR I-01683, párrafos 154 y 157, en los que concluye que subordinar la concesión de una prestación social dirigida a aquellos que tienen a su cargo a personas con discapacidad a la residencia efectiva no sólo constituye una violación del Derecho comunitario a no ser discriminado de los ciudadanos no belgas que trabajen en Flandes pero que no tienen fijada allí su residencia, sino que a los propios belgas el Derecho comunitario les reconoce un derecho similar si están en la misma situación. Ésta no puede ser considerada una situación meramente interna porque se trata de otro caso de discriminación residual. Bastante sutilmente la Abogado General predijo que era muy poco probable que el Tribunal siguiera su línea argumental, cosa que de hecho no hizo.

jurisprudencia estable por parte del Tribunal (y respecto de los que no es un «leading case», sino la mera aplicación de otras decisiones que sí lo eran). Hasta enero de 2008 *Martínez Sala* fue considerado de esta forma en los siguientes asuntos:

— En cinco Conclusiones de Abogados Generales y en una decisión del Tribunal la afirmación de que no existe una única definición de trabajador en el Derecho comunitario se basaba en el párrafo 31 de la sentencia *Martínez Sala* (87);

— en ocho conclusiones de Abogados Generales y en dos sentencias del Tribunal se hacía referencia al párrafo 32 de la sentencia *Martínez Sala*, que reformulaba la amplia interpretación de trabajador a efectos del artículo 48 TCE y del Reglamento 1612/68 (88);

— en seis conclusiones de Abogados Generales y en cinco sentencias del Tribunal se hacía referencia al párrafo 36 de *Martínez Sala*, dado que reformulaba la amplia interpretación de qué es un trabajador en atención a efectos del artículo 51 TCE y del Reglamento 1408/71 (89);

(87) Conclusiones del Abogado General Cosmas en C-411/98, *Ferliri* [2000] ECR I-8081, párrafo 50; conclusiones del Abogado General Jacobs en C-95/99, *Khalil* [2001] ECR I-7413, párrafo 46; conclusiones del Abogado General Geelhoed en C-256/01, *Allonby* [2004] ECR I-873, párrafo 63; conclusiones de la Abogado General Kokott, en C-313/02, *Wippel* [2004] ECR I-9483, párrafo 43; conclusiones de la Abogado General Kokott, en C-302/02, *Laurin Effing* [2005] ECR I-553, párrafo 26; Sentencia del Tribunal en C-543/03, *Dodl* [2005], I-5049, párrafo 27.

(88) Sentencia en el Asunto C-337/97, *Meussen* [1999] ECR I-3289, párrafo 13; conclusiones del Abogado General Geelhoed, C-109/01 *Akrich* [2003] ECR I-9607, párrafo 75; conclusiones del Abogado General Mischo, C-369/01, *Abatay* [2003] ECR I-12301, párrafo 159; Sentencia en el Asunto C-138/02, *Collins* [2004] ECR I-2703, párrafo 26; conclusiones del Abogado General Geelhoed en C-256/01, *Allonby* [2004] ECR I-873, párrafo 67; conclusiones de la Abogado General Kokott, en C-302/02, *Laurin Effing* [2005] ECR I-553, párrafo 47; conclusiones del Abogado General Léger, en C-152/03, *Ritter Coulais* [2006] ECR I-1711, párrafo 32; conclusiones del Abogado General Léger, en C-20/03, *Burmanjer* [2005] ECR I-4133, párrafo 19; conclusiones del Abogado General Ruiz Jarabo, en C-258/04, *Ioannidis* [2005] ECR I-8275, párrafo 39; conclusiones del Abogado General AG Léger, en C-520/04, *Turpeinen* [2006] ECR I-10685, párrafo 56.

(89) Sentencia en el Asunto C-275/96, *Kuusijärvi* [1998] ECR I-3419, párrafo 21; Sentencia en el Asunto C-262/96 [1999] ECR I-2685, párrafo 86; conclusiones del Abogado General Cosmas en el Asunto C-411/98, *Ferliri* [2000] ECR I-8081, párrafo 44; conclusiones del Abogado General Saggio en el Asunto C-135/99, *Essen* [2000] ECR I-10409, párrafo 16; conclusiones del Abogado General Tizzano en el Asunto C-212/00, *Stallone* [2001] ECR I-7625, párrafo 14; conclusiones del Abogado General Jacobs en C-28/00, *Kauer* [2002] ECR I-1343, párrafo 43; Sentencia en el Asunto C-302/02, *Laurin Effing* [2005] ECR I-553, párrafo 32; Sentencia en el Asunto C-372/02, *Adanez Vega* [2004] ECR I-10761, párrafo 46; conclusiones del Abogado General Ja-

— en dos ocasiones un Abogado General y en una el propio Tribunal afirmaron que las concepciones del derecho de residencia derivadas de los Reglamentos 1408/71 y 1612/68 podrían solaparse, sobre la base del parágrafo 27 de *Martínez Sala* (90);

— cuatro conclusiones de Abogados Generales y una sentencia del Tribunal invocaron el parágrafo 25 de *Martínez Sala* para determinar cómo deberían ser definidas las ventajas sociales en el Derecho comunitario (91);

— cinco conclusiones de Abogados Generales y tres sentencias del Tribunal hicieron uso del parágrafo 32 de *Martínez Sala* para sustanciar la premisa de que la finalización de una relación laboral no implicaba que todos los derechos derivados del estatus de trabajador cesaran inmediatamente (92);

— un Abogado General invocó el parágrafo 53 de *Martínez Sala* para defender la naturaleza declarativa y no constitutiva del permiso de residencia (93);

— un Abogado General invocó *Martínez Sala* para fundamentar la caracterización del permiso de maternidad como un beneficio a efectos del Reglamento 1408/71; y un Abogado General hizo lo propio en relación a la definición de prestación familiar a los efectos del citado Reglamento (94).

rabo Colomer en C-138/02, *Collins* [2004] ECR I-2703, parágrafo 54 (la referencia era al parágrafo 44 de *Martínez Sala*); conclusiones del Abogado General Geelhoed, en C-543/03, *Dodl* [2005] ECR I-5049, parágrafo 11; Sentencia en el Asunto C-543/03, *Dodl* [2005] ECR I-5049, parágrafo 30.

(90) Sentencia en el Asunto C-185/96, *Commission v Greece* [1998] ECR 6601, parágrafo 19; conclusiones del Abogado General Alber en el Asunto C-85/99, *Offermanns* [2001] ECR I-3337, parágrafo 68; conclusiones del Abogado General Alber en C-184/99, *Grzelczyk* [2001] ECR I-6193, párrafos 92–93.

(91) Sentencia en el Asunto C-185/96, *Commission v Greece* [1998] ECR 6601, parágrafo 20; conclusiones del Abogado General Jarabo Colomer, en C-138/02, *Collins* [2004] ECR I-2703, parágrafo 19; conclusiones del Abogado General Geelhoed en C-413/01, *Ninni-Orasche* [2003] ECR I-13187, parágrafo 43; conclusiones del Abogado General Tizzano en los Asuntos acumulados C-502/01 y 31/02, *Gaumain-Cerri* [2004] ECR I-6483, parágrafo 134; conclusiones de la Abogado General Kokott, en C-302/02, *Laurin Effing* [2005] ECR I-553, parágrafo 60.

(92) Conclusiones del Abogado General Alber en C-33/99, *Fahmi* [2001] ECR I-2415, parágrafo 66; en el mismo asunto, Sentencia, parágrafo 42; conclusiones del Abogado General Jacobs en C-43/99, *Leclere and Deaconescu* [2001], ECR I-4265, parágrafo 94; en el mismo asunto, Sentencia, parágrafo 55; Sentencia en el Asunto C-388/99, *Rundgren* [2001] ECR I-3731, parágrafo 32; conclusiones del Abogado General en C-138/02, *Collins* [2004] ECR I-2703, párrafos 29-33; conclusiones del Abogado General Geelhoed, en C-413/01, *Ninni-Orasche* [2003] ECR I-13187, parágrafo 42; conclusiones de la Abogado General Kokott, en C-302/02, *Laurin Effing* [2005] ECR I-553, parágrafo 50.

(93) Conclusiones del Abogado General Alber, en C-184/99, *Grzelczyk* [2001] ECR I-6193, parágrafo 87.

(94) Conclusiones de la Abogado General Kokott, en C-302/02, *Laurin Effing* [2005] ECR I-553, parágrafo 61; conclusiones del Abogado General Jacobs, en C-333/00, *Maaheimo* [2002] ECR I-10087, parágrafo 27.

Esta práctica podría sugerir que *Martínez Sala* se ha convertido en la sentencia de referencia acerca de la libre circulación de personas; tan es así que de hecho los Abogados Generales e incluso el Tribunal han empezado a considerar que la fuerza jurídica de elementos de la jurisprudencia anterior a *Martínez Sala* y *Baumbast* dependía de su confirmación en esos casos. Este papel fundamental que se le atribuye a *Martínez Sala* puede ser aún mejor ilustrado con el uso que el Abogado General Tizzano hace del precedente en *Stallone*. En el párrafo 14 de sus conclusiones, Tizzano apoya su afirmación de que la situación del caso no es puramente interna en el hecho de que el quinto considerando del Reglamento 1408/71 se refiere no sólo a trabajadores, sino también a los miembros de su familia; tal argumento es respaldado con una referencia al párrafo 44 de la sentencia *Martínez Sala*, que realmente se refiere a un asunto muy diferente (en concreto, a si el demandante podía ser considerado un trabajador si estaba asegurado respecto de un riesgo particular en Alemania). Incluso aunque se tratase de una mera errata, ello revelaría la importancia atribuida a *Martínez Sala*, que los jueces europeos entienden necesario citar como elemento de autoridad en la materia.

III. VALORACIÓN JURÍDICA Y NORMATIVA DE *MARTÍNEZ SALA* Y *BAUMBAST*

Tras haber reconstruido la jurisprudencia anterior a Maastricht acerca de la libre circulación de trabajadores y analizado los cambios operados por las sentencias del Tribunal, principalmente *Martínez Sala* y *Baumbast*, es el momento de valorar en términos de dogmática jurídica y de política general las implicaciones del giro operado en el Derecho comunitario. En concreto, resulta pertinente considerar 1) si es adecuado caracterizar el doble «leading case» como un punto de inflexión en la evolución del Derecho comunitario, que habría ejercido una influencia decisiva en su naturaleza en tanto que ordenamiento jurídico y se habría concretado en la transformación de la libre circulación de trabajadores en la libre circulación de ciudadanos; 2) si *Martínez Sala* y *Baumbast* habrían renovado realmente la promesa emancipadora del Derecho comunitario al hacer del ciudadano político, y no meramente del mercado, el punto de referencia central del Derecho comunitario. Como veremos a continuación, ambas cuestiones son distintas y deben permanecer diferenciadas, pese a que las respuestas a las mismas estén profundamente relacionadas.

1. ¿Una revolución jurídica?

Como ya se ha mencionado, las principales novedades derivadas de las sentencias *Martínez Sala* y *Baumbast* consisten en la ampliación del ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la libertad de circulación de personas en Derecho comunitario. Se ha entendido que la inclusión de las disposiciones sobre ciudadanía en el TCE significó que la libre circulación de personas no fuera esencialmente considerada como especificación o concreción del principio de no discriminación en razón de la nacionalidad, sino concebida de forma más amplia como una de las facultades fundamentales derivadas de la ciudadanía europea en tanto que estatus fundamental de todos los europeos (siendo uno, pero el único, de esos derechos el de no ser discriminado por razón de la nacionalidad). Esto ha conducido al reconocimiento de un derecho común a la libertad personal de circulación a los ciudadanos que no eran económicamente activos y que, por tanto, no podían ser calificados como trabajadores. Ello, no obstante, no significa que los ciudadanos europeos tengan automáticamente los mismos derechos de residencia que los nacionales en todos los Estados miembros. Como hemos comentado en páginas anteriores, la jurisprudencia del Tribunal en la estela de *Martínez Sala* y *Baumbast* ha dejado claro que la ampliación del ámbito de aplicación personal de la libertad de circulación no llega tan lejos, y de hecho sólo alcanza a los «ciudadanos supranacionales», que pueden ser económicamente inactivos pero que tienen al menos vínculos sociales estables con el Estado miembro en razón de una residencia legal previa. Igualmente, esta jurisprudencia ha situado dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario las normas y políticas nacionales que antes eran consideradas como completamente exentas de todo control de constitucionalidad europea, aumentando asimismo el nivel de injerencia de la libre circulación en las relaciones entre los estados y sus nacionales.

Es suficiente con considerar la jurisprudencia del Tribunal tal y como había evolucionado antes del Tratado de Maastricht para darse cuenta de que *Martínez Sala* y *Baumbast* no son sentencias revolucionarias, sino casos importantes que explicitaron y propulsaron los principales elementos de la jurisprudencia del Tribunal. Dicho con otras palabras, su importancia no reside tanto en su carácter revolucionario (sus implicaciones estructurales y sustantivas son bastante congruentes con la jurisprudencia anterior del Tribunal, hasta el punto de que uno puede argumentar que el Tribunal podría haber decidido en esos mismos términos incluso sin la explícita referencia a las disposiciones sobre ciudadanía

en el Derecho primario de la Unión) (95) cuanto en el hecho de que impulsaron el proceso de «abstracción» y «humanización» en la definición de los titulares de derechos derivados de la libre circulación comunitaria; al tiempo que incrementaron la relevancia reguladora del Derecho comunitario en las relaciones jurídicas entre un Estado y sus propios nacionales.

De hecho, puede considerarse que *Martínez Sala* y *Baumbast* han contribuido al reconocimiento generalizado de la concepción «política» de la libre circulación de personas, reavivada por la jurisprudencia del Tribunal desde sus primeros pronunciamientos sobre el asunto, poniendo así en evidencia la consistencia de la concepción de la libre circulación de personas como mero medio de resolución de problemas y de mejora de la eficacia. La única gran diferencia quizás sea el hecho de que la jurisprudencia anterior a Maastricht parecía basar su concepción de la libre circulación en una libertad general de acción implícita sobre la que necesariamente se apoyaban las cuatro libertades económicas fundamentales; mientras que desde *Martínez Sala*, el nuevo principio explicativo de la libre circulación de personas es la ciudadanía europea en tanto que vínculo político supranacional. Pero, al margen de la discusión general a propósito de la relación entre ciudadanía y libertad general, especialmente cuando se hace en referencia a competencias de carácter económico, debe hacerse hincapié en que la continuidad queda probada por el hecho de que la ciudadanía, como antes la libertad general, desempeña el mismo papel estructural a la hora de justificar la declaración de inconstitucionalidad de las normas nacionales, en razón no de su carácter no discriminatorio, sino de la identificación de obstáculos para el disfrute de cualquier libertad económica fundamental.

Las lógicas conexiones sustantivas entre la jurisprudencia tradicional acerca de la libre circulación de trabajadores y *Martínez Sala* y *Baumbast* pueden verse oscurecidas por el lacónico estilo de algunas de las sentencias del Tribunal (96), pero resultan más fáciles de discernir en las conclusiones de algunos Abogados Generales, y muy especialmente de La Pégola en *Martínez Sala*. De hecho, el argumento del recientemente desaparecido Abogado General se sustenta en la premisa de que la ciudadanía europea constituye un fundamento autónomo del haz de derechos y facultades comunitarias:

(95) Habría que haber esperado mucho tiempo para que se produjese un pronunciamiento judicial equivalente en ausencia de las disposiciones sobre ciudadanía. Pero la exitosa dilatación del significado de ciudadano de mercado, que alcanzó su punto álgido en *Cowan*, condujo lógicamente al reconocimiento del estatus y a la problemática del ciudadano supranacional.

(96) No obstante, véase el Asunto C-274/96 *Bickel and Franz* [1998] ECR I-07637, párrafos 15-16, en donde el Tribunal hace una referencia a *Cowan* harto reveladora.

«[La ciudadanía de la Unión] es la situación jurídica, digamos, de base, garantizada al ciudadano de cualquier Estado miembro por el ordenamiento jurídico de la Comunidad, y actualmente de la Unión. Así se desprende de las disposiciones inequívocas de los dos apartados del artículo 8 del Tratado [...] En virtud de la norma primaria, se confiere directamente a la persona, formalmente reconocida en adelante como sujeto de derecho, la ciudadanía de la Unión, que se adquiere y se pierde junto con la nacionalidad del Estado nacional al que se pertenece, y de ningún otro modo» (97).

Sin embargo, fue muy explícito al señalar que este nuevo fundamento era el resultado de elucidar el principio jurídico más abstracto que subyacía a los derechos preexistentes a la libre circulación de trabajadores, a la libertad de establecimiento y a la libertad de prestar y recibir servicios, haciendo así hincapié en la continuidad lógica en la evolución de la jurisprudencia sobre la libre circulación (98):

«Por tanto, el artículo 8 A desgajó de las restantes libertades de circulación esta libertad, que vemos ahora convertida en el derecho no sólo a circular, sino también a residir en cualquier Estado miembro: un derecho primario, en efecto, en el sentido de que figura como el primero de los derechos que lleva aparejada la ciudadanía de la Unión. Así es como se concibe y sistematiza la libertad de residencia en el Tratado. Se trata de un derecho no sólo derivado, sino inseparable de la ciudadanía de la Unión, en pie de igualdad con los restantes derechos expresamente concebidos como corolarios necesarios de dicho estatuto (véanse los arts. 8 B, 8 C y 8 D), nuevos y comunes indistintamente a todos los nacionales de los Estados miembros» (99).

y

«En otras palabras, la Unión diseñada en el Tratado de Maastricht obliga a englobar en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación el ámbito reservado a la nueva institución de la ciudadanía común. [...] Quiero señalar, asimismo, que la solución que propongo constituye un desarrollo coherente de la jurisprudencia, que ya ha procedido a una amplia y pormenorizada interpretación del principio de no discriminación. [...] Me pregunto, sin embargo, si, una vez

(97) Conclusiones del Abogado General La Pergola, párrafo 18.

(98) El Abogado General Geelhoed en *Baumbast* se refiere explícitamente a la evolución del ámbito de aplicación de la libertad de circulación, al tiempo que trata de relacionar esos cambios con transformaciones socio-económicas, algunas de las cuales no han sido debidamente analizadas en conjunto por el legislador comunitario.

(99) Conclusiones del Abogado General La Pergola, párrafo 18.

reconocido el derecho a la no discriminación de los usuarios de servicios, de toda la serie abstracta e indiscriminada de servicios que pueden prestárseles en cualquier Estado miembro [en la sentencia dictada en el asunto *Cowan*], el Tribunal de Justicia no debe, por coherencia, dar ese paso más que, a mi juicio, requiere la resolución del problema de que conoce en el presente procedimiento: el de considerar que este destinatario onnipotencial de servicios pueda fundarse también en su condición de ciudadano de la Unión para invocar la prohibición de discriminación en todos los ámbitos en los que la jurisprudencia la aplique» (100).

Resumiendo, *Martínez Sala* y *Baumbast* son dos sentencias lo suficientemente importantes como para ser consideradas «leading cases» en materia de libre circulación de personas, pero no porque hayan supuesto una ruptura radical adentrándose en terreno inexplorado, sino porque llevaron hasta sus últimas consecuencias e hicieron explícitas las premisas que operaban implícitamente en la anterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

(100) Parágrafo 23 de las Conclusiones. De igual modo, el Abogado General Geelhoed en *Baumbast*, parágrafo 105: «El artículo 18 CE añade a ambos conjuntos de normas un derecho de residencia general para el ciudadano de la Unión Europea. Este derecho —según el Abogado General Sr. La Pergola— está vinculado indisolublemente a la ciudadanía. El artículo 18 CE constituye —en mi opinión— la confirmación de un derecho fundamental para el ciudadano de la Unión Europea a circular y residir libremente en el territorio de la Unión Europea. Constituye el denominador común del derecho de circulación y residencia de los ciudadanos activos y no activos. Además, para las personas que no ejercen una actividad económica, el artículo 18 CE tiene un significado adicional. Desde la introducción del artículo 18 CE —por el Tratado de Maastricht— también las personas no activas infieren su derecho de circulación y residencia directamente del Tratado y, por consiguiente, este derecho ya no depende completamente de la apreciación del legislador del Derecho derivado». Véanse también las Conclusiones del Abogado General Geelhoed en el Asunto C-109/01, *Akrich* [2003] ECR I-9607, parágrafos 82–90. De hecho, muchos asuntos podrían haber sido razonados del mismo modo sin *Martínez Sala* y *Baumbast*. Considérese, por ejemplo, *Grzelczyk*. Podría afirmarse que mediante el establecimiento de un derecho de residencia de los estudiantes el legislador comunitario estaba haciendo efectivas las condiciones para el disfrute de oportunidades educativas a lo largo y ancho de la Unión. Esto hubiese requerido interpretar la frase «carga poco razonable sobre las finanzas públicas» de la Directiva 93/96 de forma restrictiva, porque el propio propósito de permitir la entrada en un Estado miembro para realizar estudios podría verse frustrado si los estudiantes fuesen a perder tal derecho cuando su situación financiera cambiase a peor: así, «carga poco razonable» no podría ser equivalente a «carga temporal». Esta interpretación es respaldada por la forma en la que el Abogado General Geelhoed distinguió *Grzelczyk* y *Ninni-Oresche*. Véanse las conclusiones al Asunto C-413/01 [2003] ECR I-13187, parágrafo 86; véanse asimismo las conclusiones del Abogado General Jarabo Colomer, en C-138/02, *Collins* [2004] ECR I-2703, parágrafo 67.

2. *¿Más humana pero menos social?*

Si podemos concluir que existe más continuidad que cambio en la jurisprudencia del Tribunal, entonces parece bastante obvio que debemos reflexionar acerca de la consistencia de la valoración normativa del doble «leading case» en tanto que motor de un supuesto proceso de «politización» de la Unión Europea (101). Al fin y al cabo, ¿cómo podría una ruptura abrupta articular una jurisprudencia que opera de acuerdo a la concepción de integración europea compartida en esos casos de los que se dice que se separa, y que lleva a su lógica conclusión las premisas de la anterior jurisprudencia?

De hecho, sostendré que *Martínez Sala* y *Baumbast* también llevan a su conclusión lógica los defectos normativos de la jurisprudencia del Tribunal sobre libre circulación de personas. El intento de avanzar una concepción política del proceso de integración europea mediante lo que es una libertad *económica* fundamental es paradójico. Los límites de este enfoque han devenido cada vez más claros. En concreto, la línea jurisprudencial encabezada por *Martínez Sala* y *Baumbast* pone de manifiesto muy claramente el subsiguiente grupo de tres problemas. Primero, el giro «ciudadano» se ha concretado en un proceso estructural de europeización y judicialización de importantes ámbitos del derecho y la política nacional, un desarrollo altamente problemático de acuerdo con la caracterización política y democrática de la integración. Segundo, tal desarrollo ha agravado el sesgo «individualista» y la lógica «conmutativa» de distribución y frente a la defensa de los bienes colectivos y la lógica «solidaria» en la distribución y redistribución de bienes, al tiempo que promovió la emancipación de los estándares comunitarios de control de constitucionalidad respecto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, y, por tanto, rompió una conexión democrática clave que asegura la legitimidad del Derecho constitucional de la Comunidad. Tercero, se ha tenido consecuencias distributivas muy problemáticas, reforzando el poder estructural de los trabajadores móviles (y más acomodados) en detrimento de los que no lo son (generalmente menos acomodados); y muy probablemente minando así el poder de los procesos democráticos de adopción de decisiones.

(101) Después de todo, si habitualmente se afirma que la restrictiva conceptualización económica del proceso de integración europea, que centra su atención sobre los asuntos y mecanismos económicos en detrimento de las cuestiones y soluciones políticas, determina la propia jurisprudencia del Tribunal, resulta complicado comprender cómo una ruptura política tan sustancial podría haber tenido lugar en dos vagones muy importantes del propio tren de razonamiento jurídico del Tribunal.

a) *Promoviendo la europeización y la judicialización del Derecho y la política nacional*

La ampliación explícita del ámbito de aplicación objetivo y subjetivo del derecho a la libre circulación de personas en el Derecho comunitario ha impulsado los procesos parejos de europeización y judicialización de la política y el Derecho nacionales. En concreto, lo ha extendido hacia ámbitos sensibles hasta entonces considerados de competencia exclusivamente nacional y completamente excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario (como ya se ha mencionado, ése es el caso paradigmático de las prestaciones sociales no contributivas).

Estos pronunciamientos judiciales se concretaron en la europeización de políticas, hasta el punto de que la ampliación del alcance y del ámbito de aplicación de la libre circulación implicó necesariamente el la sujeción a un potencial control de constitucionalidad europeo de todas las políticas y normas nacionales, incluyendo aquellas sobre las que la Unión Europea carecía de competencia sustantiva y que antes se suponían completamente excluidas del ámbito de aplicación del Derecho comunitario (102). Porque la europeización opera exclusivamente a través de la sujeción de cada vez más ámbitos del Derecho nacional al control de constitucionalidad europea, sin necesidad de establecer ningún poder para crear derecho o adoptar decisiones en la esfera supranacional (103), tal proceso implica la transferencia de los poderes de adopción de decisiones de los procedimientos políticos y representativos a los judiciales. O, dicho de otro modo, es un proceso de europeización a través de la judicialización.

A menos que uno asuma que siempre se sirve mejor la causa de la integración añadiendo nuevos poderes a la esfera supranacional de gobierno, y que ello es cierto con total independencia de qué tipo de poderes sean transferidos y cómo sean ejercidos, no resulta obvio que la europeización *per se* pueda ser considerada un desarrollo positivo desde un punto de vista normativo. Éste es

(102) Esto resultaba bastante obvio a tenor de la forma en la cual los hechos y el derecho aplicable al caso eran presentadas por las partes en *Martínez Sala*. Existía un amplio acuerdo acerca de cuál sería la solución adecuada al caso según el Derecho alemán y conforme a la libertad de circulación comunitaria. El desacuerdo giraba en torno a si existía un auténtico vínculo comunitario que llevase el caso al ámbito normativo del Derecho de la Unión Europea.

(103) Podría añadirse que incluso si tales poderes llegasen a ser creados, la actual división de tareas entre los procedimientos de adopción de decisiones genera una predisposición estructural a favor de las normas de creación de mercado y en contra de las medidas correctoras que también conduciría a la europeización mediante la judicialización, o incremento del poder de los jueces y no de los procedimientos políticos de adopción de decisiones.

especialmente el caso cuando la europeización implica una traslación del poder desde las instituciones políticas representativas hacia los tribunales. No sólo las credenciales democráticas de cualquier tribunal son por definición cuestionables, al margen de la aplicación silogística del derecho, sino que las del Tribunal de Justicia son particularmente problemáticas en todo lo concerniente al Estado de bienestar. Todos los tribunales tienen limitaciones institucionales cuando han de lidiar con instituciones legales distributivas y solidarias, porque carecen del conocimiento y la competencia normativa para revisar las decisiones políticas que subyacen a las mismas. A este respecto debemos añadir que la dramática reducción del ámbito de aplicación de las «situaciones puramente internas», y muy especialmente la cada vez mayor intromisión del Tribunal en situaciones de discriminación inversa, se suman al argumento de que el Tribunal de Justicia ha entrado en un terreno en el que sólo puede erosionar la legitimidad del Derecho de la Unión Europea. De hecho, el principio de no discriminación en razón de nacionalidad se asentaba en la asunción de que los procesos políticos nacionales resultaban en una discriminación patológica de los no nacionales dado que no estaban *representados* políticamente, mientras que el trato discriminatorio de los nacionales sería, tarde o temprano, corregido los procesos políticos nacionales. Ésta es la razón por la que la discriminación inversa no era objeto de control.

En concreto, es importante tener presente que la redefinición de los valores fundamentales de la libre circulación (de la no discriminación a la ciudadanía europea) fomenta un proceso de «emancipación» del parámetro de constitucionalidad europea respecto de las tradiciones constitucionales nacionales (104). Mientras la libre circulación de personas fue considerada una concreción del principio de no discriminación en razón de nacionalidad, los estándares constitucionales aplicados eran todavía nacionales, un resultado en completa consonancia con el determinante papel legal desempeñado por el conjunto de constituciones nacionales en tanto que verdadera constitución de la Unión Europea, y consecuentemente en tanto que clave de legitimidad democrática del ordena-

(104) De hecho, el Tribunal siguió aquí un camino muy parecido al marcado por la jurisprudencia en todas las demás libertades económicas fundamentales, refiriéndose la principal diferencia al momento y las razones para llevar a cabo esos cambios en la jurisprudencia. En términos de dogmática jurídica, la *ratio decidendi* de los primeros casos de referencia giraba en torno a la caracterización de la libre circulación de personas en tanto que operacionalización de la prohibición de toda discriminación directa en razón de nacionalidad; esta concepción fue más tarde expandida para incluir la discriminación indirecta; por último, una norma nacional pudo ser considerada inconstitucional desde el punto de vista del derecho de la Comunidad Europea incluso aunque no fuera discriminatoria, en tanto en cuanto crease obstáculos al ejercicio de la libertad de circulación.

miento constitucional sintético (105). Esto es así porque la no discriminación exige la revisión de la igualdad de trato entre nacionales y no nacionales y, como es bien sabido, la igualdad es un criterio meramente formal que necesita ser completado mediante referencia a estándares sustantivos específicos. Como acabamos de mencionar, esos estándares no fueron derivados del Derecho comunitario, sino que destilados del Derecho constitucional nacional. Pero una vez que afirmamos que la libre circulación puede ser infringida por medidas nacionales no discriminatorias estamos necesariamente emancipando el parámetro comunitario de revisión constitucional de los estándares sustantivos del Derecho constitucional nacional e implícitamente haciendo referencia a un estándar supranacional y trascendental diseñado por el Tribunal de Justicia (¿quién si no?) a partir de las disposiciones bastante abstractas y generales de los Tratados. La legitimidad democrática de todo ello es altamente problemática, como poco, dada la peculiar combinación de unos inexistentes debates constitucionales sobre las normas fundamentales de la Unión, el rudimentario carácter del proceso político europeo y la desconexión estructural de la adjudicación constitucional europea con los procesos políticos nacionales.

b) *La predisposición estructural sustantiva contra las normas jurídicas distributivas y solidarias: el encaje negativo de los derechos socioeconómicos*

Martínez Sala y Baumbast también han agravado la predisposición sustantiva del Derecho comunitario contra las normas jurídicas distributivas y solidarias. La razón es relativamente sencilla. Los estándares determinantes del control de constitucionalidad europea son las libertades económicas fundamentales. A pesar de que el reconocimiento del principio de protección de los derechos fundamentales en tanto que principio no escrito del Derecho comunitario y el progresivo desarrollo de la jurisprudencia hasta la solemne proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dieron cuerpo a un segundo elemento clave del parámetro europeo de constitucionalidad (106), todavía es el caso de que el Tribunal favorece estructuralmente en su revisión de las normas nacionales las libertades económicas fundamentales

(105) Sobre el carácter sintético del Derecho constitucional europeo, véase Agustín José MENÉNDEZ, «The European Democratic Challenge», *European Law Journal*, núm. 15 (2009), págs. 277-308.

(106) Agustín José MENÉNDEZ, «Chartering Europe», *Journal of Common Market Studies*, núm. 40 (2002), págs. 471-490.

(por cuanto los jueces analizan en primer lugar la adecuación respecto de las libertades económicas y sólo después de ello consideran si la defensa de un derecho fundamental «no económico» justifica la violación de una libertad económica) (107). Quizás resulta incluso más importante que la absorción de un ámbito material determinado por el alcance del Derecho comunitario conduzca a los jueces a reajustar las cuestiones relevantes al molde característico de las libertades económicas, a saber, mediante la identificación de los derechos individuales y subjetivos en juego, y controlando la observancia de los principios de la justicia conmutativa. Sin embargo, la naturaleza de muchas de las cuestiones subyacentes es simplemente distorsionada, resultando en lo que podría denominarse una «economización subrepticia». La lógica formal de los derechos económicos esconde abiertamente la lógica sustantiva de las obligaciones solidarias, que están fundadas en bienes colectivos y no en derechos individuales, y que se caracterizan por complejas relaciones multilaterales que deben regirse de acuerdo a principios de justicia distributiva y no conmutativa. Esto puede observarse en las sentencias del Tribunal de Justicia acerca de las consecuencias de *Martínez Sala* y *Baumbast* para la garantía de las prestaciones sociales no contributivas a los ciudadanos supranacionales. Mientras que la extensión de las libertades económicas a los no nacionales puede resultar en un juego de suma positiva, éste no es necesariamente el caso cuando tratamos con beneficios sociales, que institucionalizan lo que algunos ciudadanos deben a otros, y que, por tanto, implican necesariamente una redistribución de recursos. Concediendo que el establecimiento de una ciudadanía común exija un mínimo de solidaridad hacia los nacionales de otros Estados miembros, no habremos dado respuesta a la pregunta del millón de euros intrínseca al diseño de cualquier política de bienestar, verbigracia quién ha de ser beneficiario y quién no. Pretender que la expansión de los derechos sociales siempre conduce a una mejor protección del bienestar es sencillamente ilusorio, porque la clave de cualquier programa redistributivo es el empleo de los impuestos recaudados sobre algunos para cumplir con las obligaciones de justicia distributiva que se tienen con otros (108).

(107) De hecho, dos sentencias recientes y muy debatidas del Tribunal de Justicia se referían a la inconstitucionalidad de normas europeas en razón de su violación de derechos fundamentales. Véanse los Asuntos C-402/05, *Kadi* [2008] ECR I-06351, y C-345/06, *Heinrich*, pendiente de publicación.

(108) Lo que no significa que en general un sistema de bienestar bien concebido y generoso no pueda incrementar la riqueza global de una sociedad dada. Existen pruebas abundantes de que ése es el caso. Para una reciente reafirmación acúdase a Robert E. GOODIN, Bruce HEADEY y

De hecho, podría argumentarse que la retórica de la ciudadanía europea ha edulcorado el proceso de transformación de las libertades económicas, partiendo de las concreciones del principio de no discriminación hasta llegar a las libertades trascendentes que exigen dejar a un lado todas las normas nacionales que puedan constituir un obstáculo para la realización del mercado común (sin importar el objetivo que persigan). Aunque éste no es el lugar para hacerlo, merecería la pena explorar la relación entre *Martínez Sala y Baumbast*, la redefinición de la importancia de la libre circulación de capitales en la saga de sentencias sobre las *Acciones de oro*, la recaracterización de la creación del mercado como una base competencial en *Publicidad del Tabaco* y la mano abierta con la que se trata la libertad de establecimiento en detrimento de los derechos socioeconómicos colectivos en *Viking* y *Laval* (109).

c) *Las sustantivas implicaciones distributivas de la jurisprudencia*

Pero más allá del proceso estructural de transformación de los estándares de revisión de la constitucionalidad europea, ¿por qué no preguntarse quién se beneficia de *Martínez Sala y Baumbast*? O, dicho de otra manera, ¿podemos observar algún patrón en el perfil socioeconómico de los nuevos titulares de derechos?

A primera vista parecería que los beneficiarios, como en *Martínez Sala* o *Grzekzyck*, no tienen por qué ser necesariamente los más acomodados en la sociedad. Después de todo, *Martínez Sala* era una madre desempleada solicitando un permiso de maternidad, y *Grzekzyck* era un estudiante solicitando una beca que le permitiera dejar su trabajo por horas y concentrarse en la finalización de sus estudios. Pero, ¿es correcta esta primera impresión? En mi opinión no, por las siguientes tres razones. En primer lugar, los nuevos titulares de derechos añadidos por *Martínez Sala y Baumbast* al ámbito de aplicación subjetiva del Derecho comunitario deberían ser, por definición, aquellos capaces de asumir los costes que conlleva establecerse en otro Estado miembro sin el apoyo de un

Ruud MUFFELS, *The Real Worlds of Welfare Capitalism* (Cambridge, Cambridge University Press, 1999).

(109) Véanse los Asuntos C-376/98, *Germany v Parliament and Council (Tobacco Advertising)* [2000] ECR I-8419; C-367/98, *Commission v Portugal (Acciones de oro)* [2002] ECR I-4731; C-438/05, *Viking* [2007] ECR I-10779; C-341/05, *Laval* [2007] ECR-I 11767, y C-346/06, *Rüffert* [2008] ECR I-01989. La explicación teórica más convincente de los últimos años acerca de la integración europea, Alexander SOMEK, *Individualism* (Oxford, Oxford University Press, 2008), sienta las bases adecuadas para una teoría constitucional exigente en la materia.

empleo remunerado (110). Es probable que éste sea un conjunto muy variado, que puede incluir un número nada despreciable de ciudadanos que sería difícil describir como poco acomodados en la sociedad. Aun así, buena parte de los no nacionales a los que ahora protege el Derecho comunitario podrían en efecto necesitar protección desde una perspectiva distributiva. En segundo lugar, y centrándonos en mayor medida en el asunto que nos ocupa, las implicaciones distributivas clave giran en torno a la expansión del ámbito de aplicación objetivo de la libertad de circulación y, muy especialmente, a la expansión del alcance del control de constitucionalidad europea mediante la atribución de derechos a los ciudadanos frente a sus propios Estados. Estos derechos no sólo están diseñados para ser disfrutados por los nacionales con mayor movilidad (que en muchos casos tienden a ser los más acomodados, como de hecho se refleja en buen número de recientes casos del Tribunal), sino también al resto de nacionales, que podrían atribuirse la titularidad del derecho llevando el caso de manera un poco forzada al ámbito de aplicación del Derecho comunitario o simplemente haciendo su movimiento potencialmente creíble gracias a su propia situación económica. En tercer lugar, la expansión horizontal de los potenciales titulares de prestaciones no contributivas podría desincentivar a los Estados miembros que deseen establecer prestaciones sociales más generosas que la mayoría de los demás Estados miembros. El efecto disuasorio podría muy bien derivar no tanto de los costes reales a los que hayan conducido *Martínez Sala* y *Baumbast* como de la imposibilidad de mantener bajo control el coste real del programa una vez que la decisión acerca de quién es el titular del derecho viene determinada parcialmente por el Derecho comunitario.

IV. CONCLUSIÓN

Martínez Sala y *Baumbast* revelan la ambivalente naturaleza de las ampliaciones injustificadas de derechos en lo que podría parecer una dirección «cosmopolita». En razón de que todos los derechos fundamentales, y muy especialmente los socioeconómicos, son una institucionalización de complejas relaciones de obligación mutua, dista de ser obvio que el reconocimiento de nuevos derechos no tenga como precio la denegación o al menos el debilitamiento de otros derechos preexistentes. Es rara la ocasión en la que la cuestión clave es si se debe ampliar el alcance de un derecho, sino más bien en la mayor parte de las

(110) Y, además, capaces de movilizar el Derecho comunitario a su favor mediante la contratación de los servicios jurídicos apropiados.

ocasiones, lo fundamental es determinar cómo debería reequilibrarse la relación entre los diferentes derechos en conflicto. De igual manera, la cuestión clave no es si los europeos deben ser solidarios, sino a través de qué mecanismos institucionales concretos y sobre la base de qué obligaciones. Por lo tanto, no es sólo importante que exista una solidaridad europea, sino también *de quién y hacia quién es* la solidaridad europea que el Derecho comunitario hace valer. Desde esta perspectiva, *Martínez Sala* y *Baumbast* son sentencias muy ambiguas, porque pueden haber ampliado los criterios de atribución de contribuciones solidarias al precio de reducir en realidad el contenido sustantivo de los derechos. Así que tal vez el ciudadano de mercado no está muerto, sino que simplemente se haya travestido con los ropajes del ciudadano político.