

pueden sobrepasar el marco de lo que es necesario a la protección de estas necesidades 'en una sociedad democrática'"⁴¹.

Aunque en este caso la decisión de las autoridades nacionales francesas era contraria a las disposiciones expresas del derecho comunitario, del razonamiento del TJCE en el párrafo transcrito podría deducirse que, dado que en esta materia el derecho comunitario escrito es una manifestación específica de un principio general, este principio general forma parte del régimen comunitario que controla las actuaciones de los Estados miembros al aplicar la derogación de orden público. De ahí podría seguirse que una práctica estatal que violara dicho principio general sería contraria al derecho comunitario, aunque no violara ninguna disposición específica o expresa de derecho comunitario⁴². Este argumento parece haber sido recogido por la Comisión y el Abogado General en el caso *Cinéthèque*⁴³. Pero antes de pasar a analizar este caso es preciso todavía mencionar dos otras sentencias previas, en los casos *Watson & Belmann*⁴⁴ y *Johnston*⁴⁵.

⁴¹ Traducido del francés: "*que, dans leur ensemble, ces limitations apportées aux pouvoirs des Etats membres en matière de police des étrangers se présentent comme la manifestation spécifique d'un principe plus général consacré par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, ratifiée par tous les Etats membres, et de l'article 2 du protocole n° 4 à la même Convention, signé à Strasbourg le 16 septembre 1963, qui disposent en des termes identiques que les atteintes portées en vertu des besoins de l'ordre et de la sécurité publics, aux droits garantis par les articles cités ne sauraient dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de ces besoins 'dans une société démocratique'*", Rec. 1975, p. 1232.

⁴² Véase WEILER, "Methods of Protection: Towards a Second...", *op. cit.* p. 611, y también DRZEMCZEWSKI, *op. cit.*, p. 131. Comp. con LENAERTS, *op. cit.*, p. 584.

⁴³ Sentencia del TJCE de 11 de julio de 1985, ass. 60 y 61/84, *Cinéthèque SA et autres contre Fédération nationale des cinémas français*, Rec. 1985, pp. 2605 y ss.

⁴⁴ Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1976, as. 118/75, *Lynne Watson et Alessandro Belmann*, Rec. 1976, pp. 1185 y ss.

⁴⁵ Sentencia del TJCE de 15 de mayo de 1986, as. 222/84, *Marguerite Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Rec. 1986, pp. 1651 y ss.

En el primero de estos casos, la cuestión sometida al TJCE por la vía prejudicial versaba sobre la compatibilidad con el derecho comunitario de la legislación italiana que establecía la obligación a los extranjeros de presentarse a las autoridades de policía, durante los tres días siguientes a la entrada en territorio italiano, con objeto de "darse a conocer"; el incumplimiento de esta obligación era sancionado con penas de multa, arresto y, eventualmente, expulsión. Los recurrentes invocaban no sólo los artículos 48 a 66 del Tratado, sino también el respeto a los derechos fundamentales comunes a los Estados miembros y reconocidos por el CEDH, añadiendo que el TJCE era competente para pronunciarse sobre el alcance de las disposiciones de dicho Convenio y sus efectos en los ordenamientos internos de los Estados miembros.

El *Pretore* de Milán, en la formulación de su cuestión, recogió este aspecto, pidiendo al TJCE que se pronunciara sobre si los principios fundamentales del derecho comunitario incluían también los principios comunes a los Estados miembros, en particular los enunciados y protegidos por el CEDH, de manera que las disposiciones nacionales que violaran dichos principios debían ser inaplicadas.

También la Comisión, en sus observaciones, se refirió al CEDH, verificando la compatibilidad de la legislación italiana en litigio no sólo con los preceptos del Tratado, sino, además, con los artículos 8 y 14 de dicho Convenio. El gobierno del Reino Unido, por el contrario, estimó que el TJCE no era competente para pronunciarse sobre la adecuación de un acto nacional al Convenio, competencia que correspondía únicamente a las jurisdicciones nacionales y a los órganos creados por el Convenio.

El Abogado General TRABUCCHI, por su parte, adoptó una posición bastante próxima a las tesis de los recurrentes y la Comisión:

*"el Tribunal también..., sin invadir las competencias propias de otras jurisdicciones, podrá censurar la violación de un derecho fundamental por una autoridad estatal, sino en la misma medida que podría hacerlo en el marco del control de la validez de los actos comunitarios, al menos en la medida en que el derecho fundamental cuya violación se alega pueda relacionarse con la protección de un derecho económico que constituya uno de los objetivos específicos del Tratado. A falta de esta relación, en efecto, la acción de los Estados frente a los particulares no sería susceptible de tener una significación en el sistema comunitario"*⁴⁶.

El TJCE, en su sentencia, se abstuvo de pronunciarse sobre este punto, centrándose en la interpretación únicamente de las disposiciones específicas de los Tratados.

En el asunto *Johnston*, el TJCE interpretó el artículo 6 de la Directiva 76/207 del Consejo⁴⁷ relativa a la igualdad de trato entre trabajadores femeninos y masculinos, a la luz de los artículos 6 y 13 del Convenio de Roma, que establecen el derecho a una tutela judicial efectiva de los derechos:

"El control judicial impuesto por dicho artículo es la expresión de un principio general del Derecho que es básico en las tradiciones

⁴⁶ Traducido del francés: *"la Cour aussi, ..., sans empiéter sur les compétences propres d'autres juridictions, pourra censurer la violation d'un droit fondamental par une autorité étatique sinon dans la même mesure qu'elle pourrait le faire dans le cadre du contrôle de la validité des actes communautaires, du moins dans la mesure où le droit fondamental dont la violation est alléguée peut être rapporté à la protection d'un droit économique constituant un des objets spécifiques du traité. A défaut de ce lien, en effet, l'action de l'Etat à l'égard des particuliers ne serait pas susceptible de jouer un rôle dans le système communautaire"*, Conclusiones del Abogado General TRABUCCHI al caso *Watson & Belman*, presentadas el 2 de junio de 1976, as. 118/75, *Lynne Watson et Alessandro Belmann*, Rec. 1976, pp. 1201 y ss., p. 1207.

⁴⁷ Directiva de 9 de febrero de 1976, JOCE L 39, de 14 de febrero de 1976, p. 40, EE 05/02, p 70.

*constitucionales comunes a los Estados miembros. Este principio está igualmente consagrado por los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales. Como ha sido reconocido en la Declaración común del Parlamento, del Consejo y de la Comisión, de 5 de abril de 1977 (DOCE C 103, p.1) y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, conviene tener en cuenta, en el marco del Derecho comunitario, los principios en los que se inspira dicho Convenio"*⁴⁸.

Una vez más, los principios generales que encuentran su origen en el Convenio se recogen en relación a una disposición expresa del derecho comunitario; en este caso, para interpretar el alcance de una disposición de la directiva.

La sentencia *Cinéthèque*, a la que antes se ha hecho referencia, ha sido quizás la más polémica. En este caso se plantearon ante el TJCE, por vía prejudicial, una serie de cuestiones relativas a la legislación francesa que prohíbe la difusión de películas en video antes de transcurrido un cierto tiempo de su puesta en circulación en las salas de cine. Dado que dicha normativa afectaba también a la exportación de las cintas de video, se invocó su posible incompatibilidad con el derecho comunitario, concretamente las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías de los artículos 30 a 36. Pero además, se planteaba también que la legislación nacional era contraria al derecho a la libertad de expresión, protegido por el artículo 10 del CEDH. No cabe ninguna duda de que la libertad de expresión, protegida por el artículo 10 del Convenio, forma parte integrante de los principios generales del derecho comunitario que el TJCE garantiza; por otro lado, baste señalar que tanto la

⁴⁸ Rec. 1986, p. 1682.

Comisión como el Abogado General entendieron que no se había producido por la legislación francesa ninguna violación de dicho derecho. La cuestión más controvertida radicaba en determinar si el principio general comunitario que protege la libertad de expresión podía actuar como control de la actividad de los Estados miembros en las circunstancias de este caso.

Respecto a ello, la Comisión, en sus observaciones, se pronunció claramente partidaria de que todas las derogaciones permitidas por los Tratados a las libertades fundamentales comunitarias debían interpretarse a la luz del CEDH, y que el TJCE era competente para controlar dicha cuestión. Por su parte, basándose en la sentencia *Rutili*, el Abogado General SLYNN adoptó una postura parecida a la de la Comisión:

"En nuestra opinión, la Comisión tiene razón al afirmar que las derogaciones al artículo 36 y que el alcance de las "exigencias imperativas" que tienen por efecto sustraer una medida del campo de aplicación del artículo 30 deben interpretarse a la luz del Convenio.

*Que la libertad de palabra o de expresión es un elemento del derecho comunitario en los ámbitos en los que tiene una relación con las actividades de la Comunidad puede admitirse a efectos del presente litigio"*⁴⁹.

⁴⁹ Traducido del francés: "À notre avis, la Commission a raison d'affirmer que les dérogations à l'article 36 et que la portée des "exigences impératives" qui ont pour effet de faire sortir une mesure du champ d'application de l'article 30 doivent être interprétées à la lumière de la Convention. Que la liberté de parole ou d'expression soit un élément du droit communautaire dans les domaines où elle a un rapport avec les activités de la Communauté peut être admis pour les besoins de la présente espèce", Conclusiones del Abogado General SLYNN presentadas el 20 de marzo de 1985, ass. 60 y 61/84, *Cinéthèque SA et autres contre Fédération nationale des cinémas français*, Rec. 1985, pp. 2606 y ss., p. 2616.

El TJCE no siguió esta tesis. De su sentencia interesa destacar:

"Es necesario observar en segundo lugar que, en principio, el Tratado deja a los Estados miembros la apreciación de la necesidad de tal régimen [que regule la relación entre la distribución cinematográfica y en video de películas], de la forma que este régimen debe revestir, así como de los plazos que deben imponerse en su caso

(...)

Si bien es cierto que incumbe al Tribunal asegurar el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito propio del derecho comunitario, no le corresponde, en cambio, examinar la compatibilidad con el Convenio europeo de una ley nacional que se sitúa, como en este caso, dentro de un ámbito que corresponde a la apreciación del legislador nacional"⁵⁰.

Detrás de esta actitud estricta del TJCE pueden suponerse diversas consideraciones. Por ejemplo, una actitud de cautela y de respeto frente a las competencias de las jurisdicciones nacionales y también un intento de evitar tener que pronunciarse en un supuesto complicado sobre el alcance del artículo 10 del CEDH, corriendo el riesgo de invadir las competencias del TEDH o de incurrir en divergencias con su jurisprudencia⁵¹.

⁵⁰ Traducido del francés: "Il convient d'observer en second lieu que, en principe, le traité laisse aux Etats membres l'appréciation de la nécessité d'un tel régime [que regule la relación entre la distribución cinematográfica y en video de películas], de la forme que ce régime doit revêtir, ainsi que des délais qu'il convient d'imposer le cas échéant. (...) S'il est vrai qu'il incombe à la Cour d'assurer le respect des droits fondamentaux dans le domaine propre du droit communautaire, il ne lui appartient pas, pour autant, d'examiner la compatibilité, avec la Convention européenne, d'une loi nationale qui se situe, comme en l'occurrence, dans un domaine qui relève de l'appréciation du législateur national", Rec. 1985, p. 2626.

⁵¹ En este sentido, MANCINI, F.; DI BUCCI, V.: "Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire", en *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. I, Book 1, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1990, pp. 27-52, p. 42.

El punto conflictivo radica en dilucidar qué actuaciones pueden ser consideradas dentro del "ámbito del derecho comunitario". Dos sentencias posteriores pueden servir para ilustrar esta problemática.

En la sentencia *Demirel*, citada ya en otro contexto, el TJCE declaró que la aplicación en este caso del artículo 8 del CEDH no era pertinente. Después de negar el efecto directo de diversas disposiciones del acuerdo de asociación entre la Comunidad Europea y Turquía relativas a la libre circulación en la Comunidad de los trabajadores turcos y de sus familias, el TJCE afirmó:

*"...procede hacer constar que este Tribunal, como ya declaró en su sentencia de 11 de julio de 1985 (...), debe velar por el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho comunitario, pero no puede apreciar la compatibilidad de una normativa nacional ajena al ordenamiento comunitario con el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos. Ahora bien, como se desprende de la respuesta dada a la primera cuestión, no existe aún una norma de Derecho comunitario que defina los requisitos con arreglo a los cuales los Estados miembros deben autorizar la reagrupación familiar de los trabajadores turcos lícitamente instalados en la Comunidad. Por lo tanto, la normativa nacional impugnada en el asunto principal no tenía que ejecutar disposición alguna de Derecho comunitario. De conformidad con lo expuesto, este Tribunal no es competente para apreciar la compatibilidad de una normativa nacional como la de autos con los principios consagrados por el artículo 8 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos"*⁵².

⁵² Sentencia del TJCE de 30 de setiembre de 1987, *cit.*, Rec. 1987, p. 3754.

Por el contrario en el asunto *Klensch*⁵³ nos hallamos ante un supuesto totalmente diferente. La normativa interna aquí cuestionada hacía referencia a determinadas medidas adoptadas por el gobierno luxemburgués respecto a la administración del sistema de cuotas lecheras, establecido en los reglamentos del Consejo nº 804/68 y 857/84, que se consideraban discriminatorias. El TJCE pudo resolver el caso perfectamente en virtud del artículo 40, apartado 3, del Tratado, que prohíbe toda discriminación entre productores en el marco de las organizaciones comunes de mercados agrícolas, al establecer que dicho artículo:

*"...contempla todas las medidas relativas a la organización común de los mercados agrícolas, independientemente de la autoridad que las dicte. Por consiguiente, también obliga a los Estados miembros cuando participan en la puesta en funcionamiento de esta organización"*⁵⁴.

Pero es que además añadió:

*"Esta observación es tanto más evidente cuanto que, en virtud de una jurisprudencia constante (...), la prohibición de discriminación mencionada en el apartado 3 del artículo 40 del Tratado no es sino la expresión específica del principio general de igualdad que forma parte de los principios fundamentales del ordenamiento comunitario"*⁵⁵.

El supuesto del caso *Klensch* es claramente distinto al de los casos *Demirel* y *Cinéthèque*. Aquí el gobierno luxemburgués estaba actuando dentro

⁵³ Sentencia del TJCE de 25 de noviembre de 1986, ass. 201 y 101/85, *Marthe Klensch y otros contra Secretario de Estado para la Agricultura y la Viticultura*, Rec. 1986, pp. 3477 y ss.

⁵⁴ Rec. 1986, p. 3507.

⁵⁵ Rec. 1986, p. 3507.

del marco de una política comunitaria positiva. A pesar de que los reglamentos en cuestión dejaban un cierto margen de maniobra, restringido, a los Estados miembros, se podría decir que éstos actuaban, en su aplicación, como una rama del ejecutivo comunitario. Por ello es perfectamente lógico que el TJCE controle a la autoridades nacionales con los mismos estándar que si se tratara de las instituciones de la Comunidad.

En la misma línea se plantea también el asunto *Wachauf*⁵⁶. El demandante en el asunto principal explotaba una finca agraria como arrendatario. A la conclusión del contrato de arrendamiento, solicitó una indemnización por el abandono definitivo de la producción lechera, con arreglo a la Ley alemana sobre la concesión de una indemnización por el abandono de la producción lechera para el mercado de 17 de julio de 1984, y su reglamento de aplicación. Esta legislación se basa en la normativa comunitaria aplicable al sector de la leche. Las autoridades nacionales denegaron dicha indemnización dado que la normativa exigía para ello el consentimiento del arrendador. El TJCE reconoció que:

"...procede señalar que una normativa comunitaria que privara sin compensación alguna al arrendatario, al término del contrato de arrendamiento, del fruto de su trabajo y de las inversiones por él efectuadas en la explotación arrendada, sería incompatible con las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario. Dichas exigencias vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria, de lo que

⁵⁶ Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1989, as. 5/88, *Hubert Wachauf contra República Federal de Alemania*, Rec. 1989, pp. 2609 y ss.

resulta que estos últimos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no menoscaben tales exigencias"⁵⁷.

El TJCE estimó, sin embargo que la normativa comunitaria permitía una interpretación que no vulneraba los derechos fundamentales y, por tanto, era perfectamente válida. Las autoridades estatales debían aplicar la normativa según esta interpretación.

A partir de estos casos se plantea si el control, por parte del TJCE, de los actos nacionales en relación a los derechos fundamentales, es únicamente predicable de aquellos supuestos en los que los Estados miembros actúen como "ejecutores" de una política comunitaria. Para WEILER la respuesta debe ser negativa. Este autor, en una interpretación extensiva de la sentencia *Klensch*, considera que siempre que una determinada medida entre en un área material cubierta por una política comunitaria, aunque dentro de ella se permita a los Estados miembros la adopción de medidas estatales en mayor o menor medida, el control del TJCE de los derechos fundamentales es posible. El compromiso de la Comunidad y de su Tribunal de Justicia con la protección de los derechos fundamentales debe suponer que en el momento en que un individuo actúa en un área ocupada por una política comunitaria está amparado por la protección

⁵⁷ Rec. 1989, pp. 2639-2640. En términos parecidos se había pronunciado también el Abogado General: "*Considero además que los Estados miembros, cuando aplican el Derecho comunitario, también están obligados a velar por el principio del respeto de la propiedad..... Aunque la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sólo se haya referido hasta la fecha al respeto del derecho de propiedad por parte del propio legislador comunitario, procede aplicar, a mi juicio, los mismos principios a la aplicación del Derecho comunitario por los Estados miembros: me parece evidente, en efecto, que cuando actúan en virtud de facultades conferidas por el Derecho comunitario, los Estados miembros deberán someterse a las mismas obligaciones que el legislador comunitario en cualquier situación en que haya de aplicarse el principio del respeto de los derechos fundamentales*", Conclusiones del Abogado General JACOBS, presentadas el 27 de abril de 1989, as. 5/88, *Hubert Wachauf contra República Federal de Alemania*, Rec. 1989, pp. 2622 y ss., p. 2629.

comunitaria, incluso si esta "ocupación" no es total, es decir, si los Estados conservan poderes al respecto⁵⁸.

Teniendo en cuenta todo ello, puede replantearse la interpretación de la sentencia *Cinéthèque*. Para WEILER, de ella no puede deducirse que cualquier actividad de los Estados miembros en el ámbito de las excepciones establecidas en el Tratado escapa a un control comunitario del respecto de los derechos fundamentales, porque esta actividad se desarrolla no en función de las facultades comunitarias delegadas, sino de facultades originarias. Por el contrario, este autor propone una interpretación estricta de la misma, que no excluya el control del TJCE, por lo que respecta a los derechos fundamentales, en todos los casos de excepciones a las libertades fundamentales comunitarias⁵⁹.

La evolución de la jurisprudencia del TJCE parece haber dado la razón a dicha interpretación. En la sentencia *ERT*⁶⁰ el Tribunal afirmó expresamente que :

"En particular, cuando un Estado miembro invoca los artículos 56 y 66 para justificar una normativa que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación, prevista por el Derecho

⁵⁸ WEILER, "Methods of Protection: Towards a Second...", *op. cit.*, p. 606. En el mismo sentido TEMPLE LANG, J.: "The sphere in which Member States are obliged to comply with the General Principles of Law and Community Fundamental Rights Principles", *LIEI*, 1991, n° 2, pp. 23-35.

⁵⁹ En palabras de WEILER: "It may be possible then to restrict the *Cinéthèque* prohibition of reviewing State measures for compliance with Community human rights to those cases where the national measure was not intended specifically to catch migrants or imports and was part of a policy which is extraneous to the Community even though clearly it may be caught in some of its aspects by Community policy", WEILER, "Methods of Protection: Towards a Second...", *op. cit.*, p. 608.

⁶⁰ Sentencia de 18 de junio de 1991, as. C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE (ERT) contra Dimotiki Etairia Plirofosis y Sotirios Kouvelas*, Rec. 1991, pp. I-2925 y ss.

comunitario, debe interpretarse a la luz de los principios generales del Derecho y, especialmente, de los derechos fundamentales. De este modo la normativa nacional de que se trate no podrá acogerse a las excepciones establecidas por los artículo 56 y 66 más que si es conforme a los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia.

De ello se sigue que en semejante caso compete al Juez nacional y, en su caso, al Tribunal de Justicia, apreciar la aplicación de dichas disposiciones, teniendo en cuenta todas las normas del Derecho comunitario, incluida la libertad de expresión, consagrada en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuanto principio general del Derecho cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia"⁶¹.

Por tanto, se puede concluir que las medidas estatales que entren en el ámbito del derecho comunitario deben respetar las garantías de los derechos fundamentales declaradas por el TJCE, lo cual podrá ser controlado por este Tribunal. Ello tiene consecuencias para las jurisdicciones internas que, al enjuiciar estas medidas estatales deberán tener en cuenta los derechos fundamentales que el TJCE declara a partir de las tradiciones constitucionales comunes y los instrumentos internacionales, especialmente el CEDH.

Así pues, se podría concluir que el TJCE somete al control del cumplimiento de los derechos fundamentales dos tipos de medidas estatales: aquéllas en las que los Estados miembros actúan como una rama del ejecutivo comunitario y aquéllas que entran dentro del ámbito del derecho comunitario. Ahora bien, a pesar de la indicaciones que se encuentran en la jurisprudencia que se acaba de examinar, dilucidar qué actuaciones nacionales pueden ser

⁶¹ Rec. 1991, p. I-2964.

consideradas dentro del ámbito del derecho comunitario sigue siendo una cuestión compleja.

Las dificultades para precisar dicha fórmula son de dos órdenes. En primer lugar, el alcance y el potencial de las competencias comunitarias no es una cuestión estática, sino sujeta a evolución continuamente. En segundo lugar, la propia fórmula utilizada por el TJCE (medidas que entran en el ámbito del derecho comunitario) es un concepto abierto, que en sí mismo no ofrece una respuesta clara, sino que su delimitación requiere y depende de la aplicación de que él haga caso por caso el TJCE.

Considérese, por ejemplo, el siguiente supuesto hipotético: un trabajador nacional comunitario residente en el Estado miembro X es encarcelado por la comisión de un delito. En la cárcel se le somete a un trato contrario a los derechos fundamentales, pero que no es discriminatorio respecto a los nacionales de aquel Estado. ¿Podría dicho trabajador recabar la intervención del TJCE por violación de los derechos fundamentales protegidos por el derecho comunitario? Hasta ahora el TJCE nunca se ha pronunciado en este sentido, a pesar de que el tema ha sido planteado por el Abogado General JACOBS en el caso *Konstantinidis*⁶².

En este caso un trabajador griego residente en Alemania impugnó la transcripción de su nombre efectuada por las autoridades nacionales alemanas en el registro civil a raíz de su matrimonio, por considerar que lo desnaturalizaba y variaba hasta tal punto que podía afectar el ejercicio de su actividad

⁶² Conclusiones del Abogado General JACOBS, presentadas el 9 de diciembre de 1992, as. C-168/91, *Christos Konstantinidis contra Stad Altensteig, Standesamt, y Landratsamt Calw, Ordnungsamt*, Rec. 1993, pp. I-1198 y ss. Su opinión se recoge también en JACOBS, F.G.: "European Community Law and the European Convention on Human Rights", en *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. II, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1994, pp. 561-571.

profesional. El Abogado General sostuvo en sus conclusiones que el caso podía resolverse mediante la aplicación del principio de no discriminación y del derecho de establecimiento. Sin embargo, planteó también que la transcripción impuesta por las autoridades nacionales podía ser además contraria a los derechos fundamentales, y añadió unas interesantes consideraciones generales:

*"A mi juicio, 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"*⁶³.

El TJCE, en su sentencia, no realizó ninguna consideración respecto a los derechos fundamentales y se basó únicamente en el artículo 52 del TCE⁶⁴. Pero a la vista de la jurisprudencia actual, no puede afirmarse que la posición sostenida por el Abogado General JACOBS sea compartida por el TJCE. No basta con ser un trabajador emigrante para entrar en el campo de aplicación del derecho comunitario: se necesita un nexo de conexión más estrecho, es decir, que la actividad estatal que afecta a aquella persona esté en un área regulada

⁶³ Rec. 1993, pp. I-1211 y I-1212.

⁶⁴ Sentencia del TJCE de 30 de marzo de 1993, as. C-168/91, *Christos Konstantinidis contra Stad Altensteig, Standesamt, y Landratsamt Calw, Ordnungsamt*, Rec. 1993, pp. I-1191 y ss.

por el derecho comunitario. El caso *Konstantinidis* es un ejemplo de las dificultades que plantean dichas cuestiones.

Esta complejidad ha sido resaltada por el Abogado General GULMANN en sus conclusiones al caso *Bostock*⁶⁵. Este asunto versaba sobre los derechos de los arrendatarios de fincas agrícolas, que tienen asignada una cuota lechera, al término de dicho contrato de arrendamiento. En concreto, se preguntaba al TJCE si los Estados miembros, en virtud de la protección de los derechos fundamentales acordada por el derecho comunitario, están obligados a prever una indemnización para el arrendatario cuando expire su contrato. El Abogado General parte de recordar que, según la jurisprudencia comunitaria, la legislación estatal puede ser enjuiciada respecto a los principios generales del derecho comunitario al menos en dos situaciones: en primer lugar, en los casos en que las normas nacionales aplican reglamentaciones comunitarias y, en segundo lugar, cuando la legislación nacional prevé una restricción a la libertad de circulación, invocándose una disposición del Tratado que permite una excepción a dicho principio. A partir de ahí, el Abogado General señala la dificultad de precisar si la legislación nacional en litigio entra dentro del ámbito del derecho comunitario:

"La solución es de gran importancia porque es determinante para la división de poderes entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, y contestar a la cuestión no es tarea fácil. El tema se sitúa en un terreno en el que el Tribunal de Justicia ha de aventurarse con suma cautela. Pueden surgir cuestiones similares en los casos más diversos y es

⁶⁵ Conclusiones del Abogado General GULMANN, presentadas el 20 de abril de 1993, as. C-2/92, *The Queen contra Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Dennis Clifford Bostock*, Rec. 1994, pp. I-958 y ss.

importante que el Tribunal de Justicia desarrolle su jurisprudencia a la vista de los asuntos que le sean sometidos"⁶⁶.

El Abogado General precisó que el hecho que se plantee un problema jurídico a partir de la adopción de normas comunitarias no es suficiente en sí mismo para que la solución dada por las autoridades nacionales deba respetar necesariamente los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento comunitario. La solución más natural es que se protejan los intereses de los particulares dentro del marco de sus respectivos sistemas jurídicos. A partir de estas consideraciones, concluyó que en el caso de autos no existía ninguna obligación para los Estados miembros derivada de la protección comunitaria de los derechos fundamentales.

Esta posición del Abogado General es discutible, en el sentido de que es difícil imaginar cómo una normativa nacional que aplica la normativa comunitaria sobre las cuotas lecheras, aunque dicha normativa pueda dejar un margen de apreciación estatal para ciertas cuestiones, puede considerarse fuera del ámbito del derecho comunitario.

El TJCE, en su sentencia, adoptó un razonamiento distinto, aunque llegó a la misma conclusión práctica⁶⁷. El TJCE recordó que cuando una reglamentación nacional está comprendida dentro del ámbito de aplicación del derecho comunitario, el TJCE debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para que el órgano jurisdiccional nacional pueda

⁶⁶ Rec. 1994, p. I-972.

⁶⁷ Sentencia del TJCE de 24 de marzo de 1994, as. C-2/92, *The Queen contra Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Dennis Clifford Bostock*, Rec. 1994, pp. I-955 y ss.

apreciar la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales que el TJCE garantiza. Por lo cual:

*"Procede pues examinar los derechos fundamentales alegados por el Sr. Bostock para permitir al órgano jurisdiccional nacional apreciar la conformidad de la normativa controvertida"*⁶⁸.

Por tanto, a diferencia del Abogado General, el TJCE admitió implícitamente que la reglamentación británica en cuestión entraba dentro del ámbito del derecho comunitario.

Seguidamente, el TJCE pasó a considerar los derechos fundamentales del Sr. Bostock en virtud del derecho comunitario, y concluyó que en el caso de autos no se derivaba de éstos ninguna obligación para los Estados miembros⁶⁹.

Otra buena ilustración de la dificultad de precisar el ámbito de aplicación del derecho comunitario la proporcionan también los dos casos irlandeses relativos al aborto⁷⁰. En el primero de ellos, *Attorney General (Society for the Protection of Unborn Children (SPUC) Ltd) v. Open Door Counselling Ltd and the Dublin Well-woman Centre Ltd*, la *High Court* consideró ilegal

⁶⁸ Rec. 1994, p. I-983.

⁶⁹ Al respecto, el TJCE declaró: *"...En efecto, el derecho de propiedad garantizado en el ordenamiento jurídico comunitario no implica el derecho a comercializar una ventaja, como las cantidades de referencia concedidas en el marco de una organización común de mercados, que no procede ni de bienes propios ni de la actividad profesional del interesado. (...). De ello se deduce que la protección del derecho de propiedad por el ordenamiento jurídico comunitario no impone a un Estado miembro una obligación de establecer un régimen de indemnización del arrendatario saliente por parte del arrendador, ni confiere directamente al arrendatario un derecho a tal indemnización."*, Rec. 1994, p. I-984.

⁷⁰ Un análisis de ambos casos se encuentra en CLAPHAM, *Human Rights and the European Community...*, *op. cit.*, pp. 32 y ss., y en SPALIN, E.: "Abortion, Speech and the European Community", *JSWFL*, 1992, pp. 17-32.

proporcionar consejos a mujeres embarazadas sobre cómo obtener más información concreta sobre el aborto y dónde poder practicarlo. En la apelación, la *Supreme Court* rechazó plantear una cuestión prejudicial al TJCE al constatar que el caso no presentaba ninguna cuestión de interpretación relacionada con el derecho comunitario. En el segundo caso, *SPUC v. Grogan et al.*, las demandadas habían editado y distribuido una guía de salud en la cual se incluía información sobre diversas clínicas en Londres donde se practican abortos. A diferencia que en el caso anterior, la juez irlandesa planteó una cuestión prejudicial al TJCE, al considerar que el caso podía tener relación con la libertad comunitaria de prestar y recibir un servicio en otro Estado miembro. Por tanto, el TJCE tuvo que pronunciarse sobre la compatibilidad con la libertad de expresión y de información de una normativa nacional que prohibía la difusión de información sobre clínicas situadas en otro Estado miembro en las que se realizan prácticas abortivas. En su sentencia *Grogan*, de 4 de octubre de 1991⁷¹ el TJCE no entró en la cuestión, y se limitó a observar que en el caso concreto que debía examinar no podía invocarse el principio de libre prestación de servicios, dado que el organismo que difundía la información no tenía ninguna relación con las clínicas que practicaban abortos y, por tanto, no había relación entre la prestación de un servicio médico y la difusión de información.

De la sentencia *Grogan* interesa destacar algunos aspectos. En primer lugar, el TJCE define el aborto como un servicio médico y, por tanto, dentro del concepto de servicios cubierto por el Tratado. Al respecto el TJE expresamente excluye cualquier juicio de tipo moral, y afirma:

"La SPUC sostiene, por el contrario, que la interrupción médica del embarazo escapa al concepto de servicio por ser gravemente inmoral e

⁷¹ Sentencia del TJCE de 4 de octubre de 1991, as. C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contra Stephen Grogan y otros*, Rec. 1991, pp. I-4685 y ss.

*implicar la destrucción de la vida de un tercero, a saber: el nasciturus. Sea cual fuere el valor moral de tales alegaciones, se debe hacer constar que no pueden influir en la respuesta que este Tribunal dé a la primera cuestión planteada. En efecto, la apreciación del Tribunal de Justicia no puede sustituir a la apreciación del legislador del Estado miembro en que estas actividades se practican legalmente"*⁷².

Frente a una interpretación de esta afirmación como una falta de protección del derecho fundamental a la vida⁷³, la posición del TJCE en este punto debe verse como una muestra de neutralidad, podría decirse que de *judicial restraint*, en el sentido que no quiere inmiscuirse ni juzgar las opciones realizadas sobre este tema por cada Estado miembro.

En segundo lugar, el TJCE se muestra muy restrictivo en la aplicación en este caso del principio de libertad de prestación de servicios. El TJCE afirma que no puede aplicarse, puesto que no había un interés económico:

"En primer lugar, por lo que se refiere a las disposiciones del artículo 59 del Tratado, que prohíben cualquier restricción a la libre prestación de servicios, se deduce de las circunstancias del litigio principal que la relación existente entre la actividad de las asociaciones de estudiantes que los Srs. Grogan y otros representan y las interrupciones médicas de embarazo practicadas por clínicas establecidas en otro Estado miembro es demasiado vaga para que la prohibición de difundir informaciones pueda representarse contemplada por el artículo 59 del Tratado.

⁷² Rec. 1991, p. I-4739.

⁷³ Véase COPPEL; O'NEILL, *op. cit.*, pp. 686-687.

*(...) las informaciones a que aluden las cuestiones prejudiciales no fueron difundidas por cuenta del operador económico establecido en otro Estado miembro. Por el contrario, estas informaciones constituyen una manifestación de la libertad de expresión y de información, independiente de la actividad económica desarrollada por las clínicas establecidas en otro Estado miembro"*⁷⁴.

El propio Tribunal compara este caso con el asunto *GB-INNO-BM*⁷⁵, en cuya sentencia estimó que una prohibición de difundir publicidad comercial podía constituir una restricción a la libre circulación de mercancías contraria al Tratado; aunque el TJCE alega que en este caso se da un interés económico que no se cumple en el de *Grogan*, la distinción es bastante forzada. El Abogado General, por ejemplo, no comparte esta posición: "*En la sentencia GB-INNO-BM el Tribunal de Justicia subrayó la importancia de informar a los consumidores sobre la oferta de mercancías. Señaló (en el apartado 8) que la libertad del consumidor de abastecerse en otro Estado miembro peligraría si se le negara el acceso a la publicidad disponible en el país de compra. No veo por qué sería de otro modo tratándose de informaciones relativas a un servicio: la libertad de los particulares de desplazarse a otro Estado miembro a fin de recibir en él un servicio puede correr peligro si se prohíbe en su propio país el acceso a las informaciones relativas, entre otros, al nombre y al emplazamiento del prestador del servicio y/o a los servicios prestados por él"*⁷⁶.

⁷⁴ Rec. 1991, p. I-4740.

⁷⁵ Sentencia del TJCE de 7 de marzo de 1990, *GB-INNO-BM contra Confédération du commerce luxembourgeois*, as. C-362/88, Rec. 1990, pp. I-667 y ss.

⁷⁶ Conclusiones del Abogado General VAN GERVEN, presentadas el 11 de junio de 1991, as. C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contra Stephen Grogan y otros*, Rec. 1991, pp. I-4703 y ss., p. I-4713.

Una vez más la actitud del TJCE puede enjuiciarse desde dos puntos de vista. Para unos, constituirá una muestra más del desinterés del Tribunal por los derechos fundamentales, puesto que, siguiendo la lógica de la sentencia, en el supuesto de que la información se hiciera a cambio de una prestación económica, por simbólica que fuera, estaría cubierta por el principio de libre prestación⁷⁷. Más correcto parece sostener que el TJCE ha utilizado el requerimiento económico para evitar tener que declararse sobre el fondo de la cuestión⁷⁸. Si el TJCE hubiera reconocido que la prohibición irlandesa entra dentro del campo del derecho comunitario, debería haber realizado un control de la misma con el parámetro de los derechos fundamentales que el TJCE garantiza como principios generales del derecho. Pero ¿qué derecho fundamental debe proteger el TJCE: el derecho a la vida del feto proclamado por la Constitución irlandesa, o el derecho a libertad de expresión, común a todos los ordenamientos de los Estados miembros y consagrado en el artículo 10 del CEDH? El TJCE ha preferido declarar no aplicable el derecho comunitario al problema concreto y evitar un dilema de muy difícil solución. También en este caso podría hablarse de *judicial restraint*.

⁷⁷ En este sentido, PERSAUD: "This is a remarkable judgement in so far as it takes a purely economic approach to a question of fundamental rights and is a example par excellence of the fact that the ECJ does not value human rights as part of individual liberties above other purely economic rights pursuant to the completion of the single market. It avoids the very difficult questions on the jus cogens norm of the right to life considering EC law in isolation as only the law applicable to an economic arrangement between states. It is the language of supremacy of EC law not of human rights. Even if this is not about the right to life but rather about freedom of expression, then one should consider whether the ECJ was correct in distinguishing between speech motivated by economic an non-economi interests.", PERSAUD, I.: *Where do we go from here?: Fundamental Rights in the Post-Maastricht Legal Order*, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut. Sektion Rechtswissenschaft, n° 322, Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Saarbrücken, 1994, p. 42.

⁷⁸ En este sentido, CURTIN afirma: "One is left with the suspicion that the Court's approach in Gorgan is a clever judicial strategem, enabling it, with a great sigh of relief, to avoid dipping as much as its little finger in the murky waters of morality or to engage in a balancing exercise as to the relative strength of competing (highly sensitive) fundamental rights.", CURTIN, D.: "Case C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Ireland Ltd. v. Grogan*, Judgement of 4 October 1991, not yet reported in ECR", *CMLRev.*, 1992, n° 3, pp. 585-603, p. 596.

Tal interpretación de esta sentencia contradice la tesis de aquellos autores que consideran que, en la etapa actual, el TJCE utiliza la protección de los derechos fundamentales para extender su jurisdicción a áreas previamente reservadas a los Estados miembros. Para ellos, del uso "*defensivo*" de los derechos en un primer momento, para salvaguardar la primacía del derecho comunitario, se habría pasado a un uso "*ofensivo*" de los mismos⁷⁹. Si esta interpretación fuera cierta, se podría sostener que el TJCE ha iniciado una vía que, aunque tímidamente por ahora, presentaría similitudes con el proceso de "incorporación" que ha llevado a cabo el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Sin embargo, esto significa desconocer un dato esencial: a diferencia del supuesto norteamericano, la "incorporación" de los derechos fundamentales protegidos por el derecho comunitario en los ordenamientos internos de los Estados miembros está limitada a los casos en que la normativa estatal tenga un elemento de conexión con el derecho comunitario. Por tanto, el TJCE no ha realizado una equiparación entre las medidas comunitarias y las medidas nacionales a efectos del control del respeto de los derechos fundamentales.

En nuestra opinión, la jurisprudencia del TJCE que se ha reseñado hasta aquí no debe interpretarse en absoluto como una "invasión" del TJCE de áreas reservadas a las jurisdicciones nacionales, sino como una manifestación más de la naturaleza y las características del ordenamiento jurídico comunitario, tal y como ha sido definido y precisado a lo largo de la obra jurisprudencial del TJCE. El TJCE ha construido una noción de "orden público comunitario"⁸⁰, en el sentido que el derecho comunitario se impone a todos los sujetos jurídicos de

⁷⁹ COPPEL; O'NEILL, *op. cit.*, p. 673. Véase la respuesta crítica a las posiciones defendidas en este artículo: WEILER, J.; LOCKHART, N.: "'Taking Rights Seriously' Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence. Part I", *CMLRev.*, 1995, nº 1, pp. 51-94, y WEILER, J.; LOCKHART, N.: "'Taking Rights Seriously' Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence. Part II", *CMLRev.*, 1995, nº 2, pp. 579-627.

⁸⁰ LECOURT, R.: *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 246.

este ordenamiento: instituciones comunitarias, Estados y particulares. Esta idea adquiere una relevancia esencial cuando se trata de los principios fundamentales del mismo y, entre ellos, figura el respeto de los derechos fundamentales. En otras palabras, el ordenamiento jurídico comunitario se fundamenta en unos principios jurídicos que deben ser respetados tanto por las instituciones como por los Estados miembros en su aplicación y desarrollo de los Tratados⁸¹. Un pasaje de la sentencia *ERT* es muy elocuente al respecto:

*"...no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos y garantizados de esta manera"*⁸².

Se trata, pues, de asegurar una protección eficaz de los derechos individuales, no sólo frente a las medidas adoptadas por los órganos ejecutivos de Bruselas, sino globalmente en el conjunto del orden jurídico comunitario, lo que significa también frente las violaciones de las libertades individuales imputables a las autoridades nacionales. Este punto de vista parece indispensable si se quiere "tomar los derechos en serio"⁸³.

Por ello, desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales, lo que resulta sorprendente es constatar que la preocupación (necesaria y legítima, por supuesto) del TJCE de no sobrepasar la división de competencias entre la Comunidad y sus Estados miembros y de no invadir los

⁸¹ KOOPMANS, T.: "European Public Law: Reality and Prospects", *Public Law*, 1991, nº 1, pp. 53-63, p. 56.

⁸² Rec. 1991, p. I-2964. Nótese que no se distingue entre medidas comunitarias o estatales.

⁸³ El uso de esta frase (que COPPEL y O'NIELL utilizan, de manera crítica, en el título de su artículo) se ha generalizado a partir de la obra de DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, traducción al castellano de M. GUSTAVINO, Ariel, Barcelona, 1984.

ámbitos de actuación de las jurisdicciones internas comporta, en algunos supuestos, que el TJCE no pueda pronunciarse sobre el contenido de la protección de los derechos fundamentales en casos que tienen duras consecuencias para los individuos. El caso *Demirel* es un buen ejemplo. Aunque dicha sentencia ya ha sido comentada a otros efectos anteriormente, conviene recordar aquí, con más detalle, los hechos que están en su base.

En él se planteaba la legalidad de una orden de expulsión dictada por las autoridades alemanas contra la Sra. Demirel, que se había trasladado a Alemania para reunirse con su esposo, un trabajador emigrante de nacionalidad turca. Cuando dicho trabajador entró legalmente en el país en el año 1979, la legislación alemana exigía tres años de residencia para poder ejercitar el derecho a la reunificación familiar. Teniendo en cuenta estos plazos, el Sr. Demirel se casó en Turquía en 1981 y tuvieron un hijo, confiando en que sólo les faltaba un año para poder trasladarse. Pero la legislación alemana fue modificada y no pudieron reunirse legalmente. En 1984, madre e hijo entraron en Alemania con un estricto permiso de visita, permiso que infringieron al quedarse en el país más allá de su expiración. En este período la Sra. Demirel tuvo otro hijo, que nació en Alemania. Las autoridades alemanas dictaron una orden de expulsión por infracción del visado.

El TJCE, como ya se ha visto, consideró que no existía una norma comunitaria que exigiera a los Estados miembros respetar el derecho de reunificación familiar de los trabajadores migrantes no comunitarios y, por tanto, que el asunto excedía de su jurisdicción. Se respetó la división de competencias entre los Estados miembros y la Comunidad, pero la cuestión de los derechos humanos existente en el fondo del tema quedó sin resolver por el TJCE.

2. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como ha subrayado el Tribunal Constitucional español, "*...no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene unos límites...*"⁸⁴. El que los derechos fundamentales se hallen sometidos a límites puede considerarse un elemento común a las tradiciones constitucionales estatales así como a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, a pesar de que, como es lógico, la manera en que se plasma dicho elemento común varía de un ordenamiento a otro⁸⁵.

En cuanto a los instrumentos internacionales, conviene recordar que los principales textos que contienen declaraciones de derechos contemplan la posibilidad de que los derechos humanos puedan hallarse sometidos a límites. Así, por ejemplo, el artículo 29.2 de la Declaración de la ONU señala que "*en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática*". También el CEDH recoge la idea de que los derechos fundamentales son susceptibles de limitación, primero sometiendo a limitaciones algunos derechos, más tarde fijando criterios generales: "*Las restricciones que, en los términos del*

⁸⁴ STC 2/82, de 29 de enero, BJC, nº 10, 1982, pp. 102-106, p. 105.

⁸⁵ Véanse AGUIAR DE LUQUE, L.: "Los límites de los derechos fundamentales", RCEC, 1993, nº 14, pp. 9-34; AUBERT, J.F.: "Limitation des droits de l'homme: le rôle respectif du législateur et des tribunaux", en *The Limitation of Human Rights in Constitutional Comparative Law/La limitation des Droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Les éditions Yvon Blais, Cowansville, 1986, pp. 185-219, y BON, P.: "La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de derecho comparado europeo", RCEC, 1992, nº 11, pp. 43-82.

presente Convenio, se impongan a los citados derechos no podrán ser aplicadas más que con la finalidad por la cual han sido previstas" (art. 18).

Por lo que se refiere a los ordenamientos estatales, la idea de los límites está presente en todos ellos, a pesar de que en algunos textos constitucionales no se alude expresamente a ellos. Así, en Francia, a partir del artículo 4 de la Declaración de Derechos de 1789 (que señala que "*el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos*"), tanto la doctrina como la jurisprudencia del Consejo Constitucional han admitido el establecimiento de límites para hacer posible la coexistencia de los derechos y para proteger las estructuras sociales y el orden público⁸⁶. En Italia, la falta de menciones explícitas en el texto constitucional no ha impedido el empleo de la noción de límites en la doctrina y en la jurisprudencia⁸⁷. En el ordenamiento alemán, el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn habilita expresamente, a la vez que también impone condiciones, para limitar los derechos fundamentales. También el artículo 18 de la Constitución portuguesa alude explícitamente a esta cuestión. Por último, por lo que respecta a la Constitución española, la existencia de límites a los derechos se halla recogida en los propios preceptos constitucionales, muchas veces en el mismo artículo en que se consagra el derecho⁸⁸.

⁸⁶ Véase RIVERO, J.: *Les libertés publiques*, PUF, ParIs, 1978.

⁸⁷ Véase ZAGREBELSKI, G.: "Objeto y alcance de la protección de los derechos fundamentales; el Tribunal Constitucional italiano", en FAVOREAU, L.(dir.): *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, traducción al castellano de L. AGUIAR DE LUQUÉ y M.G. RUBIO CASAS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 413-465, p. 427 y ss.

⁸⁸ Es el caso, por ejemplo, de los artículos 16, 18.2, 20, entre otros.

El ordenamiento comunitario no es una excepción y en él se recoge también la existencia de límites a los derechos fundamentales. La problemática relativa a cuáles son estos límites, las condiciones que deben respetarse y el control de los mismos, se plantea en términos distintos por lo que respecta a los derechos recogidos en los propios Tratados y aquéllos que han sido reconocidos como principios generales en la jurisprudencia del TJCE.

2. 1. Los límites a los derechos no escritos.

Dado que estos derechos han sido reconocidos por la vía de los principios generales del derecho, es una obviedad señalar que no se encuentra en el ordenamiento comunitario escrito ninguna alusión al tema de sus límites, que ha sido abordado, por tanto, también jurisprudencialmente. A lo sumo, podría señalarse que, dado que el artículo F.2 del TUE señala que la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH y en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, también en materia de restricciones a los derechos deben ser éstas las fuentes de inspiración.

En este sentido, hay que señalar que la alusión que se ha hecho anteriormente al contenido de algunas cláusulas generales internacionales y constitucionales que recogen la posibilidad de limitar los derechos fundamentales, pone de manifiesto otro elemento que también se puede considerar común en las tradiciones constitucionales y en los instrumentos internacionales: los límites a los derechos fundamentales no pueden ser ilimitados, sino que están sometidos, a su vez, a unas condiciones. Evidentemente, existen diferencias en cuanto a la expresión y la formulación de estos "límites de los límites", pero a pesar de ello, es posible enumerar una serie de condiciones básicas, presentes en los sistemas constitucionales e

internacionales. Estas condiciones son generalmente las siguientes: la limitación a un derecho fundamental debe hacerse por ley; debe estar justificada en razón de un interés legítimo; debe respetar el principio de proporcionalidad y no debe afectar al contenido esencial del derecho en cuestión⁸⁹.

Por lo que respecta a la primera de estas condiciones, es evidente que un texto constitucional, por preciso y concreto que sea, no puede abarcar todos los aspectos relativos a los derechos y libertades. Es frecuente que estas reglas constitucionales sean desarrolladas por normas infraconstitucionales que reglamenten el ejercicio de los derechos y precisen sus límites, normas que, en la tradición democrática, deben tener rango de ley. Los ejemplos constitucionales de esta reserva de ley son numerosos⁹⁰. En la Ley Fundamental de Bonn, por ejemplo, el artículo 2.2 establece que las restricciones al derecho a la vida y a la inviolabilidad de la persona no pueden hacerse más que por ley, y esta fórmula se repite en otros preceptos constitucionales que consagran derechos. El artículo 53.1 de la Constitución española dispone que sólo una ley podrá reglamentar el ejercicio de los derechos y libertades. En Francia, en virtud del artículo 34 de la Constitución, sólo el legislador está habilitado para fijar las reglas que conciernen a los derechos cívicos y las garantías fundamentales concedidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas.

El CEDH, por su parte, también recoge la exigencia de que las limitaciones de los derechos fundamentales estén contenidas en una ley. Así, por ejemplo, su artículo 8.2 establece que no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho al respeto a la vida privada y familiar, el

⁸⁹ AUBERT, *op. cit.*, p. 195.

⁹⁰ Véase BON, *op. cit.*, pp. 66-69.

domicilio y la correspondencia, *"sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley"*.

La segunda condición que deben cumplir las limitaciones a los derechos fundamentales es que sean necesarias para salvaguardar un interés legítimo. Los intereses que justifican límites a los derechos fundamentales pueden ser intereses generales o colectivos, como el orden público, la salud pública, etc..., o intereses individuales, como el respeto de los derechos fundamentales de los demás. Esta idea se halla presente en el CEDH, que en varios de sus preceptos recoge la exigencia de que la limitación *"constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás"*⁹¹.

En otros casos, la delimitación de cuáles pueden ser estos intereses legítimos no se detalla de manera precisa, sino que se hace una referencia general al orden constitucional. Así, la Constitución portuguesa hace referencia explícita a este imperativo en los siguientes términos: *"las restricciones deberán limitarse a lo que es necesario para salvaguardar otros derechos e intereses protegidos por la Constitución"* (artículo 18.2). El Tribunal Constitucional español, por su parte, lo ha expresado así:

"...no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, ...establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo

⁹¹ Esta fórmula, extraída del artículo 8.2, se recoge también, con algunas variaciones en otros preceptos, como los artículos 9.2, 10.2 y 11.2.

otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos"⁹².

Esta exigencia de que toda limitación de los derechos esté justificada por la explícita habilitación constitucional o por el aseguramiento de otros derechos, bienes o valores constitucionales, está íntimamente relacionada con la tercera de las condiciones que se han enumerado como "límites de los límites": el respeto del principio de proporcionalidad. Este imperativo, aunque no parece recogido explícitamente y en términos generales en ninguna Constitución europea, ha adquirido una gran importancia en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales. Destaca, entre otras razones por ser el primero cronológicamente, el Tribunal Constitucional alemán, que ha estimado que dicho principio tiene sus raíces en el principio del Estado de Derecho proclamado en el artículo 20.3 de la Ley Fundamental, y por tanto tiene valor constitucional⁹³. Dicho principio también ha ocupado un lugar importante en la jurisprudencia del TEDH⁹⁴.

El principio de proporcionalidad encierra, en realidad, una noción múltiple⁹⁵. Significa, en primer lugar, que la limitación a un derecho fundamental debe ser idónea para alcanzar la finalidad perseguida. Si la finalidad es legítima pero el medio no es útil o apto para conseguirla, dicho medio no será válido. Significa también que el interés legítimo debe ser preponderante, es decir, la

⁹² STC 2/1982, de 29 de enero, *cit.*, p. 105.

⁹³ BON, *op. cit.*, p. 70.

⁹⁴ Véanse JACOBS, F.G.: "The 'Limitation Clauses' of the European Convention on Human Rights", en *The Limitation of Human Rights in Constitutional Comparative...*, *op. cit.*, pp. 21-40 y JACQUÉ, J.P.: "La Convention européenne des droits de l'homme et les limitations aux droits garantis. Rôle respectif des corps législatifs et des tribunaux", en *The Limitation of Human Rights in Constitutional Comparative...*, *op. cit.*, pp. 157-172.

⁹⁵ Véase BARNES, J.: "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", *RAP*, 1994, n° 135, pp. 495-535, p. 500.

limitación debe ser proporcional o equilibrada por derivarse más beneficios para el interés que se intenta proteger que perjuicios respecto al derecho fundamental que se restringe. Aparece aquí la idea de ponderación de intereses o bienes. Por último, significa también que la medida debe ser necesaria, en el sentido de que no haya otra medida menos restrictiva para proteger el interés en cuestión.

La última de las condiciones que se han enumerado al principio hace referencia a la idea según la cual las disposiciones que limitan derechos fundamentales no deben, en cualquier caso, atentar al contenido esencial de estos derechos. La fórmula se encuentra expresamente recogida en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual "*En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia*". La misma idea se encuentra también presente en el artículo 18.3 de la Constitución portuguesa y en el artículo 53.1 de la Constitución española⁹⁶. También ha encontrado eco en los Pactos Internacionales de 1966. La determinación de qué se debe entender por contenido esencial de un derecho fundamental no es tarea fácil y, muchas veces, esta condición se ve absorbida por el control de otros límites, especialmente la proporcionalidad, sin que sea necesario recurrir a teorías esencialistas para proteger los derechos fundamentales⁹⁷.

Dado que el TJCE, en materia de derechos fundamentales se ha inspirado en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en los instrumentos internacionales, no es de extrañar que estos elementos comunes

⁹⁶ En Italia, a pesar de que no se encuentra en el texto constitucional, la referencia al contenido esencial de los derechos se ha utilizado en la jurisprudencia constitucional, BON, *op. cit.*, p. 69.

⁹⁷ Véase GAVARA DE CARA, J.C.: *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 326 y ss.

que se acaban de reseñar respecto a la posibilidad de límites a los derechos y sus condiciones, se hallen también presentes en la jurisprudencia comunitaria.

En efecto, el TJCE ha repetido en reiteradas ocasiones que los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden ser objeto de limitaciones. Asimismo, el TJCE ha impuesto límites a estos límites. Las sentencias *Nold* y *Hauer* contribuyeron ya desde el principio a establecer una posición jurisprudencial al respecto.

En la sentencia *Nold*⁹⁸, la firma demandante argumentaba la falta de validez de una Decisión de la Comisión que fijaba determinados mínimos económicos para que una empresa fuese reconocida como comerciante al por mayor en el sector del carbón. La citada empresa, que no cumplía dichos requisitos, alegó que la normativa en cuestión violaba el derecho al libre ejercicio de las actividades profesionales y el derecho de propiedad. El TJCE constató que estos derechos no se conciben en los Estados miembros como prerrogativas absolutas, sino que deben ser considerados en relación con la función social de los bienes y actividades protegidos. Estas mismas consideraciones son válidas, pues, para el derecho comunitario:

*"...resulta igualmente legítimo reservar frente a estos derechos la aplicación de ciertos límites justificados por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad, siempre que no se vulnere la sustancia de estos derechos"*⁹⁹.

⁹⁸ Sentencia del TJCE de 14 de mayo de 1974, as. 4/73, *J. Nold, Kohlen-und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1974, pp. 491 y ss.

⁹⁹ En francés en el original: *"...il apparaît de même légitime de réserver à l'égard de ces droits l'application de certaines limitations justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits"*, Rec. 1974, p. 508.

El TJCE consideró que la decisión impugnada estaba justificada por las condiciones técnicas de la explotación carbonera y por las dificultades económicas particulares creadas por la recesión de la producción carbonera. Por otro lado, el TJCE afirma que las garantías otorgadas a las empresas no pueden extenderse a la protección de simples intereses u oportunidades de índole comercial, cuyo carácter aleatorio es inherente a la esencia misma de la actividad económica. Ello le lleva a concluir que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental.

De esta sentencia cabe destacar dos cuestiones. En primer lugar, aparece en ella la mención de una de las condiciones que algunos sistemas constitucionales prevén para la limitación de un derecho: que no se afecte su contenido esencial. El TJCE, pues, se inspira también en las tradiciones constitucionales, en este caso particularmente la alemana, para el tema de los límites a los derechos fundamentales. La segunda cuestión que se quiere señalar respecto a esta sentencia es una cierta confusión en lo que se denomina habitualmente los límites intrínsecos y los límites inmanentes a los derechos fundamentales. La expresión límites intrínsecos alude a aquellos límites implícitos en la noción misma del derecho fundamental. IGNACIO DE OTTO se refirió a ellos al escribir:

*"...cualquier derecho o libertad, fundamental o no, ampara aquello que ampara y nada más. Tanto la determinación del campo normativo cuanto el tratamiento de que sea objeto circunscriben el contenido del derecho, señalan sus límites y fronteras, y por ello cabe hablar de límites intrínsecos"*¹⁰⁰.

¹⁰⁰ DE OTTO Y PARDO, I.: "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en MARTÍN-RETORTILLO, L.; DE OTTO Y PARDO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pp. 95-170, p. 151.

Cuando se habla de límites inmanentes, en cambio, se hace referencia al hecho que todos los derechos son limitables por el hecho de su incorporación a un sistema complejo como el ordenamiento jurídico, que hace que sea necesario conciliar estos derechos con otros bienes jurídicamente protegidos, lo que conlleva una limitación externa a este derecho fundamental.

Pues bien, en la sentencia *Nold*, en un primer momento parece que el TJCE se está refiriendo a los límites inmanentes, al afirmar que los derechos no se protegen como prerrogativas absolutas, sino que deben ser considerados en vistas a su función social. Es decir, que cabe limitar un derecho atendiendo a otros bienes o intereses que deben ser también protegidos. Es, pues, una limitación externa.

En cambio, en un considerando posterior, el TJCE afirma que las garantías del particular no pueden extenderse a la protección de simples intereses o posibilidades comerciales. Parecería, pues, que se está aludiendo a un límite intrínseco al derecho protegido, es decir, la protección alegada por los demandantes no es amparada, no entra dentro del ámbito del derecho protegido. Probablemente, lo que hace el TJCE es aportar el mayor número de argumentos posibles para fundamentar su decisión de que no se ha violado ningún derecho fundamental.

En la sentencia *Hauer*¹⁰¹ el TJCE especifica más claramente algunas cuestiones relativas a los límites a los derechos fundamentales. En este asunto prejudicial se planteaba la cuestión de si el Reglamento del Consejo nº 1162/76 de 17 de mayo de 1976 que prohibía la plantación de viñedos era contrario al derecho de propiedad. El TJCE recuerda que los derechos fundamentales

¹⁰¹ Sentencia del TJCE, de 13 de diciembre de 1979, as. 44/79, *Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, Rec. 1979, pp. 3727 y ss.

forman parte de los principios generales del derecho comunitario y constata que, tanto el artículo 1 del Primer Protocolo del CEDH como las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, prevén que el derecho de propiedad puede estar limitado. Esta limitación debe respetar, sin embargo, ciertas condiciones:

*"...Incluso si no se puede discutir, como principio, la posibilidad de que la Comunidad restrinja el uso del derecho de propiedad en el marco de una organización común de mercado para los fines de una política estructural, conviene examinar si las restricciones instituidas en la reglamentación objeto de litigio responden efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y si no constituyen, en función del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable en las prerrogativas del propietario, que vulneraría la sustancia misma del derecho de propiedad"*¹⁰².

Las tres condiciones para los límites de los derechos fundamentales (interés legítimo, proporcionalidad y contenido esencial) aparecen en este párrafo íntimamente relacionadas. Destaca, en particular, la idea que se desprende de la relación entre el contenido esencial y la proporcionalidad. El TJCE declara la necesidad de realizar una ponderación entre el derecho de propiedad y otros intereses legítimos, del resultado de la cual se derivará si se ha vulnerado el contenido esencial del derecho. Para realizar esta ponderación, utiliza criterios sistemáticos, al situar el Reglamento n° 1162/76 en el contexto de

¹⁰² En francés en el original: "...Même si l'on ne saurait contester, dans son principe, la possibilité, pour la Communauté, de restreindre l'usage du droit de propriété dans le cadre d'une organisation commune de marché et aux fins d'une politique de structure, il convient encore d'examiner si les restrictions instituées par la réglementation litigieuse répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et si elles ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable dans les prérogatives du propriétaire, qui porterait atteinte à la substance même du droit de propriété", Rec. 1979, p. 3747.

la organización del mercado viti-vinícola, y de la política estructural comunitaria en este sector. Utiliza también criterios teleológicos, al otorgar un papel preponderante en su argumentación a los objetivos de dicho Reglamento:

*"Resulta del preámbulo de este reglamento y de las circunstancias económicas en las que se adoptó, caracterizadas por la formación a partir de la cosecha de 1974 de excedentes de producción permanentes, que este reglamento persigue una doble función: de una parte, debe permitir frenar de inmediato el aumento continuo de excedentes; de otra parte, debe proporcionar a las instituciones de la Comunidad el tiempo necesario para la puesta en práctica de una política de estructura destinada a favorecer las producciones de alta calidad..."*¹⁰³.

El TJCE a partir de estos argumentos concluye que la medida en cuestión está justificada por los objetivos de interés general comunitario.

La ponderación entre intereses individuales e intereses generales la ha llevado a cabo el TJCE también cuando el derecho en cuestión se encuentra recogido en los propios Tratados. Así, en el caso *Walter Rau*¹⁰⁴, los demandantes reclamaban que la llamada acción de mantequilla navideña adoptada por la Comisión en virtud del Reglamento 2956/84 violaba el principio de estabilidad del mercado del artículo 39 del Tratado, el principio de

¹⁰³ En francés en el original: "*Il apparaît du préambule de ce règlement et des circonstances économiques dans lesquelles il est intervenu, caractérisées par la formation à partir de la récolte de 1974 d'excédents de production permanents, que ce règlement remplit une double fonction: d'une part, il doit permettre de parer dans l'immédiat à l'accroissement continu des excédents; d'autre part, il doit ménager aux institutions de la Communauté le temps nécessaire à la mise en place d'une politique de structure visant à favoriser les productions de haute qualité...*", Rec. 1979, p. 3749.

¹⁰⁴ Sentencia del TJCE de 11 de marzo de 1987, ass. 279, 280, 285 y 286/84, *Walter Rau Lebensmittelwerke y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1987, pp. 1069 y ss.

proporcionalidad y el de no discriminación del artículo 40.3.2 del Tratado, puesto que establecían una discriminación injustificada respecto a los productores de margarina. El TJCE consideró que la acción de la Comisión era legal, a partir de un razonamiento basado en argumentos de política económica. La acción de la Comisión fue analizada por el TJCE en el contexto de la política agrícola común y a partir del contexto económico y los objetivos de la medida comunitaria: la situación excedentaria del mercado de mantequilla, la necesidad de incrementar el consumo de este producto, la idoneidad de la reducción de los precios como medio para conseguir estos objetivos, la dificultad de dar salida en condiciones normales a los excedentes de mantequilla, y la necesidad de evitar siguiendo acumulando excedentes por el coste que esto conlleva. Estos argumentos sistemáticos y teleológicos de interpretación proporcionan la base a la afirmación del TJCE de que no se habían violado los principios reclamados.

Por tanto, el TJCE examina, por un lado, que exista un interés general que justifique incidir en un derecho y, por otro, examina también si se ha respetado el principio de proporcionalidad. Por lo que se refiere a la existencia de un interés legítimo, el TJCE tiene en cuenta, como se observa en estas sentencias, objetivos de política económica en función de las disposiciones de los Tratados y la normativa comunitaria que los desarrolla. En este sentido, utiliza argumentos que se derivan de una interpretación dinámica y sistemática de las disposiciones comunitarias que son objeto de controversia. Estos últimos argumentos podrían ser denominados también *policy arguments*, en el sentido que utiliza DWORKIN esta expresión:

"Los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual; los argumentos políticos se proponen establecer un objetivo

*colectivo. Los principios son proposiciones que describen derechos; las políticas son proposiciones que describen objetivos"*¹⁰⁵.

Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, éste ha tenido una gran incidencia en la jurisprudencia comunitaria, que lo ha consagrado desde muy temprano como un principio general del ordenamiento comunitario. En el ámbito de los derechos fundamentales aparece formulado por primera vez en la sentencia *Internationale Handelgesellschaft*¹⁰⁶, pero su aplicación afecta a todos los ámbitos del derecho comunitario. La estructuración que de dicho principio ha hecho el TJCE contiene también los tres aspectos que se atribuyen habitualmente en la jurisprudencia constitucional a dicho principio y que antes se han mencionado: idoneidad, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*. Ello se pone claramente de manifiesto, por ejemplo, en la sentencia *Schräder*¹⁰⁷:

"Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el principio de proporcionalidad forma parte de los principios generales del Derecho comunitario. En virtud de este principio, la legalidad de medidas que imponen cargas financieras a los operadores está subordinada al requisito de que estas medidas sean apropiadas y necesarias para la consecución de los objetivos legítimamente perseguidos con la normativa de que se trate, quedando claro que, cuando se deba elegir entre varias medidas apropiadas,

¹⁰⁵ DWORKIN, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 158. Véase también ALEXEY, R.: "Individual Rights and Collective Goods", en NINO, C. (edited by): *Rights*, Dartmouth, Cambridge, 1992, pp. 163-181.

¹⁰⁶ Sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1970, as. 11/70, *Internationale Handelgesellschaft mbH contre Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Rec. 1970, pp. 1125 y ss.

¹⁰⁷ Sentencia del TJCE de 11 de julio de 1989, as. 265/87, *Hermann Schröder HS Kaftfutter GmbH & Co. KG contre Hauptzollamt Gronau*, Rec. 1989, pp. 2237 y ss.

debe recurrirse a la menos gravosa, y que las cargas impuestas no deben ser desmesuradas con respecto a los objetivos perseguidos"¹⁰⁸.

Por último, queda por examinar si en la jurisprudencia comunitaria se puede encontrar la primera de las condiciones que se consideraron anteriormente como comunes al tema de los límites a los derechos fundamentales: la necesidad de que la limitación a un derecho esté regulada por ley. En este supuesto la transposición exacta de los criterios constitucionales al sistema comunitario es del todo imposible. Como es bien sabido, en el derecho comunitario no existen leyes en sentido estricto. La condición de que una limitación a un derecho fundamental debe estar contenida en una ley como exigencia derivada del principio democrático debe ser planteada desde otro enfoque en el sistema comunitario, puesto que en él no rige el mismo principio de división de poderes que en los sistemas internos. La "reserva de ley" en el ordenamiento comunitario no puede entenderse desde el prisma del principio democrático, sino en términos del principio de legalidad.

De hecho, el TJCE en su jurisprudencia ha recogido la necesidad de que las causas de limitación estén recogidas en una ley. Por ejemplo, en el caso *National Panasonic*¹⁰⁹, la empresa demandante alegó, contra una Decisión de la Comisión relativa a una verificación en los locales de esta empresa, la violación de derechos fundamentales, en particular el respeto a la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia, previsto en el artículo 8 del CEDH. El TJCE no se pronunció claramente sobre la aplicación de este derecho a las personas jurídicas pero señaló que, en cualquier caso el apartado segundo de

¹⁰⁸ Rec. 1989, p. 2269. Subrayado añadido.

¹⁰⁹ Sentencia del TJCE de 26 de junio de 1980, *cit.*

dicho artículo prevé la posibilidad de establecer limitaciones a este derecho, con determinadas condiciones, entre ellas que estén previstas por la ley:

"Al respecto, hay que señalar que el artículo 8 del Convenio, suponiendo que se aplique a las personas jurídicas, al mismo tiempo que consagra el principio de no injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio de los derechos contemplados en el primer apartado, admite, en su segundo párrafo, que tal ingerencia es posible siempre que 'esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional,....'"¹¹⁰.

Seguidamente, el TJCE examinó si los poderes de verificación que dispone la Comisión cumplen estas condiciones y concluyó que la posibilidad de que la Comisión, en virtud del Reglamento nº 17/62, efectúe verificaciones sin previo aviso, no constituye una violación del derecho previsto en el artículo 8 del CEDH. Por tanto, aunque el TJCE no lo dice expresamente, se presupone que, en la medida en que estos poderes de la Comisión están previstos en el Reglamento nº 17/62, se cumple la exigencia del artículo 8.2 de que la limitación al derechos esté prevista por ley.

Recapitulando todo lo anterior puede decirse que el TJCE, en su jurisprudencia relativa a los derechos fundamentales, se sitúa en la línea de los sistemas constitucionales e internacionales, al reconocer la posibilidad de establecer límites a los derechos fundamentales, límites que a su vez están

¹¹⁰ En francés en el original: "À cet égard, il y a lieu de reléver que l'article 8 de la Convention européenne, pour autant qu'il s'applique à des personnes morales, tout en énonçant le principe de la non-ingérence des autorités publiques dans l'exercice des droits visés au premier paragraphe, admet, au deuxième paragraphe, qu'un telle ingérence est possible pour autant qu'elle 'soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale,....", Rec. 1980, p. 2057.

sometidos a condiciones: previsión legal, interés legítimo, proporcionalidad y respeto del contenido esencial.

2.2. Los límites a los derechos conferidos por los Tratados.

Los artículos de los Tratados que consagran la libertad de circulación y el principio de igualdad de trato en conexión con ésta, prevén expresamente la posibilidad de que los derechos que se derivan de ellos puedan estar sometidos a restricciones o limitaciones. Por lo que se refiere a la libre circulación de trabajadores, el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios, los motivos que justifican una derogación son los mismos: orden público, seguridad y salud públicas. En cuanto a la libre circulación de mercancías, el artículo 36 del TCE añade algunos otros, como la moralidad pública o la protección del patrimonio artístico, entre otros. No se trata de examinar aquí con exhaustividad la totalidad de la cuestiones que plantean estos artículos de los Tratados, sino las líneas generales de la jurisprudencia comunitaria en la interpretación de dichos límites a los derechos previstos. En este sentido, destaca, en particular, que la orientación del TJCE coincide en lo esencial con la línea jurisprudencial del TEDH en la apreciación de las restricciones que el CEDH permite a los derechos en él protegidos¹¹¹.

Ello ya fue claramente puesto de manifiesto en las conclusiones del Abogado General WARNER al caso *Regina contra Henn y Darby*¹¹², en las

¹¹¹ Sobre este tema, véase SPJUT, R.J.: "Fundamental Rights, Public Morality, the Margin of Appreciation and the Treaty of Rome", en *Essays for Clive Schmitthoff*, Professional Books Limited, Abingdom, Oxon, 1983, pp. 121-131, y SUDRE, F.: "Droit communautaire et liberté d'information au sens de la Conventione européenne des droits de l'homme", *EJIL*, 1991, n° 2, pp. 31-57.

¹¹² Conclusiones del Abogado General WARNER, presentadas el 25 de octubre de 1979, as. 34/79, *Regina contre Henn et Darby*, Rec. 1979, pp. 3818 y ss., p. 3821.

que trazó un paralelismo entre la discrecionalidad reservada a los Estados miembros en virtud del artículo 36 del TCEE, relativa al respeto de la moral pública y el "margen de apreciación" del que disfrutaban los Estados partes del CEDH en la aplicación de las excepciones del mismo tenor previstas en varios de sus artículos, en particular en el artículo 10, según la interpretación realizada por el TEDH en sus sentencia *Handyside*¹¹³. Los dos casos trataban de la necesidad de proteger a los jóvenes contra publicaciones indecentes u obscenas (películas y revista pornográficas, en el primero; libro de "educación sexual" en el segundo). La protección de la moral pública permite restricciones a la libre circulación de mercancías en el derecho comunitario y a la libertad de expresión reconocida en el CEDH. En los dos casos, la invocación del respeto a la moral pública plantea cuestiones similares que tienen que ver, en lo esencial, con la ausencia de una definición común de nociones como moral pública u orden público.

En efecto, la noción de moral pública difícilmente puede tener una definición objetiva válida para todos los Estados miembros de la Comunidad o para todos los Estados partes del CEDH. Así, el TEDH, en su sentencia *Handyside*, señala que "*no se puede encontrar en el derecho interno de los Estados contratantes una noción europea uniforme de la moral*"¹¹⁴; en consecuencia, las autoridades nacionales "*se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así como sobre' la necesidad (...) de una restricción o sanción' destinada a dar una respuesta a ello*"¹¹⁵. El TJCE utiliza un razonamiento similar en la sentencia *Regina* y afirma que

¹¹³ Sentencia del TEDH de 7 de noviembre de 1976, caso *Handyside*, BJC 1983, nº 26, pp. 738 y ss.

¹¹⁴ BJC 1983, *cit.*, p. 749.

¹¹⁵ *Ibid.*

"Corresponde, en principio, a cada Estado miembro determinar las exigencias de moralidad pública en su territorio, según su propia escala de valores y en la forma que elija"¹¹⁶. Por tanto, en las dos jurisdicciones aparece la idea que los estados deben conservar un cierto "margen de apreciación" para definir los límites permitidos a las libertades previstas.

También la ausencia de una definición puramente comunitaria de la noción de orden público va en paralelo con la ausencia de una definición acabada en el ámbito del CEDH de la noción de sociedad democrática, que está en la base de la justificación de las restricciones previstas. En la sentencia *Van Duyn*¹¹⁷, relativa a los límites a la libre circulación de personas por razones de orden público, el TJCE admite que:

*"... las circunstancias específicas que podrían justificar el recurso a la noción de orden público pueden variar de un país a otro y de una época a otra, y que por tanto, al respecto, se debe reconocer a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación dentro de los límites impuestos por los Tratados"*¹¹⁸.

Reconocer a las autoridades nacionales un margen de apreciación no significa, sin embargo, ausencia de control. En este sentido, en su sentencia

¹¹⁶ En francés en el original: "*Il appartient en principe à chaque Etat membre de déterminer les exigences de la moralité publique sur son territoire, selon sa propre échelle des valeurs, et dans la forme qu'il a choisie*", Sentencia del TJCE de 14 de diciembre de 1979, as. 34/79, *Regina contre Henn et Darby*, Rec. 1979, pp. 3795 y ss., p. 3813.

¹¹⁷ Sentencia del TJCE de 4 de diciembre de 1974, as. 41/74, *Yvonne Van Duyn contre Home Office*, Rec. 1974, pp. 1337 y ss.

¹¹⁸ En francés en el original: "*...les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre, et qu'il faut ainsi, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le Traité*", Rec. 1974, p. 1351.

Handyside el TEDH afirmó: "El artículo 10.2 no atribuye, sin embargo, a los Estados contratantes un poder ilimitado de apreciación... el Tribunal tiene competencia para decidir por una sentencia definitiva si una restricción o una sanción se concilia con la libertad de expresión tal como la protege el artículo 10. El margen nacional de apreciación va íntimamente ligado a una supervisión europea. Esta afecta a la vez a la finalidad de la medida litigiosa y a su necesidad. Afecta tanto a la ley en que se basa como a la decisión que la aplica, incluso cuando emane de una jurisdicción independiente"¹¹⁹. El TEDH también identificó unos estándar mínimos a los que los Estados deben conformarse cuando invocan la protección de la moral pública. En su jurisprudencia posterior ha ido precisando el alcance del margen de apreciación nacional, en función del objetivo de la limitación¹²⁰. El TEDH ha trazado un perfil básico de la noción de sociedad democrática como una sociedad pluralista, sometida al imperio de la ley y que garantiza al individuo derechos concretos.

Por lo que se refiere al derecho comunitario, si bien los fragmentos recogidos aquí de las sentencias *Van Duyn* y *Regina* parecen renunciar a unos parámetros comunes en la aplicación de la reserva de moral u orden públicos, otros casos muestran claramente la voluntad del TJCE de no renunciar al control último de la aplicación de estas restricciones. El TJCE verifica, en particular, la proporcionalidad de las medidas en función al fin perseguido, pero también fija unos estándar mínimos. Así, en la sentencia *Rutili*¹²¹ el TJCE afirmó que el

¹¹⁹ *BJC, cit.*, pp. 749-750.

¹²⁰ Véanse la sentencia del TEDH de 6 de setiembre de 1978, *caso Klass y otros*, *BJC*, 1983, n° 30, pp. 1199 y ss.; sentencia del TEDH de 26 de abril de 1979, *caso Sunday Times*, *BJC*, 1983, n° 31, pp. 1410 y ss. y sentencia del TEDH de 22 de octubre de 1981, *caso Dugdeon*, *BJC*, 1982, n° 13, pp. 393 y ss.

¹²¹ Sentencia del TJCE de 28 de octubre de 1975, as. 36/75, *Roland Rutili contre Ministre de l'Intérieur*, Rec. 1975, pp. 1219 y ss.

concepto de orden público debe ser interpretado restrictivamente, y que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por los Estados miembros, sin control por parte de las instituciones comunitarias. Así, las restricciones a la libertad de circulación de un nacional comunitario sólo pueden imponerse cuando su presencia o conducta constituya una amenaza real y suficientemente grave del orden público. Además añadió, explicitando el paralelismo de enfoques entre el derecho comunitario y el sistema del CEDH:

"que, en su conjunto, estas limitaciones aportadas a los poderes de los Estados miembros en materia de policía de extranjeros son la manifestación específica de un principio más general consagrado por los artículos 8, 9, 10 y 11 del Convenio de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por todos los Estados miembros y por el artículo 2 del protocolo nº 4 del mismo Convenio, firmado en Estrasburgo el 16 de setiembre de 1963, que disponen en términos idénticos que las violaciones basadas en motivos de orden y seguridad públicos a los derechos garantizados por los artículos citados no pueden sobrepasar el marco de lo que es necesario a la protección de estas necesidades 'en una sociedad democrática'"¹²².

En la misma línea, en la sentencia *Bouchereau*¹²³ el TJCE señaló que la reserva de orden público implica "la existencia, además de la perturbación que

¹²² Traducido del francés: "que, dans leur ensemble, ces limitations apportées aux pouvoirs des Etats membres en matière de police des étrangers se présentent comme la manifestation spécifique d'un principe plus général consacré par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, ratifiée par tous les Etats membres, et de l'article 2 du protocole nº 4 à la même Convention, signé à Strasbourg le 16 septembre 1963, qui disposent en des termes identiques que les atteintes portées en vertu des besoins de l'ordre et de la sécurité publics, aux droits garantis par les articles cités ne sauraient dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de ces besoins 'dans une société démocratique'", Rec. 1975, p. 1232.

¹²³ Sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1977, as. 30/77, *Regina contre Pierre Bouchereau*, Rec. 1977, pp. 1999 y ss.

constituye cualquier infracción a una ley, de una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad"¹²⁴.

Por tanto, cabe concluir que el derecho comunitario permite, al igual que los instrumentos internacionales y las constituciones internas, la imposición de límites a los derechos fundamentales. En la interpretación de los mismos, el TJCE otorga a los Estados un "margen de apreciación", pero ello no significa excluir su control jurisdiccional sobre los parámetros de discrecionalidad estatal. En este sentido, el TJCE encuentra una valiosa ayuda en la jurisprudencia del TEDH, observándose entre ambas enfoques análogos.

¹²⁴ En francés en el original: "... l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société", Rec. 1977, p. 2014.

CAPÍTULO VII

LAS PERSPECTIVAS DE EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN COMUNITARIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El sistema actual de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario se basa esencialmente en la jurisprudencia desarrollada al respecto por el TJCE. En los capítulos anteriores se ha intentado ofrecer un análisis de esta construcción jurisprudencial que ha llevado a cabo el Tribunal de Luxemburgo. Su importancia y acierto ha sido y es comúnmente aceptada, tanto a nivel institucional como doctrinal. Sin embargo, en las páginas anteriores se han puesto de manifiesto algunas de las limitaciones y carencias que comporta una protección de corte básicamente jurisdiccional. Por ello se ha señalado que sería necesario, tanto en el plano jurídico como político, mejorar y completar el actual sistema de protección comunitaria de los derechos fundamentales. Desde la perspectiva política, ello comportaría dotar al proceso de integración europea de una mayor legitimidad democrática. Jurídicamente, podría aportar bases legales más firmes y claras, que contribuyeran a despejar algunas de las cuestiones actualmente abiertas.

Las soluciones que en este sentido se han barajado hasta ahora son fundamentalmente dos: la elaboración a nivel comunitario de un catálogo de derechos fundamentales y la adhesión de las Comunidades al CEDH. Dado que estas propuestas, de ser llevadas a cabo, podrían tener repercusiones sobre la protección jurisdiccional dispensada por el TJCE, se examinarán en el presente

capítulo¹. Evidentemente, las dos soluciones que se han apuntado no son excluyentes entre sí; sin embargo, a efectos sistemáticos, en las siguientes páginas se abordarán por separado.

¹ Además de las soluciones que se han indicado, se han elaborado también, a nivel doctrinal, otras propuestas. Por ejemplo, el estudio realizado por los profesores CASSESE, CLAPHAM y WEILER avanza toda una batería de medidas encaminadas a establecer una política comunitaria de derechos humanos: la adopción de un Libro Blanco, creación en el seno del ejecutivo comunitario de órganos especializados, etc... (CASSESE, A.; CLAPHAM, A.; WEILER, J.: "1992. Quels sont nos droits? Un programme d'action en matière de droits de l'homme", en CASSESE, A.; CLAPHAM, A.; WEILER, J. (eds.): *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, pp. 77-193, pp. 77 y ss.). Este tipo de medidas no se estudiarán en el presente capítulo puesto que su alcance es más político que jurídico y no tienen repercusiones en el ámbito de la protección jurisdiccional de los derechos.

1. LA ELABORACIÓN DE UN CATÁLOGO COMUNITARIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1. Las razones para la adopción de un catálogo comunitario de derechos fundamentales.

La posibilidad de adoptar un catálogo de derechos a nivel comunitario empezó a debatirse ya en la segunda mitad de la década de los setenta². Es en estos años cuando cobró relevancia el silencio de los Tratados en materia de derechos fundamentales, en claro contraste con la situación en los Estados miembros, la mayoría de los cuales poseían una declaración de derechos incluida en sus textos constitucionales. Especialmente significativa fue la decisión *Solange I* del Tribunal Constitucional Federal alemán, que consideró que el ordenamiento jurídico comunitario no dispensaba una protección satisfactoria de los derechos fundamentales dada la falta, entre otros factores, de un catálogo de derechos en los Tratados constitutivos³.

Aunque la labor del TJCE en este ámbito ha conseguido paliar jurídicamente el silencio de los Tratados y ha construido un sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales, desde un punto de vista más político podría afirmarse que esta situación de contraste entre el orden comunitario y la situación en los Estados miembros se ha acrecentado en los últimos años. Ello tiene relación con el proceso de consolidación y desarrollo del derecho comunitario como un ordenamiento jurídico autónomo, de la

² De esta época véase, por todos, el estudio *La protección de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, elaborado por el profesor BERNHARDT por encargo de la Comisión de las Comunidades Europeas, *Bol. CE*, suplemento 5/76.

³ Véase al respecto *supra*, capítulo I.

ampliación y profundización de las competencias comunitarias y de lo que podría denominarse la "constitucionalización" de los Tratados⁴.

Efectivamente, el desarrollo de la integración europea en los últimos años ha conducido a que, paulatinamente, cobre una mayor relevancia el funcionamiento democrático de sus instituciones y la legitimidad política de dicho proceso de construcción europea. Las razones que podían explicar y justificar la omisión de un catálogo de derechos fundamentales en los Tratados constitutivos en los años cincuenta, es decir, el carácter marcadamente económico y sectorial de la integración comunitaria y lo limitado de los ámbitos de intervención de las instituciones comunitarias, son difícilmente sostenibles en la actualidad. Por otro lado, en los últimos años se ha puesto de manifiesto que uno de los elementos, aunque no ciertamente el único, que está presente en las reticencias que diversos sectores de la población expresan respecto a la construcción europea, tiene que ver, precisamente, con la percepción del ya tópico déficit democrático de las Comunidades Europeas.

En esta perspectiva se ha señalado que la existencia de un catálogo de derechos comunitario podría comportar dos tipos de ventajas, que se sitúan, respectivamente, en el plano jurídico y político⁵. En primer lugar, aportaría una mayor seguridad jurídica en la protección de los derechos fundamentales, lo que redundaría en favor de todos los sujetos presentes en el ordenamiento jurídico comunitario: las instituciones comunitarias, que tendrían un marco objetivo más claro de los límites y las orientaciones de sus actuaciones; los Estados miembros, que deben respetar y aplicar las normas comunitarias y los particulares, que tendrían un mayor y más fácil conocimiento de los derechos que el

⁴ La consideración de los Tratados como "Constitución" se ha abordado en el capítulo VI.

⁵ Véase, en este sentido, CASSESE; CLAPHAM; WEILER, "1992. Quels sont nos droits?....", *op. cit.*, p. 144.

ordenamiento comunitario respeta y protege y, por tanto, de sus derechos en tanto que sujetos de este ordenamiento. En otras palabras, se paliaría la actual indefinición sobre qué derechos pueden considerarse fundamentales en el ordenamiento comunitario⁶.

La segunda mejora respecto a la situación actual que aportaría la adopción de un catálogo de derechos, probablemente la más relevante, sería de orden político y simbólico. Es innegable que contribuiría a dotar de mayor legitimidad la actuación comunitaria. Para el conjunto de la población de los Estados miembros, a menudo alejada y desconocedora de los complicados entresijos del derecho comunitario, implicaría un signo claro de compromiso de los actores de la construcción europea con la democracia y el respeto de los derechos de los ciudadanos. Tendría también un alto valor integrador, puesto que reforzaría una visión política y cohesionada de la integración europea.

Probablemente la institución que más partidaria ha sido de lo que de positivo aportaría la adopción de un catálogo de derechos es el Parlamento Europeo. En efecto, su posición ha quedado suficientemente clara, no sólo en sus resoluciones sobre la protección de los derechos humanos⁷, sino en sus propuestas que revelan su opinión sobre la líneas directrices que podrían inspirar dicho catálogo, tanto en el Proyecto de Tratado de la Unión Europea adoptado en 1984⁸, como en el Proyecto de Constitución elaborado por la Comisión de

⁶ Sobre dicha indefinición, véanse los capítulos II y VI.

⁷ Véanse, por ejemplo, la Resolución de 27 de abril de 1979 (JOCE C 127 de 21 de marzo de 1979, pp. 69-70) en la que, al mismo tiempo que se invitaba a la Comisión y al Consejo a preparar la adhesión comunitaria al CEDH, se declaraba partidario de crear una comisión de expertos para elaborar un catálogo de derechos civiles y la Resolución de 28 de enero de 1994 (DOCE C 44 de 14 de febrero de 1994, pp. 32-34), en la que opinaba que la adhesión al CEDH es complementaria de la adopción por parte de la Comunidad de su propia Declaración de derechos humanos y libertades fundamentales, que podría garantizar derechos adicionales con respecto al CEDH.

⁸ *Projet de Traité instituant l'Union Européenne*, aprobado el 14 de febrero de 1984, JOCE C 77 de 19 de marzo de 1984, pp. 36 y ss. En el artículo 4 de dicho Proyecto se declaraba

Asuntos Institucionales⁹ y, especialmente, en su Declaración de Derechos de abril de 1989¹⁰. Estos tres textos demuestran la importancia que el Parlamento Europeo otorga a la existencia de una declaración de derechos a nivel comunitario.

La propuesta de adopción de un *Bill of Rights* comunitario presenta los elementos positivos hasta aquí reseñados, pero tiene también sus detractores. En este sentido, se ha señalado que la mayor seguridad jurídica que aportaría un catálogo escrito tiene como contrapartida la introducción de una cierta tendencia a la rigidez, en contraste con el dinamismo y la flexibilidad que el actual sistema jurisdiccional de protección ofrece. La opinión de la profesora MANGAS MARTÍN sintetiza las dudas expresadas por buena parte de la doctrina:

"La jurisprudencia comunitaria se adapta mejor a la evolución rápida del Derecho Comunitario, protegiendo esos derechos en los nuevos ámbitos por los que puedan discurrir las normas comunitarias, que un catálogo cerrado de derechos que podría quedar viejo o incompleto al no contemplar

que la Unión protege la dignidad del individuo y sus derechos y libertades fundamentales y que en un período de cinco años se elaboraría una Declaración de Derechos para su inclusión en el Tratado.

⁹ El Proyecto de Constitución no fue aprobado por el Parlamento Europeo, pero sí se adoptó el 10 de febrero de 1994 una Resolución sobre la Constitución de la Unión Europea en la que el Parlamento señala que *"Toma nota con satisfacción de los trabajos de la Comisión de Asuntos Institucionales cuyo resultado es un proyecto de Constitución de la Unión Europea, que se adjunta en anexo, y pide al Parlamento Europeo que resulte electo en junio de 1994 que prosiga dichos trabajos a fin de profundizar los debates sobre la Constitución europea..."*, DOCE C 61, de 28 de febrero de 1994, pp. 155-170, p. 155. El Proyecto de Constitución incluye un Título VIII que consta de 24 cláusulas que enumeran los derechos humanos garantizados por la Unión.

¹⁰ Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada el 12 de abril de 1989, DOCE C 120, de 16 de mayo de 1989, pp. 51-57.

posiblemente los ámbitos complejos y hoy impredecibles de la actividad socio-económica que la integración europea pueda arrastrar"¹¹.

Evidentemente, la existencia de un conjunto de disposiciones escritas comporta siempre un mayor riesgo aparente de inmovilismo que la pura construcción jurisdiccional. Sin embargo, la experiencia de los ordenamientos estatales demuestra que las disposiciones constitucionales, que acostumbran a ser bastante generales, ofrecen un marco y un límite para la actuación de los poderes públicos y los particulares que admiten interpretaciones políticas y jurídicas flexibles a lo largo del tiempo¹². Por otro lado, los valores de la seguridad jurídica y de la legitimación democrática no pueden menospreciarse.

Una segunda objeción que se ha planteado consiste en resaltar las dificultades políticas que podría suscitar la adopción de un catálogo, que contrarrestarían o al menos no se corresponderían con los beneficios que de ella pudieran extraerse. En este sentido, se ha señalado que el proceso podría ser largo y costoso y que, probablemente, el consenso necesario entre los Estados miembros llevaría a primar la opción de una declaración de mínimos o, dicho en

¹¹ MANGAS MARTÍN, A.: *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1987, p. 161. Hay que señalar, sin embargo, que la profesora MANGAS MARTÍN ha reconocido posteriormente las ventajas de una declaración de derechos, señalando que "*es necesaria porque añade visibilidad e identidad a la Unión*", MANGAS MARTÍN, A.: "Reflexiones sobre el proyecto de Constitución europea ante la perspectiva de la reforma de 1996", *REDC*, nº 45, pp. 135-151, p. 151. El temor a introducir un grado de rigidez peligroso ha sido expresado también por CASSESE, CLAPHAM y WEILER, *op. cit.*, p. 144, y por CAPOTORTI, quien señala que la necesidad de referirse a un derecho no escrito, como en la actualidad, presenta las ventajas de que el TJCE tiene una mayor capacidad para adaptarse al caso concreto y una mayor sensibilidad respecto a las exigencias comunitarias, CAPOTORTI, F.: "Intervención a la ponencia: 1992. Quels sont nos droits?.....", *op. cit.*, p. 168. Véase también GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.: "L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international", *RCADI*, vol. 148, V, 1975, p. 174.

¹² El ejemplo de la Constitución de los Estados Unidos resulta paradigmático en este sentido.

otras palabras, altamente conservadora¹³. También se ha señalado que la adopción de un catálogo comunitario podría interferir negativamente en la obra de protección de los derechos humanos que se lleva a cabo en el seno del Consejo de Europa, dando la imagen que se quiere actuar al margen de la misma¹⁴.

Para algunos autores estos presuntos inconvenientes de la adopción de un catálogo no se verían justificados, dado que consideran que, en realidad, dicho catálogo no resulta imprescindible para el buen funcionamiento de las Comunidades ni para los intereses de los particulares¹⁵. Los ciudadanos comunitarios ven ya actualmente protegidos sus derechos fundamentales por la actuación del TJCE. En este sentido, es elocuente la posición del Tribunal Constitucional Federal alemán que, desde los años ochenta, ha reconocido que el ordenamiento comunitario ofrece un nivel de protección satisfactorio¹⁶.

A pesar de que es previsible que la adopción de una declaración de derechos comportase un proceso político complicado, existen también elementos que permiten afirmar que dicho proceso no es impensable. Por un lado, la jurisprudencia del TJCE ha demostrado, en la práctica, que las tradiciones constitucionales de los Estados miembros no son tan divergentes y que de ellas se pueden extraer principios y valores comunes. Por otro lado, la

¹³ En este sentido CAPOTORTI: "...chaque fois qu'on veut réécrire un catalogue qui a été maintes fois écrit, à des niveaux différents, on arrive forcément à un résultat qui ne coïncide pas avec le précédent et qui risque d'être plus conservateur", CAPOTORTI, *op. cit.*, p. 170.

¹⁴ En contra de esta opinión se ha manifestado el profesor JACQUÉ, que defiende el carácter no excluyente y complementario del CEDH y de un posible catálogo de derechos comunitario, JACQUÉ, J.P.: "Intervención a la ponencia: 1992. Quels sont nos droits?...", *op. cit.*, pp. 182-183.

¹⁵ En este sentido, véase CLAPHAM, A.: *Human Rights and the European Community: A Critical Overview*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, p. 96.

¹⁶ Ello ha sido puesto de manifiesto con claridad en su sentencia sobre la ratificación del Tratado de Maastricht. Véase al respecto *supra*, cap. I.

aplicación del CEDH a los largo de casi cincuenta años ha contribuido enormemente a crear un sustrato común en materia de derechos humanos. En este sentido, la Declaración de Derechos aprobada por el Parlamento Europeo con un elevado consenso entre todos los grupos políticos podría ser un punto de partida útil.

Teniendo en cuenta estos elementos, es perfectamente posible imaginar un catálogo de derechos que parta de los valores comunes existentes, para que pueda ser objeto de consenso y que reúna las condiciones de amplitud y flexibilidad suficientes para evitar los riesgos derivados de la rigidez formal. En esta perspectiva merece ser reseñada la propuesta elaborada por el profesor y Juez del Tribunal de Primera Instancia, K. LENAERTS¹⁷.

Este autor parte de la base que un catálogo comunitario de derechos debe respetar tres premisas básicas¹⁸. En primer lugar, debe respetar la coherencia de lo que él llama el "modelo europeo" de protección de los derechos fundamentales, es decir, un modelo basado en la existencia de dos órdenes legales: el que constituye el CEDH y el comunitario. Por ello es conveniente que el catálogo comunitario se limite a la protección de los derechos en el ámbito de aplicación del derecho comunitario; fuera de este ámbito es el CEDH el que asegura en última instancia el respeto de los derechos humanos. En segundo lugar, la Comunidad Europea debe aspirar a un estándar de protección más elevado que el del CEDH, que atienda a sus necesidades específicas. Por último, la existencia de dicho catálogo no debe obviamente excluir un desarrollo ulterior de los derechos por vía jurisdiccional.

¹⁷ LENAERTS, K.: "Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue", *ELRev.*, 1991, n° 5, pp. 367-390.

¹⁸ *Ibid.*, p. 376.

Partiendo de estas premisas, LENAERTS propone que la declaración de derechos se estructure en varios estratos, a modo de círculos concéntricos¹⁹. El núcleo de dicha estructura lo constituirían los derechos reconocidos en el CEDH, tanto en la actualidad como los que se pudieran incorporar en el futuro a dicho Convenio, tal y como son interpretados por el TEDH²⁰. Para asegurar la coherencia en la aplicación de dichos derechos sería conveniente prever algún "puente procesal" entre los órganos judiciales de ambos sistemas, que podría ser similar en su construcción al funcionamiento de una cuestión prejudicial.

El segundo círculo de la estructura estaría compuesto por los principios generales del derecho, cuyo cumplimiento garantiza el TJCE²¹. Ello posibilitaría la flexibilidad del desarrollo y evolución jurisprudencial y aseguraría un nivel de protección que va más allá del mínimo común denominador que representa el CEDH. En el texto del catálogo se podrían mencionar algunos de los principios que el TJCE ha establecido en reiterada jurisprudencia, pero dejando muy claro que no se trata de una enumeración exhaustiva, sino que es el TJCE quien determina los principios generales del derecho.

El siguiente círculo estaría integrado por los derechos fundamentales relacionados con el estatuto de ciudadano comunitario, reservados a los

¹⁹ *Ibid.*, pp. 376 y ss.

²⁰ Ello comportaría para el autor las siguientes ventajas: "*First of all, it makes the fundamental rights guaranteed in the ECHR legal order (and their interpretation by the European Court of Human Rights) a part of the constitution of the Community legal order, thereby ensuring a common base level for the safeguarding of fundamental rights (the French would say un socle commun) in European supranationalism taken as a whole. Secondly, coherence is reached with regard to the European fundamental rights standard to which the Community institutions and the Member States are primarily bound, and this, as far as the latter are concerned, concerns both their action (or inaction) in the field of application of Community law and their actions (or inaction) in the field of their residual powers*", LENAERTS, *op. cit.*, p. 377.

²¹ Un acuerdo en este sentido no debería ser difícil, puesto que el TJCE elabora dichos principios básicamente a partir de las tradiciones jurídicas comunes de los Estados miembros.

nacionales de los Estados miembros. Las propuestas que en este sentido hace el autor se corresponden esencialmente con el contenido de la ciudadanía de la Unión prevista en el Tratado de la Unión Europea.

Por último, la estructura se cerraría con la inclusión de lo que LENAERTS llama "*aspirational fundamental rights*"²², que hacen referencia a derechos sociales y económicos, culturales, de protección del consumidor y del medio ambiente. Es decir, lo que tradicionalmente se conoce como derechos de segunda y tercera generación. Estos derechos se caracterizan porque su protección exige una intervención positiva de los poderes públicos. Por ello, el autor matiza que en la declaración de dichos derechos debería tenerse en cuenta y especificar la división de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros. Este sería, sin ningún género de dudas, el conjunto de derechos más difíciles de suscitar un consenso político entre los Estados miembros.

Un catálogo de derechos como el descrito hasta aquí²³, o en términos parecidos, tendría el mérito de aportar una base jurídica precisa para la protección de los derechos sin menoscabo de evoluciones ulteriores; contribuiría a clarificar algunas cuestiones: el estatuto jurídico del CEDH en el ordenamiento jurídico comunitario, la aplicación de los derechos fundamentales en los Estados miembros, las obligaciones no sólo de abstenerse, sino también positivas, de las instituciones comunitarias, entre otros. En definitiva, recogería a nivel constitucional lo que se ha conseguido hasta ahora, subrayando y avanzando en la dimensión política y democrática de la construcción europea.

²² LENAERTS, *op. cit.*, p. 386.

²³ La propuesta de LENAERTS no se aleja mucho del contenido de la Declaración realizada en 1989 por el Parlamento Europeo.

Sin embargo, en nuestra opinión, la adopción de un catálogo de derechos comunitario únicamente cobra verdadero sentido si se establece paralelamente una garantía jurisdiccional específica para tales derechos, que de esta manera se concretan como auténticos derechos fundamentales. Este aspecto ha sido recogido por el propio TJCE:

*"...el Tribunal de Justicia tiene interés en recordar que, en virtud de sus actuales competencias, ya controla el respeto de los derechos fundamentales por los poderes legislativos y ejecutivos de las Comunidades, así como por los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del derecho comunitario. Para ello, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, a los que los Estados miembros han cooperado o se han adherido y, en particular, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El control del respeto de los derechos fundamentales eventualmente reconocidos en los Tratados no constituiría una nueva función para el Tribunal de Justicia. Cabe preguntarse, sin embargo, si el recurso de anulación previsto en el artículo 173 del Tratado CE y disposiciones concordantes de los otros Tratados, recurso que los particulares sólo pueden interponer contra los actos que les afecten directa e individualmente, es suficiente para garantizarles una protección jurisdiccional efectiva contra las violaciones de sus derechos fundamentales que puedan resultar de la actividad legislativa de las instituciones"*²⁴.

Las consideraciones del TJCE apuntan a la necesidad de clarificar y construir un concepto normativo y formal de derechos fundamentales, problema

²⁴ Informe del Tribunal de Justicia sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea, Luxemburgo, mayo 1995, pp. 15-16.

que se ha abordado en el capítulo anterior. La calificación de fundamental de un derecho se sustenta en determinadas consecuencias jurídicas, que deben prever también los procedimientos necesarios para su defensa. En este sentido, es oportuno recordar que el Proyecto de Constitución elaborado en el seno del Parlamento Europeo propone la instauración de un procedimiento específico ante el TJCE para los particulares en caso de violación, por parte de la Unión, de un derecho humano garantizado por la Constitución, remitiendo para las condiciones de dicho recurso a una ley constitucional. Esta sería una gran aportación, en nuestra opinión la más relevante, al sistema comunitario actual de protección de los derechos fundamentales.

1.2. La materialización de un catálogo de derechos: perspectivas para la reforma de 1996.

Cuando se hace referencia a la adopción de un catálogo de derechos comunitario, inmediatamente se piensa en su inclusión en los Tratados, lo cual exige, evidentemente, un proceso de revisión de los mismos. Sin embargo, algunos autores han señalado la posibilidad de otras opciones para la formalización de una declaración de derechos a nivel comunitario²⁵.

Así, una posibilidad que se ha barajado es la de adoptar un catálogo por la vía de un reglamento basado en el artículo 235 del TCE. Esta vía ofrecería la ventaja de dotar a tal catálogo de un estatuto jurídico formal dentro de las fuentes del derecho comunitario y que su aprobación, que no implica la ratificación de los Parlamentos nacionales, sería menos compleja. Sin embargo, aunque se concibiera y redactara como un reglamento-marco, el catálogo así

²⁵ Véase CASSESE, CLAPHAM, WEILER, *op. cit.*, pp. 145-147.

aprobado no tendría formalmente un rango jurídico superior al resto de las fuentes del derecho comunitario, con lo cual el legislador en el futuro podría imponer cambios a dicho texto. Para el TJCE sería más complicado utilizar este catálogo como parámetro de validez de todas las actuaciones de las instituciones comunitarias. Esta opción, por tanto, es a nuestro entender absolutamente descartable a efectos de solucionar los problemas estructurales de la cuestión.

Otra vía posible sería la adopción de una declaración interinstitucional, en la línea de la que ya se adoptó en 1977, pero avanzando un paso más, es decir, incorporando a la misma un catálogo de derechos. Esta opción tiene el inconveniente de la ambigüedad respecto a la jurisdicción en la que se mueven los efectos de este tipo de declaraciones comunes, jurisdicción que en principio hay que descartar.

Por último, se ha apuntado también que bastaría una revisión de los Tratados bajo la forma de una declaración solemne. Es decir, un artículo en los Tratados que expresara el compromiso del respeto de los derechos fundamentales, sin especificar en un catálogo el contenido de esta protección. Ello conseguiría incluir expresamente la protección de los derechos fundamentales en el derecho primario, sin suscitar enormes dificultades políticas entre los Estados miembros dada la generalidad de la declaración. De hecho, esta es la fórmula que se ha seguido en el Tratado de la Unión Europea con el artículo F.2.

Respecto a este artículo se ha dicho que ofrece una solución original, en el sentido que no consagra exactamente ninguna de las dos vías que tradicionalmente se habían barajado para solucionar la laguna de los Tratados originarios en materia de derechos fundamentales: la incorporación de un

catálogo o la adhesión comunitaria al CEDH²⁶. Sin entrar aquí en las diversas cuestiones jurídicas que la interpretación de dicho artículo plantea²⁷, lo que interesa destacar es que, sin negar el valor que tiene el reconocimiento a nivel convencional del compromiso por el respeto de los derechos fundamentales, el TUE se limita a codificar la situación existente en el derecho comunitario por la jurisprudencia del TJCE, sin realizar ninguna aportación. Tal vez esto fuera lo único que se podía conseguir políticamente en aquel momento. De hecho, las propuestas que se plantearon durante la Conferencia Intergubernamental y que intentaban ir más allá no prosperaron. En este sentido, hay que hacer referencia a la propuesta española mantenida en el documento *Hacia una ciudadanía europea*²⁸, que proponía incluir el compromiso del respeto de los derechos fundamentales en los artículos dedicados a la ciudadanía de la Unión. En concreto, el artículo 2 de la propuesta estipulaba:

"1. La Unión y los Estados miembros se comprometen a respetar los derechos fundamentales tal como se reconocen especialmente en las Constituciones de los Estados miembros y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que la Unión hace suyo.

²⁶ PÉREZ VERA, E.: "EL Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos", *RIE*, 1993, nº 2, pp. 459-482, p. 473.

²⁷ Véase *supra*, capítulos III y V.

²⁸ *Hacia una ciudadanía europea*, propuesta oficial de España, octubre de 1990, y *Propuesta de texto articulado sobre ciudadanía europea*, presentado por la delegación española a la Conferencia Intergubernamental sobre Unión Política, 20 de febrero de 1991, *RIE*, 1991, nº 1, pp. 333-338 y pp. 405-409. Comisión y Parlamento también barajaron la idea de ligar ciudadanía y derechos fundamentales: véase al respecto el documento "Ciudadanía de la Unión" en *Contribuciones de la Comisión a la Conferencia Intergubernamental*, *Bol CE*, suplemento 2/91, p. 84, y la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Ciudadanía de la Unión aprobada el 21 de noviembre de 1991, DOCE C 326 de 16 de diciembre de 1991, pp. 205-208.

2. *La Unión fijará las modalidades en que los ciudadanos de la Unión y quienes no ostenten la condición de tales, podrían hacer valer los derechos garantizados en el párrafo anterior*"²⁹.

Esta formulación, a pesar de que tampoco elabora una declaración de derechos, va más allá del planteamiento tradicional, al prever que la Unión fijará las modalidades de ejercicio y al mencionar en el mismo plano a la Unión y a los Estados miembros, sin precisar que la referencia a éstos se hace sólo en el ámbito de aplicación del derecho comunitario, aunque esto pudiera sobreentenderse. La propuesta no prosperó porque la mayoría de las delegaciones prefería situar la referencia a los derechos fundamentales a nivel más político, en las *Disposiciones comunes* del TUE, fuera del alcance de la protección jurisdiccional.

En la situación actual, la única vía que implicaría avanzar realmente en la protección de los derechos fundamentales consiste en la inclusión en los Tratados de un auténtico *Bill of Rights*. Tras el Tratado de la Unión Europea, cualquier otra opción carecería de sentido (exceptuando, evidentemente, la adhesión al CEDH, que se abordará más adelante). La reforma de los Tratados prevista para 1996 es una buena ocasión para que este tema vuelva a plantearse.

Como es sabido, el artículo N.2. del TUE prevé que dicho Tratado sea objeto de una revisión en 1996. En principio, los temas que deberán abordarse en dicha reforma están mencionados en el propio TUE³⁰. Posteriormente, los

²⁹ *Propuesta de texto articulado sobre ciudadanía europea, op. cit.*, p. 406.

³⁰ Se trata del ámbito de aplicación del procedimiento de codecisión (artículo 189.B.8), la política de seguridad común (artículo J.4.6), la política exterior común (artículo J.10), la estructura del TUE en pilares y sus pasarelas (artículo B), las cuestiones relativas a la energía, la protección civil y el turismo (artículo 3.t y Declaración anexa), y la jerarquía de las normas comunitarias (Declaración nº 16).

Estados miembros y las instituciones comunitarias han ampliado en diversos momentos lo que podría denominarse el "menú 1996"³¹. Ello no significa, sin embargo, que los temas susceptibles de ser discutidos y modificados en 1996 se limiten a los que hasta ahora se han indicado. En el Consejo Europeo celebrado en Madrid en diciembre de 1995 se tomó la decisión de convocar la Conferencia Intergubernamental, que iniciará sus trabajos en marzo de 1996³². En dicho Consejo se discutió el Informe del Grupo de Reflexión, formado por representantes de los Ministros Exteriores de los Estados miembros, el Presidente de la Comisión y dos representantes del Parlamento Europeo, y presidido por C. WESTENDORP³³. Para los trabajos de este Grupo, se invitó a las instituciones comunitarias a que le hicieran llegar, antes del inicio de sus actividades en junio de 1995, sus consideraciones sobre el funcionamiento del TUE. En su mandato, el Grupo de Reflexión no tenía ninguna limitación en cuanto al contenido de sus discusiones, sino que se creó para examinar y elaborar *"ideas sobre las disposiciones del TUE que requieran una revisión y otras posibles mejoras con un espíritu democrático y abierto, basándose en la valoración que establezcan los informes acerca del funcionamiento del Tratado"*³⁴.

³¹ El Consejo Europeo de Bruselas de 10 y 11 de diciembre de 1993 introdujo, en relación con las ampliaciones, la revisión del número de miembros de la Comisión (*Bol. CE*, nº 12/1993, pp. 7-18, p.18); el compromiso de Ioannina de marzo de 1994, el tema de la ponderación de votos y el umbral de la minoría de bloqueo (*Bol. UE*, nº 3/1994, p. 72); el Acuerdo Interinstitucional sobre perspectivas financieras 1993-1999 de 29 de octubre de 1993, el reexamen de éstas, también en vistas a las ampliaciones (*Bol. CE*, nº 10/1993, p. 94) y el Acuerdo Interinstitucional de 20 de diciembre de 1994 sobre comitología, el tema de la participación del Parlamento Europeo en la ejecución de normas aprobadas por el procedimiento de codecisión (*Bol. UE*, nº 12/1994, p. 168).

³² Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Madrid, 15 y 16 de diciembre de 1995, documento SN 400/95.

³³ La decisión de constituir este Grupo se concretó en el Consejo Europeo de Corfú, de 24 y de 25 de junio de 1994 (*Bol. UE*, nº 6/1994, pp. 7-21).

³⁴ *Bol UE*, nº 6/1994, p. 19.

En el Consejo Europeo de Cannes, celebrado en junio de 1995, se señalaron los puntos que se consideraban prioritarios para la reflexión, entre los que figuraba aumentar la eficacia, el carácter democrático y la transparencia de la instituciones, y el fortalecimiento del respaldo de la opinión pública a la construcción europea, entre otros³⁵.

El mandato para la Conferencia Intergubernamental de 1996, que se desprende de las Conclusiones del Consejo Europeo de Madrid, se ha formulado también en términos bastante amplios. En efecto, tras declarar que la Conferencia deberá examinar las cuestiones para las que el TUE prevé explícitamente una revisión, así como las que se han decidido en anteriores Consejos Europeos o acuerdos interinstitucionales, se añade:

*"En un plano general, la Conferencia Intergubernamental deberá examinar las mejoras que será necesario realizar en los tratados para adaptar la Unión a las realidades de hoy y a las exigencias de mañana, teniendo presente en el espíritu el resultado de los trabajos del Grupo de Reflexión"*³⁶.

El tema de la inclusión de un catálogo de derechos no figura dentro del menú limitado, es decir, el señalado por el TUE o en acuerdos posteriores entre los Estados miembros o instituciones, pero en cambio es una de las cuestiones que, con toda probabilidad, constará en la agenda de 1996. De hecho, las informaciones que se disponen hasta el momento apuntan ya en esta dirección, puesto que la cuestión de los derechos fundamentales aparece tanto en informes

³⁵ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo celebrado en Cannes los días 26 y 27 de junio de 1995, *Bol. UE*, nº 6/1995, pp. 9 y ss., p. 17.

³⁶ Conclusiones de la Presidencia, *cit.*, p. 34.

elaborados por los gobiernos o por las instituciones comunitarias, como a nivel doctrinal.

En efecto, por parte española se preparó para los trabajos del Grupo de Reflexión un documento que recoge un elenco de temas, agrupados en bloques sistemáticos, susceptibles de ser discutidos o tenidos en cuenta³⁷. El tercero de estos bloques se dedica al ciudadano y la Unión Europea, tema que se considera de una importancia central³⁸. Con el objetivo de reforzar y hacer más visibles los derechos de los ciudadanos se ofrecen dos vías: la primera, extender sustancialmente el contenido de los derechos previstos actualmente en el capítulo sobre *Ciudadanía de la Unión* del TUE (artículo 8 a 8E). Como ejemplo de en qué podría consistir esta ampliación se propone la inclusión de un artículo específico contra el racismo y la xenofobia.

La segunda posibilidad que se enuncia es la inclusión de una Carta de Derechos Fundamentales de los ciudadanos de la Unión, partiendo de la siguiente constatación básica: "*El ejercicio de la soberanía sólo se legitima si al mismo tiempo quedan garantizados los derechos fundamentales de los ciudadanos.*"³⁹ En dicha Carta, que se incorporaría a la parte dispositiva del Tratado a aprobar, se incluirían todos aquellos derechos "*considerados como básicos en el acervo europeo, que quedarían protegidos tanto por las Instituciones de la Unión como por las de los países miembros, concretamente*

³⁷ *La Conferencia Intergubernamental de 1996. Bases para una reflexión*, Madrid, 2 de marzo de 1995.

³⁸ En efecto, se puede leer: "*Este nuevo capítulo del TUE, al que España aportó una contribución decisiva, está llamado a convertirse en un eje central de las discusiones de la Conferencia, cuyos resultados serán valorados por los ciudadanos en gran medida en función de la capacidad de la Unión para afrontar los problemas que les afectan más directamente. El ciudadano europeo busca en la Unión, sobre todo, vivir en un espacio próspero, solidario y seguro.*", *op. cit.*, p. 84.

³⁹ *Ibid.*, p. 85.

a través de una estrecha colaboración entre el Tribunal de Luxemburgo y los Tribunales nacionales"⁴⁰. Se trataría, en definitiva, de una Carta del tipo de la Declaración de Derechos realizada por el Parlamento Europeo.

Estas consideraciones avanzadas en el documento español elaborado para el Grupo de Reflexión coinciden con otras realizadas a nivel institucional o doctrinal a propósito de la reforma de 1996. Así, el Parlamento Europeo expresa también la necesidad de aumentar los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea y mejorar la protección de los derechos fundamentales de todas las personas que residen en la Unión. En este sentido, propone la adhesión de la Unión al CEDH y, aunque no menciona propiamente la elaboración de un catálogo de derechos, propone que se incluyan expresamente en los Tratados referencias a: el principio de igualdad de trato independientemente de la raza, el sexo, la edad, las discapacidades o la religión; la prohibición de la pena de muerte; los derechos fundamentales de los trabajadores y los derechos económicos ya previstos, pero reagrupados en un sólo artículo⁴¹.

Como se ha indicado, también en círculos doctrinales se ha planteado la posible inclusión de un catálogo de derechos. En este sentido, por ejemplo, J.V. LOUIS considera que el nuevo Tratado debería contener, entre otros, "*Principios, relativos en particular a la ciudadanía y a los derechos humanos: sería deseable que la Unión Europea adoptara su propia Declaración a fin de clarificar los valores comunes a los pueblos de la Unión actualizando el Convenio Europeo para la protección de los Derechos*

⁴⁰ *Ibid.*, p. 86.

⁴¹ Resolución sobre el funcionamiento del Tratado de la Unión Europea en la perspectiva de la Conferencia Intergubernamental de 1996-Realización y desarrollo de la Unión, aprobada el 17 de mayo de 1995, DOCE C 151, de 19 de junio de 1995, pp. 56-67, p. 59.

Humanos.⁴² Propone, como modelo o punto de partida, los artículos relativos a los derechos contenidos en el proyecto de Constitución Europea del Parlamento Europeo.

Por último, el Informe del Grupo de Reflexión, presentado en Bruselas el 5 de diciembre de 1995, propone como uno de los ámbitos principales en los que la Conferencia debería alcanzar resultados "*hacer de Europa una empresa de los ciudadanos*", incluyendo ahí la cuestión de los derechos fundamentales⁴³.

La adopción de un catálogo de derechos debe examinarse también en relación con otras cuestiones que se plantean para 1996. La primera de ellas es la forma que debe adoptar el texto que resulte de la Conferencia Intergubernamental, en concreto, si debe aprobarse un nuevo tratado o una Constitución. En favor de la opción constitucional, se aboga por la exigencia de dotar de una mayor transparencia el proceso de construcción europea: "*Su adopción solemne, la mayor claridad de sus disposiciones y su carácter conciso y más político acercarán más los resultados de la Conferencia a los ciudadanos*"⁴⁴. En contra de este enfoque, y a favor de un tratado, se puede argumentar la inexistencia de un auténtico pueblo "constituyente" a nivel europeo⁴⁵. En cualquier caso, parece necesario elaborar un texto, ya sea en forma de Constitución o de tratado, lo más claro y preciso posible, que

⁴² LOUIS, J.V.: "Algunas reflexiones sobre la reforma de 1996", *RIE*, 1995, nº 1, pp. 9-41, p. 24. Véase también PETERSMANN, E.U.: "Proposals for a New Constitution for the European Union: Building-Blocks for a Constitutional Law of the EU", *CMLRev.*, 1995, nº 5, pp. 1123-1175.

⁴³ *Informe del Grupo de Reflexión*, Messina, 2 de junio de 1995-Bruselas, 5 de diciembre de 1995, Documento con referencia SN 520/95, p. III.

⁴⁴ *La Conferencia Intergubernamental de 1996. Bases para una reflexión*, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁵ Sobre este tema, véase LOUIS, *op. cit.*, pp. 21-25.

simplifique las actuales estructuras jurídicas y formales⁴⁶. Lo que aquí interesa destacar de esta cuestión es que cuanto más básico sea el carácter del texto que se acuerde, más imprescindible será incluir en él una declaración de derechos. En efecto, no se entendería un documento que recoja los principios básicos de la Unión Europea (instituciones, competencias, objetivos, fuentes jurídicas, etc..) y que no mencionara cuáles son los derechos fundamentales que legitiman la existencia y el funcionamiento de dicha Unión.

Por otro lado, el catálogo de derechos entronca también con el papel del TJCE. El documento español señala que la incorporación de una Carta de Derechos reforzaría el carácter constitucional del TJCE, que se convertiría en su garante, complementando pero no suplantando a los tribunales nacionales⁴⁷. Esta observación no se entiende muy bien, porque ya actualmente el TJCE es el garante de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario, a pesar de la inexistencia de un catálogo. La elaboración de una Carta de Derechos haría más visible y tal vez concretaría y clarificaría esta función constitucional del TJCE, pero no aportaría un cambio sustancial, a no ser que se prevea un recurso jurisdiccional específico en materia de derechos fundamentales⁴⁸.

Si bien es cierto que las posiciones institucionales y doctrinales aquí recogidas permiten prever que el tema de los derechos fundamentales figurará

⁴⁶ Así se ha reconocido en el Informe del Grupo de Reflexión, que señala la existencia de un consenso acerca de la necesidad de simplificación del texto actual del Tratado. Sin embargo, se constatan divergencias respecto al alcance de dicha operación de simplificación, que puede ir desde una mera supresión de las disposiciones obsoletas y una reenumeración del articulado, hasta una reforma a fondo de la estructura del Tratado, *Informe del Grupo de Reflexión, op. cit.*, párrafo 68.

⁴⁷ Se menciona también que ello exigiría, probablemente, evitar solapamientos con el sistema del Consejo de Europa, *La Conferencia Intergubernamental de 1996...., op. cit.*, p. 74.

⁴⁸ La posición del TJCE al respecto se ha comentado en el apartado anterior.

en la agenda de la Conferencia Intergubernamental, no lo es menos que las posiciones de los Estados miembros al respecto no son coincidentes. En efecto, el Informe del Presidente del Grupo de Reflexión constata la existencia de divergencias en el Grupo en torno a estas cuestiones⁴⁹. Según dicho Informe, existe entre los Estados una tendencia mayoritaria partidaria de reforzar los derechos de ciudadanía y de hacer más explícito y operativo el principio general de respeto a los derechos fundamentales del actual artículo F.2. En este sentido, se expresa un consenso acerca de la conveniencia de introducir un artículo que prevea la suspensión de sus derechos o incluso la expulsión -aunque este supuesto se considera más problemático- de un Estado miembro que incurra en violación de los derechos humanos fundamentales o los principios democráticos básicos.

En cuanto a los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, el Informe recoge que una mayoría de miembros del Grupo considera que la Comunidad, o la Unión si se le confiere personalidad jurídica, debería adherirse al CEDH. Una de las razones esgrimidas es la incoherencia resultante del hecho que los Estados estén sometidos a sus mecanismos de control y la normativa comunitaria quede excluida de los mismos. Sin embargo, esta opinión no es unánime, puesto que algunos miembros han expresado que consideran innecesaria tal adhesión.

Asimismo, a pesar de reconocer las dificultades técnicas del proceso, se han expresado voces favorables a la inclusión en los Tratados de un catálogo de derechos, pero también aquí existen discrepancias. El Informe apunta la posibilidad de una opción intermedia, que consistiría en recoger en el Preámbulo

⁴⁹ Informe del Grupo de Reflexión, *op. cit.*, pp. 11-13.

*- "sin que por consiguiente tenga efectos jurídicos concretos"*⁵⁰- una codificación de los derechos actualmente dispersos en distintas disposiciones del Tratado.

En la línea de un reconocimiento mayor de los derechos, el Informe recoge la existencia de diferentes propuestas: la inclusión en el Tratado del Acuerdo Social, el reconocimiento de derechos económicos y sociales, en concreto la incorporación en el Tratado de la Carta Social Europea, del derecho al empleo y a un medio ambiente sano, la concesión de un estatuto especial con determinados derechos a los ciudadanos de terceros países residentes en la Unión, y la inclusión en el Tratado de la prohibición de la pena de muerte. Del Informe no se deduce que estas propuestas hayan gozado de consenso en el seno del Grupo. También hay que señalar que la inclusión de una cláusula general de no discriminación -que incluya motivos como el sexo, la raza, la religión, la opinión y la orientación sexual- y una condena expresa del racismo y la xenofobia han recibido un apoyo mayoritario, pero no unánime.

La existencia de estas discrepancias políticas permite albergar ciertas dudas respecto a que la reforma de 1996 aporte novedades relevantes en materia de derechos fundamentales, aunque las discusiones del Grupo de Reflexión demuestran la importancia de este debate. Las dudas alcanzan también a la posibilidad, tantas veces barajada, de la adhesión al CEDH por parte de las Comunidades Europeas, aspecto que se analizará a continuación.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 12.

2. LA ADHESIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS AL CEDH

La cuestión de la adhesión de la Comunidades al CEDH se remonta a algunos años atrás. Fue ya sugerida al Consejo por la Comisión, en 1979, mediante un *Memorandum* que pretendía ser la base de una discusión encaminada a tal adhesión⁵¹, propuesta que fue presentada de nuevo en noviembre de 1990, con una solicitud expresa de autorización de apertura de negociaciones para fijar las modalidades de la misma⁵².

También el Parlamento Europeo se ha pronunciado en repetidas ocasiones a favor de la adhesión. En efecto, ya el 27 de abril de 1979 adoptó un Resolución sobre este tema en la que invitaba a la Comisión y al Consejo a preparar la adhesión comunitaria al CEDH, al mismo tiempo que se declaraba partidario de crear una comisión de expertos para elaborar un catálogo de derechos civiles⁵³. Posteriormente, en 1982, adoptó una Resolución sobre el *Memorandum* presentado por la Comisión en 1979, en la que el Parlamento expone su coincidencia con las líneas básicas de este texto⁵⁴. En 1994 se adoptó una nueva Resolución sobre la adhesión comunitaria al CEDH, en la que

⁵¹ *Mémorandum concernant l'adhésion des Communautés européennes à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, adoptado por la Comisión el 4 de abril de 1979, *Bol. CE*, suplemento 2/1979.

⁵² *Comunicación de la Comisión sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como a algunos de sus Protocolos Adicionales*, de 19 de noviembre de 1990, SEC (90) 2087 final.

⁵³ JOCE C 127 de 21 de marzo de 1979, pp. 69-70.

⁵⁴ Así, el Parlamento: "2. souligne que l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des Droits de l'Homme affichera, vis-à-vis du monde extérieur et de l'opinion publique des Etats membres, la volonté des institutions communautaires de conférer à la Communauté un caractère de plus en plus complet de Communauté de droit; 3. exprime la conviction que l'adhésion consolidera les principes de la démocratie parlementaire et renforcera la protection des droits fondamentaux dans la Communauté.", Resolución de 29 de octubre de 1982, JOCE C 304 de 22 de noviembre de 1982, pp. 253-254, p. 253.

reitera sus posiciones y las argumenta a la luz de la Unión Europea⁵⁵. Por último, la conveniencia de la adhesión al CEDH se reitera también en el Informe que el Parlamento ha enviado al Grupo de Reflexión en la perspectiva de la reforma de 1996⁵⁶.

A pesar de que dichas propuestas fueron discutidas en su momento el seno del Consejo⁵⁷, el consenso necesario para que se materializara algún tipo de iniciativa no se produjo hasta 1993. Un buen reflejo de la posición del Consejo son sus respuestas a las preguntas escritas formuladas por miembros del Parlamento Europeo sobre este tema. En 1989 respondía así a una pregunta de E. GLINNE, del grupo socialista:

"Por carta de 14 de mayo de 1986 el Presidente del Consejo hizo saber al Presidente del Parlamento Europeo que la eventual adhesión de la Comunidad había sido evocada en la sesión del Consejo de 21 y 22 de abril de 1986. El Presidente del Consejo indicaba en esta carta que "el debate me llevó a constatar que el Consejo no puede adoptar con el consenso necesario la decisión de principio relativa a la adhesión de la Comunidad a dicho Convenio. Concluyo, pues, que en estas circunstancias no sería razonable emprender los trabajos jurídicos, largos y arduos, que deben preceder a la

⁵⁵ Resolución de 18 de enero de 1994, DOCE C 44 de 14 de febrero de 1994, pp. 32-34.

⁵⁶ Resolución sobre el funcionamiento del Tratado de la Unión Europea en la perspectiva de la Conferencia Intergubernamental de 1996-Realización y desarrollo de la Unión, *cit.*, p. 59.

⁵⁷ LÓPEZ-MEDEL señala la existencia de una Nota del Secretario General del Consejo, de 10-7-91, a la atención de los miembros del Grupo de Asuntos Generales, cuyo anexo I (documento 10.719/83) recoge los resultados de los trabajos del COREPER desde 1983, con dos anexos a su vez, relativos a la posición de las diversas delegaciones (la alemana, griega, italiana y luxemburguesa se muestran muy a favor de la adhesión), así como a las principales cuestiones que ésta plantea desde el punto de vista comunitario, LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES, M.: *Derechos y libertades en la Europa comunitaria*, Sociedad española para los Derechos Humanos, Madrid, 1992, p. 93.

adopción de una posición definitiva por parte de los Estados miembros". Desde entonces el Consejo no ha retomado el examen de esta cuestión"⁵⁸.

En julio de 1993, el Consejo reanudó el estudio de la propuesta de la Comisión en lo referente a las cuestiones de orden político, técnico y jurídico que podía plantear la adhesión de la Comunidad al CEDH. El Consejo consideró que, antes de iniciar unas negociaciones con los terceros Estados partes del CEDH, que conllevarían modificaciones a este Convenio, era necesario clarificar algunas cuestiones jurídicas referentes a la compatibilidad de dicha adhesión con el TCE. Por esta razón, y dada la trascendencia de dichas cuestiones, el Consejo decidió someter al TJCE una solicitud de dictamen conforme a lo previsto en el artículo 228, apartado 6, del TCE⁵⁹.

La adhesión comunitaria al CEDH también ha sido considerada por las instituciones con sede en Estrasburgo. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó el 29 de enero de 1981 una Resolución en la que señalaba que la adhesión crearía un vínculo importante entre las Comunidades Europeas

⁵⁸ Traducido del francés: "*Par lettre en date du 14 mai 1986 le Président du Conseil a fait savoir au Président du Parlement Européen que l'éventuelle adhésion de la Communauté a été évoquée lors de la session du Conseil de 21 et 22 avril 1986. Le Président du Conseil indique dans cette lettre que: "Le débat m'a amené à constater que le Conseil ne peut pas prendre avec le consensus requis la décision de principe relative à l'adhésion de la Communauté à ladite Convention. J'en conclus donc que, dans ces conditions, il serait déraisonnable d'entreprendre les travaux juridiques longs et ardues qui doivent précéder la prise de position définitive des Etats membres". Depuis lors le Conseil n'a pas repris l'examen de cette question.*", Respuesta del Consejo de 14 de febrero de 1989 a la pregunta escrita n° 1793/88 de E. GLINNE, DOCE C 77 de 28 de marzo de 1989, p. 43. En una pregunta posterior del mismo eurodiputado, el Consejo reiteró la misma respuesta, añadiendo una consideración sobre el hecho que los derechos fundamentales ya estaban protegidos en el ordenamiento comunitario según la jurisprudencia del TJCE, Respuesta a la pregunta escrita n° 880/90 de E. GLINNE, DOCE C 171 de 12 de julio de 1990, p. 52.

⁵⁹ DOCE C 174 de 25 de junio de 1994, p. 8. La decisión de principio en este sentido se adoptó en el Consejo de ministros de justicia y asuntos de interior de 29 y 30 de noviembre de 1993, que trasladó el tema al COREPER para estudio (Secretaría General del Consejo, Comunicación a la prensa 10550/93). Después del examen del informe del COREPER en la sesión del Consejo de 23 de marzo de 1994 (Comunicación a la prensa 5790/94), finalmente el Consejo decidió la presentación de la solicitud de dictamen el 19 de abril de 1994 (*Bol. UE* 4/1994, p. 12), que se registró ante el TJCE como Dictamen 2/94 (DOCE C 174, de 25 de junio de 1994, p. 8).

y los Estados miembros del Consejo de Europa, que reforzaría los principios de democracia representativa y el respeto de los derechos humanos. Asimismo, la Asamblea expresó el deseo de que las Comunidades formalizasen rápidamente la solicitud de adhesión⁶⁰. Recientemente, un informe presentado por la Comisión de asuntos jurídicos y derechos humanos considera que la adhesión comunitaria al CEDH supondría un progreso para la protección de los derechos fundamentales de las personas⁶¹.

2.1. Finalidad y alcance de la proyectada adhesión.

Como se ha indicado previamente, en abril de 1979 la Comisión adoptó un *Memorandum* sobre la adhesión de las Comunidades al CEDH en el que claramente se pronunciaba a favor de la misma⁶² y en el que invitaba a abrir un debate institucional. A raíz de dicha iniciativa, las discusiones en torno al tema han puesto de relieve las ventajas y los problemas que plantea dicha adhesión, tanto a nivel político como jurídico. En 1990, la Comisión reiteró su posición favorable a la adhesión y solicitó expresamente la autorización para abrir negociaciones en vistas a la misma⁶³.

⁶⁰ Resolución 745 (1981) de la Asamblea Parlamentaria sobre la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptada el 29 de enero de 1981.

⁶¹ *Note introductive* de la Comisión de asuntos jurídicos y derechos humanos sobre el mismo tema presentada el 31 de enero de 1995, AS/Jur (1995) 5.

⁶² Contrariamente a lo que había previamente sostenido en 1976, en un informe al Consejo y al Parlamento (*Bol. CE*, suplemento 5/76, p. 15), en el que afirmaba que tal solución no era necesaria, puesto que el CEDH ya podía considerarse parte del ordenamiento jurídico comunitario.

⁶³ Este nuevo documento no aporta novedades significativas respecto al *Memorandum* en lo que se refiere a las cuestiones técnicas relativas a la adhesión, por lo que para el análisis de las mismas se tomarán como referencia ambos documentos.

Básicamente, la adhesión de las Comunidades al CEDH pretendería alcanzar dos objetivos, uno de carácter político y el otro jurídico. Desde un punto de vista político, la adhesión al CEDH reforzaría la imagen democrática de la Comunidad. Así lo expresa la Comisión en su Comunicación de 1990: "*...el CEDH y los derechos y valores que las Partes Contratantes de este Convenio se comprometen a proteger y a fomentar constituyen una referencia común tanto para los países de Europea Occidental como para los de Europa del Este y Europa Central....En un momento en que aumenta la sensibilidad de la opinión pública con respecto a los derechos humanos, fenómeno que se deja sentir con claridad en la CSCE, resulta difícil concebir que la Comunidad permanezca al margen de esta evolución sobre todo cuando la Comunidad está abocada a contribuir de manera activa al avance de la CSCE, que debe reflejarse, en particular, en el progreso de la democracia pluralista, en la implantación del Estado de Derecho, en el respeto de los derechos humanos, en una mayor protección de las minorías, así como en mayores contactos entre las personas*"⁶⁴.

De la importancia creciente que la cuestión de los derechos humanos alcanza en la Comunidad dan buena cuenta las observaciones al respecto contenidas en el Informe del Presidente del Grupo de Reflexión sobre la Conferencia Intergubernamental de 1996, en el que se recoge la sugerencia formulada por algún miembro en el sentido que sería oportuno exigir a todo país candidato su adhesión previa al CEDH y a todos sus protocolos⁶⁵.

Por otro lado, también se ha señalado que la adhesión contribuiría a su vez a reforzar el CEDH. En palabras de EHLERMANN: "*....es necesario*

⁶⁴ Comunicación de la Comisión, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁵ Informe ..., *op. cit.*, p. 13.

*mantener la unidad del conjunto de países democráticos de la Europa occidental en materia de derechos fundamentales. El Convenio es una obra extraordinaria; no hay que debilitarla, sino más bien fortalecerla. La adhesión lo consigue. Por el contrario, la elaboración de un catálogo propio sin la previa adhesión será interpretado como una especie de moción de censura contra el Convenio. Se corre el riesgo de que el Convenio aparezca como desfasado e insuficiente frente a las exigencias del mundo moderno. Es evidente que hay que evitar a cualquier precio estas consecuencias nefastas"*⁶⁶.

Desde un punto de vista jurídico, clarificaría y reforzaría la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad, y contribuiría a dejar sin argumentos a las jurisdicciones constitucionales nacionales que han planteado objeciones a la primacía del derecho comunitario amparándose en la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, la Comisión, en su *Memorándum* de 1979, considera que, pese al innegable valor de la jurisprudencia del TJCE en materia de protección de los derechos fundamentales, el hecho que no exista un catálogo escrito de derechos provoca una cierta situación de incertidumbre, tanto para las instituciones como para los ciudadanos. Esta laguna del sistema jurídico comunitario puede cubrirse tanto por la adopción de un catálogo escrito de derechos como por la adhesión de las Comunidades al CEDH. Entre estas dos opciones, la Comisión prefiere la

⁶⁶ Traducido del francés: "...il convient de maintenir l'unité de l'ensemble de pays démocratiques de l'Europe occidentale en matière des droits fondamentaux. La Convention est un oeuvre tout à fait remarquable; il ne faut pas l'affaiblir mais plutôt la renforcer. L'adhésion aboutit à un tel renforcement. Par contre, l'élaboration d'un catalogue propre sans l'adhésion préalable sera aperçue comme une sorte de motion de censure contre la Convention. La Convention risque d'apparaître comme dépassée et insuffisante par rapport aux exigences du monde moderne. Il est évident qu'il faut à tout prix éviter de telles conséquences néfastes", ELHERMANN, C.: "L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les difficultés. La justification", en *L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1981, pp. 57-67, p. 60. En el mismo sentido, SCHERMERS, H.G.: "The Communities under the European Convention on Human Rights", *LIEI*, 1978, n° 1, pp. 1-8, p. 2.

segunda, básicamente por considerarla más fácil y rápidamente alcanzable, puesto que todos los Estados miembros son partes del CEDH y por tanto no se trata de ponerse de acuerdo sobre una nueva lista de derechos, sino de adoptar un catálogo que ya ha sido aceptado por todos los Estados.

También se ha dicho que la adhesión solucionaría el problema de las posibles contradicciones o divergencias entre la jurisprudencia del TJCE y del TEDH. Este riesgo es una hipótesis que puede ocurrir, sobre todo en aquellos casos en los que el TJCE se pronuncia e interpreta un aspecto del CEDH que aun no ha sido interpretado por el TEDH. Por ejemplo, en la sentencia *Grogan*⁶⁷, ya comentada, el TJCE no llegó a pronunciarse sobre la compatibilidad de la legislación irlandesa que prohibía la información sobre clínicas extranjeras en las que se podía abortar con el art. 10 del CEDH, pero podía haberlo hecho en un sentido o en otro, y sobre este tema se pronunció posteriormente el TEDH⁶⁸. Como se ha dicho anteriormente⁶⁹, el TJCE ha reconocido la autoridad de la interpretación del TEDH, pero existe un defecto estructural de coordinación entre ambas jurisdicciones, desde el momento en que ambas pueden verse llamadas a interpretar una misma disposición en supuestos análogos. Hay que tener en cuenta que el riesgo de divergencias involuntarias se acentúa por el hecho que las dos jurisdicciones intervienen en momentos necesariamente distintos respecto a las instancias nacionales: prejudicial el TJCE, agotados los recursos internos el TEDH.

⁶⁷ Sentencia del TJCE de 4 de octubre de 1991, as. C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contra Stephen Grogan y otros*, Rec. 1991, pp. I-4685 y ss.

⁶⁸ La prohibición de informar sobre clínicas en las que se podía abortar fuera de Irlanda fue considerada posteriormente por el TEDH contraria a la libertad de expresión, Sentencia del TEDH de 29 de octubre de 1992, *Open Door e Dublin Well Woman contra Irlanda*, *ACEDH*, 1992, n° 35, pp. 191 y ss. Una selección del texto de la sentencia puede encontrarse también en *RTDH*, 1993, n° 14, pp. 335-345, con observaciones de RIGAUX, F.: "La diffusion d'informations relatives aux interruptions médicales de grossesse et la liberté d'expression", *ibid.*, pp. 345-358.

⁶⁹ Véase *supra*, cap. VI.

Por último, una de las principales razones esgrimidas en favor de la adhesión estriba en que es la única manera de someter a las Comunidades al control de los órganos de Estrasburgo. Este punto se encuentra especialmente subrayado en la Comunicación de la Comisión de 1990: "*Existe una laguna inherente al ordenamiento jurídico comunitario que se deja sentir de forma patente: la Comisión y el Tribunal de Derechos Humanos creados por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH) de 1950 controlan que todos los actos jurídicos de los Estados miembros de la Comunidad respeten los derechos humanos. Por el contrario, la Comunidad, que proclama su adhesión a los valores democráticos y a los derechos humanos, no está sometida a este mecanismo de control y sus instituciones gozan, respecto al Convenio, de una especie de "inmunidad" en cuanto a sus actos*"⁷⁰.

En este sentido, es oportuno recordar que la Comisión de Derechos Humanos considera inadmisibile *ratione personae* un recurso dirigido contra la Comunidad como tal⁷¹, puesto que ésta no es formalmente parte del CEDH. Sin embargo, dichos motivos de inadmisibilidad desaparecen en el supuesto que el recurso se plantee no directamente contra un acto de las instituciones comunitarias, sino contra las medidas nacionales de ejecución de dichos actos. Hasta ahora, los casos de este género que se han planteado ante la Comisión de Derechos Humanos han sido desestimados (o bien por inadmisibilidad *ratione materiae* o bien por manifiestamente mal fundados⁷²), pero las decisiones de la

⁷⁰ Comunicación de la Comisión, *op. cit.*, p. 1.

⁷¹ Decisión de 10 de julio de 1978 sobre la demanda 8038/77: *Confédération Française Démocratique du travail contre les Communautés européennes, subsidiairement contre la collectivité des Etats membres et contre les Etats membres individuellement*, ACEDH, 1978, nº 21, pp. 531-539.

⁷² Véase la Decisión de 9 de febrero de 1990 sobre la demanda 13258/87, *M. et Co. contre la République Fédérale d'Allemagne*, ACEDH, 1990, nº 33, pp. 46 y ss. (se puede encontrar también una selección del texto en RTDH, 1991, nº 7, pp. 395-398, acompañada de las observaciones, críticas, de RIGAUX, F.: "L'article 192 du Traité CEE devant la Commission

Comisión no pueden ser interpretadas en el sentido de que se excluya definitivamente el control de los actos nacionales de ejecución del derecho comunitario. La ambigüedad de esta situación⁷³ es un argumento añadido en favor de la adhesión comunitaria al CEDH y sus mecanismos de control.

Frente a estas posiciones, se han señalado algunos aspectos negativos: por un lado, la adhesión podría frenar la elaboración de un catálogo comunitario de derechos fundamentales, más adecuado a las especificidades comunitarias; por otro, plantearía nuevos y a menudo complicados problemas a los órganos de Estrasburgo, lo que podría entorpecer los procedimientos y poner en peligro el sistema.

También se ha argumentado que la adhesión comunitaria al CEDH provocaría dificultades en aquellos Estados miembros en los que el CEDH no goza de efecto directo. La ambigüedad de la situación radicaría en que los particulares de dichos Estados podrían invocar directamente el CEDH en el ámbito del derecho comunitario y no en los ámbitos puramente de derecho interno. Sin embargo, este argumento pierde fuerza si se considera que, incluso en ausencia de una adhesión formal, las jurisdicciones internas deben tener en cuenta, en el ámbito de aplicación del derecho comunitario, los parámetros

européenne des droits de l'homme", pp. 398-402.) y la Decisión de 1 de julio de 1993 sobre la demanda 14570/89: *Procola et autres contre Luxembourg* (buscar cita).

⁷³ Sobre este tema, véase WEITZEL, L.: "La Commission européenne des droits de l'homme et le droit communautaire", en *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, T. III, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp. 1391-1406; GAJA, G.: "Gli atti comunitari dinanzi alla Commissione europea dei diritti dell'uomo: di nuovo Solange?" *RDI*, 1990, n° 2, pp. 388-389; ALKEMA, E.A.: "The EC and the European Convention of Human Rights. Immunity and Impunity for the Community?", *CMLRev.*, 1979, n° 3, pp. 498-508; MENDELSON, M.H.: "The Impact of European Community Law on the Implementation of the European Convention on Human Rights", *YEL*, 1983, pp. 99-126; JACQUÉ, J.P.: "Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme", en *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 325-340; COHEN-JONATHAN, G.: "La Commission européenne des droits de l'homme et le droit communautaire: quelques précédents significatifs", *Europe*, 1994, n° 12, pp. 3-5.

utilizados por el TJCE en materia de derechos fundamentales, entre los que se encuentra el CEDH⁷⁴.

La adhesión ha sido asimismo enjuiciada en términos institucionales y técnicos. Ciertamente, más allá de los argumentos de orden político, la adhesión de las Comunidades al CEDH plantea una serie de cuestiones técnico-jurídicas. El carácter específico de las Comunidades exige plantearse qué adaptaciones sería necesario llevar a cabo, tanto en la parte material del CEDH como en cuestiones institucionales y de procedimiento⁷⁵. La Comisión, consciente de ello, propone que la adhesión se haga mediante la negociación de un Protocolo, en el que se aborden dichas adaptaciones.

2.1.1. La incidencia de la adhesión en el plano normativo.

Una primera cuestión que se plantea es la de los sujetos de dicha adhesión. Si bien en las propuestas de la Comisión siempre se habla de la adhesión de la Comunidad, está claro que desde un punto de vista jurídico formal no existe una, sino tres Comunidades Europeas, regidas por tres Tratados distintos. Claramente la hipótesis de la adhesión concierne a las tres Comunidades, por lo que la CE, la CECA y la CEEA deberían intervenir en el protocolo de adhesión, de manera que las tres Comunidades se adherirían respectivamente al CEDH por el mismo acto. Desde un punto de vista estrictamente lógico y formal, esto supondría que se adhieren al CEDH tres

⁷⁴ Sobre este tema, véase JACOBS, F.G.: "European Community Law and the European Convention on Human Rights", en *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. II, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1994, pp. 561-571.

⁷⁵ Estas cuestiones fueron examinadas por la Comisión de asuntos jurídicos y derechos humanos en su informe de 1980, *Note Introductive* de 1 de setiembre de 1980, AS/Jur (32) 11.

nuevas partes, y ello podría tener unas repercusiones prácticas difícilmente aceptables por las partes actuales. Así, por ejemplo, no parece posible pensar en aumentar los órganos previstos en el CEDH en tres nuevos miembros, uno para cada Comunidad. Por otro lado, la estructura unificada de las Comunidades representa un elemento decisivo que no puede ignorarse, puesto que una de las finalidades primeras de la adhesión consistiría en imponer a las instituciones comunes los límites establecidos en el CEDH.

Todo ello lleva a considerar que, en el plano de la aplicación del CEDH, la tres Comunidades deberían constituir una sola parte contratante, estipulándolo así en una cláusula *ad hoc* en el protocolo de adhesión. Esta parece ser la solución propuesta por la Comisión, tanto en 1979 como en 1990, puesto que aunque ello no se dice explícitamente, se deriva del hecho de que propone para la adhesión la base jurídica correspondiente en los tres Tratados comunitarios, pero sólo habla de un representante comunitario en los órganos de Estrasburgo. Hoy por hoy parece también descartable que la adhesión se haga en nombre de la Unión Europea, puesto que ésta no tiene personalidad jurídica⁷⁶.

La Comunidad sería una Alta Parte Contratante un tanto particular, puesto que funcionalmente su jurisdicción es distinta a la de un Estado. Su compromiso sería independiente en relación con el de los Estados miembros⁷⁷. En este sentido, no se vería afectada por las reservas que éstos hayan podido

⁷⁶ Esta cuestión será también probablemente objeto de debate en la Conferencia Intergubernamental de 1996. El Informe de Reflexión recoge la existencia de posiciones divergentes en su seno, puesto que si bien algunos de sus miembros consideran que sería conveniente dotar a la Unión de personalidad jurídica internacional, otros consideran que ello podría provocar confusión con las prerrogativas jurídicas de los Estados miembros, Informe del Grupo de Reflexión, *cit.*, párrafo 150.

⁷⁷ COHEN-JONATHAN, G.: "L'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme", *Journal des Tribunaux. Droit européen*, 1995, n° 17, pp. 49-53, p. 50.

formular. Sí en cambio que debe examinarse qué estipulaciones convendría incluir en el Protocolo de adhesión atendiendo a su particularismo.

Por lo que se refiere a las normas inscritas en el Título primero del CEDH, es decir, las que contienen la reglamentación sustancial de los derechos protegidos, hay que observar en primer lugar que algunas de ellas no interesan, en principio, a la Comunidad, en el sentido de que presuponen que las partes contratantes poseen un poder de coerción que es uno de los atributos típicos del Estado, que se ejerce a través de medidas de policía y penales. Así se pueden citar el artículo 2 (derecho a la vida), artículo 3 (prohibición de torturas y de penas o tratos inhumanos o degradantes), artículo 4 (prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado u obligatorio), artículo 5 (derecho a la libertad y la seguridad), artículo 7 ("nullum crimen sine lege" y "nulla poena sine lege"), y artículo 1 del Cuarto Protocolo (prohibición de encarcelamiento por deudas). En un plano más general, se podría decir lo mismo de aquellos artículos destinados a producir efectos en ámbitos en los que la acción de la Comunidad es difícilmente imaginable (por ejemplo, el artículo 12 que habla del derecho a casarse y fundar una familia). CAPOTORTI⁷⁸ considera que sería del todo inoportuno e innecesario excluir expresamente la aplicabilidad de estas normas a las Comunidades en el Protocolo de adhesión. Es imaginable que pueda darse alguna situación en la que uno de estos artículos se interprete de manera amplia para deducir límites a la actividad de la Comunidad. Sin ir más lejos, en el *Memorándum* la Comisión señala la pertinencia del artículo 7, dado que las Comunidades pueden imponer sanciones pecuniarias⁷⁹, así como el derecho de

⁷⁸ CAPOTORTI, F.: "À propos de l'adhésion éventuelle des Communautés à la Convention européenne des droits de l'homme", en *Das Europa der zweiten Generation. Gedächtnisschrift für Christoph Sasse*, band. II, Engel Verlag, Kehl am Rhein, Straßburg, 1981, pp. 703-726, p. 707. En el mismo sentido FERRARI BRAVO, L.: "Problemi tecnici dell'adesione delle Comunità Europee alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", *RDE*, 1979, n° 4, pp. 347-359, p. 350.

⁷⁹ *Memorándum*, *op. cit.*, p. 13.

fundar una familia puede tener repercusiones indirectas en temas de reagrupación familiar.

A continuación se encuentran una serie de derechos y libertades que podría ser necesario proteger contra el riesgo de eventuales violaciones por parte de las autoridades comunitarias, a pesar de que su papel esencial sigue siendo el de proteger al individuo contra las autoridades estatales: el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia (art. 8), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9), la libertad de expresión (art. 10), la libertad de reunión y de asociación (art. 11). Una de las características de las normas relativas a estos derechos y libertades reside en el hecho que están provistas de cláusulas limitativas, destinadas a operar un equilibrio entre los intereses del individuo y los de la colectividad. Dichas cláusulas están redactadas en función de las características de los Estados y sus exigencias, y su transposición pura y simple a las Comunidades puede resultar problemática.

Por otro lado, el CEDH prohíbe que se establezcan limitaciones a los derechos y libertades más amplias que las previstas en él (art. 17) y prescribe que las restricciones permitidas deben aplicarse únicamente "para el fin por el que han sido previstas" (art. 18), lo que demuestra la importancia de que los poderes públicos no sobrepasen nunca los límites fijados en dichas cláusulas. En opinión de CAPOTORTI, éstas deberían reformularse para adaptarse a las necesidades de las Comunidades, porque de lo contrario se crearía una zona de inseguridad e incertidumbre⁸⁰. Para la Comisión, en cambio, dicha adaptación no es necesaria: "*La necesidad de limitar los derechos fundamentales por razones de interés general superior se plantea en principio tanto para la Comunidad como para*

⁸⁰ CAPOTORTI, "À propos de l'adhésion éventuelle ...", *op. cit.*, p. 708.

los Estados contratantes. En consecuencia, debería bastar incluir en un protocolo de adhesión que queda por negociar que cuando el Convenio utiliza nociones específicas a los Estados se aplica también, mutatis mutandis, a las Comunidades Europeas" 81.

También se han señalado las dificultades que plantean los artículos 13 y 14 del CEDH. El artículo 13 establece que toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos por el CEDH hayan sido violados tiene derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Esta norma responde a la idea que las víctimas de las violaciones de sus derechos fundamentales deben tener la posibilidad de reclamar y obtener satisfacción recurriendo ante todo a las vías administrativas y jurisdiccionales internas. Este artículo, además, está estrechamente ligado con el artículo 26 del CEDH que exige que se hayan agotado las vías internas para poder recurrir a la Comisión de Estrasburgo. Por consiguiente, al adherirse al CEDH la Comunidad debería estar en medida de garantizar a los individuos vías de recurso efectivas ante sus propio órganos.

Es sabido que en el estadio actual del derecho comunitario, las decisiones del Consejo y de la Comisión que producen efectos ante particulares pueden ser recurridas por éstos mediante el recurso de anulación, mientras que no existe ninguna vía de recurso directo abierta a los particulares contra reglamentos y directivas, excepto la de responsabilidad extracontractual. La Comisión, al respecto, argumenta que las vías de recurso previstas en el artículo 13 no deben ser necesariamente de naturaleza jurisdiccional y que, por otra parte, en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados tampoco hay mecanismos directos

⁸¹ Traducido del francés: "*La nécessité de limiter certains droits fondamentaux pour des raisons d'intérêt général supérieur se pose en principe pour la Communauté tout comme pour les Etats contractants. En conséquence il devrait suffire d'inscrire dans un protocole d'adhésion qui reste à négocier, que, lorsque la Convention utilise des notions spécifiques aux Etats, elle s'applique aussi, mutatis mutandis, aux Communautés européennes*", Memorandum, *op. cit.*, p. 13.

de impugnación contra actos legislativos. Además, la Comisión alega que el artículo 177 ofrece una posibilidad indirecta para los particulares de control de los actos legislativos comunitarios⁸². Estas argumentaciones de la Comisión no son del todo convincentes. El ordenamiento jurídico comunitario no ofrece actualmente para los particulares ninguna vía de recurso directo contra reglamentos y directivas, ni jurisdiccional ni de otra naturaleza. Considerar el mecanismo del artículo 177 como un recurso abierto a los particulares es en cierta manera erróneo, dado que la decisión de plantear una cuestión prejudicial es de entera competencia del juez. Por otro lado, es difícil establecer una comparación entre las vías de recurso estatales y las comunitarias. Entre otras cosas, porque los derechos comunitarios se defienden en muchas ocasiones ante jurisdicciones internas.

Ante esta problemática, cabrían dos soluciones. La primera consistiría en una modificación del sistema de recursos previsto en los Tratados comunitarios, de tal manera que se permitiera un acceso directo de los individuos ante el TJCE. Esta posibilidad ha sido objeto de estudio en varias ocasiones. El Parlamento se pronunció a favor de la misma ya en 1979, en la misma resolución en que se manifestaba a favor de la adhesión al CEDH⁸³. También se ha mencionado este tema en el contexto de la discusión sobre el carácter de Tribunal Constitucional del TJCE⁸⁴, y el propio TJCE ha planteado algunas cuestiones al respecto en su Informe sobre determinados aspectos de la aplicación del TUE⁸⁵. La otra alternativa para solventar el problema del artículo

⁸² También SCHERMERS considera que la interpretación que de los artículos 177 y 178 hace el TJCE es suficiente para cubrir las lagunas derivadas del artículo 173, *op. cit.*, p. 5.

⁸³ Resolución de 27 de abril de 1979, *cit.*

⁸⁴ Ver MISCHO, J. : "Un rôle nouveau pour la Cour de Justice?", *RMC*, 1990, n° 342, pp. 681-686.

⁸⁵ Véase *supra.*, apartado 1.1.

13 consiste en que el protocolo que articule la adhesión declare que el sistema procesal comunitario es adecuado a las exigencias del artículo 13 del CEDH⁸⁶.

Por lo que respecta al artículo 14 de CEDH, es decir, la cláusula de no discriminación, la Comisión reconoce que las preferencias que la Comunidad otorga a los nacionales de los Estados miembros podrían plantear problemas en relación con la prohibición establecida por este artículo de establecer discriminaciones por razón de nacionalidad. No hay que olvidar, sin embargo, que las discriminaciones prohibidas por el artículo 14 se refieren al disfrute de los derechos y libertades previstos en el CEDH. En el *Memorandum* se considera necesario "realizar una adaptación" respecto a este artículo⁸⁷.

Las observaciones que se han hecho hasta aquí respecto a la parte material del CEDH han llevado a algunos autores a dudar de las ventajas, al menos en el plano jurídico, de una posible adhesión. Así CAPOTORTI concluye que, dejando aparte los artículos que difícilmente afectarán a la Comunidad, prácticamente todas las normas del CEDH plantean problemas a la Comunidad. Si dichos problemas se eluden en el momento de negociar la adhesión se crearán enormes dificultades en el estadio de la interpretación para determinar el alcance preciso de las obligaciones asumidas por la Comunidad⁸⁸. Estas críticas parten también de la idea de que la parte material del CEDH ya es aplicada, o al menos tenida en cuenta, por el TJCE. En este sentido la adhesión al CEDH no supondría un gran avance jurídico en la protección de los derechos humanos en la Comunidad, avance que sí podría conseguirse con la adopción de un catálogo

⁸⁶ En este sentido, FERRARI BRAVO, *op. cit.*, p. 351.

⁸⁷ *Memorandum*, *op. cit.*, p. 15. FERRARI BRAVO considera que no existe ningún problema y que no es necesaria ninguna precisión, *op. cit.*, p. 351.

⁸⁸ Ello le lleva a afirmar: "*Il conviendrait à tout le moins d'éviter de dire que l'adhésion se révélerait avantageuse sous l'angle de la sécurité du droit!*", CAPOTORTI, "À propos de l'adhésion éventuelle ...", *op. cit.*, p. 713.

propio de derechos, más ajustado a las necesidades comunitarias que el CEDH. Sin embargo, aunque estas posiciones resultan acertadas en cuanto a las dificultades de la adhesión, no debe olvidarse que la adhesión comunitaria comportaría la aplicación en derecho comunitario del CEDH como tal, no como principio general del derecho, con lo que se incorporaría también la interpretación que de sus normas hace el TEDH. Dada la tradición y solvencia de este órgano, ello supondría avanzar en seguridad jurídica.

Si hasta aquí las cuestiones que se han examinado hacen referencia al articulado del CEDH, es preciso plantearse también la incidencia de la adhesión respecto a sus Protocolos. Por un lado, parecería deseable que la Comunidad se adheriera a todos los Protocolos normativos, con lo cual se pondría de manifiesto la búsqueda del estándar más elevado de protección. Por otro, teniendo en cuenta la imbricación competencial de la Comunidad y los Estados miembros, parece más prudente que la adhesión se limite a aquellos Protocolos suscritos por todos los Estados miembros, al menos en un primer momento⁸⁹. Finalmente, se han señalado también los posibles problemas que podría plantear el artículo 3 del Primer Protocolo adicional, que obliga a las partes contratantes a organizar, en intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que aseguren la libre expresión de opinión del pueblo para elegir al órgano legislativo. A pesar de los importantes avances competenciales del Parlamento Europeo, no es posible afirmar sin matizaciones que éste sea el órgano legislativo comunitario. La estructura institucional comunitaria no se corresponde con la de una democracia representativa, que es el modelo al que responde el CEDH. Al respecto, la Comisión, si bien precisa que la composición del Consejo refleja el resultado de elecciones libres, reconoce que, en caso de

⁸⁹ En opinión de COHEN-JONATHAN, sería deseable que los Estados miembros se pusieran de acuerdo para *armonizar* sus ratificaciones, COHEN-JOATHAN, "L'adhésion de la Communauté européenne ...", *op. cit.*, p. 51.

dudas, sería posible negociar en el protocolo de adhesión una reserva que precisara que la adhesión de la Comunidad al CEDH no afectaría a su sistema institucional⁹⁰.

Sin embargo, la verdadera ventaja de la adhesión no radica tanto en contar con el catálogo de derechos y libertades establecido en la parte material del CEDH o en sus Protocolos, sino en el hecho de que los actos comunitarios puedan estar sometidos al control de los órganos de Estrasburgo. En este punto también se plantea la necesidad de adaptaciones en vistas a la naturaleza específica de las Comunidades.

2.1.2. La participación de la Comunidad en los mecanismos de control del CEDH.

En el supuesto de una adhesión comunitaria al CEDH, se plantea el problema de las modalidades de su participación en los mecanismos de control del mismo⁹¹. Aunque existen diferentes posibilidades al respecto, se ha señalado que debería evitarse reservar para la Comunidad un estatuto excesivamente particularizado. En efecto, como señala COHEN-JONATHAN, en ausencia de una participación real y efectiva de la Comunidad en los mecanismos de control, la adhesión se limitaría a "*un mero paliativo susceptible de aportar un mínimo*

⁹⁰ Memorándum, *op. cit.*, p. 15. En el sentido de que es necesaria una precisión que asegure el respeto del sistema institucional comunitario, FERRARI BRAVO, *op. cit.*, p. 357. CAPOTORTI considera que dichas precisiones equivalen a reconocer que el art. 3 del primer protocolo no es aplicable a la Comunidad, CAPOTORTI, "À propos de l'adhésion éventuelle ...", *op. cit.*, p. 709.

⁹¹ Sobre los mecanismos de control del CEDH véase, por todos, DÍEZ DE VELASCO, M.: "Mecanismos de garantía y medios procesales de protección creados por la Convención Europea de Derechos del Hombre", en *Estudios-Homenaje a D. Nicolas Pérez Serrano*, T. II, Ed. Reus, Madrid, 1959, pp. 585-663.

de coordinación entre el sistema comunitario y el del CEDH"⁹². Los esfuerzos políticos y técnicos que la adhesión conlleva no se verían compensados.

Un primer obstáculo, previo incluso a los mecanismos de control en sentido estricto, es la necesidad de ser miembro del Consejo de Europa para ser parte en el CEDH (art. 66.1), y el Estado que pierde esta cualidad deja también de ser parte en el Convenio (art. 65.3). Esta exigencia permite entender que los órganos del Consejo de Europa desempeñen un papel principal en el sistema de protección del CEDH. Así, por ejemplo, uno de los órganos ante los cuales se desarrollan los procedimientos tendentes a asegurar el respeto de los derechos humanos es el Comité de Ministros del Consejo de Europa⁹³: éste es el destinatario de los informes de la Comisión sobre todos los recursos considerados admisibles (arts. 30 y 31) y puede adoptar decisiones en aquellos litigios que no han sido solucionados por un arreglo amigable ni sometidos al Tribunal (art. 32). A ello hay que añadir las diferentes atribuciones de este mismo Comité, de la Asamblea consultiva y del Secretario General del Consejo de Europa en lo relativo a la composición y algunos aspectos de procedimiento de los órganos instituidos por el CEDH⁹⁴.

⁹² COHEN-JONATHAN, G.: "L'adhésion de la Communauté.....", *op. cit.*, p. 51.

⁹³ La participación del Comité de Ministros ha sido calificada por CARRILLO de "anomalía", CARRILLO SALCEDO, J.A.: "El sistema jurisdiccional europeo de protección de los derechos humanos: la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Poder Judicial*, nº especial I, 1986, pp. 23-33, p. 29.

⁹⁴ Según el Convenio, el Comité de Ministros escoge los miembros de la Comisión (arts. 21 y 22) y vigila la ejecución de las decisiones del Tribunal (art. 54); la Asamblea consultiva establece la lista de candidatos para la elección de los miembros de la Comisión (art. 21) y elige los miembros del Tribunal entre los candidatos presentados por los Estados miembros del Consejo (art. 39); el Secretario General recibe y transmite a la Comisión las demandas que inician cualquier asunto (arts. 24 y 25), convoca a la Comisión (art. 35) y asegura su secretaría (art. 37). También los gastos de la Comisión y el Tribunal corren a cargo del Consejo de Europa (art. 58) y los miembros de las dos instituciones disfrutan de los privilegios e inmunidades previstos en el art. 40 del Estatuto del Consejo (art. 59).

Ello podría llevar a pensar a primera vista que las Comunidades, para materializar su adhesión al CEDH, deberían convertirse en primer lugar en miembros del Consejo de Europa. Sin embargo, esta operación plantea innumerables problemas políticos y jurídicos, por lo que la Comisión propone que las Comunidades puedan adherirse al CEDH sin ser miembros del Consejo de Europa. La concepción y la composición del Consejo de Europa no encaja con las Comunidades, que, por otra parte, se verían comprometidas a unos objetivos para los que carecen de competencias. La solución retenida es que se estipule una derogación para las Comunidades de los artículos 65.3 y 66.1, ya citados⁹⁵.

Conseguir esta derogación no soluciona, sin embargo, todos los problemas derivados de la relación entre los órganos del Consejo de Europa y el CEDH. La actual reforma plasmada en el Protocolo n° 11, pendiente de las necesarias ratificaciones, que sustituye los órganos existentes por un Tribunal único, haría desaparecer muchos de ellos. Así, no sería necesario plantearse a partir de su entrada en vigor si es conveniente la participación de las Comunidades en el Comité de Ministros⁹⁶, dado que éste perderá sus funciones en el marco de la resolución de los asuntos sometidos a los órganos de control. El Protocolo n° 11 establece únicamente que el Comité de Ministros podrá solicitar un dictamen al TEDH sobre cuestiones jurídicas relacionadas con la interpretación del CEDH (art. 47). Dicho Comité también seguiría controlando la ejecución de las sentencias. En este marco, podría plantearse que el Estado que

⁹⁵ Memorándum, *op. cit.*, p. 18.

⁹⁶ En su Memorándum, la Comisión señalaba que los representantes de los Estados miembros podrían actuar como un bloque que podría frenar o imponer cualquier decisión relativa a los asuntos comunitarios, lo cual resultaría inadmisibles para el resto de los Estados partes. La Comisión sugería que lo más conveniente era excluir el recurso al Comité de Ministros en los asuntos comunitarios: la Comisión de Derechos Humanos debería acudir directamente al Tribunal en caso de declarar admisible un recurso contra un acto comunitario, Memorándum, *op. cit.*, p. 18.

ocupe la Presidencia del Consejo de las Comunidades pueda manifestarse en el Comité en nombre de la Comunidad cuando ésta se vea implicada en algún diferendo.

Por lo que se refiere a las otras competencias atribuidas por el CEDH a los órganos del Consejo de Europa, el *Memorándum* comunitario consideraba aceptable que el Comité de Ministros y la Asamblea consultiva nombraran respectivamente el miembro de la Comisión de derechos humanos y el juez del Tribunal destinados a "representar" al ordenamiento jurídico comunitario. Aunque técnicamente esto no supondría ningún problema, políticamente las Comunidades se situarían en una posición distinta de los Estados partes del CEDH puesto que, a diferencia de éstos, estarían fuera del mecanismo de decisión. El nuevo Protocolo nº 11 establece que el TEDH estará compuesto por un número de jueces igual al de partes contratantes, nombrados por la Asamblea del Consejo de Europa a partir de una lista de tres candidatos presentada por cada parte contratante (arts. 20 y 22). Esto permitiría, en caso de que entre en vigor tal Protocolo, una cierta participación de las Comunidades en el mecanismo de elección. Por otro lado, el art. 20 modifica el anterior art. 38 en el sentido de permitir la existencia de dos jueces de la misma nacionalidad. De ello resultaría que no habría obstáculo alguno para un posible nombramiento de otro juez que tuviese la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad.

Aunque es previsible que la inevitable participación de dos ciudadanos de un mismo país no sea del agrado para los otros Estados no comunitarios, la Comisión, en su *Memorándum*, rechaza tanto la idea de que el miembro comunitario sólo intervenga en los asuntos que afecten a la Comunidad y se abstenga en los otros, como la de no modificar en absoluto la actual

composición de los órganos de control⁹⁷. Ello significaría aceptar una posición desigual, inferior, de las Comunidades respecto a las otras partes del CEDH.

Otro bloque de cuestiones que hay que analizar es el uso que se podría hacer, en relación con las Comunidades, de las distintas posibilidades de recursos que ofrece el CEDH, tanto desde el punto de vista de la legitimación activa como pasiva.

En virtud del artículo 24 del CEDH (art. 33 del Protocolo nº 11), la Comunidad podría plantear ante la Comisión de Estrasburgo (a partir de la reforma, ante el TEDH directamente) cualquier caso de inobservancia de una disposición del Convenio cometida por cualquier Estado contratante. Sin embargo, el Memorándum comunitario considera que esta posibilidad debería limitarse a los casos en que se tratara de una violación de los derechos fundamentales cometida por un Estado no miembro de la Comunidad y que dicha violación se encontrara en una relación específica con las competencias transferidas a la Comunidad⁹⁸. La razón esgrimida para excluir un recurso de la Comunidad contra un Estado miembro consiste en que la Comunidad ya dispone de otros medios de intervención suficientes, dado el procedimiento de infracción previsto en el Tratado. Por lo que atañe a la voluntad de centrarse únicamente en aquellas infracciones relacionadas específicamente con las competencias comunitarias, debe entenderse como un propuesta de limitar el derecho de recurso *ratione materiae*. De hecho, la circunstancia de que la Comunidad asuma, en la práctica, menos obligaciones que las impuestas a otras partes (puesto que algunos de los artículos del Título I sólo son aplicables, como

⁹⁷ Memorándum, *op. cit.*, p. 17. SCHERMERS, en cambio, no cree necesaria la modificación de los órganos de control, para dar entrada a un miembro comunitario, *op. cit.*, p. 6.

⁹⁸ Memorándum, *op. cit.*, p. 14.

se ha visto, a los Estados) crea también una desigualdad procesal: la Comunidad podrían impugnar a los Estados más ampliamente, pidiendo el respeto de obligaciones que no le afectan. Esta limitación del derecho de recurso debería ser objeto de una cláusula específica.

En cuanto a la posición de la Comunidad en términos de legitimación pasiva, hay que distinguir tres posibles hipótesis, según que la iniciativa del recurso corresponda a un Estado miembro, a otra parte del CEDH o a un particular.

Por lo que respecta a los recursos interpuestos por un Estado miembro, la solución retenida en el *Memorandum* es que dicha posibilidad debe excluirse, puesto que podría ser contraria al artículo 219 del TCE, en virtud del cual los litigios de derecho comunitario deben solucionarse exclusivamente según lo establecido en el Tratado. Esta cuestión será analizada más adelante, al abordar los problemas de compatibilidad con el ordenamiento comunitario que puede plantear la adhesión al CEDH. La posibilidad para otros Estados de plantear un procedimiento contra las Comunidades no ofrece ningún problema particular.

Por lo que se refiere al recurso individual y a la actuación del TEDH, hay que recordar que dicha posibilidad está subordinada por los artículos 25 y 46 del CEDH, respectivamente, a declaraciones *ad hoc* de aceptación por parte de los Estados. Según el *Memorandum*, dicha declaración sería deseable, sino indispensable. Realmente, sin esta posibilidad, no se alcanza a ver qué sentido tendría la adhesión de las Comunidades al CEDH. La reforma en curso del mecanismo de control del CEDH no deja lugar a dudas, puesto que se suprime el carácter facultativo de la aceptación de los recursos individuales (art. 35 del Protocolo nº 11).

Uno de los problemas técnicos que podría plantear la interposición de un recurso individual sería en relación con el artículo 26, en el sentido de determinar cuándo se considera que se han agotado las vías de recurso internas en el caso de lesión de un derecho individual por causa de un acto de las instituciones comunitarias de alcance general. En principio, las alegaciones de un particular que se considere víctima de una violación del CEDH imputable a la Comunidad, deberían ser examinadas por el TJCE⁹⁹. Como es sabido, los particulares no pueden dirigirse directamente al TJCE contra todos los actos de derechos comunitario. El mecanismo del artículo 177 permite la intervención del TJCE, pero el planteamiento de una cuestión prejudicial está en manos de los órganos jurisdiccionales internos, no de los particulares. El *Memorandum*, tras observar que las posibilidades de defensa contra un acto ilegal de las instituciones comunitarias consisten en una combinación de recursos nacionales y comunitarios, afirma que en el caso en que se discuta la conformidad de un acto comunitario con el CEDH y la jurisdicción nacional de última instancia no plantee una cuestión prejudicial, convendría, para realizar el objetivo del artículo 26, "que se prevea un procedimiento que obligue a la Comunidad a solicitar el parecer del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas antes de mostrar sus conclusiones y a dirigir este parecer a las instancias de Estrasburgo al tiempo que sus observaciones"¹⁰⁰.

⁹⁹ Esta parece ser también la posición de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que en el caso *Dufay* no examinó la queja porque consideró, entre otros, que al no haberse presentado una demanda ante el TJCE, la recurrente no había agotado todas las vías de recurso internas, Decisión de 19 de enero de 1989 sobre la demanda 13539/88: *Christiane Dufay contre les Communautés européennes, subsidiairement contre la collectivité des Etats membres et contre les Etats membres individuellement*.

¹⁰⁰ Traducido del francés: "...de prévoir une procédure obligeant la Communauté à solliciter un avis de la Cour de justice des Communautés européennes avant de déposer ses conclusions et à adresser cet avis aux instances de Strasbourg.", *Memorandum, op. cit.*, p. 20.

Otro problema que se plantea hace referencia a la delimitación de la responsabilidad de la Comunidad. Obviamente la Comunidad, por efecto de la adhesión, se vería vinculada sólo en el marco y dentro de los límites de sus competencias. Dado que la separación de las competencias entre la Comunidad y los Estados miembros no siempre es fácil, es más que probable que los particulares dirigieran sus recursos a la vez contra un acto comunitario y las medidas nacionales que los aplican¹⁰¹. En tal supuesto, los órganos de Estrasburgo se enfrentarían a opciones complicadas para delimitar las responsabilidades respectivas de la Comunidad y el Estado. Debería corresponder a la Comunidad definir los límites de aplicación del derecho comunitario para evitar de este modo que un tercero pueda erigirse en juez de la competencia comunitaria. Los Estados miembros seguirían siendo responsables del respeto de los derechos humanos en el ejercicio de sus respectivas competencias propias. En las negociaciones, podría intentarse obtener un mecanismo que, en caso de duda sobre las competencias, dejase a la Comunidad y a sus Estados miembros el derecho de aclarar cuál es la entidad responsable ante los órganos de Estrasburgo. Dicho mecanismo podría prever que en caso de recurso dirigido, bien contra la Comunidad, bien contra un Estado miembro, se llevase a cabo la determinación de la identidad de la parte demandada dentro de la Comunidad, de tal manera que en ningún caso el TEDH se vea obligado a pronunciarse sobre el reparto de competencias entre la Comunidad y sus Estados miembros¹⁰². Un mecanismo similar fue creado en el marco del Anexo IX de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar firmada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982¹⁰³, que dispone, en el apartado 2

¹⁰¹ Véase COHEN-JONATHAN, G.: "L'adhésion de la Communauté.....", *op. cit.*, p. 52.

¹⁰² Ver una propuesta en este sentido en FERRARI BRAVO, *op. cit.*, p. 349.

¹⁰³ Sobre este convenio en relación con la Comunidad ver ROLDÁN BARBERO, J.: "La CEE y el Convenio sobre derecho del mar de 1982. Consideraciones sobre la relación entre el derecho comunitario y el derecho internacional", *RIE*, 1991, nº 2, pp. 551-581.

del artículo 6, que: "*Cualquier Estado Parte podrá pedir a una organización internacional o a sus Estados miembros que sean Partes de la Convención que informen acerca de a quién incumbe la responsabilidad respecto de una determinada cuestión. La organización y los Estados miembros de que se trate darán esa información. El hecho de no dar esa información en un plazo razonable o de dar información contradictoria entrañará responsabilidad conjunta y solidaria*". Esta solución tendría ventajas para la adhesión de las Comunidades al CEDH, aunque hay que señalar a este respecto que el requisito de que se agoten las vías de recurso internas impuesto por el CEDH ya debería permitir en principio que se resuelvan las cuestiones de competencia en una fase anterior a la del recurso al TEDH.

Teniendo en cuenta todos estos problemas, hay autores que han considerado que la adhesión, pese a sus ventajas políticas, no es quizás el mejor sistema de ligar la Comunidad al CEDH. Así, SPERDUTI considera que la adhesión formal afectaría al TJCE y alargaría excesivamente los procesos. Para este autor, es necesario buscar una fórmula que conserve los caracteres propios y originales tanto de los órganos comunitarios como de los de Estrasburgo¹⁰⁴. A tal fin, y a modo de ejemplo, propone un Protocolo de Adhesión en el que la Comunidad declare su plena y entera aceptación de los principios sobre el reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales enunciados en el CEDH y sus Protocolos. Asimismo, en dicho Protocolo se

¹⁰⁴ SPERDUTI, G.: "Comment concevoir, dans sa spécificité, l'adhésion des Communautés européennes à la Convention de Rome sur la sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales", en *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte. Festschrift für Hermann Mosler*, Beiträge zum Ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, bd. 81, Springer-Verlag, Berlín, Heridelberg, New York, 1983, pp. 903-907. Para una opinión crítica respecto a las ventajas de la adhesión véase también CAPOTORTI, "À propos de l'adhésion éventuelle ...", *op. cit.*, pp. 724-725. Y para un punto de vista escéptico LECOURT, R.: "Cour européenne des Droits de l'Homme et Cour de Justice des Communautés européennes", en MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (ed.): *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, Karl Heymanns Verlag, Köln, 1988, pp. 335-340.

estipularía que cuando se le planteara al TJCE la cuestión de saber si un acto comunitario es compatible con el CEDH, dicho órgano jurisdiccional podría dirigirse, de oficio o a instancia de parte, al TEDH para recabar su interpretación del Convenio. La interpretación dada por el TEDH vincularía al TJCE¹⁰⁵. Una posibilidad de este estilo, sin embargo, no eliminaría totalmente la posibilidad de divergencia en las dos jurisdicciones, ni aportaría un grado de protección añadido para el individuo, a menos que dicho reenvío se configurara como obligatorio, con lo cual, los procesos comunitarios se alargarían considerablemente.

Otra posibilidad novedosa y que solucionaría la mayor parte de los problemas planteados, sería la de plantear una relación entre la Comunidad y el sistema del CEDH no en términos de adhesión, sino de un acuerdo internacional específico entre la Comunidad y el Consejo de Europa. De hecho, cuando se habla de la necesidad de materializar la adhesión en un Protocolo se está reconociendo la imposibilidad de llevar a cabo una adhesión en el sentido estricto del término¹⁰⁶. Dicho acuerdo internacional debería tener como objeto básico el reconocimiento de los derechos protegidos en el CEDH, permitiendo que los particulares puedan acudir a los órganos de Estrasburgo para controlar la normativa comunitaria. La Comunidad no sería una parte adherente en sentido estricto al CEDH, con lo que se evitarían muchas de las complejidades técnicas de tal adhesión. Si se cree conveniente, se podrían articular mecanismos de participación *ad hoc* de un "representante" comunitario en los órganos de control en caso de que se cuestionara una norma de derecho comunitario.

¹⁰⁵ SPERDUTI, *op. cit.*, p. 907.

¹⁰⁶ En este sentido, ZANGHÌ, C.: "Unione europea e diritti dell'uomo. Un protocollo di adesione alla Convenzione europea", *RDE*, 1994, nº 2, pp. 213-224, p. 214.

2.2. La compatibilidad de la adhesión al CEDH con el ordenamiento jurídico comunitario.

Hasta aquí el tema de la adhesión de las Comunidades al CEDH se ha estudiado desde el punto de vista de las adaptaciones que sería necesario negociar respecto al CEDH para hacer posible su aplicación a las Comunidades. Pero en este debate también se ha hecho hincapié, aunque en menor medida, en los problemas de compatibilidad con el ordenamiento comunitario de dicha adhesión. Este aspecto ha cobrado nueva relevancia a raíz de la solicitud de dictamen presentada por el Consejo al TJCE en virtud del apartado 6 del artículo 228 TCE.

El planteamiento de dicha solicitud de dictamen presenta un interesante problema de admisibilidad, es decir, de interpretación del propio artículo 228. Dicho artículo establece: "*El Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de cualquier acuerdo previsto con las disposiciones del presente Tratado. Cuando el dictamen del Tribunal de Justicia sea negativo, el acuerdo sólo podrá entrar en vigor en las condiciones establecidas en el artículo N del Tratado de la Unión Europea*"¹⁰⁷. Podría deducirse de dicho texto que el objeto del dictamen del TJCE debe ser un proyecto de acuerdo articulado¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Subrayado propio. Hay que señalar que el texto de este artículo ha sido ligeramente modificado por el TUE, ya que en su versión anterior decía: "*El Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrán solicitar previamente el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad del acuerdo previsto con las disposiciones del presente Tratado*". Esta modificación no altera la sustancia del mismo, en nuestra opinión.

¹⁰⁸ Esta parece ser la opinión de DÍEZ DE VELASCO cuando afirma: "*El momento de presentación de la demanda viene marcado como es lógico, por el acuerdo, debiendo recaer el dictamen por lo general sobre el texto definitivo y previamente a su entrada en vigor*", DÍEZ DE VELASCO, M.: "La competencia consultiva del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.; LIÑÁN NOGUERAS, D.J.(dirigido por): *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 573-594, p. 581.

En el caso de la adhesión al CEDH podría decirse que dicho acuerdo no existe. En efecto, el Consejo no se ha pronunciado hasta ahora en favor de la adhesión y no se ha iniciado ninguna negociación con vistas a la misma. Como se ha visto, un eventual acuerdo, formalizando la adhesión, deberá resolver las múltiples cuestiones jurídicas e institucionales que ésta plantea: qué modificaciones del CEDH son precisas, la representación comunitaria en los órganos de Estrasburgo, etc... Las únicas pautas que podrían dejar entrever el contenido de dicho acuerdo son las que ha establecido la Comisión, primero en el *Memorandum* de 1979 y después en la Comunicación de 1990. En dicha Comunicación la Comisión solicita formalmente al Consejo que otorgue su acuerdo a la petición de adhesión y que autorice la apertura de negociaciones. Dicho acuerdo y autorización no han sido otorgados hasta el momento por el Consejo. Por tanto, el único documento concreto que puede examinar el TJCE, además de las reiteradas resoluciones del Parlamento Europeo, sigue siendo la postura de la Comisión sobre el contenido de dichas negociaciones, pero no la postura del Consejo. En cuanto a ésta, lo único que existen son una serie de consideraciones en torno a las condiciones de adhesión contenidas en la solicitud de Dictamen remitida al TJCE. Sin embargo, las observaciones presentadas por los Estados miembros en este procedimiento demuestran que no existe un consenso sobre ellas entre los miembros del Consejo¹⁰⁹.

Sin embargo, también existen razones para argumentar la admisibilidad de la solicitud. Hay que señalar que el artículo 228.6 es muy poco explícito sobre el momento en que puede interponerse la solicitud de dictamen, lo que permite una interpretación generosa del mismo. De los términos de la segunda frase de este apartado se deduce que el único límite claro es que se haga antes de la entrada en vigor del acuerdo, es decir, del surgimiento de su obligatoriedad en derecho

¹⁰⁹ Véase el Informe para la Vista presentado en el dictamen 2/94, texto no publicado.

internacional. Se ha sugerido¹¹⁰ que el plazo de presentación de la solicitud podía variar en función de la autoridad que la presentaba. La Comisión, al ser la encargada de negociar los acuerdos, debería utilizar esta vía antes del inicio de las negociaciones si se planteara una cuestión de competencia y antes de cerrarlas, si se tratase de una cuestión sobre el contenido del acuerdo. Por su parte, Consejo y Estados miembros deberían presentar la solicitud antes de la conclusión del acuerdo. Esta posición no fue recogida por el TJCE en el Dictamen 1/75¹¹¹. En este caso, la Comisión presentó la solicitud de dictamen una vez terminadas las negociaciones. Sin desconocer los motivos que podían esgrimirse sobre la admisibilidad de la solicitud por el hecho de su tardanza, el TJCE consideró que no debían tenerse en cuenta, puesto que el Tratado no prevé "*dado el propio carácter no contencioso del procedimiento del artículo 228.1.2, un plazo de prescripción para la presentación de la solicitud*"¹¹². El TJCE declaró que, en caso de duda, la compatibilidad del acuerdo debía poder establecerse antes de su conclusión¹¹³. Esta posición ha sido reiterada con claridad en el Dictamen 1/94¹¹⁴, en el que el TJCE aceptó pronunciarse sobre el

¹¹⁰ BOULOUIS, J.; CHEVALIER, R.M.: *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Dalloz, Paris, 5ª ed., 1991, p. 75.

¹¹¹ Dictamen 1/75, de 11 de noviembre de 1975, emitido con arreglo al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 228 del Tratado CEE, Rec. 1975, pp. 1355 y ss.

¹¹² Traducido del francés: "*en raison même du caractère non contentieux de la procédure de l'article 228.1.2, un délai de forclusion pour la présentation de la demande.*", Rec. 1975, p. 1361.

¹¹³ De esta posición del TJCE el profesor RAUX extrae lo siguiente, anticipándose a lo que se planteará posteriormente: "*Le fait que la haute juridiction ait estimé qu'on ne saurait tirer argument de ce que les discussions relatives à la substance de l'arrangement en cause étaient désormais terminées, pour conclure au caractère tardif de la demande d'avis, pourrait même être considéré comme une présomption en faveur de l'acceptation de la Cour de connaître d'un accord dont la substance n'apparaîtrait pas encore clairement. La Cour pourrait ainsi connaître d'un "accord envisagé", dès lors que la Commission aurait adressé une recommandation au Conseil sur la forme de la participation de la Communauté au projet d'accord, sans que pour autant la teneur et la forme du texte aient été définitivement établis*", RAUX, J.: "L'Avis de la Cour de Justice des Communautés européennes au titre de l'Article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa du Traité CEE (11 novembre 1975)", *RTDE*, 1976, n° 3, pp. 482-495, p. 484.

¹¹⁴ Dictamen 1/94, de 15 de noviembre de 1994, Dictamen emitido con arreglo al apartado 6 del artículo 228 del Tratado CE, *Competencia de la Comunidad para celebrar Acuerdos*

Acuerdo que instituye la Organización Mundial del Comercio, a pesar de que ya había sido firmado.

Más complicado resulta establecer a partir de qué momento puede plantearse la solicitud. En el caso del Dictamen 1/78¹¹⁵ se argumentó que la solicitud presentada por la Comisión era prematura, ya que el TJCE no disponía de un proyecto de acuerdo propiamente dicho, existiendo únicamente diversos documentos preparatorios que daban cuenta del estado de las negociaciones. El Consejo estimó que no existía un "acuerdo previsto", como exige el artículo 228, por lo que la solicitud de dictamen constituía una desviación del procedimiento del artículo 228. Esta era también la opinión del gobierno francés, que subrayó los inconvenientes que se podían derivar de la necesidad de presentar sucesivas solicitudes en el curso de una negociación cuyos resultados no eran previsibles. La tesis del Consejo y de los gobiernos que le apoyaban era que debía esperarse al final de las negociaciones. El TJCE contestó a estos argumentos:

"Por una parte, se deriva de los informes sometidos por la Comisión al Consejo, en el momento en que ésta buscaba un mandato de negociación, que el objeto del acuerdo previsto se conocía ya en aquel momento, es decir, antes de iniciar la negociación. De toda manera, aunque subsisten un cierto número de alternativas abiertas y de divergencias sobre la redacción de cláusulas concretas, los documentos sometidos al Tribunal y las informaciones suministradas durante la vista oral de las partes, permiten la formación de un juicio suficientemente seguro respecto a la cuestión planteada por la Comisión.

internacionales en materia de servicios y de protección de las propiedad intelectual- Procedimiento del apartado 6 del artículo 228 del Tratado CE, Rec. 1994, pp. I-5267 y ss.

¹¹⁵ Dictamen 1/78, de 4 de octubre de 1979, emitido con arreglo al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 228 del Tratado CEE, *Accord international sur le caoutchouc naturel*, Rec. 1979, pp. 2871 y ss.

*Por otra parte, no puede desconocerse el interés que la Comisión tenía de introducir su solicitud tan pronto como apareció su divergencia con el Consejo por lo que se refiere a la cuestión de la competencia para negociar y concluir el acuerdo previsto, tanto más como que se habían producido dudas similares en acuerdos anteriores de la misma categoría. En efecto, cuando se trata de decidir una cuestión de competencia, conviene a todos los Estados interesados, incluidos los Estados terceros, que esta cuestión sea delimitada desde el inicio de una determinada negociación"*¹¹⁶.

De esta declaración del TJCE parece deducirse que el momento de la solicitud del dictamen depende esencialmente de la naturaleza de las cuestiones que se planteen. Si se trata de dilucidar una cuestión de competencia, ésta podrá intervenir antes de la apertura de negociaciones; si por el contrario la pregunta versa sobre el contenido material del acuerdo, habrá que esperar a que esté claramente fijado¹¹⁷.

¹¹⁶ Traducido del francés: "*D'une part, il résulte des rapports soumis par la Commission au Conseil, au moment où elle recherchait la définition d'un mandat de négociation, que l'objet de l'accord envisagé était connu déjà à cette époque, c'est-à-dire avant que la négociation fût engagée. De toute manière, même s'il subsiste à ce stade un certain nombre d'alternatives ouvertes et de divergences sur la rédaction de clauses déterminées les documents soumis à la Cour et les informations fournies à l'occasion de l'audition des parties permettent de former un jugement suffisamment sûr au sujet de la question soulevée par la Commission.*

D'autre part, on ne serait méconnaître l'intérêt que la Commission avait d'introduire sa demande aussitôt que sa divergence avec le Conseil fût devenue apparente en ce qui concerne la question de la compétence pour négocier et conclure l'accord envisagé, d'autant plus que des incertitudes similaires s'étaient manifestées à propos de plusieurs accords antérieures appartenant à la même catégorie. En effet, lorsqu'il s'agit de trancher une question de compétence, il est de l'intérêt évident de tous les Etats intéressés, y compris les Etats tiers, que cette question soit tirée au clair dès l'ouverture d'une négociation donnée", Rec. 1979, pp. 2908-2909.

¹¹⁷ En este sentido, KOVAR, R.: "La compétence consultative de la Cour de Justice et la procédure de conclusion des accords internationaux par la Communauté économique européenne", en *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*, Pedone, Paris, 1981, pp. 357-377, p. 365; SOBRINO HEREDIA señala también que el momento en el que puede interponerse la solicitud de dictamen es muy amplio, puesto que podrá ir incluso desde antes de que se inicien verdaderamente las negociaciones; sin embargo añade: "*No obstante, parece conveniente el que la solicitud de dictamen se interponga en un momento lo suficientemente avanzado de las negociaciones para que el Tribunal pueda pronunciarse sobre un proyecto de texto completo de acuerdo*", SOBRINO HEREDIA, J.M.: "El control de los acuerdos internacionales por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1992*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1993, pp. 85-156, p. 116. Por su parte, CHRISTIANOS

Aplicando esta tesis al caso del CEDH, la solicitud de dictamen podría justificarse argumentando que carecería de sentido iniciar unas negociaciones que conlleven enmiendas al CEDH y que implicarán a un elevado número de Estados, sin tener la seguridad de que dicha adhesión es compatible con el Tratado CE. A ello se añadiría también que la naturaleza de las cuestiones que se plantean es de carácter previo y abstracto, es decir, que no depende tanto de las modalidades concretas de adhesión que se pacten, como de cuestiones de principio. De hecho, aunque formalmente la pregunta que se eleva al TJCE se formula en general sobre la compatibilidad de la adhesión con el Tratado, esta pregunta se concreta posteriormente en dos puntos: la competencia comunitaria para llevar a cabo dicha adhesión y la compatibilidad de ambos sistemas jurisdiccionales¹¹⁸.

Antes de pasar a analizar ambas cuestiones, es preciso señalar que el Informe para la Vista presentado en el Dictamen 2/94 recoge las observaciones presentadas por los Estados miembros y las instituciones comunitarias sobre la admisibilidad de la solicitud de dictamen. Los argumentos expresados pueden agruparse básicamente en tres bloques. En el primero de ellos, se incluyen aquellas posiciones, como la de la Comisión, el Parlamento Europeo y Bélgica, que se muestran favorables a la admisibilidad. Se alega, en este sentido, el

parece partir siempre del supuesto de que las negociaciones hayan tenido al menos inicio, al afirmar: "*...au moins pour ce qui concerne à la compétence pour conduire les négociation et pour conclure l'accord, la demande d'avis ne peut être considérée comme prématurée lorsque l'objet de l'accord est connu et que les négociations sont déjà en cours*", CHRISTIANOS, V.: "La compétence consultative de la Cour de Justice à la lumière du Traité sur l'Union Européenne", *RMC*, 1994, n° 374, pp. 37-44, p. 40. Hay que señalar que el TJCE también realiza una interpretación amplia del artículo 228 en el Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, emitido con arreglo al párrafo segundo del apartado primero del tratado CEE, *Convenio n° 10 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la seguridad en el trabajo en la utilización de productos químicos*, Rec. 1993, pp. I-1061 y ss. Sobre este Dictamen ver OLESTI RAYO, A.: "La competencia para concluir convenios en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (Comentario al Dictamen 2/91 de 19 de marzo de 1993)", *RIE*, 1993, n° 3, pp. 945-971.

¹¹⁸ *Actividades del Tribunal de justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, n° 14/94, semana del 2 al 6 de mayo de 1994, p. 21, e Informe para la Vista en el Dictamen 2/94.

precedente ya comentado del Dictamen 1/78 y la finalidad del artículo 228 que es prevenir controversias sobre la compatibilidad con el Tratado de acuerdos internacionales. Frente a ello se alza otro bloque de opiniones, representado fundamentalmente por el Reino Unido, radicalmente contrarias a la admisibilidad de la solicitud de dictamen. Los motivos se centran en la inexistencia de un acuerdo previsto y en la falta de consenso entre los miembros del Consejo sobre la conveniencia de la adhesión. Dado que la que parece la única base jurídica posible, el artículo 235, exige una decisión por unanimidad, la ausencia de consenso confiere a la solicitud de dictamen un carácter hipotético y falto de realismo. Entre estas dos posiciones extremas se sitúan un grupo de Estados (Dinamarca, Finlandia) que aunque reconocen que existen razones para considerar que la solicitud de dictamen es prematura, consideran que la importancia y complejidad del asunto justifican poder contar con la opinión del TJCE especialmente en vistas a la Conferencia Intergubernamental de 1996, que previsiblemente deberá discutir sobre la adhesión.

Las divergencias entre las distintas posiciones muestran que ciertamente se trata de un tema complejo. El análisis de las preguntas concretas sobre las que versa la solicitud de dictamen puede ayudar a examinar si realmente se trata de cuestiones independientes de las modalidades concretas de adhesión y por tanto se pueden resolver sin necesidad de contar con un acuerdo ya negociado.

2.2.1. La competencia comunitaria para celebrar la adhesión.

Por lo que respecta a la base jurídica, el Tratado CE no prevé ningún poder de acción específico relacionado con los derechos humanos. No se encuentra en él ni una definición de dichos derechos ni ninguna disposición que encargue a la Comunidad velar por su protección y por supuesto en ningún

momento se aborda la cuestión del sometimiento a un órgano externo para controlar dicho respeto. A pesar de ello, la protección de los derechos humanos no puede afirmarse que sea totalmente extraña a la Comunidad. Por un lado, la reiterada jurisprudencia del TJCE ha afirmado que el respeto de los derechos fundamentales forma parte de los principios generales del derecho. Por otro lado, el Preámbulo del Acta Unica hace una mención expresa al tema y el artículo F.2 del Tratado de la Unión Europea dispone que la Unión respetará los derechos fundamentales. Ciertamente este artículo pertenece al TUE y no al TCE, pero puesto que la Comunidad Europea es uno de los pilares de la Unión Europea también se podría considerar afectada por él.

En este contexto, la protección de los derechos fundamentales podría considerarse como un principio general o si se quiere horizontal, que la Comunidad debe tener presente en todas sus actividades, es decir, en la realización de todos sus objetivos. La pregunta radica en si el hecho de que la Comunidad en toda su actividad esté sujeta a este principio es suficiente para afirmar la competencia de la Comunidad para llevar a cabo la adhesión. Dicho en otras palabras: una cosa es que la Comunidad deba considerar en sus actividades el respeto de los derechos humanos y otra que la Comunidad pueda realizar acciones específicas y exclusivamente destinadas a la protección de dichos derechos y como es sabido, la Comunidad sólo posee competencias de atribución.

Es preciso señalar que la Comunidad, en el ámbito de las relaciones exteriores, está llevando a cabo desde hace algunos años lo que podría denominarse como una "política de derechos humanos"¹¹⁹. Dicha política

¹¹⁹ El principio de la inclusión de cláusulas relativas a los derechos humanos en los acuerdos de cooperación fue confirmado por la Resolución del Consejo y de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo sobre derechos humanos, democracia y desarrollo, de 28 de noviembre de 1991, *Bol. CE* 11/1991, pp. 124-126, p. 125, completada por la Resolución de 18 de noviembre de 1992, *Bol. CE* 11/1992, pp. 96-97.

consiste en incorporar en todos los acuerdos que celebra con Estados terceros una cláusula específica según la cual el respeto de los derechos humanos constituye un elemento fundamental de dichos acuerdos¹²⁰. Sin embargo, dichas cláusulas podrían considerarse el equivalente a nivel internacional de la situación de los derechos humanos en el interior de la Comunidad. Es decir, una cosa es que los acuerdos externos comunitarios tengan presente el respeto de los derechos humanos y otra la celebración de un acuerdo dedicado exclusivamente a su protección.

En cualquier caso, y a falta de cualquier otro artículo pertinente, la competencia de la Comunidad debería ejercerse basándose en el artículo 235 TCE. Esta ha sido la posición que ha mantenido hasta ahora la Comisión, tanto en su *Memorandum* de 1979, como en su Comunicación de 1990.

Para que se pueda utilizar el artículo 235 se precisa que se den las condiciones o requisitos que dicho artículo estipula. Es decir, que se trate de una acción de la Comunidad, para la que el Tratado no haya previsto un poder específico, encaminada a realizar uno de los objetivos de la Comunidad en el funcionamiento del mercado común. Por tanto, es preciso poder afirmar que la protección de los derechos humanos es un objetivo comunitario, y además que es necesario para el funcionamiento del mercado común. Asimismo, también se debe poder constatar que la adhesión de la Comunidad al CEDH es necesaria para llevar a cabo este objetivo de la protección de los derechos humanos.

¹²⁰ Una cláusula denominada "fundamentos" que estipula que todas las disposiciones del acuerdo se basan en "el respeto de los principios democráticos y los derechos humanos que inspiran las políticas internas e internacionales" de las Partes Contratantes fue incorporada en los acuerdos con México, Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay, Macao y Mongolia. En otros acuerdos se ha incluido una cláusula de términos parecidos, denominada "elemento esencial" (India, Brasil, Pacto Andino y los países de América central), que en algunos casos está acompañada por una cláusula de suspensión (Rumania, Bulgaria, Albania, etc...).

Como se ha indicado antes, la protección de los derechos humanos puede considerarse como un principio general. La tesis de la Comisión podría resumirse de la siguiente manera: el conjunto de actividades desarrolladas por las instituciones comunitarias en el marco de los Tratados requiere una protección eficaz de los derechos humanos, conforme a los principios constitucionales de todos los Estados miembros sobre los cuales se funda el derecho comunitario. Esta protección no será completa hasta que los actos de las instituciones comunitarias no estén sometidos al mismo mecanismo de control externo que los actos de las autoridades estatales. El único medio de someter los actos comunitarios a este control es mediante la adhesión comunitaria al CEDH. Por tanto, la protección de los derechos humanos constituiría un objetivo transversal o general, en el sentido de que contribuye a la realización del conjunto de los objetivos comunitarios.

Esta hipótesis presupone que el artículo 235 puede utilizarse no sólo para realizar uno o varios objetivos específicos comunitarios, sino también objetivos horizontales o transversales. De hecho, la utilización práctica que las instituciones comunitarias han hecho de este artículo ha sido hasta ahora bastante generosa, y en algunas ocasiones los objetivos que se han perseguido han tenido un carácter general, difícilmente relacionable con un objetivo concreto o específico¹²¹.

¹²¹ Como ejemplo de lo que se acaba de afirmar se puede citar el Reglamento nº 354/83 del Consejo de 1 de febrero de 1983 relativo a la apertura al público de los archivos históricos de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. En los considerandos en los que se justifica el recurso al artículo 235 del TCE se dice lo siguiente: "(...) *Considerando que la explotación y el análisis crítico de los archivos de las Comunidades Europeas no sólo son de utilidad para la investigación histórica en general, sino que pueden, al mismo tiempo, facilitar las actividades de los medios interesados en los asuntos comunitarios y contribuir así a una mejor consecución de todos los objetivos de las Comunidades; Considerando que los Tratados no han previsto poderes de acción específicos para establecer normas comunes en la materia; (...)*", JOCE L 43 de 15 de febrero de 1983, p. 1, EE 01/04, p. 3. Basándose en estos precedentes, el recurso al artículo 235 para conseguir objetivos horizontales no sería descabellado.

Tanto la Comisión como el Parlamento Europeo, así como un buen número de Estados miembros¹²², han manifestado su convencimiento de que el artículo 235 es una base jurídica adecuada para la adhesión comunitaria al CEDH¹²³, subrayando que la protección de los derechos humanos constituye un principio general horizontal que la Comunidad está obligada a respetar en el ejercicio de la totalidad de sus actividades. Pero esta posición no es compartida por todos los Estados miembros. Los gobiernos español, francés, portugués y del Reino Unido indican que ni el Tratado CE ni el TUE contienen disposición alguna que atribuya competencias específicas a la Comunidad en materia de derechos humanos, que pueda servir de base jurídica para la adhesión. La utilización del artículo 235 es rechazada por considerar que el respeto de los derechos humanos no figura entre los objetivos de la Comunidad, tal como se formulan en los artículos 2 y 3 del Tratado.

2.2.2. La compatibilidad de los sistemas jurisdiccionales.

El segundo bloque de cuestiones problemáticas hace referencia a la compatibilidad del sistema jurisdiccional del CEDH con los artículos 164 y 219 del Tratado CE. El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (actualmente, Comunidad Europea) estableció un nuevo orden jurídico, cuya autonomía y aplicación uniforme quedan garantizadas por la exclusividad de la competencia conferida al TJCE en su artículo 164, en virtud del cual el respeto

¹²² Fundamentalmente, los gobiernos belga, danés, alemán, helénico, austríaco y finlandés.

¹²³ Véase el Informe para la Vista, p. I-8. El Parlamento Europeo considera que la elección del artículo 235 como base jurídica debe completarse con la indicación del párrafo segundo del apartado 3 del artículo 228 del Tratado, que exige el dictamen conforme del Parlamento para la celebración de determinados acuerdos internacionales. La argumentación del Parlamento se basa en la finalidad de dicha disposición, que trata de evitar que, por un acuerdo internacional, el Parlamento, en su función de colegislador, pueda verse obligado, en virtud de las obligaciones internacionales de la Comunidad, a modificar un acto adoptado siguiendo el procedimiento de codecisión.

del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado queda garantizado por el TJCE, y en su artículo 219, según el cual los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del Tratado a un procedimiento de solución distinto de los previstos en este mismo Tratado. La cuestión que se plantea es si la adhesión de la Comunidad al CEDH, habida cuenta de su sistema jurisdiccional propio, al que se someterían los actos comunitarios, pondría o no en entredicho la competencia exclusiva conferida al TJCE por el Tratado CE y la autonomía del orden jurídico comunitario.

La respuesta a esta cuestión debe tener en cuenta forzosamente dos órdenes de consideraciones. En primer lugar, el examen de los efectos de las sentencias del TEDH. En segundo lugar, el Dictamen 1/91 del TJCE¹²⁴, que aborda algunas cuestiones relacionadas con la compatibilidad del TCE con otro orden jurisdiccional.

Por lo que hace referencia a los efectos de las sentencias del TEDH, hay que decir que se limitan a comprobar una violación del Convenio y, en su caso, a conceder a las víctimas una "satisfacción equitativa". El TEDH no es competente para derogar o modificar una disposición de derecho nacional (o, para el caso, comunitario) contraria al Convenio, ni para reformar o anular las decisiones tomadas por las autoridades jurisdiccionales. Aunque las decisiones del TEDH tengan carácter obligatorio (art. 53 del CEDH), se trata de una

¹²⁴ Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, emitido con arreglo al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 228 del Tratado CEE, *Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo*, Rec. 1991, pp. I-6079 y ss. Sobre este Dictamen véase VALLE GÁLVEZ, A.: "La especificidad del ordenamiento comunitario (Comentario a los dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo)", *RIE*, 1993, nº 1, pp. 155-193.

obligación de resultado, que deja a las partes la elección en su orden jurídico interno de los medios necesarios para cumplir dicha obligación.

Por tanto, las decisiones del TEDH no tienen porqué afectar a la interpretación del derecho comunitario que compete únicamente al TJCE. Evidentemente, y dado que las sentencias del TEDH son obligatorias, todas las instituciones comunitarias, incluido el TJCE, se verían en el deber de tomar las medidas necesarias para poner fin a la no conformidad del derecho comunitario con el CEDH. Esto implica que el TJCE habrá de tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH. De hecho, en la práctica lo ha hecho en algunas ocasiones y esto no varía en nada la naturaleza del derecho comunitario, y su autonomía como ordenamiento jurídico, de la misma manera que los Estados partes del CEDH no han dejado de tener un ordenamiento ni un sistema jurisdiccional autónomo por el hecho de ser partes del Convenio¹²⁵.

Como se indicaba antes, el TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad del sistema jurisdiccional propuesto en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo con el derecho comunitario en el Dictamen 1/91. El TJCE afirmó que el sistema jurisdiccional previsto en el Acuerdo cuestionaba la autonomía del ordenamiento comunitario, ya que había una divergencia entre las finalidades y el contexto del Acuerdo y el Tratado CE: en un caso se quería aplicar un régimen de libre cambio, en otro, se trataba de un proceso de integración hacia una Unión Europea. Si se hace una transposición de este razonamiento al caso del CEDH, se puede observar que, en principio, no hay una contradicción o divergencia entre el contexto del CEDH y los Tratados

¹²⁵ En contra, ver ADAM, R.: "La prospettata adesione delle Comunità alla Convenzione di Roma: sidevono anche modificare i Trattati comunitari?", *RDI*, 1980, n° 2-4, pp. 883-885. Este autor sostiene que la adhesión al CEDH implicaría romper con el monopolio jurisdiccional del TJCE, puesto que otra jurisdicción "sustituiría" al órgano comunitario en el enjuiciamiento de los actos comunitarios, por lo que sería necesario, para llevar a cabo la adhesión, modificar los Tratados comunitarios.

comunitarios. Tanto la jurisprudencia del TJCE como el Preámbulo del Acta Unica y el art. F.2 del TUE hacen referencia explícita al CEDH. Dicho Convenio representa una garantía, entre otras, de los derechos humanos. Contiene un estándar mínimo que no impide que una parte contratante vaya más allá en la protección de los derechos.

Aparte de la ya indicada contradicción en las finalidades, en el Dictamen 1/91 el TJCE señaló dos puntos en los que el sistema jurisdiccional inicialmente previsto para el Espacio Económico Europeo vulneraba la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario. El primero de ellos consistía en que el nuevo Tribunal previsto hubiera tenido que pronunciarse sobre las competencias respectivas de la Comunidad y de sus Estados miembros. Esta posibilidad parece totalmente descartable en el caso del CEDH. La adhesión comunitaria tendría como único objetivo someter al control de Estrasburgo los actos de las instituciones comunitarias. El TEDH sólo se pronuncia sobre la compatibilidad con el CEDH, independientemente de cuestiones internas. Si además se excluye el recurso interestatal entre la Comunidad y sus Estados miembros, no parece que exista ningún riesgo en tal sentido¹²⁶.

El segundo punto que señala el TJCE en su Dictamen de 1991 se refiere a la incidencia de la jurisprudencia del Tribunal previsto sobre la interpretación del derecho comunitario. El TJCE llegó a la conclusión que el mecanismo jurisdiccional propuesto condicionaba la interpretación futura de las reglas comunitarias en materia de libre circulación y de competencia, y que por tanto era incompatible con el derecho comunitario.

¹²⁶ Véase *supra*, apartado 2.1.2.

Este razonamiento es difícilmente trasladable al caso del CEDH. En el caso del Espacio Económico Europeo se trataba de crear una homogeneidad jurídica en todo el conjunto del Espacio, por lo que el derecho comunitario se veía implicado necesariamente. Además, se creaban unos conjuntos de normas yuxtapuestas a la Comunidad y al Espacio, muchas de las cuales eran idénticas a las del derecho comunitario. Por el contrario, la jurisprudencia del TEDH tendría una incidencia relativamente pequeña sobre la jurisprudencia del TJCE.

En primer lugar, la jurisprudencia del TEDH sólo se refiere a la interpretación de los estándares mínimos contenidos en el CEDH. Nada impide que el TJCE desarrolle una protección más amplia de los derechos fundamentales. En segundo lugar, sin menospreciar la importancia del CEDH para el derecho comunitario, las decisiones del TEDH no afectarán, a diferencia del caso del Espacio Económico, a las normas básicas que rigen las relaciones económicas y comerciales en el interior de la Comunidad.

Por último, hay que recordar que el TJCE, antes de pasar a señalar las objeciones que se han descrito sobre el mecanismo jurisdiccional previsto, realiza una serie de reflexiones generales, lo que permite pensar que las objeciones que se enumeran a continuación tienen un carácter específico referido al caso concreto del Espacio Económico. Esta reflexión general se encuentra en los fundamentos 39 y 40 del Dictamen, que afirman lo siguiente:

"Pues bien, cuando un Acuerdo internacional prevé un sistema jurisdiccional propio que comprende un órgano jurisdiccional competente para resolver las controversias entre las partes contratantes del Acuerdo y, por consiguiente, para interpretar las disposiciones de éste, las resoluciones de dicho órgano jurisdiccional vinculan a las Instituciones de la Comunidad, incluido este Tribunal de Justicia. Tales resoluciones se imponen asimismo

cuando este Tribunal de Justicia deba pronunciarse, con carácter prejudicial o en el marco de un recurso directo, sobre la interpretación del Acuerdo internacional, por cuanto que este último forma parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario.

Un Acuerdo internacional que prevé tal sistema es, en principio, compatible con el Derecho comunitario. La competencia de la Comunidad en materia de relaciones internacionales y su capacidad para celebrar Acuerdos internacionales implica, necesariamente, la facultad de someterse a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud de tales Acuerdos, por lo que a la interpretación y aplicación de sus disposiciones se refiere"¹²⁷.

Este último párrafo parece indicar que la existencia de un sistema judicial de las características previstas en el CEDH no resulta incompatible *prima facie* con el derecho comunitario¹²⁸.

La opinión de los Estados miembros sobre la compatibilidad de la adhesión al CEDH con el ordenamiento comunitario refleja la misma división en dos bloques que se pudo constatar respecto a la base jurídica. La Comisión, el Parlamento Europeo y ciertos Estados considera que no hay motivos para afirmar una incompatibilidad, y una buena parte de sus argumentaciones residen en la interpretación del Dictamen 1/91 del TCE. Otros Estados, por contra, consideran que la adhesión pone en peligro la autonomía del derecho comunitario y el monopolio jurisdiccional del TJCE. En particular, los gobiernos español y del Reino Unido señalan que, en caso de adhesión, el TJCE renunciaría

¹²⁷ Rec. 1991, p. I-6106.

¹²⁸ En este sentido SCHERMERS, H.G.: "Opinion 1/91 of the Court of Justice, 14 December 1991; Opinion 1/92 of the Court of Justice, 10 April 1992", *CMLRev.*, 1992, nº 5, pp. 991-1009, p. 1006, y JACOBS, "European Community Law and the European Convention...", *op. cit.*, p. 566.

a su autoridad última de intérprete del derecho comunitario, en el ámbito de aplicación del CEDH.

De todo lo dicho hasta ahora respecto la adhesión comunitaria al CEDH cabe destacar algunos aspectos. La primera hace referencia a la complejidad de las cuestiones que se plantean en la solicitud de dictamen al TJCE. En nuestra opinión, no existen razones para negar la admisibilidad del mismo en lo que respecta al aspecto competencial: dictaminar si la Comunidad es competente o no para adherirse al CEDH es una cuestión previa a la negociación de la adhesión. Más problemática resulta, en cambio, la pregunta relativa a la compatibilidad del CEDH con el ordenamiento comunitario, puesto que aquí sí que pueden negociarse, en el momento de la adhesión, cuestiones que podrían condicionar el sentido de la respuesta: qué tipos de recursos de los previstos en el CEDH se aplicarán a la Comunidad, cuál sería su participación en los órganos de control, etc... Sin embargo, el TJCE puede partir del examen de la compatibilidad del derecho comunitario con los mecanismos del CEDH tal cual están previstos, puesto que éstos sí que se conocen, y a partir de aquí señalar en qué medida son compatibles o qué condiciones deberían respetarse, en las negociaciones de adhesión, para que lo fueran.

La segunda cuestión que debe destacarse es que la adhesión plantea serias dificultades técnicas, que exigirían negociar un buen número de adaptaciones concretas del CEDH en vistas a la misma. En nuestra opinión, ello no significa que la adhesión sea jurídicamente inviable, pero sí que permite interrogarse acerca de su conveniencia. En este sentido, el principal objetivo que es el de mejorar la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario podría conseguirse también con la adopción de un catálogo en los Tratados y con la previsión de vías de recurso adecuadas para los particulares.

Por último, obviamente, no puede pasarse por alto la ausencia de consenso entre los Estados miembros respecto a la adhesión, lo cual permite dudar seriamente sobre su viabilidad hoy por hoy. Es evidente que para algunos Estados, entre los que destacan Francia, Reino Unido y España, la adhesión ni es factible jurídicamente ni se justifica políticamente, puesto que consideran que no existe ningún déficit o vacío jurídico en la actual protección comunitaria de los derechos humanos. Esta última afirmación plantea la duda de si cabe esperar, a corto plazo, la puesta en práctica no sólo de la adhesión sino de cualquier otra alternativa que suponga alterar el actual *status quo* de la protección comunitaria de los derechos fundamentales. En nuestra opinión, la construcción jurisdiccional llevada a cabo por el TJCE ha conseguido paliar la ausencia de disposiciones en los Tratados, pero tiene unos límites que son inherentes a toda protección únicamente jurisdiccional: ni puede aportar una legitimidad democrática en el terreno político al proceso de integración europea, ni puede diseñar un cuadro definido de protección de derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

PRIMERA

Los principios se caracterizan por su abstracción y generalidad. No se distinguen de otras normas por su grado de obligatoriedad, sino por el modo en que se configura la obligación prescrita: la generalidad del principio conlleva que la determinación de dicha obligación sólo se pueda concretar en relación con las circunstancias específicas de un caso; las normas, por el contrario, incluyen una determinación más precisa de las conductas exigidas. De los principios, por tanto, derivan derechos y obligaciones que son concretados por vía jurisdiccional, dado el carácter general de los mismos.

La tarea de concreción jurisdiccional es, pues, siempre indispensable cuando se trata de un principio; su aplicación no es automática, exige una argumentación. Sin embargo, dicha labor judicial puede adquirir mayor relevancia en determinados supuestos. En primer lugar, porque los principios pueden tener un diferente grado de abstracción. En el más elevado, el principio sólo contiene una idea jurídica muy general, que sirve de orientación para concreciones ulteriores. Cuanto mayor sea el grado de generalidad o abstracción, mayor peso tendrá la tarea judicial.

En segundo lugar, porque los principios pueden estar contenidos en enunciados normativos explícitos preexistentes o pueden ser fruto de una formulación elaborada a partir de otras normas. En el primer caso, los tribunales realizan una labor de concreción. En el segundo, además, fijan la formulación de estos principios. Desde una óptica positivista, esta tarea puede considerarse

como un caso de deducción a partir de un conjunto de normas, o como un caso de creación jurisdiccional.

En el ordenamiento jurídico comunitario la expresión "principios" tiene una pluralidad de acepciones. Se aplica tanto a la primacía y al efecto directo, como a las normas de los Tratados que expresan objetivos esenciales de la Comunidad, o a los derechos fundamentales y a las normas extraídas por comparación de los ordenamientos estatales. De estas acepciones, la aplicación del término a la primacía y el efecto directo presenta particularidades, puesto que se refiere a caracteres estructurales del derecho comunitario, a los efectos y las condiciones de aplicación de sus normas, en especial en relación con los ordenamientos internos. El resto de acepciones señaladas pueden reconducirse a la definición de principios que se ha ofrecido más arriba. El TJCE ha subrayado que en el lenguaje del Tratado, el término principio se utiliza para designar el carácter fundamental de una norma. En nuestra opinión, tal afirmación es correcta, pero debe recordarse que a menudo la jurisprudencia utiliza el término principio con un carácter polisémico y no siempre aludiendo a una norma fundamental. Esta ambigüedad comporta serios problemas de sistematización y por ello sería preferible la distinción clara entre las diferentes acepciones del término principio.

SEGUNDA

La utilización de los principios generales del derecho debe relacionarse con la interpretación de las normas y la integración de los ordenamientos jurídicos. En los ordenamientos que prohíben denegar justicia, el problema de su

carácter incompleto se puede resolver mediante lo que se ha llamado una norma general inclusiva que, en caso de laguna, obliga al juez a decidir recurriendo a los principios generales del derecho, la equidad o la analogía, entre otros.

Los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas han creado un nuevo ordenamiento jurídico, que en muchos aspectos se encontraba en un estado embrionario, como por ejemplo, en el ámbito de los derechos fundamentales o por lo que respecta a reglas generales de definición de los límites y condiciones del ejercicio de las acciones de las instituciones comunitarias. Ello ha provocado que el TJCE haya tenido que colmar estas lagunas recurriendo a los principios generales del derecho, a partir de las concepciones o ideas básicas que subyacen a la normativa comunitaria (principios endógenos) pero apoyándose también en los principios comunes de los Estados miembros y en ocasiones en el derecho internacional (principios exógenos). Este recurso a reglas "externas" al ordenamiento comunitario se explica tan sólo en el marco de las relaciones jurídicas que se establecen en un proceso de integración económica, política y jurídica entre Estados como el comunitario y debe recordarse que se pueden utilizar los principios del derecho internacional entre otras cosas porque la Comunidad es una organización internacional creada a partir de un Tratado. En cambio, el recurso a los derechos internos se legitima por la propia especificidad del derecho comunitario, que se integra en los ordenamientos de los Estados miembros y que aspira a encarnar un derecho común europeo. Por tanto, el marco de integración en el que se mueve el derecho comunitario legitima acudir a soluciones de otros ordenamientos jurídicos que se "comunitarizan" y se aplican en adelante como principios de derecho comunitario; es decir, el TJCE incorpora elementos exógenos y los convierte en normas propias del ordenamiento comunitario,

justificándose tal proceso por la propia naturaleza de la construcción comunitaria basada en la integración. En este sentido, constituye un típico ejemplo de heterointegración del derecho, con una metodología específica y en base a una evolución jurisprudencial importante.

A diferencia de otros ordenamientos, el recurso con carácter general a los principios generales del derecho no está previsto de forma expresa en los Tratados. Ello obliga a preguntarse cuál es la fundamentación legal de dicha utilización, aunque hay que decir que tal cuestión teórica no parece haber preocupado mucho al TJCE, que los ha aplicado sin justificar explícitamente la base convencional para ello. A pesar de que se ha insinuado que dicha fundamentación podía hallarse en una aplicación analógica del artículo 215 del TCE (que remite a los principios comunes de los Estados miembros para la regulación del régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad), parece más oportuno situar la base legal de este proceso en los artículos 164 y 173 del Tratado, entendiendo de forma amplia los términos "derecho" y "regla de derecho aplicable" en ellos contenidas. Así parece apuntarlo tanto la jurisprudencia del TJCE como algunas Conclusiones de los Abogados Generales.

En el ámbito concreto de los derechos fundamentales, hay que añadir la actual fundamentación del artículo F.2 del TUE. Este artículo consagra la fórmula que ya se encontraba en la jurisprudencia del TJCE desde los años setenta, por lo que más que innovar, este artículo ratifica convencionalmente -y dota así de mayor encaje normativo- la obra jurisprudencial del TJCE.

Al igual que en otros ordenamientos jurídicos, en el derecho comunitario los principios generales del derecho han cumplido el doble papel de interpretación e integración del derecho. El caso de los derechos fundamentales es una buena muestra de ello: en algunos supuestos, el TJCE ha invocado principios que protegen derechos, recogidos en las tradiciones constitucionales y en instrumentos internacionales, para interpretar una disposición del derecho comunitario (así, en la sentencia *Johnston*, en la que se interpretó una disposición de una Directiva a la luz del derecho a una tutela judicial efectiva); en otros, ante las alegaciones de derechos no mencionados en los Tratados ni en el derecho derivado, como la libertad de expresión o la inviolabilidad del domicilio, el TJCE ha recurrido a los principios generales del derecho para colmar dicha laguna.

El TJCE ha utilizado también los principios generales del derecho como parámetros de validez de los actos de las instituciones. De ahí puede extraerse que se sitúan jerárquicamente por encima del derecho derivado: los principios generales deben considerarse incluidos en el bloque de legalidad que las instituciones deben respetar en su actividad normativa. Es difícil establecer un sistema rígido de jerarquía entre los distintos principios generales; en realidad, el TJCE modula los efectos de su aplicación en función de las características de cada caso y de los intereses que se plantean. El diferente grado de abstracción de los principios también puede ser relevante en este sentido, acudiéndose al criterio de especialidad.

En cambio, en relación con el derecho primario, los principios generales del derecho no pueden utilizarse como parámetro de validez, pero sí de interpretación. Ello es particularmente relevante en el ámbito de los derechos

fundamentales, que deben considerarse una especie de "núcleo duro" del derecho comunitario, que despliega su fuerza interpretativa sobre todo el derecho comunitario, incluyendo el primario.

TERCERA

Los principios generales del derecho son el medio normativo que ha utilizado el TJCE para proteger los derechos fundamentales. Esta manera de proceder no es exclusiva del TJCE, sino que el recurso a los principios es también una técnica utilizada por otras jurisdicciones constitucionales. El caso comunitario, sin embargo, es particularmente llamativo, puesto que el TJCE partía de una ausencia completa de referencias expresas en los Tratados sobre la protección de los derechos fundamentales. Este fenómeno ha condicionado enormemente la actividad jurisprudencial del TJCE en la materia, creando a menudo disfunciones, al menos en el momento de analizar exegéticamente y estructuralmente sus afirmaciones, ya que se ciñen a casos concretos y por tanto tienen un carácter fragmentario y no general. Por otro lado, ello conlleva una situación de inseguridad jurídica, ya que por su generalidad y abstracción, los principios requieren concreción judicial y hasta que ésta no se produce es difícil establecer qué derechos, y sobre todo con qué alcance, gozan los particulares en virtud del ordenamiento comunitario.

Este silencio de los Tratados se ha justificado por el carácter esencialmente económico de las competencias atribuidas a las Comunidades, que podía llevar a creer que difícilmente su actuación entrañaría consecuencias para los derechos humanos, creencia que la práctica posterior ha desmentido. A

esta explicación habría que añadir la posibilidad de que los autores de los Tratados no se pusiesen de acuerdo, en la negociación previa sobre su contenido, sobre cómo regular el tema, o prefiriesen que quedara reservado a los ordenamientos internos, ante el temor que la inclusión de una referencia en los Tratados a los derechos fundamentales pudiese redundar en un aumento de competencias comunitarias o plantear problemas en la relación entre el derecho comunitario y los ordenamientos internos.

Las alegaciones sobre derechos fundamentales presentadas por los particulares, que se basaban en sus Constituciones internas para impugnar la validez de actos comunitarios, no fueron acogidas por el TJCE en sus primeras sentencias, en las que rechazó considerar el derecho interno como parámetro de validez del derecho comunitario. Posteriormente, a partir de la sentencia *Stauder*, el TJCE aceptó examinar las posibles violaciones de derechos fundamentales en la normativa comunitaria, no como una aplicación de la normativa constitucional interna, sino como violaciones de principios generales del derecho comunitario.

Los principios generales del derecho comunitario que protegen derechos fundamentales, debido a la mencionada ausencia de referencias al respecto en los Tratados, no se diferencian claramente de otros principios ni respecto a sus funciones, ni a su rango jerárquico, ni a las fuentes de inspiración que el TJCE utiliza para perfilar su contenido. Si bien el TJCE ha utilizado los principios generales del derecho para proteger derechos de los particulares, algunos de los cuales se califican de fundamentales, tales principios no se distinguen formalmente de otros, sino materialmente. A partir de la sentencia *Hoechst*, en la que el TJCE distingue entre el derecho fundamental a la inviolabilidad del

domicilio, que no se aplica a las personas jurídicas, y el principio general que prohíbe las intervenciones públicas desproporcionadas o arbitrarias en la esfera privada de cualquier persona, RODRÍGUEZ IGLESIAS ha sostenido que la consagración de un derecho fundamental por parte del TJCE hubiese exigido la definición de un estándar comunitario de protección, en lugar de la remisión al estándar de los derechos internos que realiza la sentencia. No obstante la mayor precisión que esta fórmula hubiese representado, el TJCE desgraciadamente, por razones tanto técnicas como de equilibrio institucional, no ha querido o podido optar por esta sugerente posibilidad.

La utilización de la vía de los principios generales del derecho por parte del TJCE no debe interpretarse como una opción conceptual en favor de configurar los derechos fundamentales como principios, en contraposición a otras categorías jurídicas, como la del derecho subjetivo. Es decir, las consecuencias jurídicas del reconocimiento por la vía de un catálogo de derechos o por la vía de los principios no deben verse como antagónicas. Ello es así particularmente si se parte de un concepto de principios, como se ha hecho aquí, que no se distingue de las normas en cuanto a su grado de obligatoriedad, sino en el modo en que se configura dicha obligación. El recurso a los principios como forma de protección puede explicarse una vez más por la ausencia de normativa expresa.

CUARTA

Los distintos ordenamientos jurídicos se refieren en ocasiones a la noción de derechos fundamentales y en otras a la de derechos humanos, libertades

públicas o derechos civiles. La diferencia en la terminología puede relacionarse con las distintas maneras o técnicas de reconocimiento y protección, aunque sustancialmente lo que se protege es lo mismo. La delimitación de estos conceptos debe hacerse, por tanto, en el interior de cada ordenamiento jurídico.

En el caso de la Comunidad, los derechos fundamentales podrían definirse como aquéllos que se recogen en las disposiciones fundamentales o superiores del ordenamiento comunitario, es decir, los Tratados constitutivos y los principios establecidos en la jurisprudencia del TJCE. Esta definición, sin embargo, requiere ulteriores precisiones, puesto que no todas las disposiciones de los Tratados ni todos los principios generales aplicados por el TJCE pueden calificarse de fundamentales.

Esta precisión en el derecho comunitario no puede venir de la mano de criterios formales. No existe ninguna norma que explícitamente califique a un derecho como fundamental. El artículo F.2 del TUE tampoco aporta un criterio formal de identificación de este tipo de derechos porque no constituye un catálogo de los mismos, sino una remisión a las tradiciones constitucionales y al CEDH, que deberá ser concretada por el TJCE. La jurisprudencia comunitaria tampoco aporta criterios claros de distinción entre los principios generales que protegen derechos fundamentales y otros principios.

A esta ausencia de criterios formales de distinción en el interior del derecho comunitario hay que añadir la imposibilidad de aplicar al derecho comunitario criterios formales externos, es decir, propios de otros ordenamientos jurídicos. Desde este punto de vista, los derechos fundamentales se vinculan habitualmente por la doctrina a su reconocimiento constitucional, que implica

generalmente que se vean dotados de unas garantías específicas. En el derecho comunitario, la calificación de los Tratados como Constitución es discutible, a pesar de que este paralelismo haya sido realizado tanto por parte de la doctrina como por el propio TJCE y, lo que es más relevante, no existe ninguna garantía jurídica específica para los derechos fundamentales.

La referencia a los derechos fundamentales realizada por el TJCE (y por el artículo F.2 del TUE), así como algunos ejemplos jurisprudenciales que utilizan el calificativo de "inconstitucional" en referencia a algunos derechos (como en el Auto recaído en el caso *Hoechst*), debe entenderse como un intento de caracterizar a determinados derechos no sólo por su superioridad en el sistema de fuentes, sino por su distinción cualitativa como principios básicos de un ordenamiento jurídico. Se trata, por tanto, de un concepto material de derechos fundamentales y no de carácter formal. No existe en el derecho comunitario un aparato normativo y procesal de derechos fundamentales, sino que se recogen, en expresión del profesor LIÑÁN, contenidos esenciales de los mismos.

Para la identificación material de los derechos que en el ordenamiento comunitario merecen ser calificados como fundamentales, parece necesario desde un punto de vista analítico combinar criterios externos e internos, siguiendo la línea de la jurisprudencia del TJCE. Es decir, deben incluirse aquellos derechos que, de modo general, se reconocen como tales en los ordenamientos jurídicos próximos al derecho comunitario y aquéllos que tienen una especial trascendencia en el propio sistema de los Tratados, en razón de su naturaleza y su especificidad. En este sentido, se pueden determinar dos núcleos básicos de derechos fundamentales: los reconocidos a partir del CEDH y las

tradiciones constitucionales estatales y algunos de los reconocidos en los Tratados.

En cuanto al primer grupo, no es posible realizar una lista cerrada y exhaustiva, puesto que su reconocimiento se ha efectuado hasta el momento por vía jurisdiccional. Sin embargo, esta indeterminación se refiere más al alcance de la protección de los derechos que a su contenido básico. El CEDH, que expresa una posición común de todos los Estados miembros, se ha convertido en una referencia clave. La jurisprudencia del TJCE así lo atestigua, ya que en ella se encuentran abundantes ejemplos de mención a varias de sus disposiciones, como los artículos 6, 7, 8, 9 10 y 11, y el artículo 1 del Primer Protocolo. El TJCE ha reconocido también derechos cuyo origen está en las tradiciones constitucionales, como por ejemplo el derecho al libre ejercicio de la profesión, fuertemente inspirado en la Ley Fundamental de Bonn.

En el bloque de derechos que merecen calificarse de fundamentales a partir de criterios internos al derecho comunitario deben incluirse, en primer lugar, los derechos de defensa. Aunque a menudo estos derechos se consideran más propios del derecho administrativo que del ámbito constitucional, la jurisprudencia del TJCE ofrece ejemplos en los que su tratamiento se ha hecho en clave de derechos fundamentales y ello es debido a la especial posición de la Comisión en el proceso de control de la aplicación del derecho comunitario.

En segundo lugar, hay que destacar el principio de igualdad de trato. Según el TJCE, las disposiciones del TCE que consagran específicamente prohibiciones de discriminación (artículos 6, 40.3 y 119, entre otros) son un

reflejo del principio general de igualdad que forma parte de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario.

También debe mencionarse en este bloque el principio de la libertad de circulación, principio calificado de fundamental tanto en la normativa comunitaria como en la jurisprudencia. Independientemente de que este principio pueda verse, como han apuntado algunos autores, como una expresión de un derecho general a la libertad o más en concreto a la libertad de industria o de comercio, el carácter fundamental del mismo responde a su importancia estructural dentro de la lógica de la integración propia del derecho comunitario.

Por último, es preciso hacer una referencia a los derechos de ciudadanía incluidos en el Tratado a raíz de la reforma de Maastricht. Aunque tradicionalmente se les ha distinguido por estar vinculados al ciudadano más que a la persona humana y que en el derecho comunitario claramente se les ha querido configurar como derechos específicos, su relación con los derechos fundamentales es innegable, pese a mantener una especificidad relativa.

QUINTA

Los derechos fundamentales pueden caracterizarse como derechos subjetivos. Hay que precisar, sin embargo, que bajo este rótulo general el término de derechos fundamentales puede designar posiciones jurídicas distintas: derechos a una acción positiva por parte de las autoridades públicas, derechos de protección o a una acción negativa, libertades, competencias. A

pesar de la utilidad que puede suponer clarificar todas estas distintas estructuras de un derecho, hay que señalar que a menudo una norma de derecho fundamental constituye un haz de situaciones jurídicas, resultado de una combinación o de un conjunto de posiciones básicas: libertades, derechos a acciones positivas, etc...

En el derecho comunitario, los derechos fundamentales consagrados por el TJCE pueden considerarse como derechos subjetivos reconocidos a los particulares. Algunos de ellos se estructuran como derechos de protección o a una acción negativa. Así, el derecho al libre acceso al empleo reconocido en la sentencia *Heylens* a partir del artículo 48 del Tratado CE, puede considerarse como un derecho al no impedimento de una acción, en este caso el acceso a un empleo sin distinción de nacionalidad. Como ejemplos de derechos de protección reconocidos en el derecho comunitario pueden citarse también el derecho a la inviolabilidad de domicilio y el derecho de propiedad. El TJCE también ha protegido ámbitos de libertad jurídica de los particulares, en los que las autoridades públicas no pueden inmiscuirse, como por ejemplo la libertad de expresión. En cambio, no se encuentran por el momento ejemplos de derechos fundamentales que se estructuren como un derecho a una acción positiva de carácter fáctico por parte de las autoridades públicas.

El derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido también por el TJCE, puede considerarse como un derecho a una acción normativa, en el sentido de que debe garantizarse la normativa necesaria para asegurar una protección adecuada de este derecho. También podría calificarse como un derecho de prestación, siguiendo a KELSEN, que incluye en esta categoría, además de los