

Susana Mosquera Monelos (España) *

El desarrollo jurisprudencial del sistema comunitario de protección de los derechos humanos: la experiencia europea **

1. Los derechos fundamentales en los tratados constitutivos de la Unión Europea

Los tratados que constituyeron las Comunidades Europeas¹ prestaron poca o nula importancia a la protección de los derechos fundamentales. En contraste con esa realidad, el Consejo de Europa iniciaba una actividad frenética en ese campo, haciendo de la protección de los derechos humanos su campo natural de trabajo. De ese modo iniciaron su convivencia, en un espacio físico casi idéntico, dos sistemas supranacionales, uno de integración y el otro de protección. Durante un tiempo, ese esquema de actuación fue suficiente, puesto que los redactores de los tratados originales veían en el Consejo de Europa garantía suficiente para la protección de los derechos humanos, dato que, unido a la existencia de un catálogo de derechos humanos en las Constituciones internas de los Estados miembros, daba al proceso de integración base

* Doctora europea en Derecho, Universidad de A Cruña. Estancias investigación en Universidad de Leuven, Consejo de Europa, Universidad de París II, y Universidad de Laval, Canadá. Ponencias en congresos en Bélgica, Canadá, Portugal, Argentina y Perú. Fue profesora del Máster en Derecho, Universidad de Leuven. Es profesora en Facultad Derecho de la Universidad de A Coruña y profesora visitante en la Universidad de Piura. <smosquer@udc.es>.

** Este texto es la versión escrita de la ponencia presentada en el V Curso regional andino para profesores de derecho y profesionales de ONG sobre procesos de integración y su impacto en los derechos humanos, y me gustaría aprovechar ahora su publicación para expresar mi agradecimiento hacia la Fundación Konrad Adenauer y la Comisión Andina de Juristas, por su amable invitación a participar del mencionado evento.

¹ Comunidad Europea del Carbón y del Acero, la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

suficiente para preocuparse sólo de aspectos económicos y políticos, y no tanto jurídico-procesales en materia de derechos humanos.²

Que la preocupación de los redactores de los tratados originarios era económica lo demuestra el hecho de que las escasas menciones a los derechos humanos en los tratados constitutivos se refieren a derechos de corte social y económico.³

A pesar de esa indiferencia hacia el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales en los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, lo cierto es que sí hubo algún que otro intento por incluir algo parecido a un catálogo de derechos en el joven sistema de derecho comunitario. Mención especial merece el proyecto de 1952 de creación de la Comunidad Europea de Defensa, y el proyecto de tratado que incluiría el Estatuto de la Comunidad Política Europea. En ambos planes se barajó la posibilidad de incluir un catálogo de derechos fundamentales, pero lo cierto es que ninguno de estos dos proyectos vio la luz.

En el año 1984 tuvo lugar el intento más realista y acabado para lograr incluir ese catálogo de derechos dentro del organigrama comunitario de derecho. El conocido como Proyecto Spinelli, por el cual se pretendía establecer la Unión Europea, contenía un esquema para la constitucionalización de los derechos fundamentales. La técnica para lograrlo era el reenvío a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a las normas constitucionales de los Estados miembros; obligando también a la Unión a madurar la posibilidad de adherirse como institución al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a otros instrumentos internacionales de similares características en un plazo de cinco años. La Unión tendría entonces como base, “[...] los principios de la democracia pluralista del respeto de los derechos humanos y de la preeminencia del derecho”.⁴ Pero este proyecto falleció casi al tiempo que lo hacía su autor, y ello aun cuando daba solución, ya en los años ochenta, a algunas de las principales cuestiones y dudas que presenta el sistema comunitario para proteger los derechos humanos.

En el año 1986 fue aprobada el Acta Única Europea, que en su preámbulo establece lo siguiente:

[...] los Estados signatarios se hallan decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en la Convención Europea de salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y en la Carta Social Europea, sobre todo la libertad, la igualdad y la justicia social.⁵

² M. K. Bulterman, K. Mielle: “Human rights in the treaty relations of the European Community: real virtues or virtual reality?”, en *Intersentia-Hart*, Amberes: School of Human Rights Research Series, vol. 7, 2001.

³ Véase F. J. Matía Portillo (dir.): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Madrid: Civitas, 2002; M. Pi Llorens: *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*. Barcelona: Ariel, 1999; y también A. Salinas De Frías: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Granada: Comares, 2000.

⁴ Proyecto en DOCE, n.º C77 de 19 de marzo de 1984, pp. 33 ss.

⁵ RIE, 1986, p. 307 y ss.

Sin embargo, de poco van a servir estos loables anuncios hechos en el preámbulo de los Tratados, cuando el sistema de protección de los derechos humanos en el sistema comunitario carece de un órgano judicial encargado de asegurar su cumplimiento y respeto.⁶

Se constata así que en los Tratados de la CE y en el Tratado de la Unión Europea no se hizo mención expresa a los derechos fundamentales y a su protección. Será necesario esperar a 1992 para que el Tratado de Maastrich procediera a la constitucionalización definitiva de la protección de los derechos fundamentales y los extendiera a los tres pilares de la Unión Europea: las comunidades europeas, la política exterior y de seguridad común, y la cooperación en asuntos de justicia e interior —actual cooperación judicial y policial en materia penal.⁷

No obstante, la escasa o nula mención a los derechos fundamentales en el texto de los tratados constitutivos de la Unión no debe llevarnos a concluir que su garantía y protección no forma parte del derecho comunitario europeo. Eso sería tanto como ignorar la diligente acción que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha desarrollado en este terreno, actividad que ha logrado, a través de una lenta pero constante acción judicial, incorporar al bagaje comunitario el contenido esencial de los derechos humanos. Se han producido por tanto significativos avances, pero éstos no han alcanzado todavía lo que se espera de una unión de derecho.⁸

De interés resulta lo dispuesto en el artículo 21 y 22 del Acta Única (actual artículo 138 del TUE tras la revisión de Ámsterdam): normas que obligan a los Estados miembros de la Comunidad a promover la mejora del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, y armonizar las condiciones en este terreno siguiendo las tendencias más progresistas. También incluye el Acta Única una mención a la protección del medio ambiente, derecho de nueva generación vinculado al principio de solidaridad y que está estrechamente relacionado con un objeto esencial de protección: la salud de las personas.

Pero sin lugar a dudas, el punto de quiebre para el proceso de reconocimiento de un catálogo de derechos fundamentales en la Unión Europea se produjo tras la revisión que el Tratado de la Unión Europea recibió en Ámsterdam en 1997. Es necesario sin embargo señalar la complejidad del tratado aprobado, que incluye el texto del tratado, numerosos protocolos, los tratados de las tres Comunidades Europeas y el Acta final de la Conferencia, con todas sus declaraciones.⁹

⁶ J. A. Fuentetaja Pastor: *El proceso judicial comunitario*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p.20.

⁷ Véase A. G. Chueca Sancho: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona: Bosch, 1999, p. 39.

⁸ A. Rodríguez: *Integración europea y derechos fundamentales* (prólogo de Peter Häberle), Madrid: Civitas, 1991.

⁹ M. Oreja (dir.): *El Tratado de Ámsterdam de la Unión Europea. Análisis y comentarios*, Madrid: MacGraw Hill, 1993 (2 vol.).

A partir de esta revisión el artículo 6, párrafos 1 y 2, del TUE establece:

[...] la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado del Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros, además la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

Pese a toda la complejidad de la reforma hecha en Ámsterdam¹⁰ y pese a que formalmente se incluyó una cláusula de protección de los derechos fundamentales, lo cierto es que la Unión sigue sin subsanar uno de sus principales problemas: el que afecta al déficit democrático interno. En la Cumbre de jefes de Estado y de Gobierno reunida en Copenhague en 1973 se había aprobado un documento sobre “La identidad europea”, en el que se habla de democracia representativa, imperio de la ley y democracia como elementos que identifican a los Estados miembros de la Comunidad, posibles requisitos para la adhesión de nuevos miembros, nítida interacción entre integración y democracia. Surgió ya en ese momento un imperativo: la protección de los derechos fundamentales también en el interior del sistema comunitario de derecho.¹¹

La cuestión que se plantea entonces es la de subsanar la laguna democrática existente en el seno de la Unión. Ésta es una comunidad de derecho, en efecto, pero en ella es posible constatar la existencia de una clara disociación entre política y derecho, déficit que se confirma al observar el funcionamiento interno de las principales instituciones dentro de la Unión y que termina por perjudicar directamente a los ciudadanos.¹²

El sistema de elección directa de los parlamentarios europeos ha venido a subsanar en parte ese déficit, pero todavía queda mucho por hacer. Un avance fundamental ha sido la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (Niza, 2000)¹³ y en esa misma línea resulta especialmente importante para el futuro de la Unión, y en concreto para el reconocimiento y la protección de los derechos humanos, el proceso actual de elaboración y aprobación de un texto constitucional para la Comunidad. Aspiración loable y con cierta dosis de utopía, que dados los últimos contratiempos que ha sufrido¹⁴ nos obliga a volver la vista a la realidad tangible, la que ha

¹⁰ Véase *Revue Trimestrelle de Droit Européenne*, vol. 4, 1997, dedicada al Tratado de Ámsterdam.

¹¹ L. Jaeckel: “The duty to protect fundamental rights in the European Communities”, en *European Law Review*, vol. 28, n.º 4, 2003, pp. 508-527.

¹² A. Toledano Laredo: *Intégration et démocratie*, Bruselas: Universidad de Bruselas, 1982.

¹³ A. Rodríguez Bereijo: *El valor jurídico de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea después del Tratado de Niza*, Universidad de Castilla-La Mancha, Gabinete del Rector, Ciudad Real, 2002.

¹⁴ Votaciones en contra en Francia, Holanda y demoras en su trámite de ratificación en otros países como el Reino Unido.

sido instrumento efectivo de protección de los derechos humanos: la actuación judicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.¹⁵ Al estudio de una pequeña parte de su jurisprudencia dedicaremos las siguientes páginas, que serán el eje de este trabajo, y de ese modo veremos cómo la construcción pretoriana del sistema comunitario de protección de los derechos humanos ha dado sus frutos.

2. Protección de los derechos fundamentales a través de la jurisprudencia del TJCE

La falta de mención expresa al reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario se presentaba como origen de posibles problemas en el terreno jurídico y también en el político. El derecho comunitario no podía aplicarse sin tomar en consideración los derechos fundamentales, y en el plano político esa falencia hacía renacer la cuestión de la legitimidad política en el seno de la Unión.

Alcanzada una adecuada interacción entre el derecho comunitario y los sistemas jurídicos internos de los Estados miembros, la falta de un sistema de protección de los derechos humanos podía hacer quebrar esa delicada infraestructura jurídica. Ante esa laguna, el derecho comunitario corría el riesgo de ser *reestatalizado* o *renacionalizado* a través de los mecanismos internos de protección de los derechos humanos. En ese sentido el Parlamento Europeo dio la voz de alarma con una resolución de 1973 relativa a la salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos de los Estados miembros en la elaboración del derecho comunitario, especialmente en un momento en que el Parlamento no era elegido directamente y el déficit democrático era más patente.¹⁶

Era pues, necesario estructurar un sistema comunitario que protegiese los derechos fundamentales, y la madurez que alcanzó la jurisprudencia del TJCE en la década de los setenta fue la clave del éxito en esa empresa. Así, dada la ausencia de competencia jurídica de la Comunidad para proteger los derechos civiles y políticos, y ante la inexistencia de un catálogo de derechos en los tratados constitutivos, el TJCE encontraría el punto de unión en una fuente del derecho de naturaleza no escrita, que él mismo aplicaría con gran frecuencia: los principios generales del derecho.¹⁷ Con base en ellos, el TJCE alcanzó libertad de acción en la protección de los derechos fundamentales a través de dos piezas fundamentales que cooperan con los principios

¹⁵ En adelante, TJCE.

¹⁶ Chueca Sancho: o. cit., p. 75.

¹⁷ H. G. Schermers: "Human rights as general principles of law", en AA. VV.: *General principles of European Community Law: reports from a Conference in Malmö. 27-28 august 1999*, Malmö (Suecia): European Legal Studies, Faculty of Law, University of Lund, Ulf Bernitz & Joakim Nergelius (pp. 61-71).

generales del derecho: las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.

Señala Gosaldo Bono en referencia al sistema comunitario de protección de los derechos humanos:

Estamos ante un sistema pretoriano casuístico y abierto en el que el ciudadano, y en cierta medida, el autor de la norma comunitaria no conocen necesariamente con antelación los derechos que son garantizados.¹⁸

Este sistema, que tomó como eje para la protección de los derechos humanos el concepto de *principios generales del derecho*, comenzó su andadura en 1969. Y lo hizo sin una base operativa sólida, pues, si los tratados constitutivos hacían nula referencia a los derechos humanos, tampoco eran muy expresos en lo que a los principios generales del derecho se refiere. Así, los Tratados de París y Roma no mencionan directamente los principios generales del derecho como fuentes del ordenamiento comunitario sino que hablan de “[l]os principios generales comunes a los ordenamientos de los Estados miembros”.

Entonces, para derivar la existencia de los principios generales del derecho comunitario, el TJCE considera que en los tratados constitutivos de la Unión se localizan normas de carácter estructural que se califican como *principios*, normas que despliegan sus efectos con especial fuerza en todo el ordenamiento comunitario y constituyen sus principios fundamentales.¹⁹ Han de ser principios que sirvan al proceso de integración o que, en todo caso, no se opongan a él.

En la evolución inicial de su jurisprudencia, el TJCE estaba más preocupado por sentar las bases del proceso de integración que en la defensa y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de los Estados miembros. El juez comunitario mostraba entonces una gran moderación, cercana a la indiferencia, ante los conflictos entre el derecho comunitario y los derechos fundamentales.

A modo de ejemplo, en el caso *Stork*, cuando unas empresas de la Alemania Federal impugnaron una decisión de la CECA por considerar que no había respetado ciertos derechos fundamentales protegidos en las constituciones de los Estados miembros —en concreto, el derecho inviolable a desarrollar libremente su capacidad y ejercer su profesión sin trabas—, el TJCE argumentó que no era su función pronunciarse sobre las normas del derecho interno y que la decisión de la CECA afectaba al ordenamiento interno alemán.²⁰

¹⁸ R. Gosaldo Bono: “Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del Derecho comunitario y del Derecho de la Unión: Insuficiencias y soluciones”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 1, 1997, pp. 29-68.

¹⁹ A. Cassese, A. Clapham y J. Weiler: *Human Rights and the European Community: methods of protection*, Baden-Baden: Nomos, 1991, p. 38.

²⁰ Decisión de la Corte de 4 de febrero de 1959, caso *Stork & Cie. contra la Alta Autoridad de la CECA*, asunto 1/58. *Repertorio de jurisprudencia de 1958*, p. 00043. Del artículo 8 del Tratado de la

En la misma línea, en 1969, cuando un funcionario de la Comunidad señaló la existencia de una laguna en el ordenamiento comunitario en materia de derechos de la defensa, pues era posible que se le impusiera una sanción disciplinaria sin que él pudiera exponer sus argumentaciones, el TJCE respondió que no había ningún principio general del derecho del cual fuera posible deducir la existencia de la vía de recurso a la cual el demandante se refería.²¹ Se vislumbra aquí un cambio de orientación en el tribunal, por cuanto apareció el concepto de *principios generales del derecho*, aunque no hubiera uno aplicable al caso.

Fue en ese mismo año cuando el TJCE utilizó con éxito, en el caso *Stauder*, los principios generales del derecho. La cuestión sometida a la Corte era si se podía considerar compatible con los principios generales del derecho comunitario en vigor el hecho de que una decisión de la Comisión de 12 de febrero de 1969 vinculara la concesión de manteca a precio reducido a los beneficiarios de ciertos regímenes de asistencia social, con la divulgación del nombre del sujeto favorecido ante los distribuidores del producto subvencionado. El señor Stauder, al plantear su demanda, argumentaba que la inclusión de su nombre, identificándolo como beneficiario de ese sistema, vulneraba su dignidad humana, pues proporcionaba un dato que él no quería dar a conocer: su condición de asistido.²²

El TJCE estableció:

[...] la disposición en litigio debe ser interpretada como no imponiendo —pero tampoco prohibiendo— la identificación nominativa de los beneficiarios; [...] la Comisión ha publicado ya una decisión rectificadora en ese sentido; [...] cada uno de los Estados miembros se halla facultado para elegir entre diversos métodos de individualización; [...] así interpretada, la disposición litigiosa no revela ningún elemento susceptible de poner en cuestión los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del derecho comunitario, cuyo respeto el Tribunal asegura [...] (F.j. 14.)

La línea establecida en esta sentencia se vio reafirmada en la jurisprudencia posterior del TJCE, aunque no sería hasta el año 1974 que el Tribunal encontrara otra fuente de apoyo para la protección comunitaria de los derechos fundamentales, las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, y consolidara así su jurisprudencia.

CECA se concluye que la alta autoridad no es competente para aplicar el derecho interno de los Estados miembros, sólo el derecho comunitario.

²¹ Decisión de la Corte de 27 de mayo de 1970, caso *X contra la Comisión de control de las Comunidades Europeas*, asunto 12/68. *Repertorio de jurisprudencia de 1970*, p. 00291.

²² Decisión de la Corte de 12 de noviembre de 1969, caso *Erich Stauder contra la Oficina Social de la Ciudad de Ulm*, demanda de decisión prejudicial, asunto 29/69. *Repertorio de jurisprudencia de 1969*, p. 00419.

El caso *Internationale Handesgesellschaft* fue la clave para esa evolución. El objeto de este litigio fue una decisión a título prejudicial sobre la validez del artículo 12,1 línea 3, del reglamento n.º 120/67/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1967, sobre la organización común de los mercados en el sector cereales, y del artículo 9 del reglamento n.º 473/67/CEE de la Comisión, de 21 de agosto de 1967, relativo a los certificados de importación y exportación para los cereales y los productos transformados a base de cereales o arroz. El problema central estaba en la existencia de un sistema de concesión de licencias previa caución para la exportación de cereales, caución que podía perderse si la exportación no se realizaba, lo cual era equivalente a un sistema de multa que violaba el principio de proporcionalidad, pues los casos de fuerza mayor no entraban en consideración.²³

Esta situación atentaba directamente contra un derecho reconocido en Constitución alemana, pero el TJCE no podía apoyarse en ese argumento, pues con ese reenvío al ordenamiento de un Estado miembro entraba de lleno en un problema de nacionalización o estatalización del derecho comunitario, factor que se trataba de evitar a toda costa. La validez de los actos comunitarios sólo puede ser apreciada en función del derecho comunitario, de modo que era necesario argumentar que había sido violado uno o varios de los derechos fundamentales protegidos por el juez comunitario.

La conclusión a la que llegó el juez comunitario fue:

Un derecho nacido del tratado, con fuerza autónoma, no podrá por razón de su naturaleza, oponerse judicialmente a normas de derecho nacional fuesen las que fuesen, sin perder su carácter comunitario, y sin que se cuestione la base jurídica de la Comunidad [...] considerando que conviene sin embargo revisar si ha sido desconocida alguna garantía análoga, inherente al derecho comunitario; [...] que en efecto, el respeto de los derechos fundamentales forma parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto el Tribunal asegura, la salvaguarda de estos derechos, aun inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembro, debe ser asegurada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad. (F.j. 14.)

La consolidación definitiva del sistema comunitario de protección de los derechos humanos se logró cuando el TJCE encontró su tercer pilar, la otra fuente de inspiración complementaria de los principios generales del derecho y de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros: los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Fue también en 1974, en el caso de una empresa de la Alemania Federal que impugnó la validez de una decisión de la Comisión que establecía que, para ser considerado comerciante al por mayor en el sector del carbón, el particular que lo pretendiese tendría que adquirir al menos 6.000 toneladas anuales de carbón. La sociedad

²³ Decisión de la Corte de 17 de diciembre de 1970, caso *Internationale Handelsgesellschaft GmbH contra Einfuhr y Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, demanda de decisión prejudicial, asunto 11/70. Repertorio de jurisprudencia de 1970, p. 01125.

demandante, que por más de cien años había trabajado en el sector, encontraba que su cuota de mercado no alcanzaba esta cantidad e impugnó la norma comunitaria argumentando que el establecimiento de ese límite atentaba contra un derecho cercano o asimilable al derecho de propiedad y violaba directamente el derecho al libre ejercicio de las actividades profesionales, derechos reconocidos en la Ley Fundamental de Bonn.²⁴

El TJCE respondió que:

[...] considerando que los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto el Tribunal garantiza: [...] al asegurar la salvaguarda de estos derechos, el Tribunal está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por ello, admitir medidas incompatibles con los derechos reconocidos y garantizados por las Constituciones de estos Estados; [...] que los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos a los cuales los Estados miembros han cooperado o se han adherido pueden igualmente aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del derecho comunitario. (F.j. 13.)

Se precisaba así que, aun cuando el sistema comunitario no puede interferir en los sistemas estatales de protección, debe ofrecer al menos un nivel idéntico de protección, para lo cual resulta de especial relevancia su coordinación con el sistema europeo de protección de derechos humanos que administra el Consejo de Europa.

El TJCE se mueve con una gran cautela; habla de los derechos reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados miembros, locución que, interpretada en un sentido amplio, permite dar cabida en su seno a las Constituciones de Estados que incluyen una lista o catálogo de derechos humanos: a la francesa de 1958, que reenvía a la Declaración de 1789, e incluso a la británica, en la que no existe Constitución en sentido formal.²⁵

Lo que ha hecho el derecho comunitario es reconocer como suyos los derechos fundamentales que pertenecen al patrimonio común de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, asumir tales valores y convertirlos en valores propios una vez que pasan el oportuno filtro de la UE. El otro polo de la jerarquía de fuentes está en los instrumentos internacionales de protección.²⁶

²⁴ Decisión de la Corte de 14 de mayo de 1974, caso de *J. Nold Kohlen y Banstoffs-grosshandlung* (sociedad comandita en derecho alemán) con sede en Darmstadt contra la Comisión, asunto 4/73. *Repertorio de jurisprudencia de 1974*, p. 00491.

²⁵ Chueca Sancho: o. cit., p. 103.

²⁶ Véase W. R. Edeson y F. Wooldridge: "European Community law and fundamental human rights: some recent decisions of the European Court", en *Legal Issues of European Integration*. Aff. 1. 1976, pp. 1-54.

3. Los derechos examinados por el Tribunal

3.1. Derechos civiles

La protección que ofrece el sistema comunitario a los derechos fundamentales tiene como eje la protección dada a los derechos civiles; junto con ellos, algunos derechos de claro contenido político derivan directamente del ejercicio de la ciudadanía de la Unión. El límite a ese sistema de protección, aun cuando los avances del TJCE han sido muchos, sigue siendo uno principal, y es que la Corte no puede superar el marco de competencias de la Comunidad. Por ese motivo, hay temas (como el penal) sobre los que la Corte no se puede pronunciar.

No obstante, a través de la peculiar construcción pretoriana para la defensa de los derechos humanos el TJCE ha llegado a ver temas esenciales, como la cuestión de la irretroactividad de la ley penal. Recogida en el artículo 21 de la Declaración de Derechos y Libertades de 1989, la jurisprudencia la ha protegido en similares términos. En el caso *Regina contra Kirk*, cuyo objeto de litigio fue una decisión prejudicial sobre el derecho de un Estado miembro de aplicar, a partir del 31 de diciembre de 1982 (momento en que ya las Naciones Unidas habían codificado el derecho del mar), una medida que prohibía a los navíos matriculados en otro Estado miembro pescar en su zona costera de 12 millas.²⁷ El Tribunal estableció:

[...] el principio de no retroactividad de las disposiciones penales es un principio común a todos los ordenamientos de los Estados miembro, consagrado en el artículo 7 CEDH como un derecho fundamental, que forma parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto el Tribunal asegura. (F.j. 12.)

En un caso posterior, sobre libre circulación de personas, que afectaba también el orden público, el Tribunal de Lieja preguntó al comunitario si la expulsión del territorio belga de las dos personas acusadas de ejercer la prostitución tenía en realidad un carácter más grave que algunas sanciones penales; si tenía tal gravedad, debía aplicarse por analogía el artículo 7 de la Convención de Roma, que recoge el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, o principio de legalidad.²⁸ TJCE no entró de lleno en el caso, pero sí afirmó la existencia de ese principio en el ordenamiento comunitario; sucedía, sin embargo, que la Comunidad carecía de competencias en el ámbito penal, pero, en cuanto la aplicación de una norma comunitaria implicara una sanción penal, el sancionado había de ver reconocido ese principio de legalidad de los delitos y las penas.

²⁷ Decisión de la Corte de 10 de julio de 1984, caso *Regina contra Kent Kira*, demanda de decisión prejudicial, asunto 63/83. *Repertorio de jurisprudencia de 1984*, p. 02689.

²⁸ Decisión de la Corte de 18 de mayo de 1982, casos *Rezguia Adoui contra el Estado belga y la Villa de Lieja y Dominique Cornuaille contra el Estado belga*, demanda de decisión prejudicial, Asuntos reunidos 115/81 y 116/81. *Repertorio de jurisprudencia de 1982*, p. 01665.

La sentencia que confirmó la existencia de ese principio de legalidad en el ordenamiento comunitario fue la del caso *Köneck contra Balm*, de 1984. En un asunto sobre recuperación de una caución en el sector bovino, el TJCE afirmó entonces de manera expresa que “[...] una sanción, incluso de carácter no penal, no puede infligirse más que si reposa en una base legal clara y no ambigua”. El TJCE se basó en el artículo 7 del Convenio de Roma y en dos sentencias del TEDH que citó expresamente.²⁹

En el caso *Maizena contra Balm* el Tribunal tuvo la oportunidad de reiterar el principio de legalidad, al tiempo que introdujo el de presunción de inocencia. Se trataba de examinar la naturaleza jurídica de la caución relativa a la certificación de exportación, esto es, si la obligación de prestar de nuevo una fianza devuelta, exigida como restitución a ciertas exportaciones, dejaba de ser una garantía para convertirse en una sanción cuando el exportador había agotado el plazo sin realizar esas exportaciones.³⁰

El TJCE concluyó que realmente esa obligación era parte del sistema de fianzas y no tenía carácter penal; por tanto, no debían aplicarse los dos principios típicos del derecho penal señalados por el órgano jurisdiccional nacional, a saber, *nulla poena sine culpa* e *in dubio pro reo*. Su mención, aunque no fueran aplicables al caso, implica de modo indirecto su reconocimiento por el Tribunal, que los utilizaría en casos futuros.

3.2. *Vida privada e inviolabilidad del domicilio*

Para el TJCE el punto de partida para la protección de la vida privada no es otro que el artículo 8 de la Convención de Roma, que se convierte en fuente indirecta de inspiración del sistema comunitario de protección de los derechos humanos a través de la interpretación jurisprudencial.

Así, en un caso de 1992 tuvo ocasión el Tribunal de pronunciarse sobre la protección debida al derecho a la vida privada. Fue éste un caso que enfrentó a la Comisión contra Alemania. El objeto del litigio afectaba a la libre circulación de mercancías y a también la protección de la salud pública. La Comisión demandó a la RFA porque el ordenamiento alemán prohibía a los particulares importar medicamentos comprados y recetados en otro Estado miembro.

Recuerda el TJCE que entre los bienes (no derechos) protegidos por el artículo 30 del TCE están la salud y la vida de las personas, y que cada Estado debe decidir en

²⁹ Decisión de la Corte (5.ª Sala) de 25 de septiembre de 1984, caso *Kart Köneck GmbH & Co.Kg. Fleischwarenfabrik contra BALM* (Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung, oficina federal para el ordenamiento mercantil del sector agrario), asunto 117/83. *Repertorio de jurisprudencia de 1984*, p. 03291. Chueca sancho: o. cit., p. 110.

³⁰ Decisión de la Corte (6.ª Sala) de 18 de noviembre de 1987, caso *Maizena GMBH y otros contra BALM* (Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung, oficina federal para el ordenamiento mercantil del sector agrario), asunto 137/85. *Repertorio de jurisprudencia de 1987*, p. 04587.

qué medida protegerlas. Así, el artículo 8, 2 del Convenio de Roma permite restricciones a los derechos ahí reconocidos, restricciones que también son aceptadas en derecho comunitario. De ese modo señala el Tribunal:

[...] estos derechos no son considerados como prerrogativas absolutas, sino que pueden implicar restricciones siempre y cuando éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, en lo que respecta al fin perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos garantizados. (F.j.23.)

De ese modo, como las medidas adoptadas en la RFA no respetaban esos estándares, el Tribunal consideró que el Estado había incumplido sus obligaciones, con lo cual procedió a un reconocimiento indirecto de ese derecho a la vida que proclama el artículo 8 del Convenio de Roma.

Sobre ese mismo punto, la protección de la vida familiar, es de especial interés el caso de *X contra la Comisión*, de 1994.³¹ X había estado al servicio de la Comisión en varias ocasiones, iba a ser contratado de nuevo por un período de seis meses y se le pidió que se sometiera a un examen médico. El candidato aceptó pero se negó a someterse a la prueba del VIH; a pesar de ello se le detectó que tenía sida. X alegó entonces su derecho al respeto de su vida privada y, efectivamente, el Tribunal reconoció directamente ese derecho en su sentencia, señalando que tiene su origen en el artículo 8 de la Convención de Roma y en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, y que alcanza “[...] el derecho a mantener secreto sobre su estado de salud” (F.j.14). No obstante, el Tribunal también precisó que, una vez comprobada la enfermedad, las instituciones comunitarias no pueden ser obligadas a soportar el riesgo de contratar a esa persona.

El artículo 8 del Convenio de Roma tiene también una derivación esencial hacia la protección de la vida familiar, y el TJCE lo ha examinado en especial en lo que afecta a la reagrupación de familiares de los trabajadores. Para hacerlo ha enfocado ese derecho como un derecho protegido con fines económicos, no sociales o humanos. Afirma así el TJCE que los ciudadanos de la UE tienen ese derecho, pero no los ciudadanos extranjeros (de un país no comunitario), porque esa segunda faceta del derecho cae de lleno en la esfera de competencias internas de los Estados miembros, que podrán adecuar sus políticas migratorias como mejor convenga en ese punto.

Significativo en esta materia ha sido el caso de una ciudadana turca obligada a abandonar territorio de la RFA pese a la existencia de un acuerdo de asociación entre la CEE y Turquía, de 1963, que le otorgaba derecho a residir en territorio alemán, y pese a que su marido residía legalmente en la RFA.³² El Tribunal señaló:

³¹ Decisión de 5 de octubre de 1994, asunto C-404/92 P. *Repertorio de jurisprudencia de 1994*, p. I-04737.

³² Decisión de 30 de septiembre de 1987, caso *Meryem Demirel contra Ville de Schwäbisch Gmünd*, demanda de decisión prejudicial, asunto 12/68. *Repertorio de jurisprudencia de 1987*, p. 03719.

No debe cuestionarse la competencia de este Tribunal por el hecho de que en materia de libre circulación de trabajadores, corresponde a los Estados miembros en la fase actual de desarrollo del Derecho comunitario, garantizar en sus territorios, la ejecución de las disposiciones del Acuerdo o de las decisiones que adopte el Consejo de Asociación. (F.j.10).

Y es que todavía no existía una norma de derecho comunitario que definiera los requisitos con arreglo a los cuales los Estados miembros deben autorizar la reagrupación familiar de los trabajadores turcos lícitamente instalados en la Comunidad; de ese modo el Tribunal se declaró incompetente para apreciar la compatibilidad de las normas alemanas del momento con el artículo 8 del Convenio de Roma.

El Tribunal también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la inviolabilidad del domicilio, y lo ha hecho para reconocer la existencia de este derecho a las personas físicas y denegarlo en el caso de las personas jurídicas. Así, en el caso *National Panasonic*, dos empresas (una en Reino Unido y la otra en Alemania Federal) filiales de la empresa nipona Matsushita fueron investigadas por la Comisión, pues presentaban indicios de acuerdos y prácticas concertadas contrarias a lo dispuesto en el artículo 85 del TCEE. En el curso de esas investigaciones, dos funcionarios de la Comisión realizaron inspecciones en la sede británica, tomaron fotos y fotocopiaron documentos de la empresa, hechos que sirvieron a la filial británica para alegar una violación del artículo 8 del Convenio de Roma, aplicando por analogía el derecho a la vida privada a la persona jurídica.³³

3.3. Protección de datos

Estamos aquí ante uno de los derechos regulados expresamente en el ordenamiento comunitario, que sigue la línea marcada por los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. La internacionalización de esta materia es clara, y cronológicamente encontramos una serie de hitos significativos: las líneas directrices sobre la protección de la intimidad y los flujos internacionales de datos, aprobadas por la OCDE en 1980; el Convenio sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, adoptado en el seno del Consejo de Europa en 1981; las directrices sobre los ficheros automatizados de carácter personal, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1990, y el artículo 14 del Acuerdo general sobre el comercio de los servicios, aprobado por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (actual Organización Mundial del Comercio) en 1994.

³³ Decisión de la Corte de 26 de junio de 1990, caso *National Panasonic (UK) Limited contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 136/79. *Repertorio de jurisprudencia de 1980*, p. 02033. El TJCE no amparó la petición.

Desde la UE hay previsiones orientadas a proteger este derecho fundamental. El artículo 286 del TCE prevé que los actos comunitarios relativos a la protección de las personas respecto del tratamiento de datos personales sean de aplicación a las instituciones y órganos creados por el Tratado o sobre la base de éste.³⁴ Las directivas comunitarias que regulan esta materia son la 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y la directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.³⁵

3.4. *Libertades de expresión, prensa e información*

En este punto es de especial interés analizar cómo el TJCE ha tratado este derecho en su aplicación a la persona física y a la persona jurídica.

En el primer supuesto, las sentencias del caso *Albertini y Montagnani*, y del caso *Oyowe y Traore* son buen ejemplo. El caso *Albertini y Montagnani* implicó a dos investigadores dependientes del Centro Comunitario de Investigación de Ispra, a los cuales la Comisión les impidió participar en una reunión científica a celebrarse en El Cairo y posteriormente les prohibió publicar el informe que iban a presentar en dicha reunión.³⁶ Ante esos hechos los dos investigadores adujeron una violación de los principios fundamentales del TCEEA³⁷ y de los derechos fundamentales de libertad científica derivados de la libertad de expresión. En su respuesta el Tribunal no entró en el fondo del asunto, pues lo redujo a una cuestión disciplinaria —la acción de estos investigadores no contaba con la autorización de su superior jerárquico—, con lo cual se perdió la oportunidad de estudiar el contenido de ese derecho a la libertad de información en su faceta de comunicación científica.

En el caso *Oyowe y Traore*, cuatro años más tarde, el Tribunal reconoció la existencia ese derecho a la libertad de expresión en el ordenamiento comunitario. El caso afectó a dos periodistas *Courrier ACP*³⁸-CE, que solicitaron a la Comisión su conversión en funcionarios de la Comunidad.³⁹ Para ello el TJCE respondió que el

³⁴ El Consejo debe establecer un organismo de vigilancia independiente, responsable de supervisar la aplicación de esos actos comunitarios.

³⁵ Dada la expresa regulación de este derecho, omitimos la mención a la jurisprudencia del TJCE.

³⁶ Decisión de la Corte (12.ª Sala) de 17 de mayo de 1984, caso de *Carlo Albertini y Mario Montagnani contra la Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 338/82 R. *Repertorio de jurisprudencia de 1984*, p. 02123.

³⁷ Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

³⁸ África, Caribe y Pacífico.

³⁹ Decisión de la Corte (12.ª Sala) de 13 de diciembre de 1989, caso de *Agustin Oyowe y Amadon Traore contra la Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto C-100/88. *Repertorio de jurisprudencia de 1989*, p. 04285.

Courrier ACP no es un organismo comunitario, pues no defiende exclusivamente los puntos de vista de la Comunidad, sino que se trata de un medio al servicio de una causa común, que es la cooperación entre los países ACP y la Comunidad. Señaló:

El deber de fidelidad a las Comunidades, tal como se impone a los funcionarios en su Estatuto no puede entenderse en sentido contrario a la libertad de expresión, derecho fundamental cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia en el ámbito del Derecho comunitario y que es especialmente importante cuando se trata, como en este caso, de periodistas cuya función primaria es escribir con total independencia tanto de los puntos de vista de los países ACP como de las Comunidades. (F.j. 16.)

En cuanto a la aplicabilidad de la libertad de expresión a las personas jurídicas, ya en su formulación como libertad de información el Tribunal ha tenido oportunidad de analizar el tema tanto en referencia a la prensa como a los medios de comunicación audiovisuales.

El caso de las editoras *VBVB* y *VBBB* contra la Comisión fue ocasión para analizar cuáles eran los límites del derecho a la libertad de información dentro del ordenamiento comunitario.⁴⁰ Se trataba de estudiar si las reglas de la concurrencia establecidas en el ordenamiento comunitario permitían o no a estas dos editoras establecer precios fijos para los libros. La Comisión consideraba que su acuerdo violaba el artículo 85 del TCE (actual 81), mientras que las editoras argumentaban que su acuerdo favorecía la distribución y la multiplicación de títulos de difícil distribución, (obras de poesía u obras científicas altamente especializadas), de modo tal que suprimirlo suponía un ataque directo a la libertad de expresión.

El TJCE responde que, efectivamente, “[...] algunas regulaciones económicas no son indiferentes desde el punto de vista de la libertad de expresión pero, las partes en este caso no han probado la existencia de un lazo efectivo entre la decisión de la Comisión y la libertad de expresión” (F.j. 34). Reconoció de ese modo el Tribunal la existencia de ese derecho de libertad de expresión, a pesar de que no encontró argumentos suficientemente sólidos para protegerlo en el caso concreto.

En cuanto a los medios audiovisuales, el caso *ERT* es un buen ejemplo de cómo ha tratado esta materia el TJCE.⁴¹ El caso surgía entre la ERT, empresa helénica de radio y televisión a la que el Estado griego había concedido derechos exclusivos de emisión, y una sociedad municipal de información de Tesalónica. El objeto del litigio

⁴⁰ Decisión de la Corte de 17 de enero de 1984, casos *Verenigingter Bevordering van net Vlaamse Boekwezen (VBVB)* y *Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels (VBBB)* contra la Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos unidos 43/82 y 63/82. *Repertorio de jurisprudencia de 1984*, p. 00019.

⁴¹ Decisión de la Corte de 18 de junio de 1991, caso *Elliniki Radiphonia Tiléorassi AE y Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou* contra *Dimotiki Etaria Pliroforissis y Sotirios Kouvelas y Nicolas Audellas y otros*, demanda de decisión prejudicial, asunto C-260/89. *Repertorio de jurisprudencia de 1991*, p. I-02925.

cuestionaba los derechos exclusivos en materia de radiodifusión y televisión, la libre circulación de mercancías, la libre prestación de servicios, las reglas de concurrencia y la libertad de expresión. Y en el fondo del asunto se le estaba planteando al Tribunal si el TCE permitía mantener el monopolio de la radio y la televisión públicas, aplicando para ello artículo 10 de la Convención de Roma.

El TJCE señaló que, cuando un Estado alega normas del TCE para justificar una normativa que obstaculice la libre prestación de servicios, su motivación debe interpretarse a la luz de los principios generales del derecho y especialmente de los derechos humanos. El TJCE protege los derechos fundamentales pero no puede enjuiciar, en relación con el Convenio de Roma, una normativa nacional ajena al ordenamiento comunitario. Por el contrario, desde el momento en que semejante normativa entra en el campo de aplicación del derecho comunitario, el TJCE debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios sobre la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el TJCE, tal como están expresados, en particular, en el Convenio de Roma. De ese modo, el Tribunal se pronunció definitivamente sobre el derecho de libertad de expresión siguiendo los términos que recoge el Convenio de Roma sobre esta materia.

3.5. *Derecho de propiedad*

Indudablemente, los derechos civiles y políticos son los que con el tiempo han alcanzado una mejor protección en los sistemas convencionales de derechos humanos (especialmente en el europeo y el americano), pero en el peculiar sistema comunitario de protección de los derechos humanos el eje es la defensa de los derechos económicos y sociales, pues es sobre ellos que recae de modo más directo el ámbito competencial de la Unión.

Así, derechos como el de propiedad han sido examinados en numerosas ocasiones por el TJCE, lo cual le ha dado la oportunidad para delimitar de un modo preciso su contenido y dimensión. Ya en 1979, el caso *Hauer* sirvió al Tribunal para confirmar que el ordenamiento comunitario garantizaba el derecho de propiedad.⁴² Se cuestionaba en este caso el derecho de propiedad del señor Hauer, al plantearse una prohibición para que plantara nuevas vides en terrenos de su propiedad. El Tribunal manifestó:

[...] el derecho de propiedad está garantizado en el orden jurídico comunitario conforme a las concepciones comunes a las constituciones de los Estados miembros, igualmente reflejadas en el primer protocolo adicional a la Convención de Roma. (F.j. 17.)

⁴² Decisión de la Corte de 13 de diciembre de 1979, caso *Liselotte Hauer contra Land Rheinland Pfalz*, demanda de decisión prejudicial, asunto 44/79. *Repertorio de jurisprudencia de 1979*, p. 03727.

Cabe señalar que en ese año (1979) la Comunidad todavía consideraba factible la posibilidad de adherirse a la Convención de Roma. Por eso el concepto de propiedad se delimitaba siguiendo lo dispuesto en dicha Convención. Para reconocer la existencia del derecho de propiedad en el ordenamiento comunitario, el Tribunal lo delimitó pero sin prejuzgar sobre cuál era su régimen, aceptando las diferentes concepciones existentes en los Estados miembros de la Unión.

La sentencia del caso *Fearon*, en la que se examinó un caso de expropiación, es buena muestra de las limitaciones aplicables al derecho de propiedad.⁴³ Este caso surgió cuando un grupo de cinco socios británicos adquirió tierras en la República de Irlanda, sin considerar el hecho de que el derecho irlandés permitía a la Irish Land Commission expropiar las tierras de las personas que no hubieran residido en el país durante más de un año o que viviesen a menos de tres millas de distancia de sus tierras. Para las tierras en manos de una sociedad, las mencionadas condiciones eran exigibles a todos los socios o accionistas, punto que los cinco socios británicos no cumplían. En su respuesta el TJCE dispuso:

Si el artículo 222 (actual 295) del Tratado no cuestiona la facultad de los Estados miembros de establecer un régimen de expropiación pública, tal régimen no escapa sin embargo a la regla fundamental de no discriminación que se encuentra en la base del capítulo del tratado relativo al derecho de establecimiento [...] el artículo 52 del tratado no prohíbe a un Estado miembro subordinar la inmunidad contra las medidas de expropiación decretadas en virtud de una legislación que rige la propiedad inmueble rural a una obligación de residencia en una propiedad rural o en la proximidad de ésta, en el caso de los nacionales de otros Estados miembros que han participado en la constitución de una sociedad propietaria de los bienes inmuebles, cuando esta obligación de residencia existe también para los nacionales de este Estado miembro y siempre que los poderes de expropiación no se ejerzan de manera discriminatoria. (F.j.7.)

Se muestra aquí que el Tribunal optó por la neutralidad a la hora de conceptualizar o regular el derecho de propiedad, pero aceptó que se trata de un derecho con límites, uno de los cuales es la posibilidad de expropiación.

3.6. *Derechos de la defensa*

A la hora de estudiar el contenido de los derechos de la defensa en el ordenamiento comunitario nos encontramos con una limitación previa, condicionada por la limitada presencia del individuo ante el Tribunal. Es un problema de carácter fundamental para que la tutela judicial de los derechos del particular sea efectiva. Y es que el TJCE no es un tribunal de derechos humanos; por eso la tutela judicial se convierte en requisito exigido por la Unión a los ordenamientos de los Estados miembros.

⁴³ Decisión de la Corte de 6 de noviembre de 1984, caso de *Robert Fearon & Company Limited contra la Irish Land Commission*, demanda de decisión prejudicial, asunto 182/83. *Repertorio de jurisprudencia de 1984*, p. 03677.

Aunque en el momento actual los derechos de la defensa han sido recogidos ya en numerosas directivas y en la jurisprudencia del TJCE, todavía se asigna ese derecho a una vía de recurso de carácter jurisdiccional contra un acto de cualquier autoridad nacional que impida el disfrute de un derecho otorgado por el ordenamiento comunitario. De ese modo, la obligación de respetar los derechos de la defensa constituye un principio fundamental del ordenamiento comunitario y su garantía deberá estar asegurada, aun cuando no exista norma específica que lo regule.

En el caso *National Panasonic* ya mencionado, el Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el alcance o la extensión del derecho a la defensa:

Es necesario precisar que el ejercicio de tal derecho de defensa se inscribe principalmente en el marco de procedimientos judiciales o administrativos que pretenden hacer cesar una infracción o constatar una incompatibilidad legal. [...] Por tanto, para que juegue este derecho, hemos de encontrar primero un acto o situación lesiva para el particular; ello exige que éste pueda expresar su punto de vista, de un modo útil o eficaz. Dicha expresión podrá ser oral o escrita, según el caso. (F.j. 21.)

Forma parte del contenido de ese derecho a la defensa el conocimiento de las piezas del proceso por parte del implicado; sin este conocimiento no podría reaccionar pronta y eficazmente para organizar sus alegaciones. Por eso la no comunicación de tales piezas y acusaciones supone una violación directa de estos derechos de la defensa. No obstante, el Tribunal da por válidas comunicaciones parciales de las piezas del proceso —cuestionable postura, especialmente cuando se trata de proteger el derecho de la competencia.⁴⁴

Así, en el caso *Van Landewyck* el Tribunal señaló:

[...] es suficiente que la comunicación de las acusaciones enuncie, incluso someramente, pero de manera clara, los hechos esenciales sobre los cuales la Comisión se basa, siempre bajo condición de que ésta, durante el procedimiento administrativo, aporte los elementos esenciales para la defensa (F.j. 30.)⁴⁵

Los derechos de la defensa comprenden también el derecho a no declarar contra sí mismo,⁴⁶ la confidencialidad o libre comunicación entre el abogado y sus clientes, y especialmente el derecho a la asistencia de un defensor. Este último punto fue analizado en una interesante sentencia de 1985.⁴⁷ El caso afectó a un empleado de la

⁴⁴ Chueca Sancho: o. cit., p. 149.

⁴⁵ Decisión de la Corte de 29 de octubre de 1980. Caso *Heintz van Landewyck SARL y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos unidos, 209/78 R a 215/78 R y 218/78 R. *Repertorio de jurisprudencia de 1980*, p. 03125.

⁴⁶ La Comunidad carece de competencia en el ámbito penal, por eso el TJCE en esta materia solo se ha pronunciado en relación a personas jurídicas y lo ha hecho para negar tal derecho a las empresas.

⁴⁷ Decisión de la Corte de 7 de noviembre de 1985. *Stanley George Adams contra la Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 145/83. *Repertorio de jurisprudencia de 1985*, p. 03539. Tema de responsabilidad extracontractual y protección del carácter confidencial de la información.

empresa suiza Hoffman-La Roche, implicada en la violación de normas comunitarias de la competencia. El empleado infiel, señor Adams, filtró a la Comisión documentación que probaba las prácticas atentatorias contra la competencia por parte de esta multinacional, solicitando que el órgano comunitario no descubriera su identidad, ni siquiera cuando ya hubiese abandonado la empresa (cosa que pensaba hacer en breve). Pero un funcionario comunitario descubrió la identidad del señor Adams, que fue detenido en Suiza; una serie de descuidos de los funcionarios comunitarios hicieron que el señor Adams acusara a la Comisión de no haberle informado en tiempo útil de su derecho a presentar un recurso ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. En su petición, Adams asignó a los órganos comunitarios funciones de asesoramiento jurídico que no tienen; su intención era no quedar totalmente desprotegido por parte de quien se había valido de su información.⁴⁸

La Comisión rechazó esa argumentación señalando que jamás asumió función de asesoramiento ante el señor Adams. La sentencia del TJCE reconoció el derecho de todo implicado en un proceso a la asistencia de un abogado, pero aceptó la argumentación de la Comisión de que ésta no tenía funciones de asesoramiento para con el demandante. Lo significativo del caso es que la Comisión asumió los costes del proceso y un año después de la sentencia aceptó su responsabilidad e indemnizó al señor Adams con 500 000 dólares.

Se reconoce así el derecho a la asistencia letrada ante el sistema comunitario, pero con la limitación interna que supone la falta de un sistema de abogados de oficio dentro de la estructura comunitaria de protección de los derechos humanos.

3.7. Igualdad y no discriminación por razón de sexo

Estamos, sin lugar a dudas, ante un tema fundamental para el sistema comunitario de protección de los derechos humanos, mencionado expresamente en los tratados constitutivos. Así, el artículo 2 del TCE establece que la Comunidad tendrá por misión (entre otras) la de promover la igualdad entre el hombre y la mujer. Además, el Consejo puede adoptar acciones para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial, étnico, religioso o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. La política social de la Comunidad y de los Estados miembros es compartida en este punto. De ese modo fue posible ratificar la Carta Social Europea y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989.

El artículo 119 TUE (actual 141) garantiza la igualdad en retribuciones a trabajadores y trabajadoras. Esta norma, que fue incluida en el texto por la presión de la delegación francesa, tenía como objetivo evitar acciones antidumping, esto es, contratar mano de obra femenina a más bajo costo. Sin embargo, una vez superadas esas

⁴⁸ Chueca Sancho: o. cit., p. 158.

previsiones iniciales se produjo una evolución importante de esta materia en el ordenamiento comunitario, que ha hecho del principio de igualdad y de la no discriminación por razón de sexo uno de los campos de mayor actividad comunitaria, jurisprudencial y legislativamente hablando.

Ejemplos como las tres sentencias *Defrenne* son buena muestra de esa actividad. En la primera de ellas,⁴⁹ se trató un tema de igualdad de remuneración: el pago de la pensión de jubilación a las azafatas de Sabena, con resultados más bien escasos para el tema de fondo, que era la no discriminación por razón de sexo. En la segunda sentencia *Defrenne*,⁵⁰ la demandante alegó haber realizado igual trabajo y recibir por él menor salario que sus compañeros de sexo masculino. Ahora sí el Tribunal se pronunció y dijo que “[...] el principio de igualdad de remuneración forma parte de los fundamentos de la Comunidad” (F.j. 61). La sentencia destaca la imperatividad del artículo 119 y ello aun a pesar de que la evolución de los ordenamientos internos sea más lenta o resistente a este tipo de normas no discriminatorias.

El tercer pronunciamiento en el caso *Defrenne*⁵¹ permite al Tribunal afirmar con claridad su postura sobre la consideración de la no discriminación por razón de sexo como derecho fundamental. La demandante alegó en esa ocasión que por ser mujer debía finalizar su contrato de trabajo obligatoriamente a los 40 años, mientras que sus compañeros varones podían hacerlo a edades superiores. El TJCE amparó su petición de igualdad y además amplió el conjunto de normas internacionales a las que tomar de base para justificar su argumento:

La misma interpretación se desprende de la Carta Social Europea de 18 de noviembre de 1961 y de la Convención 111 de la Organización Internacional del Trabajo relativa a la discriminación en materia de empleo y profesión de 25 de junio de 1958. (F.j. 28.)

Dentro de las discriminaciones directas por razón de sexo, el Tribunal pudo establecer en el caso *Macarthys* que el criterio decisivo para la igualdad salarial es la realización del mismo trabajo. En este caso, la demandante, señora Macarthys, alegaba que cobraba 10 libras semanales menos que el varón que la había precedido en ese cargo.⁵² El Tribunal señaló entonces que “[...] el criterio decisivo consiste en estable-

⁴⁹ Decisión de la Corte de 25 de mayo de 1971, caso *Gabrielle Defrenne contra el Estado belga*, demanda de decisión prejudicial del Consejo de Estado belga, asunto 80/70. *Repertorio de jurisprudencia de 1971*, p. 00445.

⁵⁰ Decisión de la Corte de 8 de abril de 1976, caso *Gabrielle Defrenne contra la sociedad anónima belga de navegación aérea SABENA*, demanda de decisión prejudicial del Tribunal de Trabajo de Bruselas, asunto 43/75. *Repertorio de jurisprudencia de 1976*, p. 00455.

⁵¹ Decisión de la Corte de 15 de junio de 1978, caso *Gabrielle Defrenne contra SABENA*, demanda de decisión prejudicial de la Corte de Casación belga, asunto 149/77. *Repertorio de jurisprudencia de 1978*, p. 01365.

⁵² Decisión de la Corte de 27 de marzo de 1980, caso *Macarthys Ltd contra Wendy Smith*, demanda de decisión prejudicial de la Corte de apelación del Reino Unido, asunto 129/79. *Repertorio de jurisprudencia de 1980*, p. 01275.

cer si existe una diferencia de trato entre un trabajador masculino y un trabajador femenino que realizan un mismo trabajo [...] no se pudo restringir, por la introducción de una exigencia de simultaneidad, [...] la incidencia de esta noción es de carácter puramente cualitativo [...]” (F.j. 11). De ese modo superó el argumento de la demandada, la empresa británica que objetaba que para la igualdad salarial debía tratarse de trabajos realizados en el mismo período, exigencia de simultaneidad que el Tribunal no aceptó.

El Tribunal ha tenido también oportunidad de reconocer la discriminación por razón de sexo en el trabajo a tiempo parcial, en un colectivo que recibía diferente remuneración cuando el grupo contratado a tiempo parcial era femenino, y esa fórmula encerraba la intención de remunerar más bajo a ese grupo de trabajadoras. Similares circunstancias discriminatorias se esconden detrás de un tipo de cotización a fondos de pensiones de distintos niveles para hombres y mujeres, que en realidad ocultaban, según entendió el Tribunal, una remuneración de distinta categoría, aplicando la prohibición de discriminación que establece la legislación comunitaria.⁵³

En el caso *Gillespie* la Corte estableció que, cuando una mujer está ausente por maternidad, debe pagársele el salario íntegro que percibía trabajando.⁵⁴

En relación con la igualdad de trato en el acceso al trabajo, la Unión elaboró una directiva para regular este tema, la 76/207/CEE del Consejo, de 1976, relativa a acceso al empleo, formación, promoción y condiciones de trabajo. Extendió el principio de igualdad a las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección a los empleos y puestos de trabajo, cualquiera sea el sector o la rama de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional. No obstante, a pesar de la regulación existente, el Tribunal ha tenido que tratar también temas relativos al acceso al trabajo.

Así, es de interés el caso de dos asistentes sociales de la RFA que postularon a una plaza de funcionarias de prisiones. No se las admitió en las pruebas, aduciendo que se exponían a graves riesgos, puesto que se trataba de una cárcel de varones. El Tribunal interno que analizó el caso admitió que había habido discriminación, pero la sanción se limitó a reintegrar los gastos del pleito a las reclamantes. Sin embargo, ellas solicitaron que se impusiera a los infractores la sanción que prevé la directiva comunitaria: contratar obligatoriamente a las discriminadas. El TJCE rechazó esta pretensión, puesto que tal norma únicamente impo-

⁵³ Decisión de la Corte de 11 de marzo de 1981, caso *Susan Jane Worringham y Margaret Humphreys contra Lloyds Bank Limited*, demanda de decisión prejudicial de la Corte de Apelación de Reino Unido, asunto 69/80. *Repertorio de jurisprudencia de 1981*, p. 00767.

⁵⁴ Decisión de la Corte de 13 de febrero de 1996, caso *Joan Gillespie contra Northern Health y Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health y Social Services Board y Southern Health y Social Services Board*, demanda de decisión prejudicial de la Corte de Apelación de Irlanda del Norte, asunto C-342/93. *Repertorio de jurisprudencia de 1996*, p. I-00475.

ne a los Estados comunitarios la obligación de adoptar las medidas necesarias para que los discriminados puedan hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional.⁵⁵

Dos años más tarde el Tribunal estudió el caso *Johnston*. La demandante era una mujer policía que patrullaba en el Ulster, quien, después de un tiempo de servicio en los cuerpos policiales que patrullan sin armas, solicitó su ingreso en otro cuerpo policial, autorizado a portar armas. La solicitud no fue atendida por considerar las autoridades policiales que ese hecho pondría a la señora Johnston en una situación de peligro.⁵⁶ El Tribunal entendió que la Directiva 207 no es absoluta; así, en su artículo 2.2 prevé excepciones en algunas actividades para las cuales, en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio, el sexo constituye una condición determinante. Por ese motivo no aceptó la petición de la demandante.

El caso *Levy*, sirvió para estudiar la igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación con el trabajo nocturno. En esta ocasión un empresario francés fue acusado de violar la directiva 207 y el convenio n.º 89 de la OIT porque contrataba mujeres en el turno de noche de su empresa. Sin embargo, el TJCE no vio en este hecho una vulneración de lo dispuesto en la directiva.⁵⁷

Indudablemente, un punto esencial en materia de no discriminación por razón de sexo afecta a la cuestión laboral y al embarazo. En el caso *Dekker*⁵⁸ el Tribunal dejó clara su postura sobre este punto al señalar:

Debe observarse que sólo las mujeres pueden ser discriminadas en la contratación por razón de su embarazo, y ese rechazo a su contratación constituye una causa directa de discriminación por razón de sexo. [...] Negar un contrato con base en las consecuencias económicas del embarazo está basado específicamente en el embarazo mismo. Esa discriminación no puede ser justificada con base en el coste o pérdidas financieras que el empleador puede sufrir al contratar a una mujer durante su período de embarazo o baja maternal. (F. j. 12.)

En el caso *Hertz* el Tribunal estudió un supuesto de despido por causa del embarazo de la trabajadora y estableció que había sido el embarazo la causa directa del despido. Era por tanto un supuesto de discriminación directa, aunque aceptaba que la

⁵⁵ Decisión de la Corte de 10 de abril de 1984, caso *Sabine Van Colson y Elisabeth Kamann contra Land Nordrhein-Westfalen*, demanda de decisión prejudicial, asunto 14/83. *Repertorio de jurisprudencia de 1984*, p. 01891.

⁵⁶ Decisión de la Corte de 15 de mayo de 1986, caso *Marguerite Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, demanda de decisión prejudicial del Tribunal Industrial de Belfast, Irlanda del Norte, asunto 222/84. *Repertorio de jurisprudencia de 1986*, p. 01651.

⁵⁷ Decisión de la Corte de 2 de agosto de 1993, caso *Ministerio público y Dirección de trabajo contra Jean-Claude Levy*, demanda de decisión prejudicial, asunto C-158/91. *Repertorio de jurisprudencia de 1993*, p. I-04287.

⁵⁸ Decisión de la Corte de 8 de noviembre de 1990, caso *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker contra Stichting Vormingcentrum loor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, demanda de decisión prejudicial, asunto C-177/88. *Repertorio de jurisprudencia de 1990*, p. I-03941.

baja por enfermedad constante sí habría sido causal válida para el despido de la trabajadora.⁵⁹ Expresó el Tribunal:

[...] la Directiva reserva a los Estados miembro la posibilidad de adoptar medidas internas protectoras de la mujer en materia de embarazo y maternidad y por ello reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo. (F.j. 9.)

Complemento de la directiva 207 es la directiva 92/85/CEE, del Consejo, que establece medidas específicas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia, y prohíbe expresamente el despido de la mujer durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad.

Derivado del supuesto de no discriminación por razón de sexo, el Tribunal ha llegado a analizar otros casos, como el de un trabajador que administraba un centro docente dependiente de una autoridad administrativa territorial y que en un momento determinado comunicó al jefe de estudios de su colegio su intención de someterse a una operación de cambio de sexo, de masculino a femenino.⁶⁰ Antes de que eso sucediese fue despedido y presentó su caso ante el TJCE. Éste, tras examinar lo dispuesto en la directiva 207 y en la línea jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo, aceptó que había habido discriminación por razón de sexo. Dijo el Tribunal:

Tolerar esa discriminación supondría atentar contra el respeto a la dignidad y a la libertad a que esa persona tiene derecho y que el TJCE debe proteger. (F.j. 22.)

En materia de relaciones entre personas del mismo sexo el Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse en 1998, cuando la señora Grant, empleada de las líneas ferroviarias del Reino Unido, solicitó para su compañera sentimental las ventajas de gratuidad y reducciones que la empresa concede a las parejas de los trabajadores. Los tribunales británicos deniegan ese derecho a parejas del mismo sexo. En su demanda ante el TJCE la señora Grant alegó que había sido vulnerada la directiva 207.⁶¹

Al analizar el caso, el TJCE estudió el derecho interno de los Estados miembros y concluyó que todavía no hay a este nivel un reconocimiento específico para las uniones del mismo sexo. Examinó también la jurisprudencia del Tribunal de Estrasbur-

⁵⁹ Decisión de la Corte de 8 de noviembre de 1990, caso *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark como mandatario de Birthe Vibeke Hertz, contra Dansk Arbejdsgiverforening, mandatario de Aldi Marked, K/S*, demanda de decisión prejudicial, asunto C-179/88. *Repertorio de jurisprudencia*, p. I-03979.

⁶⁰ Decisión de la Corte de 30 de abril de 1996, caso *P. contra S. y Cornwall County Council*, asunto C-13/94. *Repertorio de jurisprudencia*, p. I-02143.

⁶¹ Decisión de la Corte de 17 de febrero de 1998, caso *Lisa Jacqueline Grant contra South-West Trains Ltd.*, asunto C-249/96. *Repertorio de jurisprudencia de 1998*, p. I-00621.

go y llegó a la conclusión de que para éste órgano las relaciones homosexuales no están todavía comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio de Roma. También exploró las decisiones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos, el cual sí admite que el concepto de sexo abarca el de las orientaciones sexuales, posición favorable a incluir entonces las discriminaciones ante relaciones entre personas del mismo sexo dentro del ámbito de protección de la discriminación por razón de sexo. Pero el TJCE no asimiló esta interpretación por cuanto provenía de un órgano no jurisdiccional y terminó por denegar la petición de la demandante, considerando que en esos momentos no eran equiparables las relaciones heterosexuales y las homosexuales. Dejó la puerta abierta al cambio, que de hecho ya se ha producido en varios países de la Unión, para que en el futuro las uniones heterosexuales y las uniones homosexuales reciban el mismo tratamiento.

También se han presentado ante el TJCE casos de discriminación indirecta relacionados con el trabajo a tiempo parcial, la promoción laboral y otros supuestos. El Tribunal acepta las desigualdades de trato siempre que sean compatibles con el derecho de la Unión o estén justificadas por factores objetivos. El caso *Burton* es buen ejemplo de ello. El señor Burton alegó discriminación hacia el sexo masculino, pues su edad de retiro está en 60 años y la de mujeres que trabajan en su misma empresa está en 55. En atención a esa situación, solicitó su retiro antes de llegar a los 60. El TJCE dijo que la directiva 207 permite a los Estados miembros fijar discrecionalmente la edad de retiro para los trabajadores, y que esa diferencia de cinco años en la edad de jubilación entre hombres y mujeres no puede ser considerada una discriminación basada en el sexo.⁶²

Finalmente, la posibilidad de introducir fórmulas de discriminación positiva ha sido analizada por el Tribunal y su jurisprudencia ha marcado una línea de la Comunidad en esta materia. Inicialmente el Tribunal mostró su rechazo hacia las discriminaciones positivas (caso *Kalanke*, de 1993).⁶³ Después de esta sentencia, se modificó el entonces artículo 141, 4.º, de la directiva 207, para permitir el mantenimiento o la adopción por los Estados miembros de medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Así tenemos, dos años más tarde, el caso *Marschall*, en el cual se admitió parcialmente la adopción de esas medidas de discriminación positiva.⁶⁴ En este caso se planteó la legalidad de una ley de la Renania del Norte-Westfalia, la cual señala:

⁶² Decisión de la Corte de 16 de febrero de 1982, caso *Arthur Burton contra British Railways Board*, demanda de decisión prejudicial, del Tribunal Laboral de Apelación del Reino Unido, asunto 19/81. *Repertorio de jurisprudencia de 1982*, p. 00554.

⁶³ Decisión de 17 de octubre de 1995, caso *Eckard Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen*, demanda de decisión prejudicial (objeto del litigio: igualdad de tratamiento entre hombres y mujeres, aplicación de la directiva 76/207/CEE), asunto C-450/93. *Repertorio de jurisprudencia de 1995*, p. I-03051

⁶⁴ Decisión de 11 de noviembre de 1997, caso *Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen*, demanda de decisión prejudicial (objeto del litigio: igualdad de tratamiento entre hombres y

Cuando en un sector haya menor número de mujeres que de hombres, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor.

El TJCE respondió:

[...] el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades. (F.j. 31.)

Ahí se encuentra la necesidad de la llamada *discriminación positiva*, siempre que esta discriminación no juegue automáticamente, es decir, siempre que se respete la cláusula de apertura.

La directiva 97/80/CE de 1997, relativa a la carga de prueba de discriminación por razón de sexo, es muestra palpable de la enorme trascendencia del principio de igualdad en el derecho de la UE. En ella se establece:

Cuando una persona se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato, presente ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente unos hechos, que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponderá al demandado demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

3.8. *Derechos de tercera generación*

El Tratado de Ámsterdam ha intentado ofrecer una protección indirecta a los derechos sociales al proclamar, por ejemplo, su postura a favor de un alto nivel de empleo. Similar es la referencia a la sindicación, que se potencia con el establecimiento de sindicatos a escala comunitaria. El derecho a la huelga está recogido expresamente en el artículo 13 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. En cuanto a la seguridad social, hay un gran volumen de normas de derecho derivado que la convierten en una importante rama del derecho comunitario. Se reconoce el derecho de los trabajadores dependientes, independientes y sus causahabientes a la seguridad social o a un sistema equivalente (artículos 12 y 10 de la Carta de Derechos).

En cuanto a los derechos culturales, cabe señalar que actualmente el Tratado CE regula dentro de la política social el derecho a la educación y a la formación profesional, pero inicialmente esta política de enseñanza y formación no estaba incluida en el ámbito de competencia de las instituciones comunitarias que señalaba el Tratado.⁶⁵ El título XII del Tratado está ahora dedicado a la cultura.

mujeres, cualificación igual entre candidatos de diferente sexo, o prioridad a los candidatos femeninos), asunto C-409/95. *Repertorio de jurisprudencia de 1997*, p. I-06363.

⁶⁵ El caso *Casagrande* (1974) cambió la situación. Decisión de la Corte de 3 de julio de 1974, caso *Donato Casagrande contra Landeshauptstadt München*, asunto 9/74. *Repertorio de jurisprudencia de 1974*, p. 00773.

En materia medioambiental, el Tratado reconoce la protección del medioambiente, pero sin llegar a recogerlo expresamente como derecho fundamental. Lo mantiene unido a la protección que se garantiza al consumidor.

4. Conclusiones

Para finalizar este breve estudio de la jurisprudencia del TJCE —el gran número de sentencias que ha dictado este órgano nos ha obligado a seleccionar las que hemos considerado más relevantes o significativas en cada caso—, no queda sino hacer una valoración final sobre la situación actual del sistema comunitario de protección de los derechos humanos. En ese sentido es necesario reiterar lo que ya se dijo en las primeras páginas de este artículo: el ordenamiento comunitario no nació con la vocación de convertirse en un sistema protector de los derechos fundamentales, sino que con el paso del tiempo y con la evolución de la jurisprudencia del TJCE ha terminado por alcanzar ese ámbito de acción.

Una de las razones que han limitado la acción de la Comunidad en materia de derechos fundamentales ha sido la convivencia, en un mismo espacio geográfico, del sistema comunitario con el sistema europeo de derechos humanos. La Unión veía en el Tribunal de Estrasburgo el órgano competente para la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo, lo cual le permitía relajar el control dentro del sistema comunitario de derechos. Sin embargo, con el tiempo se planteó la necesidad de completar el derecho comunitario, bien con un catálogo propio de derechos fundamentales, bien suscribiendo el Convenio de Roma para ingresar de forma plena en el sistema europeo de protección.

El Consejo de la Unión Europea pidió al TJCE que se pronunciara sobre la cuestión de si la Comunidad Europea estaba facultada para adherirse al Convenio de Roma. El 28 de marzo de 1996 el Tribunal publicó su informe contrario a esa posibilidad,⁶⁶ y lo hizo con base en el principio comunitario de habilitación especial.⁶⁷ De modo que, cerrada en principio esa opción, se optó por otra alternativa: elaborar un catálogo de derechos fundamentales propio de la Unión. Ésta es la intención de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la cual se plasma la experiencia conjunta de las instituciones comunitarias en materia de derechos huma-

⁶⁶ Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

⁶⁷ El artículo 308 (antiguo 235 del Tratado CE) no habilita para ello. Adherir el Convenio de Roma implicaría una modificación del Tratado, y una alteración esencial del sistema comunitario al vincular a la Comunidad a un sistema jurídico-internacional distinto del comunitario, unido a los problemas que la incorporación de todas las disposiciones complementarias al Convenio de Roma tendría para el derecho comunitario.

nos. La Carta fue proclamada por el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión durante la Cumbre Europea de Niza, celebrada en diciembre del 2000.

Uno de principales beneficios de la Carta ha sido recoger en un único texto el conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y de todas las personas que viven en el territorio de la Unión.⁶⁸ La razón de elaborar un nuevo texto sobre derechos fundamentales no era la de añadir nuevos derechos, sino la de dejar patentes los ya reconocidos y dar coherencia a los derivados de las sentencias del TJCE.⁶⁹ Se trata de incorporar los derechos sociales y económicos, junto con los derechos civiles y políticos, en un único texto, novedad respecto a los textos internacionales de derechos humanos “tradicionales”.⁷⁰ El problema principal de la Carta es que no ha sido sancionada sino proclamada; no hay en ella ninguna referencia a su valor vinculante.⁷¹ Se optó por esa fórmula: dejarla abierta para discutirla durante el proceso de debate sobre el futuro de Europa.

Ese futuro, con las nuevas ampliaciones de la Unión, viene determinado no ya por la Carta de Derechos de la Unión, sino por la elaboración de la Constitución europea.⁷² Pero ese nuevo proyecto comunitario se encuentra en serios problemas, al no haber conseguido superar la fase de ratificaciones iniciales. Los últimos contratiempos en el proceso de ratificación de la Constitución han llevado a cuestionar la necesidad y la viabilidad de un texto constitucional para toda la Unión. De hecho, según señalan algunos autores,⁷³ ya hay una Constitución europea *ratione materiae*, en la parte de derecho constitucional de los tratados, en el derecho interno y en la jurisprudencia del TJCE. No es una Constitución; en realidad, es un tratado con nombre de Constitución, y además tampoco es una Constitución al estilo europeo, sino al estilo americano o canadiense, pero ésa puede ser una buena solución para adaptar el proceso de integración de una Unión que es más una estructura federal que un Estado, con el sistema de protección de los derechos fundamentales.

⁶⁸ La Carta no otorga derechos nuevos; todos los derechos consignados en ella proceden de convenciones, tratados o de la jurisprudencia del TJCE, aunque algunos son nuevos en el sentido de que responden a inquietudes resultado de la evolución de la ciencia y la sociedad, como pueden ser las nuevas tecnologías o la biotecnología (bioética, protección de datos, etcétera).

⁶⁹ A. A. Herrero de la Fuente (ed.): *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Zamora: Fundación Rei Alfonso Henriques, 2003.

⁷⁰ La Carta establece también el marco genérico para la nueva fase de integración europea, que tiene una vocación política clara para convertirla en instrumento de legitimidad política y moral que expresa la esencia política de las sociedades democráticas europeas.

⁷¹ M. Pi Llorens: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Barcelona: Publicaciones Universidad de Barcelona, 2001.

⁷² *Tratado por el que se crea una Constitución para Europa*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 2004.

⁷³ C. Pereira Menaut: “Res publica europea: propostas constitucionais para a União Europeia medrar en constitucionalismo sen medrar en estatismo”, en AA. VV.: *A Unión Europea do século XXI. Reflexións dende Galicia*, Tórculo, Fundación Galicia-Europa, Universidad de Vigo, 2002, pp. 11-48.

En resumen, estamos en un punto de no retorno; ya no es posible desvincular a la Unión de la protección debida a los derechos humanos, ni es posible desligar al TJCE de su acción tutelar, y al mismo tiempo es imposible evitar que la Unión siga creciendo y que surjan nuevos problemas, enfoques y controversias sobre derechos humanos. Como en el momento actual tanto la Carta de Derechos fundamentales como el Tratado que aprueba la Constitución para Europa siguen siendo retórica jurídica, seguiremos mirando hacia el TJCE para que con su actividad pretoriana siga siendo garantía judicial de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario.