

UNIVERSIDAD JAUME I
FACULTAD DE DERECHO

**LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO:
INSUFICIENCIAS Y FISURAS DEL SISTEMA**

Tesis presentada para aspirar al título de doctora por:
SUSANA SANZ CABALLERO

Realizada bajo la dirección del Dr. JORGE CARDONA LLORÉNS
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad Jaume I

Febrero de 1998

a María

ABREVIATURAS, 9

INTRODUCCIÓN, 13

PRIMERA PARTE.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS COMUNIDADES EUROPEAS:
DEFINICIÓN, EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y SITUACIÓN ACTUAL, 27

INTRODUCCIÓN A LA PRIMERA PARTE, 29

CAPÍTULO I. DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
PROTEGIDOS EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO, 33

1. Definición de los derechos fundamentales, 33

2. Los derechos protegidos, 40

2.1. Los derechos de la persona humana, 41

2.2. Los derechos de los nacionales de los Estados miembros de las Comunidades
Europeas, 46

2.2.1. Los derechos propios del nacional comunitario, 46

2.2.2. Los derechos de ciudadanía, 53

CAPÍTULO II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y ESTADO ACTUAL DE LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS COMUNIDADES EUROPEAS, 61

1. Planteamiento general, 61

2. Razones de la no inclusión de una declaración de derechos fundamentales en los tratados
constitutivos de las Comunidades Europeas, 61

3. Los derechos mencionados expresamente en los tratados constitutivos, 64

4. El inicio de la protección judicial, 66

5. La rebelión de los tribunales constitucionales, 68

6. El método de protección judicial diseñado por el TJCE basado en los principios generales
del Derecho Comunitario, 73

6.1. Definición, 73

6.2. Función de los principios, 80

6.3. Valor de los principios generales en el ordenamiento comunitario, 81

6.4. Identificación de los principios generales del Derecho Comunitario, 83

6.5. Las fuentes de inspiración del TJCE, 85

6.5.1. La protección de los derechos fundamentales basada en las tradiciones
constitucionales a los Estados miembros, 85

6.5.2. La protección de los derechos fundamentales basada en los convenios
internacionales sobre derechos humanos, 95

7. El valor actual del CEDH en el Derecho Comunitario, 99

7.1. Valor del CEDH en la jurisprudencia del TJCE, 100

7.2. El valor del CEDH en el TUE, 105

8. Posición de las instituciones comunitarias en materia de derechos fundamentales, 111

CAPÍTULO III. LOS ÚLTIMOS DESARROLLOS DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, 121

1. Planteamiento general, 121
2. El proyecto de la Constitución Europea, 122
 - 2.1. Generalidades, 122
 - 2.2. Análisis de los derechos garantizados y de su sistema de garantías, 126
 - 2.2.1. Preámbulo, 127
 - 2.2.2. Derechos garantizados, 128
 - 2.2.3. Sistema de garantías, 136
3. El dictamen 2/94 del TJCE del 28 de Marzo de 1996, 140
 - 3.1. Admisibilidad de la solicitud, 144
 - 3.1.1. Competencia de la CE para celebrar el acuerdo ex art.228.6 TCE, 145
 - 3.1.2. Compatibilidad del acuerdo previsto con las disposiciones del TCE, 147
 - 3.2. Competencia de la CE para adherirse al CEDH, 154
 - 3.3. Consideraciones finales al dictamen, 161
4. El Tratado de Amsterdam de Junio de 1997, 168
 - 4.1. Introducción. Los trabajos del Grupo de Reflexión en materia de derechos fundamentales, 168
 - 4.2. Análisis de las nuevas disposiciones, 176
 - 4.2.1. La Carta Social Europea y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores: preámbulo del TUE y art.117 del TCE, 176
 - 4.2.1.1. Antecedentes de estas disposiciones y otras propuestas debatidas, 177
 - 4.2.1.2. Comentario, 180
 - 4.2.2. Transparencia y derecho al acceso a documentos comunitarios: art.A.2 TUE y 191A TCE, 181
 - 4.2.2.1. Antecedentes de estas disposiciones y otras propuestas debatidas, 182
 - 4.2.2.2. Comentario, 185
 - 4.2.3. Principios de la UE: Modificación del art.F y del art.O TUE, 187
 - 4.2.3.1. Antecedentes de estas disposiciones y otras propuestas debatidas, 187
 - 4.2.3.2. Comentario, 193
 - 4.2.4. Control jurisdiccional: art.L TUE, 196
 - 4.2.4.1. Antecedentes de la disposición y otras propuestas debatidas, 196
 - 4.2.4.2. Comentario, 199
 - 4.2.5. Declaración nº3 relativa al TUE adoptada por la Conferencia sobre la Pena de Muerte, 200
 - 4.2.5.1. Antecedentes de la disposición, otras propuestas debatidas y comentario, 201
 - 4.2.6. Declaración nº10 relativa al TUE adoptada por la Conferencia sobre el Estatuto de las Iglesias y Organizaciones no Confesionales, 202
 - 4.2.6.1. Antecedentes, otras propuestas debatidas y comentario, 202
 - 4.2.7. Declaración nº21 relativa al TCE adoptada por la Conferencia sobre las personas discapacitadas, 203
 - 4.2.7.1. Antecedentes, otras propuestas debatidas y comentario, 203
 - 4.2.8. Sistema de sanciones: art.F1 TUE, 236 TCE, 96 TCECA y 204 TCEEA, 204
 - 4.2.8.1. Antecedentes de las disposiciones y otras propuestas debatidas, 206
 - 4.2.8.2. Comentario, 210

- 4.2.9. Cláusula general de no discriminación: art.6A TCE, 211
 - 4.2.9.1. Antecedentes de la disposición y otras propuestas debatidas, 211
 - 4.2.9.2. Comentario, 217
- 4.2.10. Igualdad entre hombre y mujer: arts.2, 3, 118 y 119 TCE, 218
 - 4.2.10.1. Antecedentes de las disposiciones y otras propuestas debatidas, 220
 - 4.2.10.2. Comentario, 225
- 4.2.11. Tratamiento de datos personales: art.213B TCE, 226
 - 4.2.11.1. Antecedentes de la disposición y otras propuestas debatidas, 226
 - 4.2.11.2. Comentario, 227
- 4.2.12. La ciudadanía: arts.8 TCE, 8A TCE y 8D TCE, 228
 - 4.2.12.1. Antecedentes de las disposiciones y otras propuestas debatidas, 229
 - 4.2.12.2. Comentario, 234
- 4.3. Comentario Final, 235

SEGUNDA PARTE.

EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: CRITERIOS UTILIZADOS POR EL TJCE PARA SU PROTECCIÓN, 243

INTRODUCCIÓN A LA SEGUNDA PARTE, 245

CAPÍTULO IV. EL USO POR PARTE DEL TJCE DE LAS TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES A LOS ESTADOS MIEMBROS, 255

1. Concepto de tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, 255
2. Análisis jurisprudencial, 260
 - 2.1. Análisis de los primeros casos en las que el TJCE utilizó el argumento de las tradiciones constitucionales comunes, 260
 - 2.2. Casos en los que el Abogado General utilizó el argumento de las tradiciones constitucionales comunes y el TJCE lo ignoró, 269
 - 2.3. Casos en los que el Abogado General y el TJCE utilizaron en sintonía el argumento de las tradiciones constitucionales comunes, 282
 - 2.3.1. Otros casos sin conexión con los derechos fundamentales en los que tanto el Abogado General como el TJCE se han referido a las tradiciones constitucionales comunes, 296
 - 2.4. Casos en los que Abogado General y TJCE acuden a las tradiciones constitucionales comunes pero cada uno de ellos las aplica de un modo diferente, 298
 - 2.5. Casos en los que sólo el TJCE utiliza las tradiciones constitucionales comunes, 302
3. Conclusiones del análisis, 304

CAPÍTULO V. EL USO DEL CEDH POR EL TJCE: ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL ART.8 DEL CEDH, 309

1. Contenido del artículo 8 del CEDH, 309
2. Análisis de los aspectos protegidos en el art.8 CEDH, 309
 - 2.1. El respeto a la vida privada, 310
 - 2.1.1. Derecho a mantener secreto el estado de salud, 311
 - 2.1.1.1. Jurisprudencia de las instancias judiciales comunitarias, 311

- 2.1.1.2. Jurisprudencia de los órganos del CEDH, 321
- 2.1.1.3. Conclusiones de la comparación, 321
- 2.1.2. Derecho a la esfera privada, 322
 - 2.1.2.1. Jurisprudencia de las instancias judiciales comunitarias, 322
 - 2.1.2.2. Jurisprudencia de los órganos del CEDH, 327
 - 2.1.2.3. Conclusiones de la comparación, 328
- 2.1.3. Derecho al nombre, 329
 - 2.1.3.1. Jurisprudencia de las instancias judiciales comunitarias, 329
 - 2.1.3.2. Jurisprudencia de los órganos del CEDH, 334
 - 2.1.3.3. Conclusiones de la comparación, 336
- 2.2. El respeto a la vida familiar, 337
 - 2.2.1. Jurisprudencia de las instancias judiciales comunitarias y de los órganos del CEDH, 338
 - 2.2.2. Conclusiones de la comparación, 352
- 2.3. Inviolabilidad del domicilio, 353
 - 2.3.1. Jurisprudencia de las instancias judiciales comunitarias, 353
 - 2.3.2. Jurisprudencia de los órganos del CEDH, 367
 - 2.3.3. Conclusiones de la comparación, 371
- 2.4. El secreto de las comunicaciones, 373
 - 2.4.1. Jurisprudencia de las instancias judiciales comunitarias, 373
 - 2.4.2. Jurisprudencia de los órganos del CEDH, 375
 - 2.4.3. Conclusiones de la comparación, 377
- 3. Conclusiones, 378

CAPÍTULO VI. EL USO DEL TEDH POR EL TJCE: ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL ART.10 DEL CEDH, 381

- 1. Contenido del artículo 10 del CEDH, 381
- 2. Libertad de expresión, 382
 - 2.1. Libertad de expresión política, 382
 - 2.1.1. Jurisprudencia de las instancias judiciales de las CCEE y de los órganos del CEDH, 382
 - 2.2. Libertad de expresión artística, 398
 - 2.2.1. Jurisprudencia de las instancias judiciales de las CCEE y de los órganos del CEDH, 398
 - 2.3. Libertad de expresión comercial, 403
 - 2.3.1. Jurisprudencia de las instancias judiciales de las CCEE y de los órganos del CEDH, 403
 - 2.4. Conclusiones, 428
- 3. Libre acceso a las fuentes de información, 429
 - 3.1. Jurisprudencia de las instancias judiciales de las CCEE, 429
 - 3.2. Jurisprudencia de los órganos del CEDH, 437
- 4. Conclusiones, 439

CAPÍTULO VII. EL USO DEL CEDH POR EL TJCE: ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL ART.1 DEL PROTOCOLO 1 AL CEDH, 443

- 1. Contenido del artículo 1 del Protocolo 1 al CEDH, 443

2. Jurisprudencia de los órganos judiciales de las CCEE, 447
 - 2.1. Asuntos relativos a distintos sectores de la actividad comunitaria, 449
 - 2.2. Asuntos relativos al sector lácteo, 461
 - 2.3. Asuntos relativos al sector cárnico, 473
 - 2.4. Asuntos relativos al sector bananero, 476
 - 2.5. Conclusiones, 478
3. Jurisprudencia de los órganos del CEDH, 479
4. Conclusiones, 490

CAPÍTULO VIII. EL USO DEL CEDH POR EL TJCE: DERECHOS DE DEFENSA (I): DERECHO DE AUDIENCIA Y PRINCIPIOS CONEXOS, 495

1. Contenido del artículo 6 del CEDH, 495
2. Jurisprudencia de los órganos judiciales de las CCEE, 499
 - 2.1. Derecho de audiencia propiamente dicho, 499
 - 2.2. Derecho a ser informado de los cargos imputados, acceso al expediente y a los datos inculpatorios y necesidad de motivación, 508
 - 2.3. Principio de contradicción e igualdad de armas, 527
3. Jurisprudencia de los órganos del CEDH, 532
 - 3.1. Derecho de audiencia propiamente dicho, 532
 - 3.2. Derecho a ser informado de los cargos imputados, acceso al expediente y a los datos inculpatorios y necesidad de motivación, 537
 - 3.3. Principio de contradicción e igualdad de armas, 543
4. Conclusiones, 552

CAPÍTULO IX. EL USO DEL CEDH POR EL TJCE: LOS DERECHOS DE DEFENSA (II): OTROS DERECHOS DE DEFENSA, 557

1. Planteamiento general, 557
2. Derecho a no declarar contra sí mismo y presunción de inocencia, 558
 - 2.1. Jurisprudencia de los órganos judiciales de las CCEE, 558
 - 2.2. Jurisprudencia de los órganos del CEDH, 568
3. Principio de confidencialidad en las relaciones abogado-cliente y derecho a la asistencia letrada de un defensor, 573
 - 3.1. Jurisprudencia de los órganos judiciales de las CCEE, 574
 - 3.2. Jurisprudencia de los órganos del CEDH, 579
4. Protección contra dilaciones indebidas, 583
 - 4.1. Jurisprudencia de los órganos judiciales de las CCEE, 584
 - 4.2. Jurisprudencia de los órganos del CEDH, 585
5. Derecho al proceso y a un tribunal independiente e imparcial, 586
 - 5.1. Jurisprudencia de los órganos judiciales de las CCEE, 587
 - 5.2. Jurisprudencia de los órganos del CEDH, 599
6. Conclusiones, 606

TERCERA PARTE

LA GARANTÍA JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS COMUNIDADES EUROPEAS: INSUFICIENCIAS E INTERFERENCIAS, 611

INTRODUCCIÓN A LA TERCERA PARTE, 613

CAPÍTULO X. LA CRÍTICA Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL A LA LABOR DEL TJCE, 617

1. Planteamiento general, 617
2. Análisis de las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Constitucional en los Estados que no han protagonizado revueltas constitucionales, 620
3. Análisis de las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Constitucional en los Estados que han protagonizado revueltas constitucionales, 625
 - 3.1. Reino Unido, 625
 - 3.2. España, 630
 - 3.3. Francia, 640
 - 3.4. Italia, 646
 - 3.5. Alemania, 652
4. Conclusiones, 666

CAPÍTULO XI. CONTROL DE LA ACTIVIDAD COMUNITARIA POR LAS INSTITUCIONES DEL CEDH E INTERFERENCIAS PROCESALES ENTRE EL SISTEMA JUDICIAL COMUNITARIO Y EL DEL CEDH, 671

1. Planteamiento general, 671
2. Demandas contra un acto comunitario y contra un acto de ejecución de una disposición comunitaria, 673
 - 2.1. Demandas contra un acto comunitario, 673
 - 2.2. Demandas contra actos nacionales de ejecución del Derecho Comunitario, 678
3. Demandas presentadas ante los órganos de las CCEE y del CEDH, 686
4. Casos en los que los órganos del CEDH, sin cuestionar ni invocar la validez del Derecho Comunitario se han referido a éste, 693
5. Conclusiones, 695

CAPÍTULO XII. EL LIMITADO ACCESO DE LOS PARTICULARES A LOS ÓRGANOS JUDICIALES COMUNITARIOS, 701

1. Planteamiento general, 701
2. Recurso de anulación, 707
 - 2.1. Individualmente afectado, 713
 - 2.1.1. Demandantes que independientemente de la forma que adopte el acto aparecen realmente como destinatarios del mismo, 715
 - 2.1.2. Demandantes que están en el origen de la decisión, 715
 - 2.1.3. Demandantes con derechos adquiridos, 716
 - 2.2. Directamente afectado, 719
 - 2.2.1. La medida ha de ser la causa real del perjuicio sufrido, 720
 - 2.2.2. La medida ha de ser la causa inmediata del perjuicio, 720
3. Excepción de ilegalidad, 722
4. Recurso por omisión, 725
5. Conclusiones, 729

CONCLUSIONES, 737

TESIS, 763

FUENTES, 767

FUENTES PRIMARIAS, 771

FUENTES SECUNDARIAS, 813

ABREVIATURAS

AELC	Asociación Europea de Libre Comercio
AEE	Acta Electoral Europea
apdo.	apartado
art.	artículo
arts.	artículos
as.ac.	asuntos acumulados
AUE	Acta Unica Europea
Bull./Bol. CE/UE	Boletín de las Comunidades Europeas/de la Unión Europea
CCEE	Comunidades Europeas
CE	Comunidad Europea
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CES	Consejo Económico y Social
CIG	Conferencia Intergubernamental
CVDT	Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados
CJAI	Cooperación en los Ámbitos de la Justicia y Asuntos de Interior
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
EEE	Espacio Económico Europeo
FJ	fundamento jurídico
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio
LOREG	Ley Orgánica de Régimen Electoral General
nº	número
p./pág.	página

PAC	Política Agrícola Común
pp.	páginas
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
prot.	protocolo
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
Rec.	Recopilación
ss.	y siguientes
TC	Tribunal Constitucional
TCE/TCEE	Tratado de la Comunidad (Económica) Europea
TCECA	Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TCEEA	Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TIJ	Tribunal Internacional de Justicia
TPI	Tribunal de Primera Instancia
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

La elección de los docentes investigadores en las CCFE se realizó en un proceso que comenzó en junio de 1995 en un llamado de convocatoria a docentes e investigadores interesados en trabajar en las áreas de investigación del Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales de la Universidad de Valencia, en el que se destacó la participación. De un lado, en una multitudinaria convocatoria se presentaron los docentes investigadores de la que forma nuestra universidad y del otro, el llamado de convocatoria del Institut International des Droits de l'Homme de Ginebra y la participación durante la sesión de elisa del Ministerio del Hospital. Del otro, un llamado de convocatoria realizado por el Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales invitó al docente investigador. Aunado lo que en la actualidad se realiza con el interés de la Fundación Juan March (2007) este último que a través que profundizábamos en la investigación se iba convirtiendo en propio y tras múltiples conversaciones sucesivamente interactivas, las que se hizo un llamado en la Fundación (D. Francisco - Rubio L. Ismael) y con quien antes había estado de ser nuestro profesor en Valencia (D. Jorge - Cardona L. Torres) quedó fijado el camino de un estudio.

INTRODUCCIÓN

Sin embargo, los contenidos concretos que incluía finalmente la tesis reflejaron una elección de cuando se conoció el dato de que había otras dos actividades trabajando sobre la cuestión, especialmente, cuando las hay de ellas. Una de ellas es el libro de Luis María Salazar de Pineda nos facilitó en sus tesis doctorales.

El conocer el contenido de estas dos tesis doctorales nos llevó a adoptar un enfoque más crítico en esta tesis que, partiendo y tomando como dato la realidad de la situación de los derechos fundamentales en las CCFE que ambas describen espléndidamente, se orientaron en examinar las fracturas e quiebras del sistema. Asimismo, los procesos desarrollados sucesivos en este ámbito desde el momento de la lectura de estas tesis doctorales y la promulgación del convenio 204 del OCE y la ratificación del Tratado de Amesterdam (con solo objeto de analizar más detallado en esta investigación puesto que, por la revisión de ambos documentos, los datos sobre el menor grado de análisis doctrinal).

De lo que no hay duda es del interés que despierta la disciplina en la tesis de los autores, en la que ocupa un lugar relevante la española de la que se trata, en el momento de desarrollo de las tesis y la dificultad del saber de ellas en procesos de desarrollo de la doctrina sobre el sistema de protección de los derechos fundamentales de los

La elección de los derechos fundamentales en las CCEE como objeto de estudio surgió en Junio de 1993 en un intento de conciliar intereses e inquietudes personales con lo que eran las líneas de investigación del Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales de la Fundación Juan March, en el que la doctoranda era becaria. De un lado, nuestras inquietudes se centraban en los derechos fundamentales, de lo que da fe nuestra asistencia a las 22, 24 y 25 sesión de enseñanza del Institut International des Droits de l'Homme de Estrasburgo y la obtención durante la última de ellas del Diploma del Institut. Del otro, las líneas de investigación establecidas por el Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales incluían el Derecho Comunitario. Aunando lo que eran los intereses propios con el interés de la Fundación Juan March -interés éste último que a medida que profundizábamos en la investigación se iba convirtiendo en propio- y tras múltiples conversaciones sumamente instructivas con quien era nuestro tutor en la Fundación (D.Francisco Rubio Llorente) y con quien nunca había dejado de ser nuestro tutor en Valencia (D.Jorge Cardona Lloréns) quedó fijado el campo de investigación.

Sin embargo, los contenidos concretos que incluiría finalmente la tesis sufrieron una alteración cuando se conoció el dato de que habían otras dos doctorandas trabajando sobre la materia y, especialmente, cuando las hoy doctoras Dña.Montserrat Pí Lloréns y Dña.Ana Salinas de Frías nos facilitaron sus tesis doctorales.

El conocer el contenido de estas dos tesis doctorales nos llevó a adoptar un enfoque más crítico en esta tesis que, partiendo y tomando como dada la realidad de la situación de los derechos fundamentales en las CCEE que ambas describían espléndidamente, se concentrara en examinar las fracturas o quiebras del sistema. Obviamente, los nuevos desarrollos acaecidos en este ámbito desde el momento de la lectura de estas dos tesis doctorales (la emisión del dictamen 2/94 del TJCE y la elaboración del Tratado de Amsterdam) han sido objeto de análisis más detallado en esta investigación puesto que, por lo reciente de ambos documentos, han sido objeto en menor grado de análisis doctrinal.

De lo que no hay duda es del interés que despierta la disciplina en la doctrina científica (en la que ocupa un lugar relevante la española) de lo que es buena muestra la existencia de dos tesis doctorales ya defendidas así como de otras en proceso de realización. El interés tan acentuado de la doctrina sobre el sistema de protección de los derechos fundamentales en las

CCEE es debido por un lado al modo atípico y pretoriano a través del cual el sistema surgió y, por otro lado y en especial, por el dato llamativo de que el sistema de protección se haya podido mantener durante casi 30 años prácticamente en las mismas condiciones y siguiendo los mismos parámetros que fueron definidos en los años 70 por el TJCE.

Al margen de ciertos pronunciamientos de otras instituciones y órganos comunitarios sobre el tema que nos ocupa, el monopolio de la protección de los derechos fundamentales ha seguido desde 1969 exclusivamente en manos del TJCE (ayudado desde 1988 por el TPI). Estos datos no han variado ni siquiera tras la adopción del TUE, puesto que éste no creó un sistema de protección nuevo basado en una declaración propia de derechos fundamentales, sino que se limitó a consagrar convencionalmente la primacía de la labor del TJCE en la materia. Es más, el TJCE tuvo ocasión de reafirmar su papel en el Dictamen 2/94, al pronunciarse en contra de la adhesión al CEDH a menos que medie una revisión de los tratados. Una revisión de los tratados que, aunque acometida en 1996, sin embargo no abordó el tema de la creación de un sistema de protección de los derechos fundamentales definido de modo legislativo o “constitucional” y aprobado democráticamente.

Así pues, el sistema de protección de los derechos fundamentales establecido por el TJCE (y actualmente también por el TPI) en su formulación actual presenta una serie de quiebras. La protección pretoriana y casuística que comenzó a diseñarse en 1969 con la sentencia STAUDER ha cumplido su función (sensibilizar a las Comunidades sobre un tema al que hasta ese momento hacían oídos sordos, a saber, la posible vulneración de derechos fundamentales por parte de las instituciones comunitarias, así como evitar una auténtica rebelión por parte de los tribunales constitucionales de los Estados miembros) pero no es el sistema ideal ni el más completo de protección de los derechos fundamentales¹. De hecho, son muchos los inconvenientes que se pueden señalar sobre este sistema de protección, basado prácticamente en la elaboración jurisprudencial, a saber:

--falta de delimitación y claridad:

¹ VELU se plantea si las CCEE no merecerían un sistema de protección de los derechos fundamentales que vaya más allá de las construcciones judiciales (VELU, Jacques: “Les Droits de l’Homme dans la Nouvelle Europe”, en *Vers une Nouvelle Europe?*, 1992, Mario Telà (director), Éditions de l’Université de Bruxelles, pp.323-329, p.325).

se trata de un sistema en el que, a priori, la persona no sabe con qué derechos cuenta. El asunto ha de llegar a Luxemburgo para que el TJCE, o el TPI en su caso, determinen si el derecho recurrido es un derecho reconocido en el nivel comunitario, así como para conocer su contenido².

--particularismo:

puesto que el TJCE, en repetidas ocasiones, ha señalado que protege con mayor tesón y fervor los derechos que más se adecuan a los objetivos de las CCEE (los derechos económicos y sociales) con respecto a los civiles y políticos, cuando en cualquier sistema judicial suele ocurrir lo contrario. Y lo que es más, el propio contenido de los derechos protegidos está mediatizado o adaptado a los objetivos comunitarios³.

--voluntarismo y falta de previsibilidad:

la lógica consecuencia de los puntos anteriores es la falta de previsibilidad sobre cuál va a ser la actitud del tribunal frente a la alegación de un nuevo derecho: ¿qué derechos va a proteger? Y, ¿cuál va a ser su contenido? Incluso se plantea el problema de si no son derechos fundamentales los derechos aún no reconocidos por la jurisprudencia del TJCE por no haber sido aún alegados ante el mismo⁴. Se trata de un sistema de protección no escrito y basado únicamente en el activismo judicial -o en la eventual inactividad judicial- por lo que está totalmente a merced de la sensibilidad de los jueces del tribunal⁵ y no exento del riesgo de provocar inseguridad jurídica⁶.

² vide PECES BARBA, Gregorio: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, 1995, Universidad Carlos III, pp.642-643. En palabras del actual Presidente del TJCE:

“...el Tribunal de Justicia debe decidir en cada caso si un determinado derecho fundamental debe ser reconocido o no como parte integrante del Derecho Comunitario es decir, que cuando no existe jurisprudencia previa, sólo se reconoce un derecho después de que ha sido alegado ante el Juez la violación del mismo (RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: “La Protección de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en *El Defensor del Pueblo en el TUE*, 1993, Universidad Carlos III, Madrid, pp.203-233, p.221).

³ vide PECES BARBA *op.cit.*, p.642.

⁴ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki: *El Ordenamiento Jurídico Comunitario, el Estatal y el Autonómico*, 1986, Instituto Vasco de Administración Pública, p.36.

⁵ A este respecto, CAPPELLETTI se plantea si el juez comunitario “tendrá el tiempo, la imaginación y firmeza suficientes e inspirará el respeto necesario para poder desarrollar, en relación con los asuntos y litigios que se le sometan, un conjunto coherente de decisiones que pueda considerárselas de hecho como la ley suprema de Europa en el campo de los derechos humanos” (CAPPELLETTI, Mauro: “Necesidad y Legitimidad de la

--riesgo de que el TJCE sobrepase los límites de su función judicial:

en opinión de muchos autores, el TJCE corre el riesgo también de convertir su "función judicial" en una "invención judicial"⁷.

--falta de globalidad y de homogeneidad:

resultando de ellas un panorama parcial que es inadecuado como sistema de protección de los derechos fundamentales y que en ocasiones puede antojarse incoherente⁸.

Justicia Constitucional", en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales* 1984, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp.599-649, p.649).

⁶ DARMON, Marco: "La Prise en Compte des Droits Fondamentaux par la Cour de Justice des Communautés Européennes", en *Vers un Droit Pénal Communautaire*, 1995, Dalloz, París, pp.23-34, p.3. Compárese esta opinión con la de RODRÍGUEZ IGLESIAS, para quien no se puede hablar de activismo judicial del TJCE, sino de elección de una determinada opción interpretativa (RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: *Réflexions sur le Rôle de la Cour de Justice de Justice: Discours Prononcé lors de la Cérémonie au Cours de laquelle le Titre de Docteur Honoris Cause de l'Université de Turin a été Conféré à M.Rodríguez*, 1996, trabajo no publicado, p.6).

⁷ EDWARD, David: "Secondary Community Law, Treaty Law and General Principles of Law", en *Die Rechts Prechung des Europäischen Gerchtshofs zum Arbeits-und Sozialrecht im Streit*, Band 9, 1955, Bundesanzeiger, Köln, editado por E.Eberhard y M.Zuleeg, pp.45-49, p.49.

También O'NEILL, en esta línea de pensamiento, apunta que el TJCE hoy día siente que tiene la responsabilidad de actuar como motor que empuja a la CE a cumplir los objetivos marcados en los preámbulos de los sucesivos tratados (O'NEILL, Patrick: "The European Court of Justice: A Case of Judicial Activism", en *European Policy Forum*, 1995, Frankfurter Institut, p.47). Continúa el autor diciendo que la actitud del TJCE lo convierte en un tribunal potencialmente peligroso por su "poder judicial incontrolable" (p.48) y por la falta de previsibilidad sobre cuál va a ser el rumbo argumental que imprima a un asunto, lo cual convierte en extraordinariamente difícil para un abogado asesorar a su cliente en materia de derecho europeo (p.47). Para demostrar este activismo judicial que raya en la creación judicial, O'NEILL estudia por separado cada una de las decisiones tomadas por el TJCE en las que no se ha limitado a aplicar los tratados, sino que ha llegado a establecer nuevos conceptos o normas: primacía, efecto directo, efecto directo de las directivas, posibilidad de demandar a un Estado por los daños causados por la no transposición de una directiva, extensión de los poderes del TJCE a la revisión de la legalidad de las decisiones del Parlamento, ampliación de los poderes del TJCE para permitir al parlamento poner en cuestión la legalidad de los actos del Consejo, obligación del juez nacional de interpretar las leyes nacionales anteriores a la luz de directivas no transpuestas y de inaplicar la ley interna contraria al Derecho Comunitario, etc.

Opiniones contrarias a las de EDWARD y O'NEILL y favorables al activismo judicial protagonizado por el TJCE hasta hoy día se encuentran en: HOWE DE ABERAVON, the Rt. Hon. Lord: "Euro-Justice: Yes or No?", en *European Law Review* 1996, vol.21, nº3, pp.187-198; TRIDIMAS, Takis: "The Court of Justice and Judicial Activism", en *European Law Review*, 1996, vol.21, nº3, pp.199-210.

⁸ *vide*, entre otros, LIÑÁN NOGUERAS, Diego: "Los Derechos Humanos en el Ámbito de la Unión Europea", en *Andorra en el Ámbito Jurídico Europeo*, 1996, Marcial Pons, p.335. Véase también PECES BARBA *op.cit*, p.654. WOLFRUM expresamente tacha de heterogéneo y de incoherente el sistema pretoriano de protección de derechos a nivel comunitario en un artículo, por lo demás, sumamente crítico con la labor del TJCE (WOLFRUM, Rüdiger: "La Reforme des Institutions des Droits de l'Homme de l'Europe Communautaire" en *La Reforme des Institutions Internationales de Protection des Droits de l'Homme* 1993, Bruylant, Bruxelles, pp.265-293, especialmente páginas 268 y 293).

A estos inconvenientes, achacables a la labor jurisprudencial en general, se añade la reflexión sobre una serie de fenómenos privativos del tribunal de Luxemburgo y que llevan como lógica consecuencia a cuestionar que la protección de los derechos fundamentales en un futuro se base prácticamente de modo monopolístico en la labor de este órgano judicial -al margen de la labor que sin duda pueden realizar las otras instituciones comunitarias aprobando declaraciones no vinculantes sobre la materia⁹.

Entre estas últimas fisuras en la labor del TJCE destacan:

--Uso selectivo e interpretación *sui generis* del CEDH y de la jurisprudencia de las instituciones de Estrasburgo (Comisión y Tribunal europeos de derechos humanos), que puede llevar a confusión sobre el alcance y límites de ciertos derechos en el ámbito europeo. Es más, el acudir al CEDH y a otros tratados sobre derechos humanos lo que evidencia es una carencia de normativa y recursos propios en la materia.

--Pronunciamiento de sentencias cada vez más polémicas y que ya no gozan del respeto, aquiescencia o admiración de la opinión pública, sino que son ampliamente criticadas en el mundo jurídico, político y periodístico (sentencias como GROGAN, DEMIREL, etc.)¹⁰.

--Utilización poco rigurosa y superficial del Derecho Constitucional comparado cuando el TJCE se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros lo cual conlleva, como colofón, la más que lógica reticencia y susceptibilidad de las tribunales constitucionales internos. Estos siguen temiendo que la transferencia de competencias a las CCEE implique en la práctica la conculcación de derechos fundamentales protegidos a nivel constitucional.

--Uso arbitrario del argumento de los derechos fundamentales en las sentencias cuando ello le conviene. El tribunal en ocasiones utiliza el argumento de los derechos fundamentales

⁹ En opinión de CLAPHAM, WEILER y CASSESE, durante demasiado tiempo la doctrina se ha dedicado a alabar la labor de protección de los derechos fundamentales realizada por el TJCE. Sin perjuicio de reconocer también los méritos de una construcción jurisprudencial que partía de la nada, estos autores consideran que la ausencia de crítica en ese debate y la aceptación sin condiciones de la labor del TJCE ha llevado al empobrecimiento del sistema de protección (CLAPHAM, Andrew; WEILER, Joseph H.H.; CASSESE, Antonio: "1992. What are our Rights? Agenda for an Action Plan", en *EUI Working Papers*, 1990, n°90/2, Florencia, p.66).

¹⁰ LIÑÁN NOGUERAS 1996, *op.cit.*, p.330. En el mismo sentido: O'LEARY, Siofra: "Aspects of the Relationship between Community Law and Natural Law", en *The European Union and Human Rights*, 1995, N.Neuwahl y A.Rosas (eds.), Martinus Nihjoff, La Haya, pp.23-49, p.38.

por conveniencia, sin que éstos hubiesen sido alegados por las partes y sin que aparentemente resulten comprometidos en el caso, descartando su uso en otras en las que claramente había derechos fundamentales seriamente cuestionados.

--Limitado acceso de la persona física y jurídica al juez comunitario. El acceso al TPI y TJCE no es libre. Existen unos casos tasados en los que la persona puede acudir directamente al juez comunitario para interponer una demanda. Esta regla no tiene ninguna excepción para el caso de que los derechos supuestamente violados por causa de la actividad comunitaria sean derechos fundamentales.

--Recelo de los tribunales constitucionales y de las más altas jurisdicciones de los Estados miembros a considerar superior a su jurisprudencia e incontestable las decisiones del TJCE en materia de derechos fundamentales. La reticencia se debe a que consideran que en el marco nacional estos derechos reciben más garantías de protección a través de sus constituciones de las que reciben en el ámbito comunitario.

--Interferencias entre la actividad de protección judicial de los derechos fundamentales del juez comunitario y la del juez del CEDH. Comienzan a reproducirse los casos en los que un mismo caso es presentado en primer lugar ante el TJCE y posteriormente ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. Igualmente, comienzan a abundar los casos en los que las instancias del CEDH empiezan a controlar de algún modo la jurisprudencia del TJCE en materia de derechos fundamentales. Ello ocurre cuando se les presenta un asunto que contiene elementos de Derecho Comunitario y que se ven llamados a interpretar. Ninguna de estas interferencias es deseable porque puede suponer el enjuiciamiento por parte del juez de Estrasburgo de la jurisprudencia del juez comunitario sin que haya mediado un sometimiento formal del segundo al primero. Estudiaremos por separado cada una de estas críticas privativas de la labor del TJCE y del TPI.

Expuestas ya las quiebras o fracturas del sistema que serán estudiadas en la tesis, conviene ahora explicar el método escogido así como justificar las fuentes utilizadas. Desde el punto de vista de la metodología adoptada, en esta tesis se pueden distinguir hasta tres partes principales. La primera, que se corresponde con la primera parte de la tesis (capítulos I, II y III) responde en general al método descriptivo. En esta primera parte, tratamos de familiarizar al lector con lo que ha sido la evolución del sistema de protección de los derechos

fundamentales desde sus orígenes hasta nuestros días. Analizamos sus principales hitos aunque sin dejar de lado su valoración. Por cuanto se refiere a la valoración de esos hitos, el método de esta parte no es únicamente el descriptivo, sino también el analítico. En esta parte de la tesis, la fuente primaria principalmente utilizada será (como ocurrirá también durante el resto de la tesis) la jurisprudencia del juez comunitario, principal motor de la elaboración de un sistema de protección de los derechos fundamentales en las CCEE. Tangencialmente, serán mencionados los documentos redactados por otras instituciones comunitarias y por órganos comunitarios que versen sobre derechos fundamentales. No obstante, estos textos serán citados únicamente para dar cuenta someramente de la labor acometida por los órganos comunitarios en la materia. Ya de un modo más profundo será estudiada la documentación que se ha gestado en torno a la CIG de 1996. Ello nos permitirá entender el producto final conseguido: el Tratado de Amsterdam. Obviamente, junto a todas estas fuentes primarias, la primera parte de esta tesis estará repleta de referencias bibliográficas que darán cuenta de la ingente y variada producción doctrinal sobre el particular.

Desde el punto de vista metodológico, en la segunda parte se adopta un método de trabajo principalmente comparativo. En este sentido, el grueso de la tesis se dedica a la comparación entre la jurisprudencia de los órganos judiciales comunitarios y la de los del CEDH sobre unos mismos derechos escogidos por su especial relevancia en el ámbito comunitario, a saber: vida privada e inviolabilidad del domicilio, libertad de expresión, derecho de propiedad y derechos de defensa. Esta comparación se basa en el estudio pormenorizado de la jurisprudencia de los órganos judiciales de las CCEE (TJCE y TPI) y el CEDH (Comisión y Tribunal europeos de derechos humanos). No obstante, también en este estudio se hace uso exhaustivo de las opiniones de los abogados generales del TJCE por la importancia que sus Conclusiones revisten a menudo a la hora de comprender los antecedentes y el razonamiento de la sentencia. De igual manera que en la primera parte, en esta segunda también se usan fuentes secundarias con profusión.

La tercera parte de la tesis explota el método analítico. En el primer capítulo de esta última parte (Capítulo X, relativo a la crítica constitucional al sistema de protección de los derechos fundamentales) se analiza la jurisprudencia interna de tipo constitucional de la mayoría de los Estados miembros de las CCEE. Las fuentes primarias usadas son por tanto las sentencias y decisiones de estos tribunales internos. En el siguiente capítulo (Capítulo XI,

sobre el control de la jurisprudencia comunitaria por los órganos del CEDH) se analizan tres casos detectados de incidencia e interferencia de la actividad de los órganos del CEDH en la actividad comunitaria. Por tanto, la fuente primaria principalmente usada en ese capítulo es la jurisprudencia de los órganos del CEDH. Sin embargo, a menudo tal jurisprudencia será coherente con la comunitaria y en este sentido, de modo colateral, también el método usado será el comparativo. En el último capítulo (Capítulo XII, sobre el acceso al juez comunitario) se analizará aquella jurisprudencia comunitaria que nos permita entender los caracteres que definen el *ius standi* del individuo. Igualmente y por pura lógica, se analizarán las disposiciones de los tratados constitutivos en relación a la legitimación activa de los demandantes ordinarios, así como la opinión de la doctrina científica sobre el particular.

Analizados ya el método y las fuentes corresponde ahora exponer la sistemática seguida. La tesis se divide, como hemos indicado, en tres partes, relativas a: 1) la evolución histórica y situación actual del sistema de protección, 2) las variables que definen el sistema de protección y el contenido de los derechos y 3) las garantías judiciales del sistema, respectivamente. La primera parte se inicia con un estudio de la definición de los derechos fundamentales en el contexto comunitario. Este estudio previo nos parece necesario para poder consensuar un contenido concreto para un concepto que se presenta como polisémico según acudamos a la doctrina constitucionalista, internacionalista o a la filosofía del derecho.

El segundo capítulo está dedicado al estudio de la evolución de la protección de los derechos fundamentales en las CCEE desde un punto de vista histórico y, por lo tanto, cronológico. En él se apuntan algunas de las posibles causas por las que los tratados constitutivos de tres organizaciones internacionales occidentales cuyos miembros son la cuna del discurso de los derechos fundamentales, descartaron la inclusión de un catálogo de derechos fundamentales en sus textos institutivos. En el capítulo se expone el contenido del TUE referente a los derechos fundamentales y se analiza el valor de éstos en este texto que reformó los tratados constitutivos.

El tercer capítulo, titulado genéricamente Últimos Desarrollos, está dedicado a lo que consideramos como los más recientes hitos en la disciplina: el proyecto de Constitución europea, el dictamen 2/94 y el Tratado de Amsterdam.

La segunda y tercera parte de la tesis están destinadas a mostrar las fracturas que presenta el sistema de protección descrito en la primera parte. Las fracturas analizadas en la segunda parte tienen en común el girar en torno a la idea de la elaboración de un catálogo de derechos fundamentales. En esta parte, se analizan en sucesivos capítulos las dos fuentes en las que afirma inspirarse el TJCE: las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y el CEDH (y dentro de él, sus artículos 6, 8, 10 y art.1 del Prot.1).

Las fracturas analizadas en la tercera parte pivotan en torno a la idea de las garantías que reciben los derechos en el ámbito comunitario. En este sentido, se analizan las fisuras que presenta el sistema provenientes del limitado acceso de la persona al juez de Luxemburgo así como las fisuras que se originan en el control que realizan de la jurisprudencia comunitaria los tribunales constitucionales internos y los órganos del CEDH.

Vistos ya el objeto de la tesis, las fuentes utilizadas así como el método y sistemática seguidos, no queremos concluir esta introducción sin mencionar a aquellas personas e instituciones sin las cuales esta tesis no habría podido concluirse. Aun a riesgo de olvidar citar a alguna de las muchas personas que desinteresada y animosamente ayudaron a esta doctoranda en la búsqueda de material o bien aquéllas que la ayudaron con sus comentarios siempre acertados sobre el contenido de la tesis, desearíamos recordar a todo el equipo del profesor Cardona, repartido entre Castellón y Valencia, por su paciencia, sus continuas muestras de apoyo y confianza y por su ayuda material en la revisión de esta tesis. Igualmente querríamos agradecer a los Centros de Documentación Europea de Castellón y Valencia (y en especial, a sus documentalistas, Dña.Elvira Aleixandre y D.Alfonso Moreira, respectivamente) por su paciencia con la doctoranda, digna del santo Job, por su profesionalidad y por la presteza con la que nos proporcionaron la jurisprudencia solicitada. Dentro de las instituciones comunitarias, desearíamos mencionar a quien nos abrió las puertas de la biblioteca del Parlamento Europeo y del TJCE, D.Gerardo Fernández Albor, con un cariño que sabemos recíproco. Junto a él, no podemos olvidar mencionar la ayuda de Dña.M^a Angeles Martínez Valls, paisana, amiga y diligente funcionaria del Parlamento Europeo. También en el Parlamento, recordamos los interesantes comentarios de D.Alberto Fumagalli y de D.José Luis Rufas Quintana, miembro éste último del Servicio Jurídico. En la biblioteca del TJCE, destacamos la presencia de Dña.M^a Jesús Hatch-Martínez que continuó siendo nuestro vínculo con la biblioteca del TJCE tras nuestro paso por Luxemburgo gracias a

la beca Robert Schuman. El Dr.D.Alejandro Valle Gálvez fue un contertulio magnífico sobre cuestiones científicas relativas a la disciplina de estudio en nuestros meses de trabajo en el Parlamento Europeo. En la Fundación Juan March, recordamos con especial cariño a nuestro tutor y quien guió nuestros primeros pasos en la investigación, el Dr.D.Francisco Rubio Llorente, que siempre estuvo a nuestra disposición y nos ilustró con su vasta cultura en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales. Igualmente, se hace necesario mencionar a los documentalistas de la biblioteca de la fundación, comenzando por su directora, Dña.Martha Wood y, a su lado, Dña.Almudena Knecht y D.Jesús Cuéllar. En Estrasburgo, nos facilitaron la labor de búsqueda de información los bibliotecarios del Institut International des Droits de l'Homme y los del Palais des Droits de l'Homme del Consejo de Europa.

Nuestras últimas palabras quedan reservadas para quienes apostaron más por esta doctoranda y por su proyecto. Por un lado, la Fundación Universitaria San Pablo CEU, en la que desarrollamos nuestra labor docente e investigadora y a los solícitos bibliotecarios de su sede en Valencia, D.José Lendoiro y Dña.Elena Sauri. *Last but not least* el director de la tesis, y maestro de la doctoranda, el Dr.D.Jorge Cardona Lloréns, por sus sabios consejos, su ojo clínico y crítico, su rigor científico, su implicación entusiasta en la empresa, su optimismo y buen humor que siempre contrastaban con la actitud de la doctoranda.

Pese a la colaboración de tantas personas que hicieron posible la conclusión de esta tesis, la responsable única de los posibles errores que pueda contener son atribuibles en exclusiva a la doctoranda y a su tozudez.

INTRODUCCIÓN A LA PRIMERA PARTE

PRIMERA PARTE

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS COMUNIDADES EUROPEAS: DEFINICIÓN, EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y SITUACIÓN ACTUAL

En esta primera parte clasificaremos el sentido que otorgamos para los efectos de esta tesis al concepto de derechos fundamentales. Una vez explicado el contenido que le damos a este concepto, realizaremos una clasificación de los derechos fundamentales en las CCEE dependiendo de quienes los ejercen. Nos parece que estos dos ejercicios previos (saber qué son los derechos fundamentales y conocer cuáles son los sujetos que los ejercen) son necesarios para abordar en la segunda y tercera parte de esta tesis las cuestiones que existen actualmente en el sistema de protección comunitario de los derechos fundamentales. Todo ello se llevará a cabo en el primer capítulo de la tesis (Definición y Análisis de los Derechos Fundamentales protegidos en las Comunidades Europeas). En el segundo capítulo (Evolución Histórica y Situación Actual de la Protección de los Derechos Fundamentales en las Comunidades Europeas), recordaremos toda la evolución histórica que ha sufrido la protección de los derechos fundamentales en el seno de las CCEE, desde un primer momento en el que el TJCE negó la posibilidad de ocuparse de este particular, hasta el momento actual de protección prioritaria. En este segundo capítulo tendremos oportunidad de desenvolvernos en conceptos como "los principios generales del Derecho Comunitario" (dado que se basándose en éstos cómo el TJCE se ha estimado competente para proteger los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario), así como en el análisis del tratamiento que reciben los derechos fundamentales en el TUE. Con respecto a este último punto, haremos especial referencia al valor del CEDH en el TUE y en la jurisprudencia del TJCE. Este segundo capítulo, por lo tanto, nos dará una visión de conjunto sobre el estado de la salvaguarda de los derechos

INTRODUCCIÓN A LA PRIMERA PARTE

En esta primera parte clarificaremos el sentido que otorgamos para los efectos de esta tesis al concepto de derechos fundamentales. Una vez explicado el contenido que le damos a este concepto, realizaremos una clasificación de los derechos fundamentales en las CCEE dependiendo de quiénes sean los beneficiarios de éstos. Nos parece que estos dos ejercicios previos (saber a qué nos referimos cuando hablamos de derechos fundamentales y conocer quiénes pueden ser sus distintos beneficiarios) son necesarios antes de abordar en la segunda y tercera parte de esta tesis las quiebras que existen actualmente en el sistema de protección comunitario de los derechos fundamentales. Todo ello se llevará a cabo en el primer capítulo de la tesis (Definición y Análisis de los Derechos Fundamentales protegidos en las Comunidades Europeas). En el segundo capítulo (Evolución Histórica y Situación Actual de la Protección de los Derechos Fundamentales en las Comunidades Europeas), rememoraremos toda la evolución histórica que ha sufrido la protección de los derechos fundamentales en el seno de las CCEE, desde un primer momento en el que el TJCE negó la posibilidad de ocuparse de este particular, hasta el momento actual de protección pretoriana. En este segundo capítulo tendremos oportunidad de detenernos en conceptos como “los principios generales del Derecho Comunitario” -dado que es basándose en éstos cómo el TJCE se ha estimado competente para proteger los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario-, así como en el análisis del tratamiento que reciben los derechos fundamentales en el TUE. Con respecto a este último punto, haremos especial referencia al valor del CEDH en el TUE y en la jurisprudencia del TJCE. Este segundo capítulo, por lo tanto, nos dará una visión de conjunto sobre el estado de la salvaguarda de los derechos

fundamentales desde los inicios de esta protección hasta el momento actual, regido aún por las disposiciones del TUE en su versión de 1991. En el tercer y último capítulo de la primera parte (Los Últimos Desarrollos de la Protección de los Derechos Fundamentales en las Comunidades Europeas), abordaremos los últimos desarrollos en los que se ha concretado la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario. Primeramente, nos ocuparemos de lo que pudo ser y no fue, es decir, el proyecto de Constitución Europea. Este documento nos permitirá entender cuál era el enfoque progresista y global que el Parlamento Europeo pretendía dar a la protección de los derechos fundamentales en el seno de la UE. El proyecto fue finalmente abandonado, pero sin embargo nos proporcionará ideas sobre en qué línea se podrían dirigir las propuestas y mejoras de la protección de derechos fundamentales. Seguidamente se estudiará el dictamen 2/94 sobre la adhesión al CEDH en el que el TJCE concluye que en el estado actual del Derecho Comunitario, la CE no tiene competencia para adherirse a este acuerdo internacional. Este dictamen se estudiará en tanto que texto que condiciona el sistema o modo de protección de los derechos fundamentales. Por último, se estudiará en este tercer capítulo los avances producidos en la materia en el Tratado de Amsterdam, haciendo también alusión al resto de las propuestas que fueron defendidas en el seno de la CIG 1996 y que no prosperaron. El Tratado de Amsterdam constituye el futuro de la protección de los derechos fundamentales (y que pronto será presente), de ahí la importancia de estudiar en profundidad sus disposiciones sobre derechos fundamentales. Con el análisis realizado en estos tres capítulos, esperamos que se alcance el objetivo perseguido en esta primera parte: proporcionar una definición clara del concepto de derechos fundamentales manejado y aportar una visión global de cuál ha sido la evolución de la protección de los derechos fundamentales en las CCEE, para así entender mejor el momento actual de esta protección y su desarrollo futuro a través del Tratado de Amsterdam.

CAPÍTULO I

DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

1. Definición de los derechos fundamentales

Nuestro objetivo consiste en analizar la protección de los derechos fundamentales en las CCEE. Un comienzo mínimamente responsable de esta empresa exige analizar qué entendemos por derechos fundamentales en el contexto de las CCEE.

Vivimos en una época en la que se utiliza el lenguaje de los derechos con gran profusión, y a menudo consideramos como un derecho fundamental algo que no lo es. Esta conciencia más o menos abstracta y más bien poco reflexionada sobre la existencia de los derechos fundamentales lleva frecuentemente a los autores a no plantearse que la primera cuestión que hay que resolver cuando se aborda el tema de los derechos fundamentales en las CCEE o en cualquier otra organización internacional o entidad, es precisamente la terminológica: ¿Qué queremos decir con derechos fundamentales? ¿Qué entendemos por derechos fundamentales en las CCEE? ¿Cuáles son en concreto esos derechos fundamentales?

La cuestión no es trivial. Cuando se analiza la doctrina uno se percata de que o bien bajo una misma advocación se tratan diferentes tipos de derechos subjetivos, o bien ocurre

el fenómeno contrario: se manejan diferentes expresiones para referirnos a un mismo tipo de derechos en la creencia de que todos estamos familiarizados con ellas¹¹.

Entendemos que sin un estudio previo del significado de la expresión, no podremos concluir sobre cuestiones como si la garantía judicial de la protección de los derechos fundamentales en las CCEE es suficiente, si es mejorable, si está sobrepasada, etc. Somos conscientes de que esta primera cuestión que nos planteamos tiene difícil, si no imposible solución¹² ya que el concepto de lo que son los derechos fundamentales difiere incluso entre diferentes disciplinas jurídicas (Derecho Internacional, Derecho Constitucional, Filosofía del Derecho). Numerosos autores que se han ocupado del tema concluyen que no existe univocidad en la expresión Derechos Fundamentales, por lo que puede evocar a un autor un

¹¹Ejemplos de las diferentes expresiones utilizadas son las siguientes:

"Fundamental Human Rights" (vide WEILER, Joseph H.H; LOCKHARDT: "Taking Rights Seriously" Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence", en *Common Market Law Review* 1995, pp.527-627, *passim*); "Essential Human Rights" (vide BERNHARDT, Rudolf: "The International Enforcement of Human Rights", en *International Enforcement of Human Rights*, 1985, Bernhardt and Jolowicz (eds), Springer Verlag, Heildelberg, pp.143-158; p.155); "Fundamental Personal Human Rights" (vide HERVEY, Tamara K.: "Legal Issues Concerning the Barber Protocol", en *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, 1994, Chancery Law Publishing, Chichester, pp.329-337, *passim*); "Derechos Fundamentales Clásicos" (vide NERI, Sergio: "Le Droit Communautaire et la Cour Constitutionnelle Italienne: La Protection des Droits Fondamentaux", en *Rivista di Diritto Europeo* 1989, vol.XXIX, pp.81-98, p.83); "Derechos Humanos Clásicos" (vide GONZALEZ NAVARRO, Francisco: "Los Derechos Humanos en la Comunidad Europea", en *Persona y Derecho* 1990, n°212, pp.37-144, p.80); "Basic Human Rights" (vide LANNUNG, Hermod: "Human Rights and the Multiplicity of European Systems for International Protection", en *Revue des Droits de l'Homme* 1973, vol.4, pp.651-661, p.658); "Derechos Humanos" (CASSESE, CLAPHAM, WEILER 1992 en *EUI Working Papers in Law*, *op.cit.*, *passim*. Vide también: LÓPEZ-MEDEL Y BASCONES, Manuel: "Tendencias Últimas de la Política Comunitaria de Derechos Humanos", en *Noticias de la Unión Europea* 1995, n°121, pp.25-28, *passim*); "Derechos Humanos de la Persona" (vide DUBUOIS: "El Papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales* 1984, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp.563-597, p.571); "Derechos Fundamentales del Ciudadano Comunitario" (vide FERNANDEZ TOMÁS, Antonio: "La Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales del Ciudadano Comunitario", en *Poder Judicial* 1985, n.14, pp.109-114, *passim*); "Derechos Fundamentales de la Personalidad Humana" (VALENTI, Angelo: *Dalla Salvaguardia della Persona Alla Realizzazione Progressiva dell'Unità Europea*, 1990, Università degli Studi di Perugia, Edizione Scientifiche, p.13).

¹²DUBUOIS se hace eco de esta dificultad: "El problema puede parecer, y con razón, irresoluble a cualquier espíritu medianamente inspirado por el rigor científico. Por ello, los estudios consagrados a los derechos fundamentales suelen evitar cuidadosamente cualquier definición" (DUBUOIS, 1984, *op.cit.*, p.566).

También DRZEMCZEWSKI constata la dificultad de la empresa de definirlos (DRZEMCZEWSKI, Andrew: "Fundamental Rights and the European Communities. Recent Developments", en *The Human Rights Review*, 1997, vol.II, n°1, pp.69-86, p.79).

contenido más amplio que a otro. Por todo ello debemos adelantar que finalmente adoptaremos una definición instrumental de los derechos fundamentales en las CCEE, es decir, no pretenderemos dar con la definición auténtica o ajustada, sino que aceptaremos la utilizada por el Tribunal de Justicia de las CCEE (TJCE), dando a la expresión el contenido que el TJCE da a los derechos fundamentales en las CCEE e intentando justificar la bondad o al menos la utilidad de esta elección.

Muchas son las definiciones que se han dado de los derechos fundamentales. En buena lógica, si entendemos diferentes cosas a partir de un mismo término, nunca podremos estar de acuerdo sobre qué derechos tienen el carácter de fundamentales.

HILF entiende por tales:

"... [rights] which must not be violated by any action of the public authorities whether by the legislature, the executive or the judiciary; one may also include those rights which are mainly limited to setting out programmes for the legislature, like certain social and economic rights"¹³.

Por su parte, APARICIO y GONZALEZ RUIZ argumentan:

"En la actualidad, pues, por derechos fundamentales ... han de entenderse aquellos derechos reconocidos por la Constitución que son de aplicabilidad directa y cuentan con garantías de protección creadas por el propio texto constitucional. En definitiva ... lo que define a los derechos fundamentales es su constitucionalización, su eficacia directa, su contenido esencial que no puede disminuir por voluntad del legislador o de cualquier otro poder público, y su protección jurisdiccional inmediata"¹⁴.

¹³HILF M: "The Protection of Fundamental Rights in the Community", en *European Law and the Individual* 1976, Jacobs, F.G. (eds), North Holland, Amsterdam, pp.145-160, p.145.

¹⁴APARICIO, Miguel A. y GONZALEZ, Francisco: *Acta Única Europea y Derechos Fundamentales* 1992, Signo, p.30.

La lectura de estas dos definiciones demuestra una diferente concepción de los derechos fundamentales, la primera iusnaturalista (como derechos naturales, que pre-existen al derecho y que deben ser respetados por éste) o positivista la segunda (como derechos constitucionales, que constituyen la estructura básica del sistema social y político y que gozan de coercibilidad por estar recogidos en la constitución, esto es, como derechos legales y coercibles). Estas dos concepciones se enfrentan en la frase siguiente de LOEWENSTEIN:

"... en el fondo de lo que se trata es de si los derechos fundamentales ... son traídos consigo por el hombre con su nacimiento a la sociedad estatal, siendo, pues, inviolables e inalienables dado su carácter natural, o por si por el contrario, son otorgados por la sociedad estatal en virtud del orden de la comunidad, pudiendo ser, por lo tanto, limitados y determinados en su ámbito de aplicación"¹⁵.

Nosotros optamos por una concepción intermedia encerrada en un documento de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo que entiende los derechos fundamentales como:

"Los provistos de las garantías positivas y que son proclamados por disposiciones escritas de la Constitución o se inscriben en una tradición constitucional constante consagrada por el legislador o la *jurisprudencia*"¹⁶.

Posteriormente quedará demostrado que esta definición es la que más se adecua al tipo de protección de los derechos fundamentales que realizan las CCEE -basada en la labor jurisprudencial del TJCE y del Tribunal de Primera Instancia (TPI)- puesto que en las CCEE, a falta de una declaración de derechos vinculante y con sólo ciertos derechos fundamentales de contenido socio-económico mencionados en los tratados constitutivos, "es

¹⁵ Citado por GONZALEZ NAVARRO *op.cit.*, p.169.

¹⁶ P.E. DOC 297, Informe al Parlamento Europeo de Marigne JOZEAU de 28 de Febrero de 1973. La cursiva es nuestra.

Del mismo parecer es MARCOUX, Laurent Jr: "The Concept of Fundamental Rights in European Economic Community Law", en *Georgia Journal of International Law* 1983, vol.13, pp.667-713, p.667.

la consagración jurisprudencial la que les otorga su valor jurídico"¹⁷. La definición por la que optamos huye del positivismo por cuanto los derechos fundamentales pueden ser proclamados no sólo por la ley (la Constitución), sino que también pueden ser inferidos por el juez con una interpretación amplia y no restrictiva del ordenamiento jurídico¹⁸.

Nos consta el profuso uso que se hace de la expresión Derechos Humanos. Tres son los contenidos que normalmente se le asignan a tal expresión: por un lado, como derechos mínimos de la persona, inherentes a su dignidad humana, irrenunciables e inviolables (como núcleo duro o núcleo mínimo de derechos que debe disfrutar una persona). Por otro lado, como el conjunto formado por los derechos de primera generación (civiles y políticos), más los de segunda generación (económicos, sociales y culturales) y los derechos de la tercera generación (derecho al desarrollo, al medio ambiente, a la paz...) ¹⁹. Y en último lugar, como ideas que pertenecen más al campo de la Ética o de la Filosofía Moral que al Derecho. Según esta última concepción, los derechos humanos pertenecerían al mundo de los valores y no serían un concepto de Derecho positivo. Serían las ideas sobre qué es lo justo, lo moral, lo correcto. Una vez tales ideas o principios programáticos son adoptadas por un orden jurídico, se les reconoce como derechos subjetivos a través de una Constitución, de la legislación o al menos a través de la jurisprudencia, se convierten en derechos fundamentales. Su reconocimiento como tales en el ordenamiento significa que el consenso político se articula en torno a tales principios valorativos, adquieren un status privilegiado y por tanto son objeto de una protección especial dentro de ese ordenamiento²⁰, se convierten en derechos en sentido estricto, susceptibles de ser invocados ante los

¹⁷RIDEAU: "El Papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Técnicas de Protección", en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales* 1984, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp.737-561, p.549.

¹⁸A la misma conclusión llega RODRÍGUEZ IGLESIAS para quien "...en el Derecho Comunitario, el concepto de derechos fundamentales no es un concepto normativo, en el sentido de que no está dogmáticamente elaborado ni es posible determinar con exactitud las consecuencias jurídicas que se asocian a la calificación de un determinado derecho como fundamental" (RODRÍGUEZ IGLESIAS, 1993, *cit.*, p.220).

¹⁹Este es el contenido que normalmente dan las Naciones Unidas a este concepto.

²⁰ROBLES MORCHÓN, Gregorio: *Los Derechos Fundamentales y la Ética en la Sociedad Actual*, 1992, Cívitas, *passim*.

tribunales²¹. Nosotros adoptamos esta última definición de los derechos humanos, sin perjuicio de la licitud de su invocación con cualquiera de los otros dos sentidos mencionados previamente e incluso de la compatibilidad de la primera definición con las otras dos. Nuestro argumento sería el siguiente: los derechos humanos son los valores o principios ajenos al mundo jurídico que, una vez positivizados (a través de la ley o la jurisprudencia) constituyen derechos fundamentales. En consecuencia, lo que definiría a los derechos fundamentales no sería sus beneficiarios (los derechos fundamentales no tienen por qué ser todos ellos de carácter universal) sino el hecho de suponer el reflejo en un ordenamiento jurídico a través de derechos subjetivos (individuales y/o colectivos) de los derechos humanos y el estar dotados de garantías que aseguren su respeto en ese ordenamiento.

Aplicando esta noción de los derechos fundamentales a un ordenamiento tan peculiar como es el comunitario, ocurre que en las CCEE se reconocen derechos fundamentales principalmente por la vía jurisprudencial (no a través de una Constitución que aún no existe, razón por la que los derechos fundamentales en las CCEE no son derechos constitucionales). Dentro de estos derechos fundamentales, distinguimos unos que se predicen de cualquier persona por el mero hecho de su dignidad humana y que las CCEE deben respetar tanto respecto a los nacionales de los Estados miembros, como respecto a residentes no comunitarios en territorio CE, turistas, apátridas, refugiados, etc²², así como derechos fundamentales de los nacionales de los Estados miembros, derechos éstos últimos que no pretenden ser universales, ni beneficiar a cualquier persona sino sólo a aquellos que son nacionales de alguno de los Estados miembros de la UE.

La existencia de derechos fundamentales de todos los hombres y otros derechos fundamentales cuyos titulares son sólo ciudadanos comunitarios no debe llevar en principio a escándalo. Tal diferencia existe en cualquier ordenamiento estatal, donde hay una serie de

²¹RUIZ-JARABO, Dámaso: "Técnica Jurídica de Protección de los Derechos Fundamentales" en *Revista de Instituciones Europeas*, 1990, pp.151-182, p.155.

derechos básicos o mínimos que se respetan en la persona de nacionales o extranjeros, junto a otros derechos cuyo disfrute corresponde sólo a los nacionales de ese estado. De hecho, la existencia de un status diferenciado para los nacionales es la que produce la existencia de una comunidad jurídico-política diferenciada²³. Otra cuestión distinta es si sería deseable que ciertos derechos fundamentales de ciudadanos comunitarios se extendieran a todos los hombres en el seno de las CCEE para evitar que exista una separación demasiado rígida entre "la suerte de los asalariados comunitarios y no comunitarios, entre inmigración con libre circulación e inmigración controlada y en condiciones de infraderecho"²⁴ "a la vista de que la regulación de estos últimos, es decir, de los ciudadanos extracomunitarios, es más dura y restrictiva porque ha de hacerse frente a los derechos singulares de los ciudadanos europeos"²⁵.

En cualquier caso, procede aquí reiterar que esta clasificación de los derechos fundamentales en las CCEE no pretende ser la única posible²⁶, simplemente pretende clarificar cómo se utilizarán estos derechos en este trabajo, porque se parte de la base de que en el seno de las CCEE existe la misma confusión de vocabulario relativo a los derechos fundamentales como la que existe en otros ámbitos²⁷. Seguimos al adoptar esta

²²Derechos que algún autor denomina Basic Human Rights o Classical Human Rights. Vide LAWSON, Rick: "Human Rights in Europe. Part II. The European Court of Justice and Human Rights", en *Leiden Journal of International Law* 1992, vol.5, n°1, pp.98-115, p.100.

²³ALONSO GARCIA, Ricardo: "Los Derechos Fundamentales y Comunidades Europeas", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría* 1991, Tomo II, Cívitas, Madrid, pp.799-836, p.820ss.

²⁴ORTIZ-ARCE de la FUENTE, Antonio: "La Extranjería no Comunitaria en el Marco de la Comunidad Económica Europea", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 1992, n 12, pp.207-231, p.225.

²⁵FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio: "La Circulación de los Ciudadanos Extracomunitarios en la Unión Europea", *Cuadernos Europeos de Deusto* 1995, n.12, pp.11-29, p.12.

²⁶ De hecho, otros autores se ha preocupado de la delimitación terminológica de este objeto de estudio y han realizado sus propuestas personales y alternativas de sistematización de los derechos protegidos en el orden comunitario (vide KAKOURIS, Konstantinos: "La Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes relative aux Droits de l'Homme", en *Grundrechtsschutz Im Europäischen Raum* 1993, J.Ilioupoulos-Strangas (ed.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, pp.183-201, p.184).

²⁷MASSART-PIERARD, Françoise: "La Communauté Européenne et les Droits Fondamentaux", en *Francophonie, CEE et Droits Fondamentaux* 1991, Academia, Louvain-la-Neuve, pp.155-193, p.187.

definición de los derechos fundamentales en las CCEE la concepción de los derechos fundamentales que utilizan tanto el TJCE como el TPI -como se comprobará más adelante cuando se analice la jurisprudencia comunitaria- porque, aunque ninguno de estos dos órganos ha definido lo que entiende por derechos fundamentales, de su jurisprudencia se desprende que a menudo con tal expresión protege derechos básicos de la persona, y otras veces derechos de nacionales comunitarios.

2. Los derechos protegidos

En los tratados constitutivos de las CCEE no existe una declaración de derechos fundamentales, no obstante lo cual, existen ciertos derechos consignados de manera dispersa en los tratados, así como otros cuya protección a nivel comunitario ha sido declarada sólo jurisprudencialmente. También existen derechos que aparecen únicamente mencionados en documentos comunitarios (declaraciones de Jefes de Gobierno, Resoluciones del Parlamento Europeo, etc.) documentos que no tienen valor jurídico vinculante, razón por la que su enunciación en una resolución o en una declaración de una institución no tiene más consecuencia que la de servir como guía y constituir principios programáticos para la actuación de las instituciones comunitarias.

Se hace necesaria por tanto la pregunta de qué derechos concretamente son considerados como derechos fundamentales en las CCEE, cuáles son objeto de protección. Antes de realizar el listado (no exhaustivo) de derechos fundamentales que a nuestro entender son protegidos a nivel comunitario, conviene recordar que muchos de ellos tendrán un marcado carácter socio-económico en virtud del origen de las CCEE y de la relevancia que aún hoy tienen los factores económicos en el marco comunitario²⁸.

²⁸ Para un estudio en profundidad de los derechos protegidos en las CCEE, existen dos obras colectivas en las que de manera monográfica se analizan muchos de los derechos protegidos (GIL ROBLES, José María (ed.): *Los Derechos del Europeo* 1993, Incipit, Madrid. Véase también CASSESE, Antonio; CLAPHAM, Andrew;

Algunos de los derechos que mencionaremos estarán consignados en el derecho originario. Muchos de ellos figurarán en los distintos documentos sin obligatoriedad jurídica aprobados por las instituciones comunitarias, pero no será ésta la razón de que los consideremos como protegidos por el ordenamiento comunitario, sino su paralelo reconocimiento en los tratados, en actos comunitarios con vinculatoriedad jurídica o en las sentencias del TJCE y el TPI a través de un mecanismo que estudiaremos más tarde en esta primera parte de la tesis como principios generales del Derecho Comunitario.

Dentro de los derechos fundamentales protegidos por las CCEE distinguiremos entre los derechos fundamentales de los que disfruta cualquier persona, los derechos fundamentales de los nacionales comunitarios, así como un tercer género de derechos, considerados como derechos fundamentales por algunos y por otros no, que se predicán también en exclusiva de los nacionales de los Estados miembros y que son los derechos de los arts.8-8E del TUE, es decir, los derechos de ciudadanía²⁹.

2.1. Derechos de la Persona Humana

Si bien es cierto que la persona humana goza de una amplia protección en cada uno de los Estados miembros en los ordenamientos nacionales, los Estados no son los únicos que pueden violar los derechos de la persona. La normativa comunitaria también puede tener repercusiones negativas sobre éstos, y por ello también las CCEE, como comunidad de derecho, han de respetar los derechos mínimos que cualquier sociedad ha de reconocer a

WEILER, Joseph H.H.: *Human Rights and the European Community: The Substantive Law* 1991, vol.III, Nomos Verlag).

²⁹La idea de la existencia de una categoría general de derechos fundamentales en las CCEE, dentro de la cual conviven derechos reconocidos a toda persona independientemente de su nacionalidad, junto a otros derechos exclusivos de los nacionales de los Estados miembros, la compartimos con LIROLA DELGADO, M^aIsabel: *Libre Circulación de Personas y Unión Europea* 1994, Cívitas, Madrid, p.269; GREWE, Constance: *Les Droits Fondamentaux des Étrangers dans les Pays de l'Union Européenne* 1995, Working Paper Instituto Universitario Ortega y Gasset, 23 Febrero, p.14; WEILER y LOCKHARDT, *op.cit.*, pp.594-596; LIÑAN NOGUERAS, Diego: "Derechos Fundamentales y de Ciudadanía en la Constitución Europea", en *La Constitución Europea* 1994, Universidad Complutense de Madrid, pp.75-86.

quien se encuentre en su territorio³⁰. La mayoría de estos derechos son de carácter civil, y se trata de las clásicas libertades decimonónicas. A pesar de que en un principio se consideró que la mayoría de estos derechos difícilmente podían ser violados por las CCEE y que por ello no era necesaria la consagración de su protección, la experiencia jurisprudencial ha demostrado la "capacidad" de las CCEE para violar derechos de la persona humana.

Estos derechos cuyos beneficiarios son todos los seres humanos han ido surgiendo a través de una casuística elaboración jurisprudencial del modo indicado en los anteriores apartados, por lo que constituyen un catálogo abierto y en continua ampliación. Una buena síntesis de este tipo de derechos fundamentales lo tenemos también en el CEDH³¹, convenio que tiene una particular relevancia en el ámbito comunitario.

En diferentes momentos de la evolución comunitaria, sus instituciones han intentado "cerrar" tal catálogo adaptando los derechos del CEDH al ámbito europeo e incluso añadiendo nuevos derechos susceptibles de ser conculcados por las CCEE (p.ej. con la Declaración Conjunta del Parlamento Europeo, Consejo y Comisión de 1977, o con la Declaración del Parlamento Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1989 -la cual recoge también derechos colectivos-, y últimamente con la Declaración de Derechos incluida en el proyecto (hoy abandonado) de Constitución Europea de 1994 propuesto por la Comisión de Asuntos Institucionales del Parlamento Europeo, documento que aunque hoy hay que acoger con todas las cautelas por no ser derecho vigente, sí nos es muy útil como medio para conocer las propuestas para el futuro en esta materia). Con todos estos textos, las instituciones han procurado producir un mayor grado de seguridad jurídica, que las personas conocieran sus derechos *a priori* y no tras su sometimiento individualizado al TJCE, pero al no tener carácter vinculante ninguno de ellos, a la postre tales documentos nos sirven solamente como orientación jurídica.

³⁰PEREZ VERA, Elisa: "La Protección de los Derechos Humanos en la Comunidad Europea", en *Sistema* 1993 pp.139-151, p.146.

Entre estos derechos, y sin ánimo de ser exhaustivos, destacan: el derecho a la vida, derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, derecho a la libertad y a la seguridad de la persona, igualdad ante la ley, libertad de pensamiento, conciencia y religión, incluida la objeción de conciencia, libertad de expresión e información, derecho al respeto de la identidad de la persona y de su personalidad, derecho a la intimidad, a la vida privada y familiar, secreto de las comunicaciones y de la correspondencia e inviolabilidad del domicilio, libertad de asociación y de reunión, derecho de propiedad, derechos de la defensa (tutela judicial efectiva, derecho a ser oído y derecho a un juicio justo y derecho a no inculparse a sí mismo).

Se hace necesario realizar varias precisiones sobre el listado aportado:

1. A primera vista, ciertos de los derechos recién citados tienen poco que ver con el ordenamiento comunitario³² y parece que difícilmente puedan ser conculcados debido a la falta de competencias de las CCEE en esas materias. No obstante, la experiencia ha demostrado cómo el incremento competencial paulatino de las CCEE ha supuesto una violación de derechos que hasta ese momento parecían de imposible conculcación por las CCEE. Por ello, tanto la Declaración Conjunta de 1977 como el Proyecto de Constitución de 1994 incluyen cautamente derechos como el derecho a la vida o a la integridad física.

2. La Declaración del Parlamento Europeo de 1989 incluye junto a derechos fundamentales de todos (civiles y políticos) otros de carácter económico y social que, aunque en la Declaración se predicen también de todos, en la práctica del Derecho Comunitario sus beneficiarios son por lo general los nacionales de los Estados miembros. Con la inclusión de derechos fundamentales socio-económicos, esta declaración se hace eco

³¹ Vide WISTRICHT, Ernest: *After 1992: The United States of Europe* 1989, Routledge, London, p.78.

³² En este sentido se pronuncian PAULIN, Bernard; MINCH, Mary: "The European Community and the European Convention on Human Rights", en *Government and Opposition* 1980, vol.15, pp.31-47, p.41.

de los nuevos tiempos³³ por lo que su texto sirvió como base para la redacción de la Declaración de Derechos incluida en el proyecto de Constitución Europea³⁴.

3. Ciertos de estos derechos están contenidos también en el CEDH, o incluso en alguno de sus protocolos. Pero ello no significa tampoco que todo derecho incluido en un Protocolo al CEDH haya sido en la práctica o sea considerado en la práctica comunitaria como derecho fundamental del orden comunitario. El reconocimiento de los derechos de los protocolos como derechos fundamentales del orden comunitario se realiza caso por caso por parte del TJCE y con la colaboración del TPI. De este modo casuístico y selectivo el juez comunitario establece que ciertos de estos derechos son también predicables en el orden comunitario.

4. Ciertos de los derechos mencionados, a pesar de no estar incluidos expresamente ni en el CEDH ni en sus protocolos, han sido consagrados jurisprudencialmente como derechos fundamentales del ordenamiento comunitario (p.ej. el derecho de la persona física a no declararse culpable).

5. En algunos casos, nos encontramos con principios difícilmente articulables en el plano abstracto como auténticos derechos subjetivos, pero que cuando son aplicados al caso concreto por el TJCE y el TPI, son interpretados en favor del individuo, creando en el patrimonio jurídico de éste un derecho subjetivo invocable por él (p.ej, el principio de proporcionalidad³⁵, *ne bis in idem*³⁶, protección de la confianza legítima³⁷, seguridad

³³Vide TWOMEY, citando a CAPPELLETTI: "To exclude social rights from a modern Bill of Rights, is to stop history at the time of the laissez-faire..." (en TWOMEY, Patrick M.: "The European Union: Three Pillars without a Human Rights Foundation", en *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, 1991, David O'Keeffe y Patrick Twomey (eds.), Chancery Law Publishing, Chichester, pp.121-132, p.131).

³⁴ El informe final del Comité de Sabios sobre Derechos Civiles y Sociales creado por la Comisión abogaba por la extensión de los derechos sociales a todos los residentes en la CE (Informe Final de Marzo de 1996 del Comité de Sabios presidido por María Lourdes PINTASILGO "For a Europe of Civic and Social Rights" parte III, punto 2, p.21).

³⁵Sentencia del TJCE de 17 de Diciembre de 1970, INTERNATIONALE HANDELSGELLSCHAFT mbH/EINFUHR-UND VORRATSSTELLE FÜR GETREIDE UND FUTTERMITTEL, C-11/70, Rec.1970, pp.1161ss, p.1058.

jurídica³⁸, prohibición de retroactividad de las normas penales³⁹, principio del control judicial de los actos administrativos⁴⁰).

LIÑAN NOGUERAS ha establecido una tipología excepcional de los derechos fundamentales en el seno de las CCEE. De acuerdo con su nomenclatura, los derechos que acabamos de analizar se corresponderían con los "contenidos esenciales generales"⁴¹, es decir, con los derechos y libertades tradicionales. Sus características serían su aplicación, siempre, en cualquier lugar, para todos los hombres y plenamente⁴².

En el ámbito de las CCEE, tales contenidos generales esenciales carecen de una formulación a través de un documento vinculante. Por ello se hace necesario su "descubrimiento" jurisprudencial con la ayuda de principios generales del derecho -que luego estudiaremos- y que se inspiran en las Constituciones de los Estados miembros y en los tratados internacionales.

³⁶Sentencia del TJCE de 14 de Diciembre de 1972, BOEHRINGER MAHHEIM GmbH/COMISIÓN, C-7/72, Rec.1972, pp.1281ss, p.1284.

³⁷Sentencias del TJCE de 1 de Febrero de 1978, LUEHRS/HAUPTZOLLAMT HAMBURG-JONAS, C-78/77, Rec.1978, pp.169ss p.179 y del TPI de 19 de Octubre de 1995, JOHN CARVEL Y GUARDIAN NEWSPAPER Ltd./CONSEJO, T-194/94, Rec.1995, pp.II-2767ss, p.2781.

³⁸Sentencias del TJCE de 15 de Diciembre de 1966, HANS DIETER MOSTHAF/COMISIÓN, C-34/65, Rec.1966, p.753ss, p.769 y de 12 de Noviembre de 1981, SALUMI Y OTROS/AMMINISTRAZIONE DELLE FINANZE DELLO STATO, as.ac.C-212/80 a 217/80, Rec.1981, pp.2735ss, p.2751.

³⁹Sentencia del TJCE de 10 de Julio de 1984, REGINA/KENT KIRK, C-63/83, de 10 de Julio de 1984, Rec.1988, pp.2689ss, p.2690.

⁴⁰Sentencia del TJCE de 15 de Mayo de 1986, MARGUERITE JOHNSTON/CHIEF CONSTABLE OF THE ROYAL ULSTER CONSTABULARY, C-222/84, Rec.1986, pp.1651ss, p.1683.

⁴¹LIÑAN NOGUERAS 1994, *op.cit*, p.81.

⁴²*Vide* KAKOURIS, C.N: "L'Universalité del Droits de l'Homme. Le Droit d'être Différent. Quelques Observations", en *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco* 1993, Tecnos, Madrid, pp.415-425, p.417.

2.2. Los Derechos de los Nacionales de los Estados miembros en las Comunidades Europeas

Junto a los derechos fundamentales de los que disfruta cualquier persona, las CCEE han ido positivizando otros derechos fundamentales cuyo disfrute es exclusivo de los nacionales de los Estados miembros. Todo este conjunto amplio de derechos se diferencia del anteriormente descrito en que muchos de ellos aparecen formalmente consignados en los tratados constitutivos y no sólo en la jurisprudencia del TJCE⁴³. Dentro de ellos, cabría distinguir dos tipos cuya diferenciación es más artificial que real -su separación en dos categorías se ha debido a razones más bien políticas- a saber, los derechos fundamentales de los nacionales comunitarios (de contenido fundamentalmente socio-económico) y los derechos de la ciudadanía europea (arts.8-8E TUE). Ambos tipos recogen derechos que normalmente el Estado reserva a sus nacionales. Simplemente ocurre que las CCEE ha decidido ampliar el catálogo de beneficiarios, igualando a sus nacionales con los de los otros Estados miembros de las CCEE.

2.2.1. Derechos Propios del Nacional Comunitario

Las CCEE han querido desde un principio premiar la condición de nacional comunitario con una serie de beneficios que, cuando ingresan en su patrimonio jurídico, se convierten en derechos de los llamados de segunda generación. Las CCEE ni están capacitadas, ni están dispuestas para ampliar el ámbito personal de aplicación de estos derechos a nacionales de terceros Estados, y la consecuencia de esto es que el estatuto de los

⁴³Son los que BALDASSARRE denomina "diritti dell'uomo europeo" (BALDASSARRE, Antonio: "L'Identità e i Diritti dei Cittadini", en *Il Mercato Unico Europeo e Privato nell'Europa degli Anni '90*, 1991, Giunffré, Milano, pp.457-464, p.460).

extranjeros es menos favorable que el aplicado a los nacionales comunitarios⁴⁴. Sin embargo hay dos casos en los que estos derechos se extienden a nacionales de terceros Estados:

⁴⁴ Diferentes autores han criticado la consagración de la exclusión de los ciudadanos de terceros Estados en territorio comunitario:

WEILER, Joseph H.H.: "Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC Nationals", en *European Journal of International Law* 1992, vol.65, n°3, pp.72-84. AKANDJI-KOMBÉ, Jean-François: "Les Droits des Étrangers et leur Sauvegarde dans l'Ordre Communautaire", en *Cahiers de Droit Européen* 1995, n°3-4, pp.351-381, p.353, donde el autor afirma que "...le droit communautaire ne se préoccupe guère du sort des étrangers". HAILBRONNER, Kay: "Third-Country Nationals and European Community Law", en *A Citizen's Europe* 1995, Allan Rosas y Esko Antola (eds.), Sage, Cambridge, pp.182-206, p.296, quien sin embargo es más optimista y considera que es un objetivo de la Comunidad el garantizar igual tratamiento a nacionales de terceros Estados residentes en territorio comunitario. Justo al contrario que PEERS, quien estima que a pesar de la numerosa población comunitaria proveniente de terceros Estados, no se ha hecho ningún esfuerzo en las CCEE para mejorar su suerte a efectos de no discriminación (PEERS, Steeve: "Towards Equality: Actual and Potential Rights of Third-Country Nationals in the European Union", en *Common Market Law Review* 1996, n°33, pp.7-50, p.36). CREMONA, Marise: "Citizens of Third Countries: Movement and Employment of Migrant Workers within the European Union", en *Legal Issues of European Integration* 1995, n°2, pp.87-113, p.87, donde se recoge la conocida idea de que los ciudadanos de Estados terceros han sido prácticamente invisibles para el Derecho Comunitario. JESSURUN D'OLIVEIRA, Hans Ulrich: "Union Citizenship: A Pie in the Sky?", en *A Citizen's Europe* 1995, Allan Rosas y Esko Antola (eds.), Sage Publications, pp.50-84, p.77, donde menciona explícitamente el término "exclusión" para referirse a la situación de los nacionales de terceros Estados. También BORRÁS se hace eco de la situación privilegiada del ciudadano comunitario: BORRÁS, Alegría: "Los Ciudadanos no Europeos en la Unión Europea", en *Sistema* 1993, n°114-115, pp.223-234 en su estudio sobre la situación de nacionales de terceros Estados en España. HOOGENBOOM, Thomas: "The Status of Non-Community Nationals in Community Law", en *European Journal of International Law* 1992, vol.36, n.3, pp.36-52, p.39 y 52. Este autor realiza unas afirmaciones muy críticas por no otorgar la CE derechos socioeconómicos adecuados y suficientes (libertad de circulación, igualdad de trato, derecho de residencia, seguridad social, condiciones de trabajo justas) a los residentes no comunitarios. La misma idea ya la manifestaba en: HOOGENBOOM, Thomas: "The Position of Those who are Not Nationals of a Community Member State", en *Human Rights and the European Community: Methods of Protection* 1991, A.Cassese, A.Clapham y J.Weiler (eds.), Nomos Verlag, Baden-Baden, pp.351-422, p.353. STANGOS, Tetros: "Les Ressortissants d'États Tiers au Sein de l'Ordre Juridique Communautaire", en *Cahiers de Droit Européen* 1992, pp.306-347, especialmente pp.318-319, donde denuncia la ausencia de aspectos de protección social en el tratamiento de trabajadores migrantes no comunitarios. CULLEN, Holly: "From Migrants to Citizens? European Community Policy on Intercultural Education", en *International Comparative Law Quarterly* 1996, vol.45, n°1, pp.109-129, p.109, quien a su vez denuncia lo que tacha como una "debilidad" de la Comunidad: la distinción que realiza entre migrantes comunitarios y no comunitarios a efectos de educación. ALEXANDER, Willy: "Free Movement of Non-EC Nationals. A Review of the Case-Law of the Court of Justice", en *European Journal of International Law*, 1992, n°53, pp.53-64, p.64, donde lamenta que la CE en su política hacia los nacionales de terceros Estados esté más atento a los riesgos de un incremento de la población inmigrante antes que a las consideraciones humanitarias. SEDFREY SANTIAGO, Joseph; MUYOT, Alberto T.; GRECIA, Edna May P.: *A Handbook on the Rights and Remedies of Migrant Workers in the European Community under the European Convention on Human Rights*, 1993, Institute of International Legal Studies, University of the Philippines Law Center, Diliman, quienes en las páginas 15-16 analizan las implicaciones que se derivan para los nacionales de terceros Estados del hecho de residir en territorio comunitario.

-familiares directos de un nacional comunitario (esposo/a, ascendientes y descendientes menores de 21 años a su cargo)

-nacionales de Estados con los que las CCEE haya suscrito Acuerdos de Asociación⁴⁵. Del mismo modo, de los Acuerdos de Lomé suscritos con los países ACP también se derivan derechos para los nacionales de estos Estados. Sin embargo, el texto de tales acuerdos frecuentemente está redactado de forma que los derechos que supuestamente reconoce no son más que objetivos de política económica, principios programáticos que, llevados ante el TJCE en caso de conflicto, resultan no tener efecto directo y por tanto no pueden ser invocados ante los tribunales⁴⁶. En algunos casos, los Estados miembros garantizan estos derechos a los residentes de Estados terceros.

Las instituciones comunitarias, una vez más, han intentado en diferentes momentos cerrar el catálogo de estos derechos que aparece disperso e incompleto en el derecho originario. Por ello, contamos hoy con varios listados de este tipo de derechos en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de 1989, la Declaración del Parlamento Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1989 y el Proyecto de Constitución Europea de 1994. Tales documentos suponen compromisos políticos (y el Proyecto de Constitución, quizá algún día deje de ser un simple proyecto si vuelve a ser retomado) pero por su nulo valor jurídico obligatorio nos sirven hoy sólo como

⁴⁵ P.ej. con Turquía en 1964 con Protocolo Adicional de 29 de Diciembre de 1970, con Túnez en 1978, con Marruecos en 1978 o con la Autoridad Palestina (acuerdo interino de 1997). La CE quiere sustituir en un futuro todos estos acuerdos por un acuerdo marco común a todos los Estados del Mediterráneo meridional y oriental.

⁴⁶Un buen ejemplo de ello es la controvertida sentencia DEMIREL (sentencia del TJCE de 30 de Septiembre de 1987, MIRYEM DEMIREL/STADT SCHWÄBISCH GMÜND, C-12/86, Rec.1987, pp.3719ss) que demuestra que existen cortapisas importantes aún en estos casos. Se trataba aquí el caso de una mujer turca, casada con un turco residente legal en Alemania pero que aún no cumplía el plazo prescrito para poder ejercer su derecho a la reagrupación familiar, a la que se expulsó del territorio alemán junto a su hijo de corta edad y estando embarazada del segundo. La mujer alegó ante los tribunales internos la libre circulación consignada en el Acuerdo de Asociación con Turquía, pero el TJCE, en su pronunciamiento prejudicial, entendió que esa libertad aparecía configurada en el tratado no como un auténtico derecho ejercitable aquí y ahora, sino como un objetivo de política social. Una crítica demoledora a esta sentencia se encuentra en WEILER, Joseph H.H 1992 "Thou Shalt..." *cit.* y en ALEXANDER *cit.* p.64.

guías para identificar unos derechos que, en su mayor parte, ya han sido objeto de tratamiento jurisprudencial⁴⁷.

Los derechos protegidos son:

-igualdad entre hombre y mujer (art.119 TCE)⁴⁸:

Como característica de este derecho indicaremos que tal y como aparece enunciado en el tratado constitutivo, se refiere sólo a una igualdad a efectos salariales. No obstante, el TJCE ha sabido convertirlo a través de sus sentencias en una prohibición generalizada de discriminación entre sexos en el terreno social. La Declaración de 1989 se ha hecho eco de esta ampliación en la dicción y alcance del derecho, por cuanto en su art.3.4 habla de la igualdad hombre/mujer en el ámbito del trabajo, la educación, la familia, la protección social y la formación⁴⁹.

⁴⁷Vide el artículo de DUREN, donde se analiza uno a uno los derechos que incluye la "Carta Social Comunitaria" (DUREN, Jean: "La Charte Communautaire des Droits Sociaux Fondamentaux devant le Parlement", en *Revue du Marché Commun* 1991, pp.19-25)

⁴⁸ El desarrollo en el Tratado de Amsterdam de 1997 de este derecho será posteriormente estudiado. Para un análisis más profundo de él, véase: BURROWS, Noreen: "The Promotion of Women's Rights by the European Community", en *Women's Rights in the EEC*, 1983, Sifjhoff Noordhoff International, Alphen aan den Rijn, pp.191-209, donde se estudia tanto la jurisprudencia como el derecho derivado. VERDE I ALDEA, Josep: *Los Derechos Humanos y las Comunidades Europeas* 1989, Grupo Socialista del Parlamento Europeo, Paracuellos del Jarama, especialmente páginas 89-94. APOLLIS, Paul: "Le Principe d'Égalité de Traitement en Droit Economique Communautaire", en *Revue du Marché Commun* 1980, pp.73-85. CHARPENTIER, Louis: "L'Arrêt Kalanke. Expression du Discours Dualiste de l'Égalité", en *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1996, vol.32, n°2, pp.283-289, donde analiza la acción positiva como una derogación de la igualdad. WEITZEL, Luc: "Cour de Justice des Communautés Européennes et Convention Européenne des droits de l'Homme. Jurisprudence Rapportée et Anotée", en *Bulletin des Droits de l'Homme* 1994, n°2, pp.72-77, donde el autor analiza la sentencia LÉVY. REY MARTÍNEZ, Fernando: "La Discriminación Positiva de las Mujeres", en *Revista Española de Derecho Constitucional* 1996, n°47, pp.309-332, donde analiza la sentencia KALANKE. PEDRAZ CALVO, Mercedes: "La Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y el principio de Igualdad de Trato entre Hombre y Mujer", en *Noticias CEE* 1987, pp.123-128, donde analiza la sentencia JOHNSTON. ZULEEG, Manfred: "Social Rights in the European Community", en *Social Protection by Way of International Law* 1996, Bernd Baron von Maydell y Angelike Nussberger (eds.), Duncker and Humblot, Berlín, pp.59-67, p.455, donde analiza la sentencia DEFRENNE II (C-43/75).

⁴⁹Un hito en esta materia lo constituye la sentencia DEFRENNE (sentencia del TJCE de 8 de Abril de 1976, DEFRENNE/SABENA, C-43/75, Rec.1976, pp.455ss).

-no discriminación por razón de la nacionalidad (art.6 TCE)⁵⁰:

Tomada *a contrario sensu*, la obligación de no discriminar entre nacionales de los Quince implica una exclusión encubierta del nacional de un tercer Estado a efectos socio-laborales⁵¹, y la aplicación del principio de preferencia comunitaria. En conclusión, este derecho a la igualdad equivale para el ciudadano comunitario a una ficción: es como si tuviera la nacionalidad de los Quince al mismo tiempo⁵².

-derecho a la libre elección de la profesión y del lugar de trabajo (art.12.1 Declaración Derechos Humanos...):

Este derecho prohíbe la arbitrariedad en el despido así como los trabajos forzados.

-derecho a la formación profesional (art.12.2 Declaración y 15 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales).

⁵⁰Para un análisis más profundo de este derecho a través del análisis de la jurisprudencia del TJCE, consúltese: CHURCHILL, R.R. Y FOSTER, N.G.: "Double Standards in Human Rights? The Treatment Of Spanish Fishermen by the European Community", en *European Law Review* 1987, vol.12, pp.430-443, donde se estudia, entre otras, la polémica sentencia DORCA MARINA. LELEUX, P.: "Recent Decisions of the Court of Justice in the Field of Free Movement of Persons and Free Supply of Services", en *European Law and the Individual* 1976, F.G.Jacobs (ed.), North Holland, Amsterdam, pp.5-93, donde analiza varias sentencias polémicas desde la perspectiva de la igualdad de trato (p.ej. VAN DUYN y BONSIGNORE). MONROE, J.G.: "A Review of the Case Law of the Court of Justice on Migrant Workers and Social Security. July 1987 to July 1989", en *Common Market Law Review* 1990, pp.548-571.

⁵¹Ejemplo de ello es la imposibilidad que tiene una empresa de discriminar a efectos salariales entre nacionales comunitarios de diferentes Estados miembros, pero sí la posibilidad de discriminar a nacionales de terceros Estados. Todo ello queda meridianamente claro en el asunto SLOMAN NEPTUN, donde se comprueba claramente que no es posible discriminar a efectos salariales a marinos que trabajan en un mismo barco y que provienen de Estados miembros de las CCEE, pero sí es posible discriminar a sus compañeros filipinos (sentencia del TJCE de 27 de Marzo de 1993, SLOMANNEPTUN SCHIFFFAHRTS AG/SEEBETRIEBSRAT BODO ZIESEMER DER SLOMAN NEPTUN SCHIFFFAHRTS AG, as.ac.C-72 y 73/91, Rec.1993, pp.I-887ss, p.930 y 932).

⁵²Vide BORRÁS *cit.* p.224. Un ejemplo claro de este tratamiento indiferenciado entre ciudadanos comunitarios se percibe en la sentencia COWAN (sentencia del TJCE de 2 de Febrero de 1989, IAN WILLIAM COWAN/TRÉSOR PUBLIC, C-186/87, Rec.1989, pp.I-195ss, p.222) donde un nacional comunitario no francés percibió en el país galo la misma indemnización que recibe cualquier francés en caso de sufrir un percance (en este caso, un atraco) en el uso de un servicio público (en este caso, en el metro).

-derecho a unas condiciones de trabajo saludables (art.13.1 Declaración y 7 de la Carta Social):

En buena lógica, este derecho debe exigirse también en beneficio de trabajadores no comunitarios.

-derecho a una remuneración suficiente (art.13.2 Declaración y 4 de la Carta Social)

-derecho a la negociación colectiva (art.14.1 Declaración y 11 Carta)

-derecho del trabajador a estar informado sobre la marcha de la empresa y a participar en las actividades de la empresa (art.14.3 Declaración y 17 Carta)

-derecho a la protección de la salud y a la seguridad en el trabajo (art.15.1 Declaración y 19 Carta Social)

-derecho a la seguridad social y a la protección social (jubilación, desempleo...) (art.15.2 Declaración y 10 Carta)

-derecho a la asistencia social y médica (art.15.3 Declaración)

-derecho a la educación y derecho de los padres a que sus hijos sean educados en sus creencias religiosas o filosóficas. El derecho a la educación se reconoce incluso a hijos de trabajadores de terceros Estados pero sin la exigencia de que sea en las mismas condiciones económicas de las que se benefician los nacionales comunitarios en virtud del principio de igualdad de trato⁵³ (art.16 Declaración)

-derecho de sindicación (ar.11 Declaración de 1989)

⁵³ Sobre el tema del derecho a la educación, véase el comentario a la sentencia CASAGRANDE de: SANZ CABALLERO, Susana: "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y los Derechos del Menor", en *Anuario del Centro de Estudios Jurídicos San Pablo CEU*, 1998, número monográfico sobre el Menor en el Ordenamiento Jurídico, Valencia (en prensa).

-libertad de empresa y al libre ejercicio de la actividad económica (derecho al empleo)
(arts.39, 118 y 123 TCE)

-derecho a unas condiciones de trabajo justas (art.13 Declaración).

-protección del secreto profesional y empresarial (art.214 TCE)

Tanto la Declaración sobre los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales como la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales destacan la protección especial que merecen ciertos colectivos especialmente sensibles como son los niños, los ancianos, los minusválidos y los adolescentes (p.ej. arts.20, 24, 25 y 26 Carta Comunitaria, documento que sin embargo, no sólo no es vinculante, sino que además su contenido fue rechazado por uno de los socios comunitarios -Reino Unido- cuando fue incorporado al Protocolo sobre Política Social del TUE).

Muchos de estos derechos figuran en el derecho originario, pero más como objetivos a alcanzar que como auténticos derechos invocables ante los tribunales⁵⁴. En este sentido, la doctrina especializada critica que en algunas de las declaraciones y resoluciones mencionadas se denomine "derechos sociales fundamentales" a cuestiones como la seguridad e higiene en el trabajo, o la protección frente a accidentes, o la protección de niños y adolescentes, cuando en realidad todas ellas son más bien garantías sociales difícilmente configurables como derechos subjetivos⁵⁵. Por otro lado, muchos de ellos parecen y deben poder ser disfrutados por cualquier persona que trabaje en la CE, independientemente de su origen. Así, ciertos derechos de este tipo han pasado a ser derechos fundamentales de todos, y son enunciados en el Proyecto abandonado de Constitución Europea con el encabezado

⁵⁴LENAERTS denomina a muchos de ellos "aspirational fundamental rights" (LENAERTS, Koen: "Fundamental Rights to be Included in a Community Catalogue", en *European Law Review* 1991, pp.367-390, p.377).

⁵⁵vide MARCOS FERNANDEZ, Francisco: "La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales", en *Boletín Informativo sobre las Comunidades Europeas* 1992, n.42, pp.16-35, p.20; RODRIGUEZ-PIÑERO, M: "La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales", en *La Ley* 1990-1, año XI, n.53, pp.1-6, p.4.

"Toda persona". Pese a todo, sentencias como SLOMAN NEPTUN o DEMIREL nos recuerdan que aún queda mucho camino por recorrer.

Retomando la terminología del profesor LIÑAN, los derechos que hemos apenas descrito serían los "contenidos esenciales funcionales", acuñados muchos de ellos en el derecho originario (p.ej. art.6, 119...) y en los que él detecta elementos que los caracterizan como derechos fundamentales constitucionalizados pero sin carácter general, debido a que a las CCEE se les han atribuido competencias en sectores concretos⁵⁶.

2.2.2. Derechos de Ciudadanía⁵⁷

⁵⁶LIÑAN 1994 *op.cit.*, p.79.

⁵⁷ En este limitado apartado, nuestra intención no es tratar la ciudadanía europea a fondo. La ciudadanía europea es de por sí tema de suficiente entidad como para ser estudiado de modo autónomo. Un análisis monográfico de la ciudadanía, sus antecedentes y potencialidades excede con mucho el propósito de esta tesis, por lo que nos remitimos a algunas de las obras consultadas para la redacción de este epígrafe: BLÁZQUEZ PEINADO, M^a Dolores: *La Ciudadanía de la Unión: Los Derechos Reconocidos en los Artículos 8a a 8d del Tratado de la Unión*, 1996, Castellón, (tesis presentada para aspirar al título de doctor, próxima publicación en Editorial Tirant lo Blanch); LIÑAN NOGUERAS, Diego J.: "La Ciudadanía de la Unión Europea", en *El Derecho Comunitario Europeo y su Aplicación Judicial*, 1993, Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Diego Liñan Nogueras (coordinadores), Cívitas, Madrid, pp.271-295; PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel: "La Ciudadanía de la Unión: Un Estatuto Evolutivo", en *Documentación Jurídica* 1994, n^o82/83, pp.77-100; NASCIMBENE, Bruno: "Profili della Cittadinanza dell'Unione Europea", en *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo* 1995, n^o2, pp.246-261; NASCIMBENE, Bruno: "Brevi Rilievi in Tema di Diritti Fondamentali, Cittadinanza e Sussidiarietà nel Trattato sull'Unione Europea", en *Le Prospettive de l'Unione Europea e la Costituzione*, 1995, CEDAM, Milán, pp.268-271; TWOMEY, Patrick: "European Citizenship and Human Rights: Actual Situation and Future Perspectives", en *European Citizenship*, 1994, Epaminondas A.Marias (ed.), European Institute of Public Administration, Maastricht, pp.119-133; MOITINHO DE ALMEIDA, José Carlos: "À Contribuição da Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para uma Cidadania Europeia", en *Divulgação do Direito Comunitario* 1993, n^o13, pp.23-42; MOUTON, Jean-Denis: "La Citoyenneté de l'Union: Passé, Présent et Avenir", en *Working Papers Europa-Institut*, Universitat des Saarlandes, 1996, n^o282; O'CAOIMH, Aindrias y BARRY, Margaret: "The Development of the Free Movement of Persons Towards European Citizenship", en *Irish Journal of European Law* 1993, n^o1, pp.98-104 (con especial referencia a la legislación irlandesa); TUNG-LAI, Margue: "L'Europe des Citoyens: des Droits Économiques à la Citoyenneté Européenne", en *Revue du Marché Unique Européen* 1995, n^o3, pp.97-122 (donde analiza uno a uno los derechos de ciudadanía); O'LEARY, Siofra: "The Social Dimension of Community Citizenship", en *A Citizen's Europe*, 1995, Allan Rosas y Esko Antola (eds.), Sage, Cambridge, pp.156-181 (donde la autora profundiza en los aspectos más controvertidos de la política social); JESSURUM D'OLIVEIRA, Hans Ulrich: "European Citizenship: Its Meaning, Its Potential", en *Europea After Maastricht. An Even Closer Union?*, 1994, Renaud Dehousse (ed.), Law Books in Europe, pp.126-147. Este último autor se plantea una de las consecuencias de la creación del concepto: la exclusión del extranjero

En último lugar, nos encontramos con el subtipo de derechos cuyo reconocimiento como derecho fundamental es más polémico, y que son los derechos de la ciudadanía europea. Esta categoría es una innovación del TUE y ha llevado a la doctrina a plantearse si los derechos en los que consiste son o no auténticos derechos fundamentales⁵⁸. En favor de una respuesta positiva se podría argüir que alguno de ellos, antes de ser redactado el TUE en Maastricht, figuraba junto a los demás derechos sociales y económicos en diferentes documentos como derecho fundamental de los nacionales comunitarios (en concreto nos

(p.141). Las mismas ideas las había publicado ya en *The Maastricht Treaty on the European Union*, 1993, Joerg Monar, Werner Ungerer, Wolfgang Wessels (eds.), Brujas. O'KEEFFE incide en el aspecto exclusionario de la ciudadanía (O'KEEFFE, David: "Union Citizenship", en *Legal Issues of the Maastricht Treaty*", 1991, O'Keeffe y Twomey (eds.), Chancery Law Publishing, Chichester, pp.87-107). Insiste en ello en O'KEEFFE, David: "General Course in European Community Law", en *Collected Courses of the Academy of European Law* 1994, vol.V-1, EUI, Martinus Nijhoff Publishers, pp.61-150, pp.124-144. Algunos autores intentan demostrar que el concepto hunde sus raíces den el de derechos humanos: EVANS, Andrew: "Union Citizenship and the Equality Principle", en *A Citizen's Europe*, 1995, Allan Rosas y Esko Antola (eds.), Sage, Cambridge, pp.85-11, pp.103-104; HALL, Stephen: "Loss of Citizenship in Breach of Fundamental Rights", en *European Law Review* 1996, vol.21, n°2, pp.129-143; LLOSA, Carlos: "Citizenship of the Union and Nationality of Member States", en *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, 1993, O'Keeffe y Twomey (eds.), Chancery Law Publishing, Chichester, pp.108-120, *passim* y PIERANGELINI, Massimo: "La Cittadinanza Europea. Un Nuovo Status per il Soggetto Comunitario", en *Affari Sociali Internazionali* 1993, n°2, pp.181-188, p.183.

Pioneros en el estudio de la ciudadanía cuando aún ésta no existía formalmente (antes del TUE) fueron: KEATINGE, Patrick (ed.): "Political Union", en *Studies in European Union*, 1991, Institute of European Affairs, pp.77-80; ETIENNE, Bruno: "The Question of European Citizenship", en *Contemporary European Affairs*, 1991, vol.2, n°3, pp.105-118; PLENDER, Richard: "An Incipient Form of European Citizenship", en *European Law and the Individual*, 1976, F.G.Jacobs (ed.), North Holland, Amsterdam, pp.39-53; LAYTON-HENRY, Zig: "Citizenship or Denizenship for Migrant Workers?", en *The Political Rights of Migrant Workers in Western Europe* 1990, Layton Henry (ed.), Sage, Londres, pp.186-195, p.195 (donde aboga por una equiparación de todos los migrantes (comunitarios o no) acorde con los nuevos tiempos de multiculturalismo y movimientos migratorios); EVANS, Andrew y JESSURUN D'OLIVEIRA, Hans-Ulrich: "Nationality and Citizenship", en *Human Rights and the European Community: Methods of Protection* 1991, A.Cassese, A.Clapham, J.Weiler (eds.), Nomos Verlag, Baden-Baden, pp.299-345, p.318.

⁵⁸Los derechos de ciudadanía europea son los siguientes hasta que entre en vigor el Tratado de Amsterdam:

- libertad de circulación y residencia (art.8A)
- derecho a elegir y ser elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida y en las elecciones al Parlamento Europeo (art.8B)
- derecho a acogerse en un tercer estado a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro (art.8C)
- derecho de petición ante el Parlamento Europeo (art.8D)
- derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo (art.8D).

Los dos últimos no tienen a los ciudadanos de los Estados miembros como beneficiarios privativos .

estamos refiriendo a la libertad de circulación y los derechos que de ella se derivan como la libertad para fijar residencia, la no discriminación con respecto a los nacionales del Estado al que se acude en ejercicio de la libertad de circulación, derecho de permanencia, etc.) Por esta razón, resultaría injusto que perdiera este carácter por la división un tanto artificial que el TUE ha practicado entre los derechos de ciudadanía y los demás derechos fundamentales⁵⁹.

WEILER y LOCKHARDT, en un artículo ya citado en el que contestaban duramente el artículo previo de otros dos autores (COPPEL y O'NEILL) por las opiniones extremadas que habían vertido estos dos últimos sobre la labor realizada por el TJCE en materia de derechos fundamentales, criticaron la concepción de COPPEL y O'NEILL⁶⁰ según la cual la libre circulación no podía ser de ninguna manera un derecho fundamental porque una libertad económica no podía estar al mismo nivel jerárquico que un derecho humano básico. Por el contrario, WEILER y LOCKHARDT indicaron muy acertadamente que el denominarlos a ambos fundamentales no significa asimilarlos, que el hecho de considerar una libertad económica como derecho fundamental en un orden jurídico no implicaba que las libertades económicas y los derechos fundamentales de la persona fueran normativamente iguales. En sus expresivas palabras:

"Jacob loves Rachel. He also loves Leah. Does the use of the word love necessarily mean that he loves Rachel and Leah equally?... Why is it a technique of confusion to describe two concepts as fundamental? Cannot a legal regime have more than one concept that is "fundamental"?... We do not think that anyone with even a

⁵⁹Entre los numerosos autores que, como nosotros, consideran la libre circulación (y sus derechos derivados) como derecho fundamental, destacan: HOOGENBOOM 1992 *cit.*, p.39; BRU PURON, Carlos M^a: "La Ciudadanía Europea", en *Sistema* 1993, n.114-115, pp.187-206, p.197; KEATING, *cit.* p.78; LIROLA *op.cit.*, p.269, ABELLAN HONRUBIA, Victoria: "C.I.G. 1996", en *Reflexiones sobre la Conferencia Intergubernamental 1996*, 1995, M^oAA.EE, Madrid, pp.21-36, p.33.

⁶⁰ COPPEL, Jason y O'NEILL, Aidan: "The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?", en *Common Market Law Review* 1992, n^o29, pp.669-692, p.690.

basic familiarity with the jurisprudence of the Court would be "confused" by the lexical equivalence"⁶¹.

ROBLES MORCHON intenta conciliar las teorías de los que consideran a la libre circulación (y por extensión el resto de las libertades económicas de las CCEE) como derechos fundamentales de las CCEE:

"... no creemos que hubiera el menor inconveniente en aceptar la idea de que *algunas* de las libertades económicas (y eventualmente *todas*) pudieran ser consideradas como verdaderos derechos fundamentales... En el fondo de toda esta cuestión late el problema del concepto de derechos fundamentales. No existe una categoría apriorística que a todos satisfaga"⁶².

También LIÑAN, que denomina a estos derechos "contenidos esenciales especiales", considera que resulta artificial la distinción entre derechos fundamentales por un lado, y ciudadanía por otro porque no existe un criterio diferenciador objetivo entre las dos categorías⁶³.

Quizá hubiese resultado mucho más útil que se hubiera unificado el tratamiento jurídico de los derechos de ciudadanía con los derechos socioeconómicos, civiles y políticos dentro del concepto de ciudadanía⁶⁴. Pero no se dio el consenso suficiente en el transcurso de la Conferencia Intergubernamental de 1991 como para que esto tuviera lugar⁶⁵. Por esta razón, actualmente contamos con un concepto "minimalista" de ciudadanía, en palabras de

⁶¹ WEILER y LOCKHARDT *op.cit.*, p.596.

⁶² ROBLES MORCHON, Gregorio: *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea* 1988, Ed.CEURA, Madrid, p.38.

⁶³LIÑAN NOGUERAS 1993 *cit.* p.280.

⁶⁴Esta era la idea originaria que se encerraba en el art.2 de la Propuesta de Texto Articulado sobre Ciudadanía Europea Presentado por la Delegación Española a la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política de 20 de Febrero de 1991.

⁶⁵Este resultado era deseado por SOLBES MIRA, Pedro: "La Citoyenneté Européenne", en *Revue du Marché Commun* 1991, pp.168-170, p.169; O'KEEFFE, 1991 *cit.*, *passim*; TWOMEY, 1991 *op.cit.*, p128.

TANCA⁶⁶. Nada impide que esto se pueda producir en el futuro porque este raquítico catálogo de derechos del ciudadano comunitario es susceptible de seguir aumentando *ex art.8E TUE*. Ello queda corroborado en el (limitado) avance del Tratado de Amsterdam de 1997, que ha añadido un párrafo 3º al art.8D TCE para en él recoger el derecho de los ciudadanos a dirigirse y obtener respuesta de las instituciones y organismos de la UE en cualquiera de las 12 lenguas oficiales.

Una parte de la doctrina ha pretendido salvar la torpeza política que supone haber separado en dos categorías- sin justificación clara ni criterio diferenciador claro- los derechos socioeconómicos de los nacionales comunitarios de sus derechos de ciudadanía. Para ello, lo que argumentan es que, en realidad, los derechos de ciudadanía son más amplios de lo que se desprende de los arts.8A-8D, e incluirían aquellos derechos sociales y económicos que son exclusivos de los nacionales comunitarios⁶⁷.

Sin embargo, precisamente la diferenciación que ha producido el TUE entre derechos de ciudadanía y los demás derechos fundamentales es la que ha permitido que al menos los casos relativos a eventuales violaciones de los derechos de ciudadanía sean revisables ante el TJCE, posibilidad de la que están excluidos el resto de los derechos fundamentales *ex art.L TUE* -hasta que entre en vigor el Tratado de Amsterdam de 1997, que cambia esta situación-. No obstante, nada impide al TJCE seguir protegiendo jurisdiccionalmente casos sobre derechos fundamentales si no alegando el art.F.2, sí alegando que el derecho en cuestión forma parte de un principio general protegido en el

⁶⁶ TANCA, Antonio: "European Citizenship and the Rights of Lesbian and Gay Men", en *Homosexuality: a European Community Issue*, 1993, Kees Waaldijk y Andrew Clapham (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, pp.271-288, p.276.

⁶⁷LIROLA *op.cit.*, *passim*. También esta idea parece desprenderse, aunque no tan claramente, de LARA quien, en un artículo sobre ciudadanía europea, tras la exposición que realiza de los arts.8-8E, introduce lo que ella denomina el estudio de la "Dimensión Social en las Comunidades Europeas" (LARA, Belén: "La Europa de los Ciudadanos", en *Sistema* 1993, n.114-115, pp.169-185, p.175). MAESTRO afirma que la naturaleza económica de la CE no puede ser resuelta por el tímido reconocimiento de la incipiente ciudadanía, sino que ésta debe ser completada con derechos socio-económicos (MAESTRO BUELGA, Gonzalo: "Los Derechos Sociales en la Unión Europea: Una Perspectiva Constitucional", en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1996, nº46, pp.119-141, p.122).

ordenamiento comunitario (el método tradicional y pretoriano de protección de los derechos fundamentales basado en principios fundamentales).

Con este análisis de los derechos fundamentales protegidos en las CCEE se ha querido ilustrar (sin ánimo de ser exhaustivos) qué tipos de derechos se manejan cuando las instituciones comunitarias, la doctrina y la jurisprudencia aluden a derechos fundamentales. Sin embargo, nuestra tipología no es aceptada universalmente. De hecho, existen autores que no consideran p.ej. a los derechos derivados de la ciudadanía como derechos fundamentales debido a su "exclusionary basis"⁶⁸. Por nuestra parte, y como ya hemos manifestado anteriormente, todo depende del concepto de derechos fundamentales que se defienda, puesto que para la persona para la que la idea subyacente a los derechos fundamentales sea la idea de universalidad, entonces razonablemente los derechos de ciudadanía no serán derechos fundamentales. Pero para el que estime, como es nuestro caso, que lo que define a un derecho como fundamental es su positivación legal o jurisprudencial, nada impide que los derechos de ciudadanía también lo sean.

⁶⁸Vide O'LEARY, Siofra: "The Relationship between Community Citizenship and the Protection of Fundamental Rights in Community Law, en *Common Market Law Review* 1995, vol.32, pp.519-554, p.521. Consultar también a los siguientes autores, que compartieron esta opinión pero con carácter "premonitorio" (ya que en aquel entonces no existía aún la figura jurídica de la ciudadanía europea: NISSET, J: "Discussion", en *L'Adhésion des CCEE à la CEDH* 1981, Bruylant, pp.104-105, p.105; MASSART-PIERARD, *op.cit.*, p.171; MEERCH, W.G.Ganshof: "Chapître Preliminaire", en *L'Adhésion del CCEE à la CEDH*, 1981, Bruylant, pp.13-20, p.16).

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y ESTADO ACTUAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS CCEE

1. Planteamiento general

Para poder conocer las crisis y fisuras del sistema de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario se hace necesario previamente conocer cómo las CCEE comenzaron a amparar tales derechos y cómo ha ido evolucionando esta protección a través del tiempo. El hecho de ser ésta una historia conocida y bien documentada no nos dispensa de la carga de evocarla de nuevo, puesto que radica precisamente en el modo un tanto atípico y arribo en que comenzaron a garantizarse los derechos fundamentales en las CCEE, tanto la razón de sus reconocidos méritos como también de la inseguridad e incertidumbre jurídicas que ha generado tal tipo de protección.

2. Razones de la no inclusión de una declaración de derechos fundamentales en los tratados constitutivos de las CCEE

Bien es sabido que los tratados constitutivos de las CCEE (CECA, CEEA y CEE) no contienen ninguno de ellos una declaración de derechos fundamentales, carencia o laguna que arrastran hasta nuestros días a pesar de las sucesivas reformas que se han realizado a los textos instituyentes⁶⁹. Los trabajos preparatorios de el Tratado de París de 1951 y de los Tratados de Roma de 1957 nunca fueron publicados, razón que ha llevado a que la doctrina sea especialmente prolija a la hora de lanzar hipótesis y conjeturas para justificar que los

⁶⁹ MANCINI califica de "miope" la decisión de no incluir una declaración de derechos en los tratados constitutivos de las CCEE (MANCINI, Federico: "Attivismo e Autocontrollo nella Giurisprudenza della Corte di Giustizia", en *Rivista di Diritto Europeo*, 1990, vol.30, pp.229-240, p.233).

tratados constitutivos de tres organizaciones internacionales que reunieron desde sus comienzos a países democráticos y cuna del discurso de los derechos humanos, obviarán cualquier referencia a éstos últimos cuando, paradójicamente, otras organizaciones europeas coetáneas a las CCEE sí fueron lo suficientemente cautas como para hacer referencia a los derechos fundamentales en sus documentos constitutivos, aunque sólo fuera en los preámbulos de éstos⁷⁰. Todas las hipótesis apuntadas se nos antojan verosímiles o, cuanto menos, defendibles:

-La primera organización en surgir fue la CECA, que no sólo es una organización de competencias económicas, sino incluso de carácter eminentemente técnico, por lo que pareció innecesario hacer referencia a unos derechos que parecían demasiado alejados del ámbito de la producción y la comercialización del carbón y del acero⁷¹. En cuanto a la CEE y la CEEA, nacen como organizaciones internacionales con competencias también económicas pero se piensa en esa época (1957) que tal tipo de organización, tampoco puede violar derechos fundamentales⁷².

-El optimismo que pudiera haber despertado la creación de tres organizaciones internacionales de caracteres supranacionales se había rápidamente desvanecido por el fracaso de otras dos organizaciones de carácter militar y político que debían haber sido coetáneas de estas tres, a saber, la Comunidad Europea de Defensa, cuyo proyecto de tratado constitutivo fue rechazado en 1952, y la Comunidad Política Europea, que no llegó a ver la luz tras el fracaso de la anterior. La negativa francesa a firmar el primer proyecto dio al traste con una estrategia supranacional que pretendió ser mucho más progresista que la que finalmente se siguió. Ello permitió comprobar que los estados europeos no estaban suficientemente maduros para un proyecto más ambicioso de integración política, de modo

⁷⁰Vide p.ej. Estatuto Consejo de Europa de 5 de Mayo de 1949 en arts.1.b y 3, Pacto de Bruselas de la UEO de 17 de Marzo de 1948 en Preámbulo y Tratado del Atlántico Norte de 4 de Abril de 1949 en Preámbulo.

⁷¹Vide DAUSES, Manfred A: en "La Protection des Droits Fondamentaux dans l'Ordre Juridique des Communautés Européennes", en *Revue d'Affaires Européennes* 1992, vol.4, pp.9-21, p.10; LEUPRECHT, Peter: "Derechos Humanos y Derecho Comunitario Europeo", en *Poder Judicial* 1986, n° especial I, pp.70-75, p.69.

⁷²WEILER, Joseph H.H.: "Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities", en *International Enforcement of Human Rights* 1985, John Anthony Jolowicz y Rudolf Bernhardt (eds.), Springer-Verlag, Heidelberg, pp.113-142, pp.115 y 116.

que, por razones de oportunidad política⁷³ se optó por la política pragmática y funcionalista de avanzar con pequeños pasos, sector por sector, comenzándose con una integración limitada de tipo económico. En estas condiciones, la inclusión en los tratados de una declaración de derechos podría haber sido interpretada como un posible subterfugio para comunitarizar ámbitos altamente sensibles para los Estados y para los cuales no se había dotado de competencias a las CCEE. Por ello, de un modo deliberado, se obvió toda referencia a los derechos fundamentales en los tratados⁷⁴.

-Otra de las razones aducidas es la siguiente: en sus orígenes, en las CCEE se consideró al individuo como mero agente económico. Interesaba a estas organizaciones en tanto en cuanto ejecutor de una actividad económica o como destinatario de ella. El individuo como tal y sus derechos no interesaban a las CCEE más que como sujetos económicos activos⁷⁵. Sin embargo, la incidencia del Derecho Comunitario ha ido aumentando con el paso del tiempo y actualmente ya no es cierta esta idea, sobre todo a medida que han ido incrementándose las áreas de competencias de las CCEE: ya no estamos ante la Europa de los Mercaderes, y al Derecho Comunitario no le interesan las personas no sólo como operadores económicos.

-Otros autores alegan la creación del Consejo de Europa como razón de la aparente falta de preocupación por los derechos fundamentales en las CCEE: en 1949 fue creado el Consejo de Europa como organización intergubernamental europea con competencias, entre otros, en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales. De hecho, la primera labor que acometió la organización fue el auspiciar la celebración del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, convenio que, para el Estado miembro del Consejo de Europa que lo firme y ratifique, acaba teniendo ciertos poderes supranacionales. El convenio consta de dos partes: en la primera parte, la normativa, declara el catálogo de derechos fundamentales que los Estados parte se comprometen a proteger. En la segunda parte, la orgánica, se crean dos órganos para la protección de los

⁷³RUIZ-JARABO, Dámaso: "Los Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas", en *Poder Judicial* 1988, nº especial VI, pp.159-177, p.160

⁷⁴POWER, Vincent: "Human Rights and the EEC", en *Human Rights: A European Perspective* 1994, Round Hall Press, Dublín, pp.81-399, p.81

⁷⁵Vide LOPEZ GARRIDO, Diego: *Derechos Fundamentales y Libertades Económicas en la Comunidad Europea*, Tecnos, p.17

derechos, que pueden llegar a juzgar al Estado parte que supuestamente haya incumplido alguno de los derechos de la parte normativa. Pocos años después, el Consejo de Europa auspició la Carta Social Europea, convenio sobre derechos económicos y sociales que, aun siendo menos ambicioso que el anterior, también incluye un mecanismo de vigilancia del respeto de los derechos fundamentales allí incluidos. Con estos antecedentes, no es extraño que se consagrara la idea de que el Consejo de Europa ya velaba suficientemente bien por los derechos fundamentales. Y dado que todos los Estados miembros de las CCEE participaban a su vez en el Consejo de Europa y en su mayoría habían suscrito ambos tratados europeos sobre derechos fundamentales, se optó por no dar competencias a las CCEE en áreas ya protegidas en otras instancias⁷⁶.

3. Los derechos mencionados expresamente en los tratados constitutivos

Sean cuales sean las verdaderas razones de la no inclusión en los tratados de alguna declaración o mención a los derechos fundamentales, lo cierto es que ello no nos debe llevar a concluir que los tratados constitutivos no contienen ningún derecho fundamental: los tratados constitutivos, se ocupan aquí y allá, de modo disperso y asistemático de ciertos principios que son de obligado cumplimiento si se quiere conseguir una auténtica integración económica y social en las CCEE. Estos principios no son más que derechos fundamentales de tipo económico, así como otras garantías económicas. Son los siguientes:

-art.214 TCE: garantía del secreto profesional

-art.6 TCE (hasta TUE, art.7): prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad

-art.40.3: prohibición de la discriminación entre productores y consumidores en el ámbito de las organizaciones de consumidores de mercados agrícolas

⁷⁶Vide WEILER, Joseph H.H.: *Il Sistema Comunitario: Struttura Legale e Processo Politico*, 1985, Bolonia, Il Molino, p.137.

-art.48.2: prohibición de la discriminación por razón de la nacionalidad entre trabajadores de Estados miembros en cuanto a retribución, empleo y demás condiciones de trabajo

-art.119: igualdad de retribución de trabajadores y trabajadoras

-art.36: protección de la propiedad industrial y comercial

-art.118.1: TCE y 46.2 TCECA: promoción de los derechos sindicales y de la mejora de las condiciones de vida, seguridad social, formación profesional, y derecho de asociación y derecho a la negociación colectiva

-art.222 TCE: tutela de los distintos regímenes de propiedad de los Estados miembros

-arts.48 y 52: libertad de circulación y de establecimiento.

Desgraciadamente, el problema de muchos de estos derechos, a tenor de la propia redacción de los tratados, es que tienen carácter programático, como declaraciones de intenciones, y no un carácter configurador de derechos subjetivos, como bien indica la profesora PEREZ VERA⁷⁷.

Además de los derechos recogidos en la parte dispositiva de los tratados, también hay que constatar que los Preámbulos de éstos contienen referencias más generales a la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los pueblos, a la defensa de la paz y la libertad, al procuramiento del bienestar de los pueblos, a la vida y salud de las poblaciones y al fomento del progreso económico y social eliminando las barreras que dividen a Europa.

Obviamente, el elenco de derechos contenido en los tratados es pobre, limitadísimo y sólo referido a derechos económicos y sociales. Pero lo cierto es que estos derechos son los únicos derechos que el TJCE protegió durante años, es decir, los incluidos en el derecho originario, que estaban concebidos más como métodos para conseguir una mayor integración económica y el logro de un Mercado Común que como auténticos derechos

⁷⁷PEREZ VERA, Elisa: "El Tratado de la Unión Europea y los Derechos Humanos", en *Revista de Instituciones Europeas* 1993, pp.459-483, p.464.

subjetivos que garantizaran al individuo un status jurídico de libertad en su ámbito de existencia⁷⁸.

4. El Inicio de la Protección Judicial

El TJCE es el garante del respeto del Derecho en la interpretación y en la unidad de aplicación de los tratados (art.164 TCE). A través de los recursos que ante él se plantean se salvaguarda la identidad e integridad del sistema jurídico comunitario⁷⁹. Pues bien, este tribunal había indefectiblemente negado la protección de derechos fundamentales no incluidos en el derecho originario cada vez que un asunto sobre este tema le llegaba y en el que se alegaba la violación por parte de las instituciones comunitarias de algún derecho fundamental protegido en la Constitución de algún Estado miembro. Esto no podía ser de otro modo puesto que en el propio TJCE, en la sentencia COSTA/ENEL⁸⁰ había declarado la autonomía del ordenamiento comunitario tanto con respecto al Derecho Internacional como a los ordenamientos internos. Reconocer que el TJCE estaba obligado a proteger y aplicar todos los derechos fundamentales reconocidos en todas las Constituciones de los Estados miembros hubiese sido tanto como reconocer la dependencia del Derecho Comunitario respecto de los ordenamientos nacionales, su falta de autonomía, y su subordinación al Derecho Constitucional de los Estados miembros. Todo ello hubiese ido en contra del principio de primacía del Derecho Comunitario sobre los ordenamientos internos proclamado también en la mencionada sentencia.

El problema tenía difícil solución. Tres principios estructurales del orden jurídico comunitario habían sido consagrados jurisprudencialmente en un breve intervalo de tiempo: efecto directo⁸¹, primacía del Derecho Comunitario⁸² y autonomía del ordenamiento

⁷⁸vide MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo: "Derechos y Libertades Fundamentales. Estándar Europeo, Estándar Nacional y Competencia de las Comunidades Autónomas", en *Revista Vasca de Administración Pública* 1983, n.7, pp.9-38, p. 38.

⁷⁹ISAAC, Guy: en *Manual de Derecho Comunitario General*, 1997, Ariel, Barcelona, p.262 y 263.

⁸⁰Sentencia de TJCE de 15 de Julio de 1964, COSTA/ENEL, C-6/64, Rec.1964, pp.1141ss.

⁸¹ Sentencia de 5 de Febrero de 1963, ALGEMENE TRANSPORT-EN EXPEDITE ORDERNEMING VAN GEND AND LOOS/ADMISITRATION FISCALE NÉERLANDAISE, C-26/62, Rec.1963, pp.1ss.

⁸² Sentencia COSTA/ENEL, Rec.1964, *cit.*, p.1141.

comunitario⁸³. Y sin embargo se veían amenazados por cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales. En realidad, la argumentación del TJCE era legítima: él sólo podía aplicar los derechos fundamentales recogidos en los tratados constitutivos y reconocidos por el ordenamiento comunitario. Con esta argumentación, el TJCE defendía la primacía y la autonomía del ordenamiento comunitario. Pero también la argumentación de quienes instaban al TJCE a pronunciarse en materia de derechos fundamentales era impecable: ¿Qué sentido tenía ceder competencias a una organización internacional si el resultado era la pérdida para el individuo de la posibilidad de alegar y beneficiarse de derechos fundamentales que sí se les reconocía a nivel interno? Si habían sido las Constituciones de los Estados las que habían permitido el traspaso competencial a las CCEE, ¿cómo podía ser que en el ejercicio de esas competencias transferidas las CCEE vulnerasen disposiciones de esas mismas Constituciones? ¿O es que esa transferencia de competencias a las CCEE podía hacerse contradiciendo el contenido de las Constituciones?

El TJCE en 1969 no tuvo más remedio que reaccionar y cambiar su discurso "inhibicionista" en materia de derechos fundamentales⁸⁴ por otro más protector pero que preservase tanto los principios de primacía, como el de autonomía y efecto directo de ciertas disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario. De este modo, ante la inexistencia de competencias atribuidas explícitamente a las CCEE en esta materia, los derechos fundamentales no recogidos en los tratados serían protegidos en las CCEE en función de una fuente del Derecho bastante poco invocada hasta entonces: los principios generales del Derecho Comunitario. Por tanto, a partir de ahora, la cuestión no sería, como a primera vista pueda parecer, la compatibilidad de un acto comunitario con el Derecho Constitucional nacional, sino más bien apreciar la validez jurídica de un acto comunitario sobre la base de una norma comunitaria: los principios generales del Derecho Comunitario en vigor⁸⁵, que es el único modo con que cuenta un tribunal para positivizar derechos⁸⁶.

⁸³ *ibidem*.

⁸⁴ Esa primera etapa inhibicionista del TJCE ha sido definida por HILF como "pecados de juventud", pero MANCINI, mucho menos benévolo que el juez de Karlsruhe, lo considera como actitud "brutal" y "denegación de justicia" del juez comunitario (*vide* respectivamente HILF 1976 *op.cit.* p.148; MANCINI, Federico: "La Tutela dei Diritti dell'Uomo", en *Rivista Trimestrelle di Diritto Processuale. Civile* 1989, pp.1-16, p.3).

⁸⁵ Solución propuesta por el Abogado General M.Karl ROEMER en el caso del TJCE de 12 de Noviembre 1969, STAUDER, C-29/69, Rec.1969, pp.419ss, p.428.

5. La Rebelión de los Tribunales Constitucionales

No se puede menos que felicitar al tribunal por la adopción de este discurso, solución con la que la supremacía del ordenamiento comunitario sobre los ordenamientos internos, así como la autonomía del ordenamiento comunitario con respecto a éstos, quedaban intactos. En cualquier caso, hay que admitir en perjuicio del TJCE que éste actuó de este modo -declarándose garante de los derechos fundamentales en el orden comunitario con base en los principios generales- no *motu proprio* ni por una repentina concienciación sobre las bondades de la protección de los derechos fundamentales⁸⁷ sino que más bien su conversión vino motivada por un intento de frenar el fenómeno conocido como "la rebelión de los tribunales constitucionales", fenómeno protagonizado en sus inicios por los tribunales constitucionales italiano y alemán y que podía hacer tambalearse todos los principios estructurales del ordenamiento comunitario⁸⁸.

Esta rebelión de los tribunales constitucionales fue desencadenada por el Tribunal Constitucional italiano, el cual, a través de su sentencia FRONTINI de 27 de diciembre de 1973⁸⁹ declaró que la transferencia de competencias soberanas permitidas por el art.11 de la Constitución italiana a las CCEE no podía tener como consecuencia el poder de las

En realidad, es de justicia reconocer que la idea de la posible protección de los derechos fundamentales en el orden comunitario basada en los principios generales no fue del Abogado General ROEMER, sino que fue concebida 12 años antes por otro Abogado General (LAGRANGE) quien, en sus conclusiones para el caso COMPTOIRS DE VENTE, en el que los demandantes habían alegado la violación de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, propuso que en materia de derechos fundamentales, el Derecho Comunitario podía acudir a los principios generales. Sin embargo, esta premonitoria argumentación del Abogado General LAGRANGE no fue tenida en absoluto en cuenta por el tribunal en su sentencia, que ni siquiera mencionó tal razonamiento en su fallo (sentencia del TJCE de 15 de Julio de 1960, COMPTOIRS DE VENTE DU CHARBON DE LA RURH "PRAESIDENT" Y OTROS/ALTA AUTORIDAD, as.ac.C-36-38/59 y 40/59, Rec.1960, pp.857ss).

⁸⁶ LIÑÁN NOGUERAS 1996, *cit.*, p.335.

⁸⁷En palabras de WEILER, que resumen muy bien la verdadera motivación del TJCE: "The surface "language" of the Court in STAUDER and its progeny is the language of human rights. The "deep structure" is all about supremacy" (WEILER, 1985, "Protection of Fundamental...", *cit.*, p.121).

⁸⁸En palabras de HARTLEY: "Expediency as conviction" (*vide* HARTLEY, T.C: *The Foundations of European Community Law*, 1994, Clarendon Law Series, Oxford, p.139). Para un estudio esquemático de la rebelión constitucional en Alemania e Italia, véase: PALACIO GONZÁLEZ, José: "Bloque de Constitucionalidad y Ordenamiento Jurídico Comunitario", en *Gaceta Jurídica de la CEE* 1987, vol.7, n^o9, pp.295-334, especialmente pp.301-313.

⁸⁹ Se puede consultar su texto en *Rivista di Diritto Internazionale* 1974, pp.130-139.

instituciones comunitarias de violar derechos protegidos por la Constitución italiana como fundamentales. Por tanto, este tribunal no excluía analizar la compatibilidad del derecho originario con la Constitución italiana⁹⁰.

Poco después, el Tribunal Constitucional alemán ahondó en la llaga con mayor rigor si cabe en una sentencia que puso contra las cuerdas al TJCE y que ha sido considerada como un acto de provocación jurídica. En la sentencia en cuestión, denominada SOLANGE, fechada el 29 de Mayo de 1974⁹¹, el alto tribunal declaró que, en tanto en cuanto el ordenamiento comunitario no contuviera una declaración de derechos tan protectora de éstos como la contenida en la Ley Fundamental de Bonn, y en tanto en cuanto las CCEE no contasen con un Parlamento elegido democráticamente como ocurre en Alemania, este tribunal se reservaría el derecho de ejercer su control de constitucionalidad sobre el derecho derivado comunitario⁹².

Estas fueron sin duda dos peligrosas sentencias, pero incontestables desde la lógica jurídica de unos tribunales constitucionales que se niegan a aceptar que una cesión de soberanía a las CCEE acarree una disminución en el nivel de protección de los derechos protegidos a nivel nacional. El TJCE reaccionó rápidamente ante estas puestas en cuestión

⁹⁰ Para un estudio de las sentencias del Tribunal Constitucional italiano significativas en la materia, véase: PINELLI, Cesare: "La Jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana en Materia de Derecho Comunitario: Punto de Partida para su Reconstrucción", en *Revista de Instituciones Europeas* 1983, vol.10, n°1, pp.53-69.

⁹¹ Se puede consultar su texto en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 1986, n°58, pp.247-260. RASMUSSEN subraya las analogías de este caso y el reto que supuso para el TJCE con lo acontecido en el ámbito norteamericano entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EEUU y los Estados de la Unión (RASMUSSEN, Hjalte: "The US Supreme Court's Power under Attack. A Study with European Analogies", en *Les Effets des Décisions de la Cour de Justice des Communautés Européennes dans les États Membres*, 1983, UGA, Bruselas, pp.247-300, p.266-268).

⁹² Aunque sin duda la revuelta constitucional de los años 70 fue liderada por los tribunales constitucionales italiano y alemán, se hace necesario reconocer que los tribunales franceses contribuyeron a caldear el ambiente de puesta en cuestión de los principios comunitarios.

En efecto, durante años, los tribunales franceses (y en concreto su Consejo de Estado, que es un tribunal contencioso-administrativo) se negaron a reconocer la primacía del Derecho Comunitario y el efecto directo de ciertas normas comunitarias. La primacía del Derecho Comunitario no fue aceptada hasta 1989 en la sentencia NICOLO (sentencia del Consejo de Estado de 20 de Octubre de 1989, en *Revue Française de Droit Administratif* 1989, pp.824-828). El efecto directo de las directivas también ha encontrado oposición. A este respecto, se puede mencionar la sentencia del Consejo de Estado de 22 de Diciembre de 1978 COHN-BENDIT (en *Revue Française de Droit International Public* 1979, pp.832-843) negando el efecto directo de las directivas, jurisprudencia que fue matizada en asunto ROTHMANS/PHILIP MORRIS (sentencia del Consejo de Estado de 28 de Febrero de 1992, en *Revue Française de Droit Administratif*, 1992, pp.431-440). Sin embargo aún no se ha reconocido de modo expreso que las directivas no transpuestas puedan crear derechos directamente alegables por los individuos ante los tribunales nacionales.

de la primacía y autonomía comunitaria, asegurando que el TJCE protegía los derechos fundamentales en las CCEE como principios generales del Derecho Comunitario y que los tribunales constitucionales internos se debían abstener de recurrir a los tribunales internos ante las supuestas violaciones de los derechos fundamentales por parte de las CCEE⁹³.

De hecho, curiosamente, el TJCE ya se había adelantado y había previsto la reacción de los tribunales constitucionales, puesto que la primera sentencia en la que afirma que él es el garante de la protección de los derechos fundamentales en el marco comunitario es del año 1969, anterior, pues, a los pronunciamientos italiano y alemán⁹⁴. Pero un cambio de jurisprudencia tan brutal (por retomar el adjetivo utilizado por MANCINI) no debió merecer al principio la confianza (y sí las reticencias) de los tribunales constitucionales italiano y alemán⁹⁵, ya que fue varios años después de la sentencia STAUDER cuando éstos atacaron los cimientos del orden comunitario con sus demoleadoras sentencias.

La confianza de los altos tribunales internos fue llegando lentamente y de modo gradual, a medida que se fue comprobando que el TJCE, en su posterior jurisprudencia, confirmaba los extremos de la sentencia STAUDER e incluso la iba enriqueciendo con aclaraciones sobre las fuentes de las que extraía los principios que le servían para identificar los derechos fundamentales. La reiteración por parte del TJCE (a través de una jurisprudencia constante a partir de entonces) de su compromiso con los derechos fundamentales en tanto que contenido de principios generales del Derecho Comunitario cuyo respeto él asegura, conjuró provisionalmente el peligro de una extensión de la rebelión constitucional en los Estados miembros. En efecto: el Tribunal Constitucional italiano, en su posterior jurisprudencia (GRANITAL, de 5 Junio 1984)⁹⁶ reconoce la primacía del

⁹³En palabras del Abogado General CAPOTORTI en la sentencia HAUER: "Debe rechazarse la idea de que es lícito recurrir a los tribunales constitucionales internos para obtener la tutela de los derechos fundamentales frente a la Comunidad Europea cuando la Comunidad Europea viola derechos fundamentales. Corresponde sólo al juez comunitario garantizar la tutela en el cuadro de sus competencias: la uniformidad y primacía del Derecho comunitario no debe ponerse en peligro por la intervención de jueces nacionales" (Conclusiones a la sentencia del TJCE de 13 de Diciembre de 1979, LISELOTTE HAUER/LAND RHEINLAND-PFALZ, C-44/79, Rec.1979, pp.3727ss, p.3759).

⁹⁴Sentencia STAUDER, Rec.1969, *cit.* p.419.

⁹⁵No en vano, aún estaban demasiado cercanas en el tiempo sentencias del TJCE como la del caso STORK (de 4 de Febrero de 1959, FRIEDRICH STORK/ALTA AUTORIDAD, C-1/58, Rec.1959, pp.43ss) en la que el TJCE se había negado a analizar las alegaciones planteadas relativas a derechos fundamentales.

⁹⁶ Sentencia de 5 de Junio de 1984 GRANITAL, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 1987, n°72, pp.540-546.

ordenamiento comunitario sobre su legislación interna⁹⁷. Por su parte, el tribunal alemán en su posterior jurisprudencia (SOLANGE II de 22 octubre de 1986)⁹⁸, fijándose más en la protección real otorgada a los derechos fundamentales en las CCEE mediante la labor del TJCE que en el hecho formal de si las CCEE cuentan o no con una declaración escrita de derechos fundamentales, declaró que en tanto en cuanto el TJCE siga comprometido con los derechos fundamentales, evitará pronunciarse sobre la compatibilidad de tal o cual acto comunitario con los derechos fundamentales garantizados por su Constitución⁹⁹.

De cualquier modo, hay que reconocer que el peligro de una futura revuelta constitucional persiste y se ha manifestado de nuevo en algunos Estados, puesto que la inhibición de los tribunales constitucionales no ha sido incondicional, sino con reservas. Sobre todo en el caso del Tribunal Constitucional alemán, está sometida a reserva porque "no ha renunciado a su competencia para decidir si el derecho derivado se ajusta a los derechos fundamentales tal y como son protegidos en el ordenamiento germano"¹⁰⁰. Si el TJCE decidiese retornar a una jurisprudencia que despreciase los derechos fundamentales (algo que se nos antoja absurdo pero teóricamente imaginable), nada parece que podría evitar que tales tribunales constitucionales (u otros, como el español) controlaran la legalidad de los actos comunitarios que conculcasen los derechos fundamentales. Sin ir más lejos, nuestro Alto Tribunal ha protagonizado un amago de revuelta en su sentencia de 22 de

⁹⁷ Para un estudio en profundidad de la sentencia GRANITAL, véase el análisis de MANNINO (MANNINO, Armando: "Tribunal Constitucional Italiano. Sentencia de 5 de Junio de 1984. Caso Granital. Relación entre Derecho Comunitario y Derecho Interno en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional", en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 1987, n°72, pp.529-539) en el que el autor, a pesar de comprobar el sometimiento del Derecho italiano al Derecho Comunitario, encuentra aún "elementos de perplejidad" (p.533), así como incongruencia entre los enfoques del TC italiano y el TJCE en orden a la eficacia del Derecho Comunitario (p.533).

⁹⁸ Sentencia SOLANGE II, en *Revista de Instituciones Europeas* 1987, n°14, pp.881-899.

⁹⁹ Para un análisis exhaustivo de la sentencia SOLANGE II, consúltese: BARNES VÁZQUEZ, Javier: "Sentencia del TCF de 22 de Octubre de 1986 (Solange II)", en *La Comunidad Europea, La Instancia Regional y la Organización Administrativa de los Estados Miembros* 1993, Javier Barnes (director), Cívitas, pp.81-85; LANIER, E.R.: "Solange, Farewell: The Federal German Constitutional Court and the Recognition of the Court of Justice of the European Communities as Lawful Judge", en *Boston College of International and Comparative Law Review* 1988, vol.11, n°1, pp.1-29; Vide también WOELKER, Ulrich y RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: "El Derecho Comunitario, Derechos Fundamentales y Control de Constitucionalidad: la Decisión del TC Federal Alemán de 22 de Octubre de 1986", en *Revista de Instituciones Europeas* 1987, vol.14, n°3, pp.667-681; SIEBERT, Helga: "La Judicatura y el Derecho Comunitario Europeo: Perspectiva de un Tribunal Constitucional Nacional", en *La Constitución Europea*, 1994, Marcelino Oreja (director), Actas de los Cursos de Verano de la Universidad Complutense, 1994, pp.265-276, pp.269-270.

¹⁰⁰ Vide BAÑO LEÓN, José María: "Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea y la Competencia del Juez Nacional", en *Revista Española de Derecho Administrativo* 1987, pp.277-285, p.230.

Marzo de 1991¹⁰¹ donde declaró que "en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional, con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento europeo, y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de los dispuesto en el art.10.2 de la Constitución"¹⁰². También el Tribunal Constitucional italiano ha puesto últimamente en cuestión la primacía del Derecho Comunitario cuando pueda verse afectado un derecho reconocido constitucionalmente a nivel interno. En concreto, en la sentencia FRAGD de 21 de Abril de 1991¹⁰³, aunque desestimó el recurso, el Tribunal Constitucional ejerció un control de constitucionalidad sobre un acto comunitario que justificaba porque violaba el derecho a una tutela judicial efectiva de la Constitución italiana. A mayor abundamiento, que el capítulo de presiones de los tribunales constitucionales en materia de derechos fundamentales no está aún cerrado lo demuestra de nuevo la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 11 de octubre de 1993¹⁰⁴, dictada con ocasión de un recurso presentado por un alemán ante su alto tribunal por la violación de derechos fundamentales que le producía supuestamente la entrada en vigor del TUE (por la supuesta pérdida de control democrático que sufriría Alemania tras su ratificación). Pues bien, en esta sentencia, el TJCE (aún sin pretender volver a la doctrina de SOLANGE I)¹⁰⁵, declaró que en los asuntos que afectasen a los derechos básicos, su jurisdicción no se extendería sólo a los actos de las autoridades alemanas, sino a cualquier violación de derechos fundamentales producida en Alemania. Afortunadamente, el Tribunal también declaró que esta labor la realizaría siempre en colaboración con el TJCE. No obstante, a pesar de esta aclaración del Alto Tribunal destinada a tranquilizar los ánimos, queda aún mucho margen para un conflicto de jurisdicción entre ambos tribunales.

¹⁰¹ Sentencia 64/91, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 1991, nº120, pp.87-103.

¹⁰² *ibidem* p.100.

¹⁰³ Sentencia nº232/1989, de 21 de Abril de 1989, FRAGD/AMMINISTRAZIONE DELLE FINANZE DELLO STATO, en *Rivista di Diritto Internazionale* 1989, pp.103-109.

¹⁰⁴ En *Revista de Instituciones Europeas* 1993, nº23, pp.975-1030.

¹⁰⁵ Aun cuando esta es la opinión de algún autor como HOBE, S: "The Long and Difficult Road Towards Integration: the Legal Debate on the Maastricht Treaty in Germany and the Judgement of the Constitutional Court of October 12, 1993", en *Leiden Journal of International Law* 1994, vol.7, n.1, pp.23-43, p.39.

Nos remitimos a la parte tercera de nuestra tesis para un estudio más en detalle de la revuelta constitucional de los Estados miembros. Allí conoceremos en qué términos se plantea el problema en la actualidad y sus principales riesgos (de cara al respeto de la primacía del Derecho Comunitario y de cara al tambaleamiento del sistema pretoriano de protección de los derechos fundamentales).

6. El Método de Protección Judicial Diseñado por el TJCE basado en los Principios Generales del Derecho Comunitario

A pesar de la persistente revuelta constitucional, el TJCE no ha variado hasta hoy su modo de proteger los derechos fundamentales. El TJCE ha continuado con la protección de los derechos basada en los principios generales del Derecho Comunitario. Seguidamente pasamos a estudiar éstos.

6.1. Definición

El TJCE en ningún momento ha intentado explicar en qué consisten los principios generales gracias a los cuales ha conseguido introducir la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario. Se ha servido y se sigue sirviendo de ellos, pero no los ha definido. Por tanto, procede primeramente aventurar algunas hipótesis sobre su origen:

El Derecho Comunitario es un derecho eminentemente escrito. En los tratados constitutivos no se hace referencia a los principios más que en el específico marco de la responsabilidad extracontractual (art.215 TCE¹⁰⁶). Sin embargo, la existencia de unos principios del orden comunitario se puede derivar sin duda también -y además de modo más general- del art.164 TCE¹⁰⁷, aunque sólo sea de modo implícito¹⁰⁸. Este artículo permite al

¹⁰⁶“...En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros....”

¹⁰⁷“El Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Presente Tratado”.

TJCE considerar como fuente del Derecho Comunitario no sólo a los tratados constitutivos y al derecho derivado (creado por las instituciones y órganos comunitarios) sino también a los principios generales¹⁰⁹. El art.164, al contraponer los términos de "Derecho" y de "Tratado" nos permite comprobar que en las CCEE no puede imponerse una visión positivista del Derecho que iguale éste con la ley, o con el derecho escrito, sino que el término es más amplio y podría incluir tanto costumbres como principios generales. Si dejamos de lado la cuestión de la costumbre, a la que realmente se deja muy poco margen de aplicación en las CCEE¹¹⁰, nos encontramos que referencias a los principios generales sí hay en las CCEE, especialmente en la jurisprudencia del TJCE, como veremos posteriormente.

Asimismo, viene en ayuda de esta interpretación flexible y no formalista del Derecho Comunitario el art.173 TCE, que declara que el TJCE controlará la legalidad de los actos adoptados por las instituciones comunitarias con base en el Tratado CE "o a cualquier norma jurídica relativa a su ejecución". Dentro de esas normas jurídicas relativas a la ejecución del tratado pueden estar sin duda normas no escritas¹¹¹. Es más, esta ha sido la interpretación realizada por el propio tribunal, que ya en algún caso ha anulado un reglamento comunitario en el marco de un proceso *ex art.173 TCE* por estar ese reglamento en contra de algún principio general del ordenamiento comunitario¹¹². Incluso podemos

¹⁰⁸A falta en Derecho Comunitario de una referencia general a los principios generales como normas que el TJCE debe aplicar para decidir conforme a Derecho (como sí ocurre por ejemplo en materia de Derecho Internacional, donde el art.38 del Estatuto Internacional de Justicia, al enumerar las normas que él mismo aplica para resolver los litigios, indirectamente está dando un listado de las fuentes del Derecho Internacional, entre las que incluye los principios) en Derecho Comunitario hay que acudir a interpretaciones implícitas de los artículos de los tratados para encontrar la legitimación de la utilización de los principios generales.

¹⁰⁹En el art.164 hay, en opinión de ROBLES MORCHON, una "invitación" al TJCE para que complete los tratados y para que, al garantizar el respeto del Derecho, también garantice los derechos fundamentales (ROBLES 1988 *op.cit.*, p.34).

Vide también ROBERTSON; A.H; MERRILLS, J.G: *Human Rights in Europe. A Study of the European Convention on Human Rights* 1992, Manchester University Press, p.364.

¹¹⁰Opinión en la que seguimos a GARZON CLARIANA, Gregorio: "Las Fuentes del Derecho Comunitario", en *El Derecho Comunitario y su Aplicación Judicial* 1993, Tecnos, Madrid, pp.23-53, p.53 y CHITI, Mario: "The Role of the European Court of Justice in the Development of General Principles and Their Possible Codification" en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 1995, pp.661-671.

¹¹¹*Vide* LOUIS, Jean-Victor: *L'Ordre Juridique Communautaire* 1993, OPOCE, Luxemburgo, p.118.

¹¹²Sentencia del TJCE de 3 de Mayo de 1978, TOEPFER/COMISIÓN, C-112/77, Rec.1978, pp.1019ss, p.1032.

afirmar que, si bien es cierto que el recurso a los principios generales se generalizó en el TJCE y se hizo habitual a partir del comienzo de la jurisprudencia sobre la protección de los derechos fundamentales, sin embargo, previamente a su uso como medio para proteger los derechos fundamentales, existe ya alguna referencia aislada a aquéllos en asuntos como ALGERA y S.N.U.P.A.T. y en los que, aunque ni fueron alegados ni fueron utilizados como argumento del juicio los derechos fundamentales, sí se trataron derechos de empresas. No obstante la no utilización del argumento de los derechos fundamentales en estas sentencias, el TJCE sí hizo referencia en ellas a normas del Derecho Comunitario no escrito¹¹³, razón por la que puede entenderse que esta jurisprudencia quizá fue la precursora del posterior cambio jurisprudencial que se produjo a partir de 1969 en materia de derechos fundamentales.

La terminología no es uniforme en el TJCE cuando se hace referencia a estos principios. Si bien últimamente, al menos en casos sobre derechos fundamentales, el TJCE los denomina "principios generales del ordenamiento comunitario", a lo largo de la jurisprudencia del TJCE nos encontramos con que la terminología no es uniforme, y así se han usado diferentes expresiones:

- reglas reconocidas por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de los países miembros¹¹⁴
- reglas del Derecho Comunitario¹¹⁵
- principios de la Comunidad¹¹⁶
- principios jurídicos comunes¹¹⁷

En este caso, el TJCE anuló un reglamento "al formar parte el principio en cuestión [respeto de la confianza legítima] del ordenamiento comunitario, de modo que su desconocimiento constituiría una "violación del tratado o de toda regla de derecho relativa a su aplicación" en el sentido del artículo citado".

¹¹³ Sentencias del TJCE de 12 de Julio de 1957, DINEKE ALGERA Y OTROS/ASAMBLEA CECA, C-7/57, Rec.1957, pp.81ss, p.114 y de 22 de Marzo de 1961, SNUPAT/ALTA AUTORIDAD, as.ac.C-42 y 49/59, Rec.1961, pp.103ss, p.156.

¹¹⁴ *ibídem*.

¹¹⁵ P.ej. en sentencia del TJCE de 15 de Junio de 1978, DEFRENNE/SABENA, C-149/77, Rec.1978, pp.1365, p.1379.

-principios generales¹¹⁸

-principios generales del Derecho¹¹⁹

-principios generales del Derecho Comunitario¹²⁰

-principios de interpretación generalmente reconocidos¹²¹

-principios del Derecho Internacional¹²²

-principios fundamentales¹²³.

E incluso, para continuar con esta profusión terminológica, en la única mención expresa que dedica el Derecho originario a los principios generales (art.215 TCE) se alude a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

Consideramos que la diferencia de nombres no supone realmente que estemos ante diferentes fuentes del Derecho, sino que se trata más bien de distintas acepciones que utiliza el tribunal para referirse a una misma fuente del Derecho Comunitario. En nuestra opinión, tal riqueza léxica sólo es indicativa de los diferentes orígenes que pueden tener los principios generales que utiliza el TJCE (ordenamientos internos, Derecho Internacional, Derecho Comunitario...), pero todos tienen como denominador común el ser principios generales que son integrados en el ordenamiento comunitario y que aplica el juez

¹¹⁶ P.ej. en sentencia del TJCE de 21 de Junio de 1974, REYNERS/BÉLGICA, C-2/74, Rec.1974, pp.631ss, p.650.

¹¹⁷ P.ej. en sentencia del TJCE de 18 de Octubre de 1989, SA SOLVAY/COMISIÓN, C-27/88, Rec.1989, pp.3355ss, p.3356.

¹¹⁸ P.ej. en sentencia del TJCE COMPTOIRS DE VENTE, *cit.*, Rec.1960, p.890.

¹¹⁹ P.ej. en sentencia del TJCE HAUER *cit.* Rec.1979, p.3745.

¹²⁰ P.ej. en sentencia del TJCE de 8 de Octubre de 1980, PETER UBERSCHAER/BUNDESVEREINIGUNG DER ANWÄLTE, C-810/79, Rec.1980, pp.2747ss, p.2764.

¹²¹ P.ej. en sentencia del TJCE de 12 de Noviembre de 1981, AMMINISTRAZIONE DELLE FINANZE DELLO STATO/SRL MERIDIONALE INDUSTRIA SALUMI Y OTROS, as.ac.C-212-217/180, Rec.1981, pp.2735ss, p.2751.

¹²² P.ej. en sentencia del TJCE de 4 de Diciembre de 1974, YVONNE VAN DUYN/HOME OFFICE, C-41/74, Rec.1974, pp.1337ss, p.1352.

¹²³ P.ej. en sentencia del TJCE de 18 de Mayo de 1994, COMISIÓN/LUXEMBURGO, C-118/92, Rec.1994, pp.I-1891ss, pp.1897 y 1898.

comunitario. El término "principios generales del Derecho" parece ser la expresión más completa por subsumir tanto los principios generales del ordenamiento comunitario como aquéllos propios de los Estados miembros -todo ello gracias a la no adjetivación del sustantivo "Derecho"¹²⁴. No obstante, nosotros utilizaremos otra expresión en esta tesis, la de "principios generales del ordenamiento comunitario", para hacer referencia a aquellos principios que, sea cual sea su origen (derecho interno de los Estados miembros, Derecho Internacional o Derecho Comunitario) el TJCE ha transpuesto al ordenamiento comunitario como parte integrante de éste¹²⁵.

Lo importante, de cualquier modo, es no identificar la categoría general de los principios generales con los derechos fundamentales que se protegen en el ordenamiento comunitario. El mismo TJCE siempre ha querido dejar claro que los derechos fundamentales no son más que el contenido de algunos de los principios que él reconoce y protege, pero que los principios generales no se agotan en los derechos fundamentales¹²⁶.

Ya hemos advertido que el TJCE no ha definido nunca los principios generales que aplica, pese a que los aplica con gran profusión¹²⁷. Por esta razón, corresponde a la doctrina hacerlo, interpretando para ello la jurisprudencia del TJCE. De esta jurisprudencia, especialmente de la que guarda relación con los derechos fundamentales -que es la que está siendo objeto de estudio en esta sede- se desprende que los principios generales son utilizados como una fuente no escrita del Derecho, que permite grandes dosis de interpretación (e incluso de creación) jurisprudencial, y que, para descubrirlos, el TJCE se

¹²⁴Teoría de LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki: "Las Comunidades Europeas y los Derechos Fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional* 1986, n.18, pp.31-82, p.59.

¹²⁵Nuestra opinión es que, como bien indica RUIZ-JARABO, independientemente de que el procedimiento de obtención de estos principios sea la inspiración del juez comunitario en el mismo Derecho Comunitario, o en el Derecho Internacional, o en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, el orden comunitario los hace suyos una vez "transpuestos" (RUIZ JARABO 1990, "Técnica Jurídica...", *op.cit.*, p.172).

Parece que esta expresión es la más acertada. Incluso la autora Colette MEGRET, que en el título de su trabajo habla de "principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros", al final de su artículo rectifica sin ser consciente de ello y los califica como principios generales del Derecho Comunitario (MEGRET, Colette: "Principios Generales Comunes a los Derechos de los Estados Miembros como Fuente del Derecho Comunitario. Interacción entre Derecho Comunitario y Derecho Nacional. Informe General, XII Congreso FIDE", en *Noticias CEE*, 1988, vol.4, n°41, pp.27-35, p.35).

¹²⁶Otros principios que el TJCE ha proclamado y amparado sin que tuvieran necesariamente vinculación con derechos fundamentales son el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad, el de buena fe, el de que los órganos comunitarios deben actuar conforme a pautas previsibles, etc.

¹²⁷ GARZÓN 1993 *cit.* p.49.

inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en los tratados internacionales sobre derechos humanos en los que son parte, o en cuya elaboración han participado, los Estados miembros de las CCEE. Se trata de una fuente del Derecho Comunitario autónoma e independiente, que no consiste (o no es igual a) los principios generales o constitucionales de los Estados miembros, puesto que si así fuera y estuviéramos sólo ante meros principios internos que el juez comunitario aplicase, la autonomía del Derecho Comunitario quedaría claramente en entredicho¹²⁸. De hecho, el TJCE (y también el TPI desde 1988 como órgano auxiliar del TJCE) realizan una labor de selección para transponer al orden interno aquellos principios que más se adaptan a la naturaleza, estructura y fines de las CCEE¹²⁹. A este proceso de análisis selectivo que realiza el juez comunitario "eligiendo" aquellos principios que considerará como propios del ordenamiento comunitario es a los que VERGÈS denomina "sélection-adaptation"¹³⁰, MENGOZZI "integración selectiva"¹³¹ y PESCATORE, "comparación crítica"¹³². Así, el juez comunitario actúa con las manos bastante libres a la hora de decidir los principios que obligan en el ordenamiento comunitario¹³³, consiguiendo con este método que la

¹²⁸Vide GIRON LARRUCEA, José A: "Carácter Funcional del Proceso de Integración Constituido por la CEE", en *Noticias CEE* 1989, n°49, pp.11-40, p.20.

¹²⁹"Se sabe que los principios generales del Derecho son normas no escritas que el juez debe aplicar y no crear, aunque la necesaria comprobación previa que debe hacer de las mismas es, en realidad, ampliamente creadora. La característica propia del recurso a los principios generales por el Tribunal de Justicia es que le permite elegir prácticamente con toda independencia, en los otros sistemas jurídicos, y sobre todo en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, los principios y las normas que decide aplicar, es decir, incorporar en el ordenamiento jurídico comunitario" (ISAAC *op.cit*, p. 182).

¹³⁰VERGÈS, Jean: "Droits Fondamentaux et Droits de Citoyenneté dans l'Union Européenne" en *Revue des Affaires Européennes* 1994, n.4, pp.75-97, p.84.

¹³¹ MENGOZZI, Paolo en *Le Prospettive dell'Unione Europea e la Costituzione* 1995, CEDAM, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Milán, pp.275- 283.

¹³²Elaborando sobre este tema, PESCATORE escribe: "It is true that, substantially, this formulation does not yield anything concrete, but from the point of view of methodology, it opens the way, on the one hand, to the application of comparative-law methods, and on the other hand, to the store of experience which has been gained in public International Law" (PESCATORE, Pierre: "The Context and Significance of Fundamental Rights in the Law of the European Communities", en *Human Rights Law Review* 1981, vol.2 parts.3-4, pp.295-308, p.298).

Vide también la clarificadora frase de ROBLES MORCHON: "Es preciso insistir en esta idea, siendo un grave error de interpretación considerar que las Constituciones y los tratados constituyen fuente del Derecho Comunitario en materia de protección de los derechos fundamentales. La jurisprudencia del Tribunal se inspira en dichas normas, pero es ella misma la que constituye el núcleo generador de los principios generales del Derecho" (ROBLES MORCHON, 1988, *op.cit*, p.138).

¹³³Hay quien incluso llega a posiciones más extremas en la doctrina, manteniendo que el TJCE va improvisando sobre la base del art.164 TCE (LAWSON, *op.cit*, p.102). O quien indica que al TJCE le interesa que ciertos principios no estén escritos, para así interpretarlos a su aire (FERNÁNDEZ ESTEBAN,

uniformidad en la aplicación del Derecho Comunitario se mantenga intacta a pesar de recurrir para configurar los principios generales del Derecho Comunitario a fuentes de inspiración externas al propio Derecho Comunitario (Derecho Internacional convencional, Derecho Constitucional de los Estados...). Es al juez comunitario al que, siguiendo a RUIZ-JARABO "corresponde... buscar, en ausencia de una regla expresa de los tratados... la regla aplicable y [le] incumbe determinar, en función de los imperativos del ordenamiento jurídico comunitario, la solución que le parezca más apropiada"¹³⁴. Tales principios son por tanto resultado de una libre investigación del Derecho que le permite al juez colmar las lagunas del ordenamiento comunitario, un ordenamiento sectorial o parcial (circunscrito a lo económico en sus orígenes) pero venido a más a través de unas reformas que a menudo han dejado grandes incógnitas [sin ir más lejos, la de los límites que puedan tener los poderes del TJCE en una materia como es la de los derechos fundamentales, en la que expresamente no se le ha dado competencias, pero a la que se evoca tanto en AUE como en TUE y en el Tratado de Amsterdam (aún no en vigor). Este problema tiene su importancia, especialmente teniendo en cuenta la revisión que realiza el TJCE tanto de actos de las instituciones comunitarias como últimamente de actos estatales con conexión comunitaria].

En opinión de Max SORENSEN, la elaboración por parte del TJCE de esta noción de "principios generales del Derecho Comunitario" le ha llevado exactamente al mismo resultado que habría alcanzado si se hubiera producido una transferencia expresa de competencias a las CCEE en esta materia¹³⁵. Aun reconociendo que en la materia de los derechos fundamentales el TJCE ha ido acumulando poderes de revisión progresivamente, no podemos estar de acuerdo totalmente con el Prof.SORENSEN, sobre todo a la vista del Dictamen 2/94 del TJCE, en el que éste indica la no competencia de las CCEE -que casi se daba por hecha en el resto de las instituciones comunitarias- para adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales auspiciado por el Consejo de Europa. Si la aplicación extensiva de la doctrina de los principios generales le hubiera llevado realmente al TJCE a idéntico resultado que el que produciría una transferencia

M^aLuisa: "Constitutional Values and Principles in the Community Legal Order", en *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1995, vol.2, n^o2, pp.129-144, p.136).

¹³⁴RUIZ-JARABO 1990, "Técnica Jurídica...", *op.cit.*, p.175.

¹³⁵SORENSEN, Max: "Punti di Contatto tra la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ed il Diritto delle Comunità Europee" en *Rivista di Diritto Europeo* 1978, vol.XVIII, pp.161-172, p.165.

expresa de competencias soberanas, el dictamen hubiera afirmado la competencia de las CCEE para adherirse al CEDH, cosa que podría hacer sin mayor problema de mediar una transferencia de competencias expresa. En cualquier caso, sí estamos de acuerdo con SORENSEN en que por esta vía el TJCE ha incrementado sus poderes de revisión sobre actos que afecten a derechos fundamentales¹³⁶.

6.2. Función de los principios

La función de los principios es, por supuesto, completar las lagunas del ordenamiento comunitario, pero no sólo eso. Su función no es subordinada, puesto que no es un simple medio auxiliar de interpretación de los tratados y de orientación jurídica¹³⁷, sino que constituyen una fuente más del ordenamiento comunitario. El tratamiento que reciben hoy por hoy por parte del tribunal demuestra bien a las claras que no se trata simplemente de un tipo de norma a la que se acuda sólo cuando no existe norma escrita aplicable al caso, o como complemento para cuando la norma escrita sea oscura¹³⁸, sino que incluso en la elaboración del derecho derivado han de tenerse en cuenta y respetarse los principios generales del Derecho Comunitario, hasta el punto que ante un eventual conflicto entre el contenido de una norma comunitaria escrita y un principio general del ordenamiento

¹³⁶También el constitucionalista CASSESE considera que la interpretación extensiva que realiza el TJCE basándose para ello en el desarrollo de principios y técnicas, le permite alargar el área de acción de las CCEE y al mismo tiempo limitar la de los Estados miembros (CASSESE, Sabino: "La Costituzione Europa" en *Quaderni Costituzionali* 1991, vol.XI, n.3, pp.487-508, p.489). En la misma línea, VERDE I ALDEA considera que el recurso a los "principios" (como él los llama) es una de las técnicas que ha permitido al TJCE realizar "la clara vocación expansiva" de las CCEE (VERDE I ALDEA, Josep: "La Europa de los Ciudadanos", en *Leviatán* 1987, n.27, pp.43-54, p.45).

¹³⁷vide DAUSES, Manfred: "La Protection des Droits Fondamentaux dans l'Ordre Juridique Communautaire", en *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1984, n.3, pp.401-424, p.409 y DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Las Organizaciones Internacionales*, 1997, Tecnos, Madrid, p.550.

¹³⁸La utilización auxiliar y subordinada de los principios generales como fuente de valor inferior a la del derecho escrito o sólo alegable en ausencia de norma escrita aplicable al caso era una alternativa que fue propuesta y defendida alguna vez por algún Abogado General. Sin embargo, tal interpretación que no situaba en pie de igualdad al derecho escrito y al no escrito en el orden CE, no tuvo éxito (p.ej. Conclusiones a la sentencia INTERNATIONAL HANDELSGESELLSCHAFT, *cit.*, Rec.1970, p.1150:

"Pour notre part, nous vous proposerons celle résultant du droit écrit, car nous pensons, d'une part, qu'il est d'une bonne technique juridictionnelle de ne faire intervenir le droit non écrit qu'en cas d'obscurité, d'insuffisance ou de lacune du droit écrit...").

comunitario, podría darse el caso de que el principio general se impusiera¹³⁹. Por ello GALMOT asegura que no constituyen “los parientes pobres” en el seno de las normas del Derecho Comunitario, sino más bien un instrumento que le ha permitido y permite evolucionar sobremanera¹⁴⁰.

Vista la forma tan progresista en que los jueces comunitarios se permiten hoy día la invocación de los principios generales, sobre todo en materia de derechos fundamentales - incluso para anular un acto comunitario o para declarar la incompatibilidad de un acto estatal con nexo comunitario con el Derecho Comunitario- no se puede menos que concluir que el tema de los derechos fundamentales le ha servido al TJCE para redescubrir o recuperar con mayor fuerza una fuente clásica del Derecho y que hasta el comienzo de esta jurisprudencia había estado prácticamente en hibernación en un ordenamiento que era y aún es eminentemente escrito. La flexibilidad de los principios, el margen de apreciación que permiten al juez, los han convertido en "soportes primarios del ordenamiento, al que confieren solidez... y permiten su evolución y adaptación a las necesidades cambiantes de los tiempos... [como] fórmulas técnicas particularmente aptas para operar en el mundo jurídico comunitario"¹⁴¹.

6.3. Valor de los principios generales en el ordenamiento comunitario

La cuestión de la función que cumplen los principios en el ordenamiento comunitario, nos conduce a otra, la de la posición jerárquica que tales principios ostentan en un sistema jurídico que distingue claramente entre un derecho originario y otro derivado. El interés no es meramente teórico, puesto que se trata de un tema necesitado de reflexión por cuanto los principios son utilizados como parámetros de validez de los actos de las instituciones y a menudo también de los Estados. El TJCE, con su habitual cautela, tampoco se ha definido en este área, aunque de su jurisprudencia sí se puede extraer una lección:

¹³⁹La sentencia HAUER antes citada es un buen ejemplo de caso de un reglamento comunitario que fue anulado con base en un principio del derecho, como el de propiedad.

¹⁴⁰ GALMOT, Yves: “L’Apport des Principes Généraux du Droit Communautaire à la Garantie des Droits dans l’Ordre Juridique Français”, en *Cahiers de Droit Européen* 1997, n°1-2, pp.67-79, pp.78-79.

¹⁴¹ GONZALEZ NAVARRO *op.cit*, p.112.

para el TJCE, los principios no son una fuente supletoria del Derecho. Quede claro, en cualquier caso, que la polémica sobre el valor jerárquico de los principios generales del derecho Comunitario no alcanza a aquéllos que hayan sido recogidos en los propios tratados constitutivos (no discriminación, p.ej.) cuya clasificación como derecho originario es incontestado. En cambio, el problema surge con principios generales no generados por el propio Derecho Comunitario (provenientes, p.ej., del derecho interno o internacional) o aquellos otros que, aunque generados en el propio ordenamiento comunitario, hayan sido enunciados a través del derecho derivado¹⁴². En estos casos, la doctrina es prácticamente unánime en que el valor de los principios generales del ordenamiento comunitario es superior al del derecho derivado¹⁴³. Una pequeña minoría que considera que su status es intermedio entre el derecho originario y el derivado¹⁴⁴.

Nuestra opinión es que los principios generales sí forman parte del ordenamiento comunitario como derecho originario pero que, aunque se esté en contra de este parecer, simplemente reconociendo su valor superior al del derecho derivado, ya sería suficiente para posibilitar la anulación por parte del TJCE de actos de derecho derivado incompatibles con los principios. En cuanto a qué ocurre si el acto en cuestión no procede de las instituciones comunitarias sino de un Estado, el problema no es tal por la aplicación de la primacía del Derecho Comunitario. Con respecto a actos de derecho derivado incompatibles con principios generales del Derecho Comunitario, estaríamos ante un verdadero *impasse* si mantuviéramos el valor subordinado de los principios al derecho escrito, tanto originario como derivado. En ese caso, sí se estaría tratando a los principios como mera fuente supletoria del Derecho Comunitario aplicable sólo a falta de norma escrita. En nuestra opinión, ni el art.164 TCE, ni el art.214 TCE, ni tampoco el art.173 TCE permiten concluir

¹⁴² P.ej. algunas garantías procesales.

¹⁴³ Vide entre otros: DIEZ PICAZO, Luis M^a: "¿Una Constitución sin Declaración de Derechos?. Reflexiones Constitucionales sobre los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea", en *Revista Española de Derecho Constitucional* 1991, n.32, pp.135-155, p.141; RIDEAU *op.cit.*, p.553; MOITINHO de ALMEIDA, Jose Carlos: "Protección de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del TJCE" en *El Derecho Comunitario Europeo y su Aplicación Judicial*, 1993, Cívitas, Madrid, pp.97-131, p.118; ROBLES MORCHON 1988, *op.cit.*, p.105; VERGÈS 1994 *op.cit.*, p.80; DAUSES 1984, *op.cit.*, p.410; RUIZ-JARABO 1990, "Técnica Jurídica..." *op.cit.*, p.173; DIEZ-HOCHLEITNER, Javier: "CIG '96: Hacia un Tratado Unico y una Nueva Tipología de los Actos Comunitarios", en *Reflexiones sobre la Conferencia Intergubernamental*. 1996, 1995, M^oAA.EE, Madrid, pp.137-160, p.138.

qué rango jerárquico tienen los principios generales en el orden comunitario. Corresponde, por tanto, especular: si se considera que los principios generales derivan de algún modo de una interpretación amplísima de los tratados (como pretenden SCWEITZER y HUMMER) y que son sólo normas a través de las cuales se ejecutan las obligaciones de los tratados, quien daría validez a tales principios serían los tratados, y por tanto disfrutarían de un rango jerárquico inferior a los tratados. Si por el contrario, se considera, como es nuestro caso, que más bien constituyen un sustrato ético mínimo, y son una serie de elementos básicos de tres comunidades fundadas por Estados democráticos, de Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales, en tal caso no existirá reparo en considerarlos como parte del derecho primario, por no decir -como mantiene DAUSES¹⁴⁵- que aquellos principios que suponen el respeto de los derechos fundamentales en las CCEE se imponen a los propios tratados y constituyen una suerte de "superlegalidad" comunitaria¹⁴⁶.

6.4. Identificación de los principios generales

Independientemente de la definición de lo que son los principios generales del Derecho en el orden comunitario (definición que, en cualquier caso es tributaria de la

¹⁴⁴De este parecer son dos autores citados por ROBLES (SCHWEITZER Y HUMMER) para los que los principios generales no pertenecen al Derecho primario y por tanto no están al nivel de los tratados constitutivos (ROBLES 1988 *op.cit.*, p.105).

¹⁴⁵DAUSES 1984 *op.cit.*, p.410.

¹⁴⁶De hecho hay quien se plantea si una futura reforma a los tratados constitutivos (reforma que constituiría, por supuesto, derecho originario) podría ir en contra de derechos fundamentales ya protegidos como principios generales del ordenamiento comunitario, pareciendo que la respuesta a esta pregunta es negativa, con lo que los derechos fundamentales protegidos como principios generales constituirían esa superlegalidad que insinuaba DAUSES (DAUSES 1994, *op.cit.*, *passim*). Comparten este parecer RUIZ-JARABO (RUIZ-JARABO 1988 *op.cit.*, p.174) y ROBLES (ROBLES MORCHON 1988 *op.cit.*, p.108). Este último indica en la página citada que: "Los principios generales del Derecho, o al menos los de mayor contenido ético-político se pueden constituir de esta forma, dentro del esquema jerárquico de las fuentes del Derecho, en una "superconstitución" dentro de la Constitución que es el llamado Derecho primario. No otra cosa ocurre con los derechos fundamentales y, en general, con aquellos principios caracterizadores del Estados de Derecho". También ROLDÁN BARBERO afirma, en referencia a aquellos principios generales que recogen o formulan derechos fundamentales, que no tienen un valor intermedio entre el derecho originario y el derivado, sino que constituyen una superlegalidad (ROLDÁN BARBERO, Javier: "Derecho Comunitario y Principios Fundamentales del Derecho Interno (Comentario a las Sentencias del TJCE van Schijndel y Peterbroeck de 14 de Diciembre de 1995)", en *Revista de Instituciones Europeas*, 1996, n^o3, pp.799-815, p.807). En la misma línea, CONSTANTINESCO los califica como supraconstitucionalidad (CONSTANTINESCO, Vlad: "¿Hacia la Emergencia de un Derecho Constitucional Europeo?", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 1994, n^o8, pp.5-16, p.16).

definición general que se da de esta fuente en Derecho Internacional e interno) y de cuál sea la posición jerárquica en éste, otra cuestión relevante sobre ellos es la identificación de los tipos de principios generales que utiliza el TJCE. En este sentido, distinguimos¹⁴⁷:

-principios generales específicos del orden comunitario:

-consignados en los tratados (por ser inherentes a la organización de una economía de mercado (p.ej. libre circulación, no discriminación por razón de sexo ni de nacionalidad...))

-no consignados en los tratados pero que se deducen de éstos (buena fe, justicia procesal, *ne bis in idem*...)

-principios generales que tienen su origen en otros ordenamientos:

-principios comunes a los Estados miembros (fórmula flexible que permite al TJCE inspirarse en el Derecho comparado: p.ej principio de audiencia en procesos judiciales y administrativos, principio de proporcionalidad...)¹⁴⁸

-principios de Derecho Internacional (respeto de la confianza legítima o estoppel, respeto de los derechos adquiridos, principio de no frustrar el fin de un tratado antes de su entrada en vigor...).

En cuanto a las fuentes de inspiración (no fuentes de Derecho Comunitario, que no lo son) a las que acude el Tribunal de Justicia para extraer los principios que aplica en Derecho Comunitario en materia de derechos fundamentales, el tribunal ha sido desde el inicio de esta jurisprudencia muy claro al respecto. Son:

-tradiciones constitucionales comunes a los Estados

¹⁴⁷Tipología de DRZEMCZEWSKI, Andrew: "The Domestic Application of the European Human Rights Convention as European Community Law", en *International and Comparative Law Quarterly* 1981, n.1, pp.118-140, p.131. Similar, aunque no idéntica a ésta es la clasificación de CHUECA SANCHO, Angel: "Los Principios Generales del Derecho en el Ordenamiento Comunitario", en *Revista de Instituciones Comunitarias* 1993, vol.10, n.3, pp.863-896, pp.868 y 876-891

¹⁴⁸ Son tratados por IUDICA en: IUDICA, Giovanni: "Per un Diritto Europeo di Principi Generali", en *Le Ragione del Diritto. Scritti in Onore di Luigi Mengozzi*, 1995, Giunfré Editore, pp.1971-1986, especialmente pp.1981-1983.

-tratados internacionales sobre derechos humanos.

Ambas fuentes de inspiración parecen evocar de nuevo la aplicación, en el ámbito de las CCEE, de dos categorías de principios generales que se manejan en el orden internacional, y que son harto conocidas por la doctrina:

-los principios *in foro domestico* (recogidos en los ordenamientos nacionales y elevados posteriormente a la categoría de principios internacionales), y

-los principios propiamente internacionales¹⁴⁹.

6.5. Las fuentes de inspiración del TJCE

6.5.1. La Protección de los Derechos Fundamentales basada en las Tradiciones Constitucionales Comunes a los Estados miembros

Las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros fueron las primeras fuentes de inspiración mencionadas por el TJCE para identificar los derechos fundamentales protegidos en el ordenamiento comunitario. Incluso, cuando el TJCE comenzó a referirse también a la segunda fuente de inspiración (los tratados internacionales) la jurisprudencia parecía dar más relevancia a las primeras que a los segundos, a tenor del grado de exigencia que se desprende de expresiones como estas: "El TJCE está obligado a inspirarse en las tradiciones... los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos del hombre... pueden igualmente aportar indicaciones que conviene tener en cuenta..."¹⁵⁰. Sin embargo, actualmente, esa diferencia de redacción ha sido por lo general suprimida por el TJCE, que parece situar a tradiciones constitucionales y a tratados internacionales prácticamente en pie de igualdad en cuanto a su legitimidad para ser invocadas. Sin ir más lejos, en sentencias como NATIONAL PANASONIC¹⁵¹, el TJCE

¹⁴⁹DIEZ de VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 1997, Tecnos, pp.107 y 108.

¹⁵⁰Sentencia del TJCE de 14 de Mayo de 1974, NOLD/COMISIÓN, C-4/73, Rec.1974, pp.491ss, p.508.

¹⁵¹Sentencia del TJCE de 26 de Junio de 1980, NATIONAL PANASONIC UK LIMITED/COMISIÓN, C-136/79, Rec.1980, pp.2033ss, p.2057.

aduce artículos de convenios internacionales y sin embargo pasa de puntillas sobre las tradiciones constitucionales. En otras ocasiones, el TJCE las utiliza en pie de igualdad¹⁵².

Sin cuestionar en ningún momento la existencia de lazos, civilización, cultura, valores y una historia comunes o similares de los europeos que hoy conforman las CCEE¹⁵³ (lo cual permite, sin duda, rastrear al TJCE elementos constitucionales comunes que puedan servir de inspiración para la transposición al orden comunitario de ciertos principios generales sobre derechos fundamentales) parte de la doctrina también resalta el hecho de que en los Estados miembros de las CCEE, los preceptos constitucionales referentes a derechos fundamentales (declaraciones de derechos) no son, ni mucho menos, coincidentes¹⁵⁴. En efecto: nos encontramos con Constituciones no escritas (Reino Unido) con referencias antiquísimas y consuetudinarias a derechos fundamentales (Bill of Rights de 1689), otras, sin declaración de derechos propia sino con remisión a otros documentos (p.ej. Constitución francesa, que se remite a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789), otras con referencias a valores más bien exclusivos de esa sociedad (como es el caso de la Constitución irlandesa con su referencia expresa al derecho a la vida del *nasciturus*), otras Constituciones recientes y con declaraciones de derechos "actualizadas" (caso de España), etc. Es de toda esta amalgama de textos y costumbres, más o menos variopintos, de donde el TJCE se ha de inspirar para descubrir los derechos que, según él, también se predicán del ordenamiento comunitario.

El principal escollo con el que se ha topado la doctrina (que, paradójicamente, no parece haber afectado al TJCE) ha sido comprobar si con esta referencia un tanto imprecisa a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, el TJCE lo que estaba haciendo en realidad era aceptar automática y mecánicamente en el seno del sistema jurídico comunitario todos los derechos protegidos en todos los regímenes constitucionales de los Estados miembros, o si, por el contrario, el considerar las tradiciones constitucionales como

¹⁵²Sentencia del TJCE de 21 de Septiembre de 1989, HOESCHT AG/COMISIÓN, C-46/87, Rec.1989, pp.I-3137ss.

¹⁵³ ERGEÇ utiliza la expresión "ius commune aplicable al conjunto de los pueblos europeos" para resumir todos esos lazos de cultura, derecho, civilización, etc. (ERGEÇ, Rusen: "Les Valeurs Communs Européens et les Droits de l'Homme", en *Revue des Droits de l'Homme* 1992, vol.1, pp.5-13, p.12).

¹⁵⁴Vide BENEYTO, José M^a: "La Influencia del Parlamento Europeo en el Desarrollo de la Protección de los Derechos Fundamentales en la Comunidad Económica Europea", en *Revista de Instituciones Europeas* 1989, vol.16, n.3, pp.837-870, p.847.

una fuente de inspiración para localizar los principios protegidos en el orden comunitario le permitiría al TJCE realizar una labor de filtraje de aquellos derechos fundamentales más adecuados o más necesitados de protección en las CCEE. Fácilmente puede uno imaginar los argumentos en contra de cada una de estas dos posibilidades:

-Si el TJCE se convertía en un mero receptor de todos los derechos fundamentales protegidos en cada una de las Constituciones de los Estados miembros, ello significaría la negación de la autonomía de las fuentes del Derecho Comunitario, y del principio de autonomía del ordenamiento comunitario, ya que éste no sería un ordenamiento completo con sus propias fuentes, ni sería libre a la hora de elaborar su derecho, extremos todos estos que han sido descartados por la famosa sentencia COSTA/ENEL.

-Si el TJCE, por el contrario, decidía seleccionar de entre los valores constitucionales de los Estados miembros únicamente aquéllos derechos coincidentes a todos ellos, el nivel de protección de los derechos fundamentales pecaría de una inferior calidad a la de algunos de los regímenes internos, con el consiguiente riesgo de nueva puesta en cuestión de la primacía del Derecho Comunitario por parte de los tribunales constitucionales internos.

Así pues, la polémica doctrinal estaba servida: ¿la frase "tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros" significaba que sólo los derechos que se reiterasen en todas las Constituciones de los Estados miembros constituían el contenido de principios del ordenamiento comunitario? ¿En el caso de un derecho repetido en todas las Constituciones, existía la obligación por parte del TJCE de transponer inmediatamente este derecho al orden comunitario, o podía descartarlo por no reflejar un valor protegible en el ordenamiento comunitario? ¿Podía el TJCE atraer hacia el orden comunitario un derecho incluido sólo en algunas, o incluso en una Constitución, y considerarlo como manifestación de una tradición constitucional común?...

Pero el TJCE no pareció inmutarse por esta polémica académica y lo que hizo desde un principio fue usar esta fuente de inspiración de forma flexible, en pro de los intereses comunitarios, e hizo gala de su famoso activismo judicial también en su manera de descubrir, analizar e inspirarse en las tradiciones constitucionales.

Como primer elemento de análisis de la jurisprudencia del TJCE en esta materia, sería interesante retener que el TJCE no se ha sentido vinculado por el tenor literal de sus propias palabras. De hecho, en ocasiones la mención a las "tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros"¹⁵⁵ se ha convertido en una referencia a "los derechos garantizados en las Constituciones de los Estados miembros"¹⁵⁶, expresión ésta última menos rígida que la anterior al evitar el adjetivo "comunes", que quizá sea lo que más confusión doctrinal haya creado. Libre, pues, del elemento de "comunidad", nada parece impedir al TJCE inspirarse en derechos contemplados en algunas constituciones o en alguna Constitución aisladamente, siempre que considere que sintetiza un principio protegible a nivel comunitario. De hecho, éste es el comportamiento más habitual del tribunal cuando dice actuar con base en esta fuente de inspiración:

En la sentencia IRCA¹⁵⁷ el tribunal llevó esta teoría a sus máximas consecuencias, puesto que basó su razonamiento jurídico en un principio que halló en el ordenamiento jurídico alemán, que trasladó al ordenamiento comunitario porque lo consideró principio comunitario, y todo ello a pesar de su no reconocimiento en los otros ordenamientos jurídicos. En contraposición, en la sentencia ALGERA¹⁵⁸ el TJCE realizó un repaso minucioso del tratamiento que recibía en todos los Estados miembros el principio de la no revocabilidad de actos administrativos que generen derechos subjetivos.

Lo habitual, sin embargo, suele ser el apoyo del TJCE en el tratamiento y configuración que reciba un principio en varios ordenamientos internos, sin sentirse obligado a analizar lo que ocurre en todos ellos. Por ejemplo, esto es lo que ocurrió en la sentencia HAUER, donde el TJCE estudió el tratamiento que se daba a la propiedad privada en las Constituciones irlandesa, italiana y alemana. Esto nos lleva a una argumentación diferente:

¹⁵⁵Terminología utilizada p.ej. en la sentencia NOLD, *cit.* Rec.1974, p.508.

¹⁵⁶Esta es la expresión empleada en la sentencia HAUER, *cit.* Rec.1979, p.3745.

¹⁵⁷Sentencia del TJCE de 7 de Julio de 1976, IRCA (INDUSTRIA ROMANA CARNI E AFFINI SPA)/AMMINISTRAZIONE DELLE FINAZE DELLO STATO, C-7/76, Rec.1976, pp.1213ss. Véase esto comparando las Conclusiones del Abogado General WARNER al caso (pp.1237-1238) y el texto de la sentencia (en su p.1217). El primero reconoce que el principio en cuestión se extrae únicamente de la legislación alemana. El TJCE simplemente acepta el principio a pesar de su origen limitado al territorio germano.

¹⁵⁸*cit.* Rec.1957, p.114.

A menudo nos encontramos con que el problema no es tanto si un determinado derecho se reconoce sólo en una o en unas pocas Constituciones. Más bien, lo habitual es que, al menos por lo que respecta a los derechos clásicos, exista en prácticamente todas las Constituciones un reconocimiento formal y paralelo de muchos de ellos. El problema que se le plantea al TJCE suele ser el del diferente contenido o tratamiento que pueda recibir ese derecho en uno u otro sistema jurídico interno, lo cual lleva a la duda sobre el alcance o grado de protección que el TJCE deba dar a ese derecho, una vez reconocida su existencia en el ordenamiento comunitario¹⁵⁹. Es en estos casos cuando la creación jurisprudencial alcanza sus máximas cotas, porque el TJCE, una vez inspirado por los ordenamientos internos, puede adaptar tal derecho a las exigencias del Derecho Comunitario y enriquecerlo¹⁶⁰.

Lo cierto es que una inspiración minimalista del TJCE en las tradiciones constitucionales sería poco entendida. El TJCE cuando falla inspirado en las tradiciones constitucionales, debería tender a conseguir el máximo posible de protección de los derechos fundamentales que va a trasplantar al orden comunitario¹⁶¹. Para ello no duda en sumarse a corrientes constitucionales minoritarias o a la solución más proteccionista aportada por una Constitución en lugar de a corrientes dominantes¹⁶². Tampoco duda el TJCE en usar un derecho contemplado en los ordenamientos internos como punto de partida a partir del cual mejorar su protección una vez lo ha reconocido como derecho fundamental del ordenamiento comunitario¹⁶³. Sin embargo a veces su "obsesión" por adaptar la protección a la idiosincrasia del Derecho Comunitario puede hacerle rebajar el nivel de protección, como veremos en la segunda parte de esta tesis. En definitiva, el TJCE actúa

¹⁵⁹Pensemos, p.ej, en el diferente alcance que tiene el derecho a la vida en la Constitución irlandesa y en la Constitución no escrita inglesa.

¹⁶⁰ En ocasiones, el TJCE alcanza con su jurisprudencia un nivel de protección superior al otorgado por los órganos del CEDH. Este sería el caso del derecho a la no discriminación por razón de sexo, como indican PENTIKÄINEN y SCHEIMIN (PENTIKÄINEN, Merja y SCHEIMIN, Martin: "A Comparative Study of the Monitoring Mechanisms and the Important Institutional Frameworks for Human Rights Protection within the Council of Europe, the CSCE and the European Community", en *Monitoring Human Rights in Europe*, 1993, Aire Bloed, Liselotte Leicht, Manfred Nowak y Allan Rosas (eds.), Martinus Nihjoff, pp.93-119, p.100).

¹⁶¹Vide TEITGEN, P.H: "La Protection des Droits Fondamentaux dans la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes", en *L'Adhésion des Communautés Européennes à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1981, Bruylant, pp.21-32, p.27.

¹⁶² vide *infra* capítulo IV sobre las Tradiciones Constitucionales Comunes.

¹⁶³ *ibidem*.

con las manos libres, sin sentirse obligado a fundamentar jurídicamente sus decisiones en una media aritmética o en un mínimo común denominador de lo que ocurre en todos los Estados miembros. Busca la que considera como mejor solución al caso desde el punto de vista del interés comunitario y de la integración, basándose para ello en las circunstancias concretas, adaptando ese derecho fundamental al Derecho Comunitario¹⁶⁴. De esta forma, el TJCE acaba realizando una labor de selección de aquellos derechos fundamentales que más se adecuan en su opinión a la propia naturaleza, estructura y objetivos de las CCEE. Esta labor de selección, que como mencionamos previamente bien puede denominarse proceso de selección-adaptación o de comparación crítica, permite al TJCE, al aplicar como principio general del ordenamiento comunitario la norma constitucional más favorable, respetar al mismo tiempo el contenido de la más restrictiva. El problema surge por la falta de previsibilidad del método utilizado por el TJCE. En palabras del actual Presidente del TJCE: "Resulta difícil resumir en fórmulas abstractas el método de determinación del parámetro común de protección de los derechos fundamentales seguido por el Tribunal de Justicia, entre otras razones, como consecuencia del carácter frecuentemente poco explícito del discurso jurisprudencial"¹⁶⁵.

La conclusión del proceso de selección-adaptación de derechos fundamentales protegidos en el orden constitucional desde el Derecho interno hasta el comunitario es, sin duda, el reconocimiento incontestable de la autonomía y primacía del ordenamiento jurídico

¹⁶⁴Así, el juez de Luxemburgo declara no sólo su competencia exclusiva para determinar qué derechos humanos reconocidos por las Constituciones nacionales son transferibles al ámbito comunitario, sino también en qué medida" (BOCCIO VAZQUEZ, Jesús M^a: *Comunidades Europeas y Derechos Humanos* 1986, Serie Universitaria de la Fundación Juan March, n.229, p.30).

La misma idea la recoge QUINTIN (QUINTIN, Yves: "An Analysis of the Proposition of Accession of the European Communities to the European Convention on Human Rights", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1983, vol.16, pp.887-911, p.910).

Del mismo modo, MANCINI indica: "(a) in order to be "common" a principle does not have to form part of the system of every State; (b) the Court does not have to go looking for maximum, minimum or average standards" (MANCINI, Federico: "Safeguarding Human Rights: The Role of the Court of Justice of the European Communities", en *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level* 1991, Federico Carpi y Chiara Giovannucci (eds.), pp.497-517, p.509).

También MOITINHO DE ALMEIDA se manifiesta en este sentido indicando que si el TJCE se viera obligado a extrapolar al orden comunitario todo precepto constitucional interno "estaríamos perante una exportação de regimes nacionais que nada justifica" (MOITINHO DE ALMEIDA, José Carlos: *Dereito Comunitário a Ordem Jurídica Comunitaria as Libertades Fundamentais na C.E.E.*, 1985, Centro de Publicações do Ministério da Justiça, Lisboa, p.58).

¹⁶⁵ RODRÍGUEZ IGLESIAS 1993 "La Protección de los Derechos Fundamentales..." cit. p.209.

comunitario: Derecho interno y comunitario son sistemas jurídicos diferentes y los derechos fundamentales protegidos en el ordenamiento comunitario (aunque puedan tener su origen en los ordenamientos internos) no se pueden ver cuestionados judicialmente por normas internas, aunque éstas tengan rango constitucional. Tampoco ante el TJCE (ni ante el TPI) se puede alegar tales derechos fundamentales como derechos constitucionales porque "el Tribunal ni aplica ni controla el Derecho interno"¹⁶⁶.

Al hilo de la utilización del Derecho Constitucional comparado como fuente de inspiración para localizar los derechos fundamentales propios del orden comunitario, el TJCE no ha dejado pasar la oportunidad de declarar que tales derechos no constituyen prerrogativas absolutas sin límite alguno, sino más bien su carácter funcional y por tanto, limitado por el interés comunitario¹⁶⁷. Como resultado, la labor jurisprudencial del TJCE en materia de derechos fundamentales no puede superar los límites fijados por los propios objetivos de la integración europea¹⁶⁸. La calificación de los derechos fundamentales como derechos sujetos a límites no nos debe llevar a escándalo. Tanto en el ámbito internacional como en el interno, los derechos se consideran sometidos a límites (siempre que ello no afecte a su contenido esencial¹⁶⁹) salvo los que por su carácter esencial se consideran inderogables e imprescriptibles (derecho a la vida, a la integridad física, a no ser sometido a esclavitud ni trabajos forzados). Un ejemplo claro del carácter limitado de los derechos fundamentales en el ámbito internacional se comprueba en el articulado del CEDH, donde en la enunciación de ciertos de sus derechos (p.ej. arts.9-11) el primer párrafo de cada artículo enuncia un derecho, y a renglón seguido, el segundo indica en qué condiciones u

¹⁶⁶GIRON LARRUCEA *op.cit.*, p.20.

¹⁶⁷En el asunto INTERNATIONAL HANDELSGELLSCHAFT se habló por primera vez de que los derechos fundamentales se debían proteger "en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad" (*cit.*, Rec.1970, p.1178).

En este asunto, el derecho alegado era el de propiedad, y el TJCE declaró que, aunque ese derecho estaba protegido en el orden constitucional de todos los Estados miembros, en el ámbito comunitario debería respetar la función social de los bienes y actos protegidos y que, por tanto, tal derecho sería protegido bajo reserva de las limitaciones previstas en función del interés público.

¹⁶⁸*Vide* RECCHIA, Giorgio: "Derechos Fundamentales e Integración Europea: la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Italiano", en *Revista de Estudios Políticos* 1992, n.15, pp.47-58, p.49; COHEN-JONATHAN, G: "La Cour des Communautés Européennes et les Droits de l'Homme", en *Revue du Marché Commun* 1978, pp.74-100, p.85.

¹⁶⁹STACK, John, F.J.R: "Judicial Policy-making and the Evolving Protection of Human Rights: The European Court of Human Rights in a Comparative Perspective", en *West European Politics* 1992, vol.15, n.3, pp.137-156, p.143.

ocasiones puede ser suspendido su disfrute. El escándalo puede venir si la protección de un derecho fundamental por el TJCE se modela y adapta de tal forma a los objetivos comunitarios que su protección acaba siendo insuficiente.

Un problema que se puede plantear ante el TJCE (y que de hecho ya se ha planteado) es el de las eventuales tradiciones constitucionales que difieren entre los Estados miembros, y el obstáculo que se le puede plantear en ese caso al TJCE a la hora de descubrir el principio general aplicable en esta materia en el ordenamiento comunitario. WEILER es, dentro de la doctrina, quien más claramente ha expuesto y analizado el asunto al plantearse la pregunta "What about those standards which are not common?"¹⁷⁰.

La respuesta a esta pregunta se hace necesaria desde el momento en que ante el TJCE se planteó una cuestión prejudicial referente a la posible incompatibilidad con los tratados (en concreto, con el principio de libertad de servicios) de ciertas medidas de las autoridades irlandesas tendentes a la no publicación en territorio irlandés de informaciones sobre clínicas abortistas británicas (asunto GROGAN)¹⁷¹. Las autoridades irlandesas, de algún modo esperaban que el TJCE considerase que este asunto quedaba fuera de su jurisdicción o que, en su defecto, hiciera suyo como principio general del ordenamiento comunitario el contenido del art.40 de la Constitución irlandesa, que protege el derecho a la vida del *nasciturus*. Obviamente, el TJCE no se sintió vinculado por ese artículo, entre otras cosas porque ello hubiese supuesto su enfrentamiento con otros ordenamientos constitucionales más permisivos en la materia, como el británico o el holandés¹⁷². El TJCE era consciente de que este punto de vista de Irlanda sobre el aborto no era compartido por el resto de los países de su entorno, pero aún así fue sumamente respetuoso con el Derecho interno irlandés, al exigir finalmente el respeto de la Constitución irlandesa en territorio irlandés (*a contrario sensu* prohibió la aplicación extraterritorial de los preceptos constitucionales irlandeses al resto del territorio CE). El TJCE no quiso ir más lejos en esta

¹⁷⁰WEILER, Joseph H.H, 1985, en "Protection of Fundamental...", *op.cit.*, p.126.

¹⁷¹ Sentencia del TJCE de 4 de Octubre de 1991, SOCIETY FOR THE PROTECTION OF THE UNBORN CHILDREN (SPUC)/GROGAN, C-159/90, Rec.1991, pp.I-4685ss.

¹⁷² Sobre el particularismo del tratamiento del derecho a la vida en Irlanda en comparación con el tratamiento de este derecho en el resto de los Estados socios de las CCEE, *vide* BARRY, Ursula: "Abortion in Ireland: A Breach in the Consensus", en *Abortion. Challenges in the Status Quo. EUI Working Papers In Law* 94/1, Sally Shelton y Yota Kravaritov (eds), pp.43-52.

materia tan polémica y recondujo el litigio por otros derroteros más técnicos y menos emocionales, a saber, el conflicto que podía existir entre, por un lado, la prohibición de las autoridades irlandesas, impidiendo en virtud de un artículo constitucional la publicación en revistas de anuncios sobre clínicas británicas en las que se practicaban abortos, y por otro lado la libertad de servicios e incluso la libertad de expresión. Así, el TJCE evitó tener que calificar el derecho a la vida del *nasciturus* como principio general del Derecho Comunitario, planteando la cuestión en términos del conflicto existente entre dos principios generales del ordenamiento comunitario, uno consignado en los tratados (libertad de servicios -y las restricciones a ésta por razones de orden y seguridad públicos-) y otro, no (libertad de expresión).

Lamentablemente, el conflicto sigue latente por cuanto el TJCE no se llegó a pronunciar sobre el derecho contenido en la Constitución irlandesa¹⁷³. Incluso se podría anticipar un eventual conflicto: ¿Y si alguna Constitución de un Estado miembro fuera reformada en el futuro para proteger constitucionalmente el derecho de la mujer al aborto o a disponer de su cuerpo? Este dilema es extensible a cualquier otro derecho que pueda estar incluido en una Constitución de un Estado miembro y que no sea compartido por el resto de los Estados.

En nuestra opinión, la complejidad de este conflicto se debe a los valores o concepción de la vida implicados. Pero, en realidad, los eventuales conflictos que puedan surgir entre derechos controvertidos de algunas Constituciones parece importar poco al TJCE que, para bien o para mal, al estar obligado simplemente a "inspirarse" en tales textos constitucionales, no estima que tenga la obligación de aceptar como propios todos y cada uno de los derechos incluidos en ellos, sino sólo los más adecuados a la estructura y objetivos de integración de la Comunidad, pudiendo él mismo construir una versión comunitaria de los mismos.

En conclusión, la decisión que el TJCE ha tomado de utilizar el proceso de selección-adaptación de aquellos derechos fundamentales incluidos en Constituciones que se adapten a la estructura y objetivos comunitarios, evita al TJCE tener que optar entre

¹⁷³ Por ello y para prevenir eventuales conflictos con su Constitución, Irlanda promovió la inclusión en el TUE del Protocolo nº17 que declara la singularidad de la situación de Irlanda con respecto al derecho a la vida del no nacido.

standards máximos o mínimos de protección que actualmente son cuestionados por la doctrina más autorizada¹⁷⁴. El TJCE no se considera obligado a invalidar toda norma comunitaria que esté en conflicto con cualquier derecho de una Constitución de un estado miembro, sino que el TJCE decidirá si tal derecho de tal Constitución nacional entra o no dentro de los objetivos comunitarios y si por tanto merece su reconocimiento como principio general del Derecho Comunitario. Por tanto, el TJCE estima que su labor no consiste tanto en optar por la teoría maximalista (contraria, por otro lado, al principio de autonomía del ordenamiento comunitario) sino en enjuiciar qué derechos de Constituciones internas merecen su protección en el ámbito supranacional¹⁷⁵. Así por ejemplo, en el asunto HOESCHT, el TJCE estimó que las personas jurídicas no contaban con un derecho a la inviolabilidad del domicilio que, sin embargo, sí se reconoce expresamente en una Constitución de un Estado miembro (la alemana). O en la sentencia DOW CHEMICAL IBERICA, donde el TJCE estimó que la alegación de una vulneración de derechos fundamentales formulados por la Constitución de un Estado miembro no puede afectar a la validez de un acto comunitario ni a su eficacia en el territorio de dicho Estados (en referencia a la alegación de esta empresa de que la verificación realizada por la Comisión en sus instalaciones iba contra el art.18 de la Constitución española, que exige que los registros se realicen con previo mandamiento judicial o prueba flagrante del delito)¹⁷⁶.

Para un análisis crítico de esta fuente de inspiración, nos remitimos a la parte segunda de esta tesis.

¹⁷⁴ "The problem is even more complex calling into question the very utility of using the "high" and "low", maximal/minimal nomenclature in this context. Grogan provides a classic illustration why the maximalist approach was rejected and why it cannot both as a matter of policy and logic be accepted in this type of case... Is there a meaning to a maximalist approach in this situation?" (WEILER, Joseph H.H.: "The Jurisprudence of Human Rights in the European Union: Integration, Disintegration Values and Processes", *Harvard Jean Monnet Working Papers* 1996, 2/96, p.8).

¹⁷⁵El modo en que el TJCE ha optado por utilizar las tradiciones constitucionales ha sido magníficamente resumido por la Prof.MANGAS en los siguientes términos: "[El TJCE] no va a aplicar normas constitucionales *en cuanto tales*, sino las *nociones cualitativas comunes* a esos ordenamientos,... mediante un sistema en el que lo que importa no es la coincidencia o denominador común de los derechos enunciados y protegidos en cada orden constitucional, pues, como dice ZWEIGERT, "no es el grado cuantitativo de concordancia lo que cuenta, sino más bien la calidad de la solución..." teniendo en cuenta que esos derechos fundamentales de la Constitución aparecen en los principios generales despojados de sus contingencias nacionales" (MANGAS MARTIN, Araceli: "Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea", en *Cuadernos de Derecho y Comercio* 1988, n.3, pp.11-25, p.17).

¹⁷⁶ Sentencia del TJCE de 17 de Octubre de 1989, DOW CHEMICAL IBERICA SA Y ALCUDIA/COMISIÓN, C-97-99/87, Rec.1989, pp.I-3165ss, p.3191.

6.5.2. La Protección de los Derechos Fundamentales basada en los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos

Fue la sentencia NOLD la primera en la que el TJCE mencionó a los convenios internacionales como otra fuente de inspiración que podía usar para descubrir los principios generales del ordenamiento comunitario¹⁷⁷. Pero esta primera alusión a los tratados internacionales como fuente de inspiración o de interpretación, no como auténtica fuente del Derecho Comunitario, quedó un poco desvaída y matizada en el texto jurisprudencial debido al menor grado de exigencia que parecía en un principio desprenderse del propio texto de la sentencia a la hora de considerar a los convenios internacionales como fuente de inspiración, en comparación con lo que ocurre con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros: "también los convenios podrán dar indicaciones...". Sin embargo, con el tiempo, la jurisprudencia del TJCE las ha acabado igualando en grado de importancia o en categoría como fuente de inspiración.

Resulta interesante destacar otro dato de la sentencia NOLD, a saber, que el TJCE no hace únicamente referencia a los tratados en los que sean parte los Estados miembros, sino también a aquéllos en cuya elaboración los Estados miembros hubieran participado. Curiosa cuanto menos resulta la redacción de esta frase, en la que el Tribunal parece apartarse de un bien conocido y voluntarista principio de Derecho Internacional, por el cual un tratado no obliga a un Estado hasta el momento de su ratificación y posterior entrada en vigor.

¿Pretendía el TJCE indicar con esta fórmula que en Derecho Comunitario no era de aplicación este principio (derivado de aquellos otros *pacta sunt servanda* y *pacta tertiis ne nocent nec prosunt*) y que tratados no ratificados por Estados miembros de la Comunidad, podían sin embargo acabar obligando a éstos si habían colaborado en su elaboración o los habían auspiciado? Si ésta hubiese sido la pretensión del TJCE, hubiese ido en contra de principios consignados en diferentes casos del Derecho Internacional, como p.ej. el asunto sobre las reservas al Convenio para la prevención y castigo del crimen de genocidio, donde

¹⁷⁷ Sobre el significado de esta sentencia y sus consecuencias, consúltese: TOSATO, Gian Luigi: "La Tutela dei Diritti Fondamentali nella Giurisprudenza della Corte delle Comunità Europea", en *Studi in Onore di Giuseppe Sperduti* 1984, Giunfré editore, Milán, pp.717-743, pp.726-732.

el Tribunal Internacional de Justicia declaró: "Es evidente que sin la ratificación, la firma no convierte al Estado signatario en parte en el convenio..."¹⁷⁸.

En realidad, el objetivo del TJCE no era tan revolucionario ni demolidor del Derecho Internacional Convencional, sino que parece que esa redacción tan confusa se debió simplemente a un intento por parte del TJCE de aludir indirectamente y sin mencionarlo a un convenio concreto y muy especial para los Estados de la Europa Occidental, pero al que no se habían adherido todos los Estados miembros de las CCEE en los años en los que se crearon las CCEE. El convenio en cuestión era el CEDH, cuya celebración fue auspiciada en el marco del Consejo de Europa por prácticamente los mismos Estados que formaban parte de las CCEE.

Hay que tener en cuenta en relación a este convenio, que la sentencia NOLD, de 14 de Mayo de 1974, se dictó sólo 11 días después de la ratificación por Francia de este convenio (el 3 de Mayo de 1974). Paradójicamente, Francia había sido especialmente activa como miembro originario del Consejo de Europa, en la redacción de este tratado, el cual había firmado en 1950. Es fácil intuir de estos datos que cuando la sentencia NOLD alude a convenios sobre derechos humanos en cuya redacción los Estados miembros hayan colaborado, está pensando especialmente en el CEDH y más en concreto, en el caso francés, y lo que hace es copiar la frase utilizada por el Abogado General en sus Conclusiones. Estas Conclusiones son de fecha 28 de Marzo de 1974 -anteriores, por tanto, a la ratificación por Francia del CEDH. En la sentencia el TJCE no se hace cargo realmente de que la referencia a los "tratados en cuya elaboración se hubiera participado" era innecesaria por lo que al CEDH se refiere, ya tras la adhesión al CEDH del último Estado miembro de las CCEE que aún no lo había ratificado.

También se puede conjeturar que con esta expresión relativa a los tratados en cuya elaboración los Estados hubiesen participado, el TJCE lo que estaba haciendo era curarse en salud e intentar evitar que en un futuro pudiese ocurrir de nuevo con otros tratados sobre derechos humanos lo ocurrido con el CEDH, es decir, que el TJCE sintiera reparos en aludir a algún convenio internacional en cuya redacción los Estados hubieran participado, en

¹⁷⁸TIJ, Dictamen de 18 de Abril de 1951, *Recueil* 1951, Asunto sobre las Reservas a la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio, pp.15ss.

caso de que no hubiera sido ratificado por algún Estado miembro de las CCEE por motivos políticos.

En definitiva, no creemos que la frase del TJCE pueda interpretarse como una innovación jurisprudencial que pretendiese cuestionar en Derecho Comunitario el Derecho Internacional Convencional. Más bien pensamos que este pronunciamiento hay que ponerlo en el contexto específico de la materia de los derechos fundamentales. Y como en esta materia concreta el TJCE necesita de los tratados internacionales únicamente con el propósito de inspirarse en ellos en el momento de ir a declarar principios que estime válidos para el ordenamiento comunitario, poco importaría que el TJCE se inspirase en tratados en los que ya son parte todos los Estados miembros de las CCEE (y que por tanto les vinculan jurídicamente) que en otros en cuya elaboración hayan colaborado o de los que sean sólo signatarios.

Con el tiempo, el TJCE ha ido más lejos y esta referencia genérica a los tratados internacionales sobre derechos humanos se ha convertido en menciones expresas al CEDH e incluso a artículos de sus protocolos¹⁷⁹, llegando en ocasiones el Tribunal a dictar sentencia con base en un artículo del CEDH, obviando cualquier referencia a las tradiciones constitucionales comunes e incluso obviando mencionar que aplicaba artículos del CEDH no porque el CEDH obligase a las CCEE, sino por coincidir su contenido totalmente con algún principio general del ordenamiento comunitario. En alguna ocasión, incluso, el TJCE ha fallado citando artículos del CEDH a pesar de no haber sido invocado este tratado por ninguna de las partes en el caso, ni tan siquiera por el Abogado General en sus conclusiones¹⁸⁰.

Sin embargo, una parte de la doctrina se pregunta qué necesidad tiene el TJCE de mencionar expresamente al CEDH. Estos autores se plantean hasta qué punto el CEDH añade algún derecho a los ya protegidos por el TJCE sobre la base del argumento de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros¹⁸¹. Menos negativo pero similar en su resultado es el parecer de los que defienden que verdaderamente lo que hace el

¹⁷⁹P.ej. en la sentencia HAUER (*cit.* Rec.1979, p.3745) donde la mención fue al art.1 Protocolo 1 CEDH (propiedad).

¹⁸⁰Vide p.ej. REGINA/KENT KIRK *cit.* Rec.1984, p.2718.

CEDH es sintetizar de la mejor manera posible lo que de común tienen las tradiciones constitucionales de diferentes países, con Constituciones de distintos períodos históricos, con su propio sistema y tradición jurídicos. El CEDH para ellos condensaría todo el *ius commune*¹⁸².

En otras ocasiones el TJCE ha hecho referencia en sus sentencias a otros tratados internacionales diferentes sobre derechos humanos como convenios de la OIT¹⁸³, o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸⁴, o la Carta Social Europea¹⁸⁵. Es necesario añadir, en cualquier caso, que ninguno de estos tratados lo ha invocado el TJCE con tanta familiaridad ni asiduidad como lo hace con el CEDH y sus Protocolos. Con respecto a tratados que no sean éstos últimos, el TJCE se cuida bien de no utilizar un artículo de tales convenios como único argumento valorativo, sino que los utiliza "a mayor abundamiento".

La alegación y uso por parte del TJCE de todos estos tratados como fuente de inspiración para identificar principios del ordenamiento comunitario no parece haber planteado problemas a la doctrina, salvo en el caso del CEDH. En relación con este convenio, la doctrina se ha preguntado si dado su uso tan extendido y repetido en el TJCE (y en el TPI, últimamente) para basar sus razonamientos relativos a derechos fundamentales, el CEDH no se habría convertido ya en un auténtico compromiso convencional de las CCEE en lugar de constituir una simple fuente de inspiración para descubrir principios generales. En otras palabras: ¿Qué valor tiene el CEDH en Derecho Comunitario? ¿Crea obligaciones directas para las CCEE como si hubiese sido suscrito por ellas mismas? ¿O sólo forma parte

¹⁸¹ROBLES MORCHON 1988 p.142.

¹⁸²Vide entre otros, de SALVIA, Michel: "L'Élaboration d'un "ius commune" des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales dans la Perspective de l'Unité Européenne", en *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, 1988, Carl Heymanns (ed), pp.555-563, p.556; MENDELSON, M.H: "The European Court of Justice and Human Rights", en *Yearbook of European Law* 1981, pp.125-165, p.157; SUSTERHENN, Adolf M: "L'Application de la Convention sur le Plan du Droit Interne", en *La Protection des Droits de l'Homme dans le Cadre Européen* 1961, Dalloz, París, pp.303-320, p.319; MANCINI, Federico y DI BUCCI, Vittorio: "Le Développement des Droits Fondamentaux en Tant que Partie du Droit Communautaire", en *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1990, Kluwer Academic Publishers, vol.I, book I, pp.35-52, p.38.

¹⁸³Sentencia del TJCE de 2 de Agosto de 1993, MINISTÈRE PUBLIC Y DIRECTION DU TRAVAIL ET DE L'EMPLOI/JEAN-CLAUDE LÉVY, C-158/91, Rec.1993, pp.I-4288ss, p.4305; sentencia del TJCE de 7 de Junio de 1972, BERTONI Y BANDHUIN, C-21/72, Rec.1972, pp.345ss, p.348.

¹⁸⁴Sentencia del TJCE de 18 de Octubre de 1989, ORKEM SA/COMISIÓN, C-347/87, Rec.1989, pp.I-3283ss, p.3348.

del Derecho Comunitario de modo indirecto como contenido de principios generales sobre derechos fundamentales protegidos en el marco comunitario? En resumen, ¿constituye el CEDH una fuente del derecho para el Derecho Comunitario o una fuente de interpretación e inspiración?

Para resolver todas estas dudas conviene tratar monográficamente el tema del valor del CEDH en Derecho Comunitario, tema polémico donde los haya, especialmente desde que la Comisión propuso en 1979 la adhesión de las CCEE al CEDH como modo de obtener un catálogo de derechos escrito. Desde entonces hasta ahora se han escrito ríos de tinta sobre el tema, ríos que se desbordaron tras la mención expresa del TUE, tratado que reformó los tratados constitutivos en 1991, en el sentido de que las CCEE garantizan la protección de los derechos fundamentales tal y como lo hace el CEDH (art.F.2), y ríos que además, continúan tras la manera un tanto brutal que ha tenido el TJCE de zanjar la polémica doctrinal sobre si adhesión sí, adhesión no, con su dictamen 2/94 (que será estudiado más adelante). La producción doctrinal continuará en el futuro tras el sometimiento del art.F.2 al control jurisdiccional obrado por el Tratado de Amsterdam de 1997.

7. El Valor Actual del CEDH en el Derecho Comunitario

Dado que al TJCE se le ha planteado la cuestión de si es necesaria y deseable la adhesión de las CCEE al CEDH, convendría quizá preguntarse cuál es hoy por hoy el valor del CEDH en el seno de las CCEE, para así concluir si la adhesión formal añadiría o no algo a su actual status.

Este análisis del valor del CEDH ha de desglosarse sin duda en el estudio de las cuestiones siguientes:

-¿cuál es el valor que el TJCE confiere en su jurisprudencia al CEDH?

¹⁸⁵Sentencia DEFRENNE, C-149/77 *cit.*, Rec.1978, p.1379.

-¿cuál es el valor que tiene el CEDH tras su mención en el art.F.2 del TUE?¹⁸⁶

Analizaremos estas dos preguntas por separado:

7.1. Valor del CEDH en la Jurisprudencia del TJCE

A decir verdad, el TJCE ha utilizado el recurso al CEDH cuando le ha parecido conveniente, pero lo ha descartado en otras¹⁸⁷. Sin embargo, el TJCE, para bien o para mal, ha sido lo suficientemente cauto o ambiguo como para no aclarar nunca qué status otorga al CEDH en su jurisprudencia. Ello ha llevado a la doctrina a ser especialmente prolija en la materia. Para algunos autores (entre los que merece mención especial el juez PESCATORE por ser el precursor de esta teoría), el CEDH ya obliga hoy por hoy a las CCEE y por tanto la propuesta de adhesión es inútil porque uno no puede adherirse a lo que ya está en vigor para él¹⁸⁸. Para estos autores, la adhesión significaría la estipulación por las CCEE de un acuerdo superfluo porque ya lo estipularon en su día los Estados miembros. Técnicamente, fundamentan su parecer en la teoría de la sustitución, según la cual se habría producido una sucesión de los Estados miembros (que son todos ellos partes en el CEDH) por las CCEE en aquellas materias en las que los Estados miembros han transferido soberanía a las CCEE y en las que la actividad de las CCEE pueda afectar a los derechos fundamentales. En su opinión, el traspaso competencial se habría producido con la servidumbre para el sustituto

¹⁸⁶ Estas dos cuestiones deberían tal vez completarse con una tercera (¿cuál es el valor del CEDH tras el Tratado de Amsterdam de Junio de 1997?) que será resuelta cuando tratemos monográficamente el Tratado de Amsterdam dentro del Capítulo III.

¹⁸⁷P.ej. en la sentencia del TJCE de 8 de Abril de 1992, COMISIÓN/RFA, C-62/90, Rec.1992, pp.I-2575ss, pp.2608 y 2609. El caso tenía como tema de fondo la importación de medicamentos entre Estados miembros. En la sentencia, a pesar de tratarse el derecho a la salud, el derecho a la vida de las personas, a la vida privada y al secreto profesional (todos ellos abordados por el CEDH) el TJCE utilizó e interpretó el art.38 TCE, pero no los artículos del CEDH que tratan estas materias. Lo mismo ocurre en la sentencia del TJCE de 7 de Julio de 1976, LYNNE WATSON Y ALESSANDRO BELMANN (C-118/75, Rec.1976, pp.1185ss) en el que el Abogado General TRABUCCHI menciona el derecho a la vida privada establecido en el CEDH para oponerlo a la exigencia de la ley italiana de declarar ante la Policía el hecho de alojar en una casa particular a un ciudadano extranjero, incluso de origen comunitario (p.1205) y, sin embargo, el TJCE obvia este argumento en su sentencia, soslayando la mención al CEDH y dictando sentencia en base únicamente al derecho derivado y a la libre circulación y sus excepciones (pp.1197 y 1198 de la sentencia).

¹⁸⁸Vide PESCATORE, Pierre: "La Cour de Justice des Communautés Européennes et la Convention Européenne des Droits de l'Homme", en *Protecting Human Rights: the European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, 1988, Berlín, pp.441-445, p.441; ROTTOLA, Alessandro: "L'Adesione della

(las CCEE) de seguir ligado al CEDH. Con el fin de confirmar su hipótesis, estos autores comparan el caso del CEDH con el del GATT, en el que a raíz de una cuestión que se suscitó ante el TJCE, este Tribunal falló que se había producido una sustitución de los Estados miembros por las CCEE en materia de aranceles y comercio, y que por tanto las CCEE estaban vinculadas al GATT, especialmente en la sentencia INTERNATIONAL FRUIT COMPANY¹⁸⁹.

Sin embargo, en nuestra opinión, lo ocurrido con un acuerdo como el GATT no es extrapolable, *mutatis mutandi*, al caso del CEDH y por ello no es posible aplicar la analogía entre ambos casos. En materia de comercio exterior se ha producido una transferencia expresa de competencias soberanas a las CCEE (por lo que parece razonable entender que las CCEE han sustituido a los Estados miembros, ya que los Estados ya no ostentan competencias en este campo) cosa que no ocurre ni parece probable que ocurra en materia

Comunita' alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", en *Rivista di Diritto Europeo*, 1980, pp.19-28, p.24; MANCINI 1991 "Safeguarding..." *cit.* p.511.

¹⁸⁹Sentencia del TJCE de 12 de Diciembre de 1972, INTERNATIONAL FRUIT COMPANY NV Y OTROS/PRODUKSCHAP VOOR GROENTEN EN FRUIT, as.ac.C-21-24/72, Rec.1972, pp.1219ss en la que el TJCE dijo: "... considerando que consta que, en el momento de concluir el tratado constitutivo de la CEE, los estados miembros estaban vinculados por los compromisos del Acuerdo General... y que desde la entrada en vigor del Tratado CEE, y particularmente a partir del establecimiento del arancel aduanero común, la transferencia de competencias, llevada a cabo en las relaciones entre los Estados miembros y la Comunidad, se ha concretado de diferentes maneras en el marco del Acuerdo General y ha sido reconocida por las partes contratantes... y que resulta en consecuencia que, en la medida en que, en virtud del Tratado CEE, la Comunidad ha asumido las competencias precedentemente ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación del Acuerdo General, las disposiciones de este Acuerdo han tenido por efecto vincular a la Comunidad" (p. 1228).

También tratan sobre las consecuencias del traspaso competencial en materias reguladas por el GATT las sentencias siguientes (que, no obstante no resultan tan gráficas como la anterior): sentencia del TJCE de 24 de Octubre de 1973, CARL SCHLUETER/HAUPTZOLLAMT LOERRACH, C-9/73, Rec.1973, pp.1135ss, pp.1157 y 1158 (sobre tarifa aduanera común); sentencia del TJCE de 19 de Noviembre de 1975, NEDERLANDSE SPOORWEGEN/INSTECEUR DER INVOERRECHTEN EN ACCIJNEN, C-38/75, Rec.1975, pp.1439ss, pp.1449 y 1450 (sobre clasificación de mercancías en las tarifas aduaneras); sentencia del TJCE de 16 de Marzo de 1983, SOCIETÀ ITALIANA PER L'OLEODOTTO TRANSALPINO (SIOT)/MINISTERO ITALIANO DELLE FINANZE E MINITERO DELLA MARINA MERCANTILE, C-266/81, Rec.1983, pp.731ss, pp.773-775 y 780 (recurso, que fue rechazado, sobre tránsito comunitario).

Otro tanto se aplica al caso KRAMER, sobre acuerdos de pesca (especialmente en materia de conservación de recursos pesqueros) cuyo contenido tampoco nos parece extrapolable a lo que ocurre con el CEDH en las CCEE, puesto que también en materia de pesca se ha producido un traspaso competencial expreso a las CCEE. Además, la PAC está especialmente mencionada entre los objetivos de la CE (art.3 D TCE) cosa que no ocurre con la protección de los derechos fundamentales, que no se incluye entre los objetivos de la CE, como bien ha recordado últimamente el TJCE en su dictamen 2/94. En definitiva, lo que ocurrió en la sentencia KRAMER es que el TJCE prevé en ella la futura participación de la CE en acuerdos de este tipo -p.ej. sobre pesquerías) en cuanto finalice el período de transición (sentencia del TJCE de 14 de Julio de 1976, CORNELIS KRAMER Y OTROS/COMISIÓN, C-3, 4 y 6/76, Rec.1976, pp.1279ss, pp.1308-1313).

de derechos fundamentales, donde nunca los Estados han consentido expresamente en un traspaso competencial. Es más, el propio dictamen 2/94 del TJCE recuerda que en materia de derechos fundamentales nunca se ha producido un traspaso de competencias a las CCEE¹⁹⁰. Además, el razonamiento de estos autores no parece tener en cuenta que las CCEE son sujetos de Derecho Internacional diferentes de los Estados que forman parte de ellas, con su propio poder de conclusión de tratados internacionales en materias que sean de su competencia, por lo cual de la adhesión de sus Estados miembros al CEDH no se deriva la adhesión implícita de las CCEE a ese tratado. Incluso la expresión "adhesión implícita" es extraña al Derecho de los tratados, porque para que el CEDH fuera vinculante y de aplicación inmediata por las CCEE, éstas deberían adherirse a este convenio multilateral según los procedimientos del Derecho Internacional.

Por otro lado, no hay más que fijarse en las fechas de la sentencia INTERNATIONAL FRUIT COMPANY (1972) con aquéllas otras en las que el TJCE menciona el CEDH para comprender que al ser posteriores las referidas al CEDH (p.ej. HAUER de 1979), nada habría impedido al TJCE haberles aplicado el mismo criterio que aplicó a las sentencias sobre el GATT. Si no lo hizo así, sería porque entendió ya entonces que no eran casos comparables. De hecho, nunca las CCEE han aceptado de modo general como fuentes del Derecho Comunitario y como vinculantes a convenios multilaterales ratificados por los Estados miembros¹⁹¹.

A mayor abundamiento, podríamos añadir que si el CEDH formase parte del Derecho Comunitario como instrumento vinculante, otro tanto se podría predicar de las Constituciones o de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, argumento que es poco defendible en nuestra opinión. Así pues, ambas son fuentes de inspiración para el juez comunitario.

Se podría quizá mantener la vinculación directa de las CCEE al CEDH no por efecto de la aplicación de la teoría de la sustitución, ni de una adhesión implícita (figura que,

¹⁹⁰ *cit.*, Rec.1996, pp.1759ss, p.1787.

¹⁹¹ Como bien indica Guy ISAAC (ISAAC *op.cit.*, p.171): "Esta posibilidad ha quedado limitada a ciertas hipótesis en las cuales la Comunidad es considerada como "sustituida" por los Estados miembros en los compromisos suscritos por estos antes de 1958, siendo el argumento determinante la transferencia por parte de los Estados a la Comunidad de competencias que precedentemente eran ejercidas por ellos en el ámbito cubierto por los tratados (INTERNATIONAL FRUIT CY, as. acumulados, 21 a 24/72, Rec.1979, p.1219)".

hemos comentado, no existe en Derecho internacional) sino por haberse transformado el CEDH en una norma de *ius cogens*¹⁹². Sin embargo también descartamos tal argumentación porque no parece que todo el contenido del CEDH pueda ser considerado por la Comunidad Internacional en su conjunto como norma imperativa de Derecho Internacional Público.

Otros autores llegan a la misma conclusión que PESCATORE y ROTTOLA interpretando el art.234 TCE¹⁹³. Pero realmente mal puede aplicarse este artículo al caso del CEDH cuando éste no era un convenio que obligase a todos los Estados miembros en el momento en que las CCEE se crearon (Francia no lo ratificó hasta 1974), razonamiento que sin embargo sí es aplicable al caso del GATT¹⁹⁴. Pero incluso obviando el hecho de la incorporación tardía de Francia al CEDH, en opinión de COHEN-JONATHAN, el art.234 TCE no sería aplicable a nuestro supuesto porque parece que este artículo se refiere más a la oponibilidad de los tratados concluidos por los Estados miembros sobre el plano externo (compromisos frente a terceros Estados) que a una oponibilidad en el plano intracomunitario¹⁹⁵.

Por todas las razones citadas, consideramos que hoy por hoy, y a pesar de que el TJCE utilice el CEDH con carácter indicativo en su jurisprudencia, no se ha producido la

¹⁹² Esta hipótesis se la ha planteado GOLSONG (GOLSONG, M.Heribert: "Interferences entre les Obligations Incombant à un État en Vertu de la Convention des Droits de l'Homme et d'Autres Accords Internationaux", en *La Protection Internationale des Droits de l'Homme dans le Cadre Européen*, 1961, Dalloz, París, pp.253-259, p.257).

¹⁹³ "Las disposiciones del presente Tratado no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad a la entrada en vigor del presente Tratado, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.

En la medida en que tales convenios sean incompatibles con el presente Tratado, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común.

En la aplicación de los convenios mencionados en el párrafo primero, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en el presente Tratado por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Comunidad y están por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias en favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros".

¹⁹⁴ Vide NEVILLE BROWN; McBRIDE, Jeremy: "Observations on the Proposed Accession by the European Community to the European Convention on Human Rights", en *American Journal of Comparative Law*, 1981, nº29, pp.691-705, p.694.

¹⁹⁵ COHEN-JONATHAN, G: "La Problématique de l'Adhésion des Communautés Européennes à la Convention Européenne des Droits de l'Homme", en *Etudes de Droit des Communautés Européennes*, 1984 París, pp.81-108, p.88.

pretendida sucesión o sustitución de los Estados miembros por las CCEE en cuanto a su vinculación al CEDH. Al fin y al cabo, si este argumento fuera cierto, resultaría que todo tratado en el que los Estados miembros de las CCEE fueran partes (y esto tanto en materia de derechos fundamentales como en cualquier otra) obligaría a la postre a las CCEE sin haber éstas manifestado su consentimiento en ningún momento¹⁹⁶. Esto iría incluso en contra del reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de las organizaciones internacionales en las materias que son de su competencia.

Hoy por hoy, con la jurisprudencia del TJCE en la mano, lo más que se puede apuntar es que el TJCE considera al CEDH como un tratado "con significación particular"¹⁹⁷ o "de singular relevancia"¹⁹⁸ pero nunca como fuente formal de legalidad comunitaria, nunca como un compromiso convencional de las CCEE que cree obligaciones directas para éstas¹⁹⁹. En nuestra opinión, la voluntad del TJCE es utilizar al CEDH como mera fuente de inspiración, como guía u orientación de su jurisprudencia -con toda la ambigüedad e incertidumbre que pueda generar un uso arbitrario o poco sistemático de una fuente de inspiración-, pero sin que ello haya supuesto en ningún momento la adhesión implícita o encubierta al CEDH por parte de las CCEE²⁰⁰. De otro modo, ¿qué sentido tendría la petición de dictamen al TJCE sobre la oportunidad de adherirse al CEDH? ¿Para qué la adhesión si se considerase que el CEDH ya vincula a las CCEE?

¹⁹⁶Este argumento, aplicado analógicamente nos llevaría a afirmar que también las CCEE son parte en la Carta Social Europea, a la que, además, el TJCE ha hecho referencia expresamente en su jurisprudencia en asuntos en los que, sin embargo, no alegó el CEDH (Sentencia DEFRENNE, C-49/77, *cit.*, Rec.1978, p.1379). Lo mismo se podría decir del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Sentencia ORKEM, *cit.* Rec.1989, p.3327), o de los Convenios de la OIT (sentencia JEAN-CLAUDE LÉVY, *cit.*, Rec.1993, p.4305) todos los cuales han sido utilizados por el TJCE en su jurisprudencia. Parece pues, más sensato mantener que todos estos tratados en cuya codificación han participado los Estados de las CCEE o en los que son partes, son más fuentes de inspiración en el Derecho Comunitario que auténticos compromisos convencionales de las CCEE.

¹⁹⁷Sentencia DOW CHEMICAL IBERICA, *cit.* Rec.1989, p.3184.

¹⁹⁸Sentencia HOESCHT, *cit.*, Rec.1989, p.2923.

¹⁹⁹Vide LOPEZ-MEDEL Y BASCONES, Manuel: *Derechos y Libertades en la Europa Comunitaria*, 1992, Sociedad Española para los Derechos Humanos, Madrid, p.43.

²⁰⁰La mayoría de la doctrina es del parecer de que no ha tenido lugar la teoría de la sustitución. Vide LAWSON *op.cit.*, p.102; BOCCIO *op.cit.*, p.38; LOUIS *op.cit.*, p.122; APARICIO Y GONZALEZ *op.cit.*, p.47; LASAGABASTER *op.cit.*, p.62; COHEN-JONATHAN 1984 *op.cit.*, p.95; MOINTINHO de ALMEIDA

7.2. El valor del CEDH en el TUE²⁰¹

El verdadero valor del CEDH en Derecho Comunitario no se puede hoy conocer si se tiene sólo en cuenta la jurisprudencia del TJCE. Si bien es cierto que los tratados constitutivos no mencionan al CEDH y que el Acta Única Europea sólo lo hace en su Preámbulo, el TUE parece haber colmado esta laguna con su art.F.2²⁰², donde nombra al CEDH como uno de los parámetros con el que medirá el respeto de los derechos fundamentales. La mención al CEDH (junto a la Carta Social Europea) en el AUE, no había resuelto todas las dudas existentes sobre el valor del CEDH en Derecho Comunitario. Aquella referencia, aun siendo interesante a efectos de la interpretación teleológica del tratado²⁰³ -porque en los preámbulos es donde normalmente se detallan los motivos que han llevado a la redacción del tratado-, y aun estando claro que formaba parte del cuerpo del tratado a efectos de una interpretación *ex art.31* del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁰⁴, sin embargo desilusionó a gran parte de la doctrina porque los preámbulos "suelen servir para bien poco en el terreno de la protección..."²⁰⁵.

En cuanto al art.F.2. del TUE, en realidad, poco ha añadido a la protección de los derechos fundamentales en las CCEE con respecto a lo que existía antes de él salvo que ahora parece irreversible el proceso de protección de los derechos fundamentales²⁰⁶. Por lo demás, tanto el recurso al CEDH, como a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, habían sido ya declarados por el TJCE como contenido de los principios

1993 en *El Derecho Comunitario Europeo... op.cit.*, p.111; FERNANDEZ TOMAS 1985 en *Poder Judicial, op.cit.*, n.14, p.111; DAUSES 1992 *op.cit.*, p.12; LOPEZ-MEDEL 1992 *op.cit.*, p.58.

²⁰¹ Trasladamos el estudio de las innovaciones que el Tratado de Amsterdam ha aportado a estos efectos al capítulo III, en el que se realizará un análisis del Tratado de Amsterdam.

²⁰²"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 firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario".

²⁰³*Vide* Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art.31, y Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia sobre las Reservas a la Convención sobre el Genocidio, de 28 de Mayo de 1951, pp.15ss.

²⁰⁴TIJ, Sentencia sobre el Sudoeste Africano, de 18 de Julio de 1966, Rec.1966, p.34.

²⁰⁵CHUECA SANCHO, Angel: *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1989, p.21.

²⁰⁶ Por eso, algún autor lo describe como "solución minimalista" (HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, Antonio: "La Ciudadanía Europea y la Protección de los Derechos Fundamentales", en *España y el Tratado de la Unión Europea*, 1994, Cóllex, Madrid, pp.177-200, p.198).

generales del Derecho Comunitario. Por eso, la única novedad del artículo radica en que ya no son únicamente las CCEE quienes deben respetar estos principios generales, sino también la recién creada Unión, entidad en la que se incluyen junto a las CCEE, los dos pilares que no son objeto de integración sino sólo de cooperación intergubernamental -la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y la Cooperación en Justicia y Asuntos de Interior (CJAI)²⁰⁷. Cabe preguntarse si la extensión de la exigencia del respeto de los derechos fundamentales "tal y como se garantizan en el CEDH y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario" a la PESC y a la CJAI, es una auténtica novedad o es algo que ya existía sin necesidad de esta mención. Y parece que esta pregunta tiene una respuesta negativa:

Tanto la PESC como la CJAI son meramente campos en los que los Estados miembros cooperan de modo intergubernamental, de tal manera que las eventuales responsabilidades por los actos que realicen no serán imputables a las CCEE sino a los Estados, los cuales en estas materias no transfieren ni un ápice de soberanía a las CCEE. En la PESC y en la CJAI, nos estamos moviendo en el ámbito de soberanía de los Estados - todos los cuales, son parte en el CEDH y han hecho las declaraciones de sus artículos 25 y 46- de modo que en todas las materias en las que los Estados miembros cooperen intergubernamentalmente (interior, justicia, política exterior y política de seguridad) el CEDH y las Constituciones de los Estados miembros no sólo han de tener garantizado su respeto, sino que, además, verdaderamente obligan a los Estados. Como la PESC y la CJAI son ámbitos de actuación que continúan estando en manos de los Estados, no sería extraño ver un caso sobre extradición (sobre el que los Estados han suscrito acuerdos de cooperación) o sobre el Tratado de Schengen ante la Comisión Europea de Derechos Humanos o incluso ante el Tribunal y con algún Estado miembro de las UE como demandado. En conclusión, tampoco la mención a la UE en TUE añade nada a la protección de los derechos fundamentales en lo que a la CJAI y a la PESC se refiere. Conviene

²⁰⁷ Sobre la relación entre CJAI y CEDH, véase: GRASS, Roger: "De la Convention Européenne des Droits de l'Homme au Traité sur l'Union Européenne: Pluralité des Sources", en *Quelle Politique Pénale pour l'Europe?*, 1993, Mireille Demas-Marty (directora), Economica, París, pp.3-13 y DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan y BLANCO DE CASTRO, Alejandro: "El Título VI del Tratado de la Unión: Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior", en *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, 1992, D-18, pp.173-223, pp.216-219. Más en general, sobre la relación entre CJAI y derechos fundamentales, véase. O'KEEFFE, David: "The Emergence of a European Immigration Policy", en *European Law Review*, 1995, vol.20, n°1, pp.20-36, pp.21-36.

mencionar que también el art.K.2 del TUE menciona al CEDH, pero lo hace en el ámbito de la cooperación en los ámbitos de justicia y asuntos de interior, por lo que en este tercer pilar, la mención al CEDH no pasa de constituir una declaración de intenciones para que los Estados, cuando cooperen intergubernamental en asuntos relativos a justicia e interior, intenten colaborar de acuerdo con la guía que supone este convenio.

Una vez analizado el texto del art.F.2, se plantea el problema de qué valor tiene el CEDH tras su referencia expresa en la parte dispositiva de un tratado de reforma de los tratados constitutivos de las CCEE. ¿Supone esta mención su "constitucionalización" en el orden comunitario? ¿Crea ya obligaciones directas para la UE? ¿Suple este reenvío al CEDH la laguna de los tratados constitutivos, que no contenían una declaración de derechos? ¿Constituye ahora el CEDH el catálogo de derechos fundamentales de la UE?

En principio hay que decir que a pesar de la referencia al CEDH en el art.F.2 del TUE no hay que echar las campanas al vuelo. De hecho, dos problemas básicos plantea esta mención, a saber: en primer lugar, la frustración que esta cita del art.F.2 ha traído consigo por el hecho de que el art.L del TUE excluyera esta materia (entre otras) del control jurisdiccional del TJCE, y en segundo lugar, las incertidumbres y perplejidad que surge sobre el significado y alcance de esta mención²⁰⁸.

Afortunadamente, aquella primera frustración que se experimenta tras la lectura del art.F.2 en relación con el art.L, desaparece parcialmente cuando se recuerda que el CEDH siempre podrá seguir siendo invocado por el TJCE como lo ha sido hasta ahora, es decir, no por el hecho de formar parte del derecho originario escrito, sino como principios generales del derecho de cuyo respeto es garante el TJCE. No obstante, la posibilidad de invocar judicialmente los derechos fundamentales por la vía de los principios generales (ante la imposibilidad de alegar judicialmente el contenido del art.F.2) es un premio de consolación ya que esta invocación sólo se podrá realizar en relación con el primer pilar del TUE, pero

²⁰⁸ Perplejidad de la que se hace eco NASCIMBENE 1995 "Brevi Rilievi..." *cit.*, p.267.

no en relación ni a la PESC ni a la CJAI. Queda descartado que el art.F.2 haya supuesto la incorporación indirecta del CEDH "por la puerta de atrás"²⁰⁹.

En cuanto a la duda sobre el significado jurídico que tenga la mención del CEDH en el TUE, la doctrina está dividida y hay quien piensa que tal referencia no añade nada a lo que ya existía, puesto que la disposición del art.F.2 lo único que hace es establecer de forma convencional el resultado que ya se había conseguido jurisprudencialmente²¹⁰. Sin embargo, PEREZ VERA mantiene que la cita expresa del CEDH en el TUE tiene alguna consecuencia más, porque "...tal remisión no se limita a contemplarlo como elemento de inspiración o interpretación sino que, yendo más allá, consagra la obligación de respetar los derechos fundamentales tal y como en él se garantizan"²¹¹, y lo que es igualmente innovador: esa obligación de respetar los derechos fundamentales según el CEDH se extiende no sólo a las materias que están siendo objeto de integración, sino también a los

²⁰⁹"The fears of indirect incorporation of the ECHR into the legal orders of the dualist Community Member States (the so-called "Bill of Rights by the back-door" scenario) are assuaged by the fact that Article F is not enforceable before the Court of Justice" (TWOMEY 1991 *op. cit.*, p.123).

²¹⁰ HARTLEY, Trevor: "Constitutional and Institutional Aspects of the Maastricht Agreement", en *The International and Comparative Law Quarterly*, 1993, pp.213-237, p.214. En el mismo sentido O'KEEFFE 1994 *cit.*, p.145.

Mantiene esta misma teoría DE MIGUEL: "En conclusión, la doctrina de Maastricht no va más allá, en sus contenidos, que la que se encuentra en la Declaración Común de 1977, en la jurisprudencia y en el Preámbulo del Acta Única. Formalmente en cambio sí hay una innovación, en cuanto sale del ámbito de las declaraciones preambulares o políticas, para adquirir un valor normativo. Pero ello no entraña su recepción como fuente formal del ordenamiento comunitario y por ello no se jerarquiza su posición en relación a las constituciones nacionales citadas en el artículo F del Título I, ni en relación a las fuentes específicas comunitarias" (DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan: "Métodos de Integración del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el Sistema Comunitario", en *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, 1993, Universidad Carlos III, Madrid, pp.225-235, p.233).

En el mismo sentido se manifiesta LEMONDE. "...il n'existe aucune intégration formelle du droit de la Convention dans le droit des Communautés, le Traité de l'Union, quant à lui, ne faisant qu'une simple allusion à la Convention..." (LEMONDE, Marcel: "De la Convention Européenne des Droits de l'Homme au Traité sur l'Union Européenne: Pluralité de Logiques", en *Quelle Politique Pénale pour l'Europe?*, 1993, Economica, París, pp.15-22, p.21).

Véase también la frase de NEUWAHL: "I do not think, however, that [because of the mention of the ECHR in art.F.2 TEU] it can be maintained that the Community moved from "no obligation" to obligation... Article F (2) seems to reaffirm de status quo" (NEUWAHL, Nanette A.: "The Treaty on European Union: A Step Forward?", en *The European Union and Human Rights*, 1995, N.Neuwahl, Allan Rosas (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, pp.1-22, p.14).

²¹¹PÉREZ VERA 1993, en *Revista de Instituciones Europeas*, *op. cit.*, 1993, p.474.

pilares intergubernamentales de la UE, en los que es fácil la violación de derechos fundamentales (sobre todo en la Cooperación en Justicia y Asuntos de Interior)²¹².

En opinión de la profesora PÉREZ VERA nos encontramos ya, en virtud del art.F.2 del TUE, ante una Declaración de Derechos de la Unión Europea. En su opinión, la remisión del TUE al CEDH en su parte dispositiva (en las Disposiciones Generales del tratado) habría supuesto ya la constitucionalización del CEDH en Derecho Comunitario, así como la recepción de su parte normativa -pero no así la vinculación de las CCEE a los mecanismos de control establecidos por el CEDH²¹³.

A pesar de comprender plenamente la lógica deductiva de la autora nos preguntamos qué necesidad tendría el Consejo de pedir un dictamen a su Alto Tribunal sobre la eventual adhesión al CEDH, si el art.F.2 del TUE ya hubiese implicado la incorporación de la Declaración de Derechos del CEDH en la UE. Consideramos que la mención al CEDH en el TUE añade legitimidad a la invocación del CEDH en el Derecho Comunitario. Y al mismo tiempo, tal mención tiene como consecuencia la obligación de la UE de respetar el contenido de esta convención, pero como contenido de principios generales del Derecho Comunitario como indica el propio art.F- no como compromiso convencional de las CCEE y además, dejando al margen la jurisdiccionalidad de los dos pilares intergubernamentales²¹⁴. En este sentido, quizá sería instructivo comparar este artículo F.2 con el art.10.2 de la Constitución española, donde la mención expresa a la Declaración

²¹²GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: "I Diritti Fondamentali nel Trattato di Maastricht", *Conferenze-Seminari Università degli Studi di Bologna*, 1991/92, p.15.

²¹³PEREZ VERA, 1993, en *Revista de Instituciones Europeas*, *op.cit*, p.473. Comparte su opinión BONDO KROGSGAARD, para quien el CEDH ha sido ya integrado en el Derecho Comunitario tras su mención en el art.F.2 y K.2 y ya no constituye una mera fuente de interpretación, sino una auténtica fuente formal del ordenamiento comunitario (BONDO-KROGSGAARD, Lars: "Fundamental Rights in the European Communities after Maastricht", en *Legal Issues of European Integration* 1993, n.1, p.108). GARCÍA DE ENTERRÍA y MOREIRO también consideran que ya se ha producido una adhesión normativa de la CE al CEDH por medio del art.F.2 TUE (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: "Los Derechos Fundamentales Europeos según el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea", en *Derechos y Libertades (Revista del Instituto Bartolomé de las Casas)*, 1993, n°1, pp.473-480, pp.475 y 477; MOREIRO, Carlos J.: "El Tratado de la Unión Europea y la Cuestión del Respeto de los Derechos Fundamentales en la Actividad Institucional de la Unión Europea", en *Derechos y Libertades (Revista del Instituto Bartolomé de las Casas)*, 1993, n°1, pp.481-487).

²¹⁴Del mismo parecer que nosotros es Daniel TARCHYS, actual Secretario General del Consejo de Europa, quien en un artículo periodístico en una publicación española reconoce que subsiste en la UE una laguna en materia de derechos fundamentales porque el TUE "aunque algo dice sobre el CEDH, sin embargo lo hace de forma demasiado lacónica" (TARCHYS, Daniel: "La Unión Europea y los Derechos Humanos", en *El País*, 19 de Septiembre de 1995).

Universal de Derechos Humanos como método de interpretación de los derechos fundamentales no significa que esta resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas se haya convertido en fuente del Derecho español.

En resumen, nuestra opinión, que compartimos con VERGÈS y con LIÑÁN, consiste en que, el art.F.2 lo que hace es resumir de forma magistral 25 años de paciente elaboración jurisprudencial, confirmando las dos principales fuentes externas de inspiración de derechos fundamentales protegidos por las CCEE (tradiciones constitucionales y CEDH), aunque olvida la Carta Social Europea, de gran importancia en el terreno de los derechos socio-económicos. El art.F.2 confirma el lugar y autoridad en el orden jurídico comunitario de los principios generales del Derecho Comunitario, valor y autoridad que no han variado tras el TUE, sólo se han consolidado²¹⁵. El art.F.2 no ha cambiado el status o la naturaleza jurídica del CEDH en el marco comunitario, no ha supuesto su constitucionalización. El CEDH continúa siendo una fuente que puede facilitar la determinación de principios generales, pero la aplicación de este convenio siempre se realizará de este modo indirecto. Por tanto, la mención del CEDH en el TUE “no disipa todas las incertidumbres ni todas las objeciones”²¹⁶

Es cierto que frecuentemente el TJCE y el TPI interpretan disposiciones del CEDH y de sus protocolos, pero ello no significa que tales convenios supongan una obligación jurídica directa de las CCEE, sino que en realidad el TJCE los utiliza cuando le conviene, los interpreta él mismo de un modo no literal, los completa y adapta al ordenamiento comunitario -a veces reduciendo el grado de protección en este ejercicio de adaptación- e incluso en ocasiones cita jurisprudencia del TEDH (con mayor o menor fortuna, según el caso)²¹⁷. En ocasiones, los artículos del CEDH se convierten en meros puntos de partida a partir de los cuales el TJCE y el TPI construyen un argumento jurídico más protector o

²¹⁵VERGÈS 1994 *op.cit.* p.84. LIÑÁN 1996 *op.cit.* p.334.

²¹⁶ ROLDÁN BARBERO, Javier: “Democracia y Derecho Europeo”, en *Revista de Instituciones Europeas*, 1993, vol.20, nº1, pp.101-135, p.112.

²¹⁷En contraste con el modo de proceder del TJCE se manifiesta GAJA, quien entiende que sería lógico suponer que el TJCE no podrá interpretar los términos del CEDH de modo diferente al que esos términos hayan adquirido en el sistema del CEDH (GAJA, Giorgio: “The Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty”, en *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G.Schermers*, 1994, vol.II, Deirdre Curtin y Tom Heukels (eds.), Martinus, Nihjoff Publishers, pp.549-560, p.558). En el mismo sentido, VAN HAMME, Alain: “Human Rights and the Treaty of Rome”, en *Human Rights. An European Perspective*, 1994, Liz Hefferman (ed.), Dublín, pp.70-79, p.79.

menos protector del derecho en cuestión del que merece según el propio CEDH, con lo que el juez comunitario puede conseguir una jurisprudencia de mejor calidad (o de menor calidad, eventualmente) que la de los órganos del CEDH. Claramente, el peligro subyacente a todo este ejercicio de interpretación jurisprudencial de un instrumento que pertenece a otro orden (el del Consejo de Europa) son las eventuales contradicciones que se pueden producir entre la jurisprudencia de Luxemburgo y la de Estrasburgo²¹⁸.

Así, el CEDH se convierte en un punto de partida para el TJCE y el TPI, un mínimo común denominador mejorable, un “suelo común” a partir del cual el TJCE y el TPI deberían mejorar la protección comunitaria²¹⁹, una base que debería “saberles a poco” por su limitado listado de derechos y por las restricciones a su ejercicio de que van acompañados en la formulación del convenio. Además, hay que tener en cuenta que el CEDH no agota, ni mucho menos, los derechos fundamentales protegidos en el orden comunitario (piénsese en derechos económicos, sociales, etc.)²²⁰. Con el fin de evitar especulaciones y teorizar en exceso sobre el valor del CEDH en Derecho Comunitario, consideramos que la solución definitiva la deberían aportar las propias CCEE a través de una solución legislativa o constitucional que termine con el monopolio pretoriano.

8. Posición de las Instituciones Comunitarias en materia de Derechos Fundamentales

Si bien es cierto que fue el TJCE la primera institución que se ocupó y preocupó de los derechos fundamentales, también hay que admitir que poco después de sus primeros pronunciamientos, el resto de las instituciones comunitarias se hicieron eco de esta nueva línea jurisprudencial y comenzaron a aprobar resoluciones y declaraciones relativas a la

²¹⁸ *vide* DRZEMCZSWSKI 1981, *op.cit.*, p.130.

²¹⁹ La idea del CEDH como “suelo común” o mínimo grado de protección exigible a las CCEE nos surgió tras la lectura de un artículo de RAINER (RAINER, Arnold: “Reflexiones sobre la Futura Constitución Europea”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 1994, n°8, pp.17-29, p.28). Curiosamente, este autor calificaba al CEDH como “techo común” en lugar de como “suelo común” para la protección comunitaria. Consideramos que el CEDH debería ser siempre y en todo caso para las CCEE un mínimo, una base cuyo respeto se debería exigir a todas las instituciones comunitarias, pero nunca como un techo común. Las CCEE deberían profundizar y mejorar la protección ofrecida por los órganos de Estrasburgo, realizando para ello una lectura tan proteccionista del CEDH como la que realizan los órganos de Estrasburgo o más incluso, pero nunca menos.

protección de los derechos fundamentales en las CCEE²²¹. En el caso de la Comisión, incluso se llegó a la redacción de un Memorándum en favor de la adhesión de las CCEE al CEDH. Paradójicamente, la característica común a todos estos textos que intentaban paliar la inexistencia de una declaración escrita sobre derechos fundamentales a nivel comunitario, es su falta de obligatoriedad jurídica. Se trata de resoluciones o declaraciones programáticas, pero que ni pertenecen ni reforman el derecho comunitario por un lado, ni han sido emitidos como actos normativos en virtud del art.189 del TCE, por otro. Las únicas excepciones a esta no vinculatoriedad jurídica las constituyen las referencias a los derechos fundamentales que aparecen en el Preámbulo del Acta Unica Europea (AUE) de 1986 y las del TUE de 1991, casos en los que sí estamos ante normas de derecho originario. Sin embargo, como veremos seguidamente, ni el AUE ni el TUE incluyen declaraciones expresas de derechos fundamentales.

La primera institución que recogió el testigo del TJCE fue el Parlamento Europeo, como no podía ser menos en una institución que pretende representar a los pueblos europeos (art.137 TCE)²²². El primer documento que elaboró sobre la protección intracomunitaria de los derechos fundamentales (sobre la promoción de los derechos fuera de las fronteras comunitarias ya se había discutido en el Parlamento Europeo, pero no es cuestión que interese aquí) es la Resolución de 4 de Abril de 1973 sobre la Salvaguardia de los Derechos Fundamentales de los Ciudadanos de los Estados Miembros en la Elaboración del Derecho Comunitario²²³. Aquí no estamos aún ante una declaración de derechos, sino ante una

²²⁰CLAPHAM, Andrew: *Human Rights and the European Community: A Critical Overview*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, p.49.

²²¹ Para un enfoque meramente descriptivo y a-crítico de las realizaciones de las instituciones comunitarias en materia de derechos fundamentales, véase: DE KERCHOVE, Georges: *Europa, una Sociedad Humana* 1990, OPOCE, Serie Documentación Europea, Bruselas; COMISIÓN CCEE: "La Comunidad Europea y los Derechos Humanos", en *Documentos Europeos*, 1989, 5/89; DUPARC, Christiane: *The European Community and Human Rights*, 1992, OPOCE, especialmente pp-27-61; LANA, Anton Giulio: "la Tutela dei Diritti nel Contesto Europeo", en *L'Italia e l'Europa (Rivista Trimestrale di Diritto, Economia, Politica e Società)*, 1991, n°28-29, pp.366-374, especialmente pp.370-373.

²²² Del secundamiento temprano por el Parlamento Europeo de la jurisprudencia del TJCE se hace eco AHRENS y también MOWER (AHRENS, Karl: "En Route vers l'An 2000. Le Rôle Futur de l'Assemblée Parlementaire en Faveur de la Protection et de la Promotion des Droits de l'Homme", en *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, 1988, Carl Heymanns (ed.), Verlag KG, Berlín, pp.17-25, p.22; MOWER, A.Glen: "The Implementation of Human Rights Through European Community Institutions", en *Universal Human Rights* 1980, vol.2, n°2, pp.43-59).

²²³JOCE C26 de 30 de Abril de 1973.

"invitación" del Parlamento a la Comisión para que prevenga las posibles violaciones en las que pueda incurrir el derecho derivado en el momento de su redacción. Los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de las CCEE, en un aún no institucionalizado Consejo Europeo, imitaron al Parlamento Europeo al proponerse salvaguardar los derechos del hombre, "elementos fundamentales de la identidad política" en su Declaración de los Nueve sobre la Identidad Europea, adoptada como directriz y guía de la actuación comunitaria en Copenhague, en 1973²²⁴.

A estos textos siguió el Informe de la Comisión sobre la Protección de los Derechos Fundamentales desde la Perspectiva de la Creación y Desarrollo del Derecho Comunitario²²⁵, primer texto de la Comisión en el que hace suyo todo el nuevo razonamiento jurídico utilizado por el TJCE para proteger los derechos fundamentales en base a los principios generales del ordenamiento comunitario. En este su primer informe sobre el tema, la Comisión estimó que la protección de los derechos fundamentales estaba garantizada satisfactoriamente a nivel jurisprudencial, por lo que era reticente a una eventual adhesión de las CCEE al CEDH. Sin embargo, sí se mostró a favor de que las instituciones comunitarias hicieran una declaración conjunta sobre la materia, para así demostrar públicamente su compromiso. No obstante la consideración de la Comisión de la no pertinencia de la adhesión a las CCEE, el Parlamento Europeo insistió en esta vía en su Resolución de 12 de Octubre de 1976 sobre Protección de los Derechos Fundamentales²²⁶.

En 1977, se adoptó la Declaración Conjunta de la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo que había sido propuesta un año antes por la Comisión²²⁷. Se trató de una declaración corta, en la que las tres instituciones asumen como propia la doctrina establecida hasta entonces por el TJCE. Su interés radica sobre todo en el hecho de que para su redacción se pusieron de acuerdo tres instituciones. Tras esta importante declaración en la que, sin embargo, no se incluyó ningún listado de derechos sino sólo una referencia al CEDH, el Parlamento Europeo continuó con su particular batalla en favor de la profundización y ampliación de la protección otorgada a los derechos fundamentales en las

²²⁴ BOCE n°12/73 de 14 de Diciembre de 1973.

²²⁵ EC Bull. Supp. 5/76.

²²⁶ JOCE C259, de 4 de Noviembre de 1976.

²²⁷ JOCE C103 de 4 de Abril de 1977.

CCEE. Con este fin, aprobó el 16 de Noviembre de 1977 una resolución sobre la Atribución de Derechos Especiales a los Ciudadanos de la Comunidad Europea, resolución que bien podemos tildar de precursora de los derechos de ciudadanía²²⁸ y que incluía como posibles derechos especiales el de voto, de petición, de fundar escuelas privadas, de elegir a sus abogados, de usar la lengua materna, de pertenencia a sindicatos, etc.

En 1979, la Comisión cambió de parecer y se manifestó a favor de la adhesión de las CCEE al CEDH en su Memorándum sobre la Adhesión de las Comunidades al CEDH²²⁹. Para justificar su nueva orientación, alude a la necesidad de reforzar la imagen de Europa como ámbito de libertad y democracia. Sin embargo, también se hace eco de las dificultades de esta empresa (p.ej. cómo podrían participar estas tres organizaciones internacionales en los órganos de otra organización, etc). Una vez más, el Consejo Europeo manifestó a través de declaraciones políticas su compromiso con los derechos fundamentales: en Copenhague, en su Declaración sobre la Democracia de 8 de Abril de 1978 y en Stuttgart, en su Declaración Solemne sobre la Unión Europea de 19 de Junio de 1983. A tales iniciativas, siguió una malograda, la del proyecto de Tratado sobre la Unión Europea de 1984²³⁰, proyecto que, de haberse adoptado, hubiese supuesto toda una revolución en materia de derechos fundamentales. De hecho, podemos decir que ni siquiera el actual TUE ha llegado tan lejos en la materia como lo hizo su precursor. Este tratado que nunca vio la luz, comunitarizaba tanto los derechos civiles y políticos como los económicos y sociales, y constituía en beneficiarios de todos ellos "a toda persona dependiente de su jurisdicción", es decir, nacionales comunitarios y residentes de terceros Estados por igual. Además, se comprometía el proyecto a examinar en el plazo de 5 años la adhesión de las CCEE no sólo al CEDH, sino también a la Carta Social Europea de 1961, así como a los Pactos sobre Derechos Humanos de Naciones Unidas. Para colmo de sorpresas, el proyecto preveía la aplicación de severas sanciones contra los Estados miembros que violasen los derechos fundamentales²³¹.

²²⁸JOCE C299 de 12 de Febrero de 1977.

²²⁹EC Bull.Supp.2/79.

²³⁰JOCE C de 19 de Marzo de 1984.

²³¹ JIMÉNEZ-BLANCO analiza este punto en las pp.224 y 225 de: JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio: "El Proyecto de Tratado de la Unión Europea", en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, 1986, tomo I, Cívitas, pp.193-249.

La versión *light* de este avanzado proyecto de Tratado la constituyó el proyecto de reforma del derecho originario que se impuso en 1986, tras el fracaso del proyecto de 1984 (o proyecto SPINELLI, que fue su impulsor). Hablamos, por supuesto, del AUE, en el que los derechos fundamentales pasaron a ocupar un lugar ínfimo de la agenda y donde se impusieron cuestiones como la realización del mercado interior y la mejora del funcionamiento de las instituciones. Todo el tratamiento que reciben los derechos fundamentales en este tratado se circunscribe al preámbulo, en el que se menciona que la promoción de los derechos fundamentales en las CCEE se deberá hacer teniendo en mente la protección que se les otorga en el ámbito constitucional interno, en el CEDH y en la Carta Social Europea²³². Como bien indican APARICIO y GONZALEZ, si dejamos aparte el valor interpretativo que sin duda tiene esta disposición, es por lo demás clara la "nula eficacia" que tienen este tipo de proclamaciones sobre derechos que aparecen en exposiciones de motivos y preámbulos pero que no son confirmadas a lo largo del texto articulado²³³. El Parlamento Europeo intentó endulzar el amargo sabor dejado por el AUE en la materia que es objeto de estudio. Para ello, tras el informe del relator Karel DE GUCHT de 16 de Diciembre de 1988, donde se hablaba de la importancia de los derechos civiles, políticos y también los económicos y sociales en el ámbito comunitario y se aportaban las razones por las que el Parlamento defendía el establecimiento de una declaración comunitaria de derechos fundamentales²³⁴, el Parlamento Europeo aprobó la resolución conocida como Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales²³⁵. En ella realiza, sobre la base del CEDH y de la Carta Social Europea, una adaptación al contexto comunitario tanto de derechos civiles y políticos como económicos y sociales, diferenciando, eso sí, entre los primeros, disfrutados por cualquier persona, y los segundos, de los que se benefician sólo los nacionales comunitarios. A pesar de su carácter solemne

²³² "Decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social..."

²³³ APARICIO y GONZALEZ *op.cit.*, p.57. DE TORRES, muy gráficamente, define al AUE como un "jarro de agua fría" que ni siquiera reconoce el papel que en esta materia juega el TJCE (de TORRES-PALLETE, M^aPaz: *Las Comunidades Europeas y los Derechos Humanos*, 1990, trabajo no publicado, Barcelona, p.31). BENEYTO participa de este pesimismo: BENEYTO, José María: *Europa 1992: El Acta Única Europea: Mercado Interior y Cooperación Política Europea*, 1989, Cívitas, p.38.

²³⁴ P.E. DOC. A-2-0329/88, considerando 5 y puntos 7-12.

²³⁵ DOCE C120/51, de 12 de Abril de 1989, doc.A 2-3/89.

reflejado en el nombre con el que es conocida, la declaración no tiene mayor valor que la del resto de documentos mencionados hasta ahora (a excepción, lógicamente, del AUE)²³⁶. El 9 de Diciembre de 1989, bajo las presiones del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social, el Consejo Europeo adoptó en Estrasburgo la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores²³⁷. Como en el caso anterior, tan rimbombante nombre no llevó aparejado el carácter obligatorio del documento, por lo que estamos sólo ante un texto de tipo político en el que se trataron derechos relacionados con la libre circulación y la política social comunitaria. Desgraciadamente, se trata del primer documento en el que un Estado miembro se desmarcó del parecer común, y así, nos encontramos ante una "carta a once", que contó con la negativa británica desde un principio.

El Parlamento Europeo ha continuado con su particular cruzada en favor de los derechos fundamentales hasta nuestros días. Omitiremos nombrar las innumerables resoluciones que ha aprobado en la materia por su nulo valor vinculante²³⁸. Destaquemos, en cualquier caso, que los temas tratados se diversifican cada vez más, para alcanzar el

²³⁶PERRAKIS y ORDOÑEZ lamentan la ausencia de todo efecto jurídico de un documento tan ambicioso en su contenido que contiene un conglomerado de derechos obtenidos del Derecho Internacional, Comunitario y Nacional (PERRAKIS, Stelios E: "Contribution au Débat sur la Protection Communautaire des Droits de l'Homme: La Déclaration des Droits et Libertés Fondamentaux du Parlement Européen", en *Revue du marché Commun* 1990, pp.467-474, p.473-474; ORDOÑEZ SOLIS, David: "Los Derechos de los Ciudadanos en la Comunidad Europea", en *Boletín de Información sobre las CCEE*, 1991, vol.34-35, p.10).

Un análisis derecho por derecho de esta Declaración es realizado por DÍEZ DE VELASCO en pp.430-459 de: DÍEZ DE VELASCO, Manuel: "la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales del Parlamento Europeo y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *Estudos em Homenagem ao Prof.Doutor Ferrer-Correia*, 1991, Universidade de Coimbra, Coimbra, pp.427-457. Otro estudio de la Declaración del Parlamento Europeo lo realiza: STEPHANOU, Constantin: "Identité et Citoyenneté Européenne", en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 1991, pp.30-39, pp.38 y 39.

²³⁷ Para un estudio más exhaustivo de este documento, véase: ADDISON, John T. y SIEBERT, Stanley: "The Social Charter of the European Community: Evolution and Controversies", en *Industrial and Labor Relations Review*, 1991, vol.44, n°4, pp.597-625; WATSON, Philippa: "The Community Social Charter", en *Common Market Law Review* 1991, n°28, pp.37-68; LANDABURU DE SILVA, Alberto: "El Modelo Social Europeo y el Nuevo Diálogo Social", en *Revista de Economía y Sociología del Trabajo* 1989, n°4-5, pp.136-143, pp.139-141; BERCUSSON, Brian: "The European Commission's Charter of Fundamental Social Rights of Workers", en *The Modern Law Review* 1990, vol.53, n°5, pp.624-642; DOMINICK, Mary Frances: "Toward a Community Bill of Rights: The European Community Charter of Fundamental Social Rights", en *Fordham International Law Journal* 1990-1991, vol.4, pp.639-668; SALINAS DE FRÍAS, Ana: "La Protección Comunitaria de los Derechos Fundamentales de Carácter Social y Económico", en *Andorra en el Ámbito Jurídico Europeo* 1996, Marcial Pons, Madrid, pp.381-399.

tratamiento de datos personales y los riesgos de la informática, la política de inmigración y sus implicaciones en materia de asilo, el racismo, la protección e información a los consumidores, etc. Al mismo tiempo, en el Informe Anual del Parlamento Europeo, se ha hecho ya habitual la inclusión de un apartado sobre el respeto intracomunitario de los derechos fundamentales²³⁹. En cuanto a la Comisión y al Consejo de la Unión Europea, la primera ha seguido insistiendo en las bondades de la adhesión al CEDH²⁴⁰, mientras que el segundo se ha ocupado de cuestiones más generales²⁴¹. Por su parte, en el Consejo Europeo, coincidiendo con el 45 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se aprobó la Declaración sobre Derechos Humanos²⁴².

Sin embargo, el documento que actualmente tiene mayor importancia en el seno de las CCEE, y aquél al que se está dedicando a analizar e interpretar la doctrina especializada es el art.F.2 del TUE, cuya diferencia con las resoluciones, declaraciones y comunicaciones del resto de las instituciones comunitarias consiste en su carácter vinculante. Junto a él, además, ha de analizarse el Protocolo anexo al TUE sobre Política Social, que el Reino Unido, una vez más, ha decidido no aceptar²⁴³ (aunque esta situación quedará pronto

²³⁸ Un estudio general sobre los últimos desarrollos del Parlamento Europeo en esta materia se encuentra en: SILVESTRO, Massimo: *Le Parlement Européen et les Droits de l'Homme*", en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 1996, n°394, pp.36-39.

²³⁹ *Vide* p.ej. el Informe Anual del Parlamento Europeo (1995) de 20 de Marzo de 1997 (A4-0112/97) que incluye la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Respeto de los Derechos Humanos en la Unión Europea. En esta resolución (DO C132 de 28 de Abril de 1997) a la vista del dictamen 2/94 del TJCE, el Parlamento solicitaba (sin éxito) a la CIG que dotara de personalidad jurídica internacional a la UE para que ésta se pudiera adherir al CEDH (punto 5) e incluso solicitaba la adhesión a la Carta Social Europea del Consejo de Europa (punto 11). Algo similar ocurría ya en la Resolución anterior sobre el Respeto de Derechos Humanos en la Unión Europea (DO C319 de 28 de Octubre de 1996) donde ya se insistía en la necesidad de la adhesión al CEDH.

²⁴⁰ Comunicación de la Comisión sobre la Adhesión al CEDH y a Algunos de sus Protocolos de 19 de Noviembre de 1990 (SEC (90) 2087 fin.).

²⁴¹ Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos en el seno del Consejo de 29 de Mayo de 1990 relativa a la lucha contra el Racismo y la Xenofobia (DO C157); Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos en el seno del Consejo de 28 de Noviembre de 1991 sobre Democracia y Desarrollo (BOCE n°11/91).

²⁴² BOCE 12/93 de 11 de Diciembre de 1993.

²⁴³ Para un estudio de este protocolo, *vide* BERCUSSON, Brian: "Maastricht: A Fundamental Change in European Labour Law", en *Industrial Relations Journal*, 1992, vol.23, n°3, pp.177-190. Del mismo autor, véase: BERCUSSON, Brian: "Social Policy at the Crossroads: European Labour Law after Maastricht", en *Europe After Maastricht. An Ever Closer Union?*, 1994, Renaud Dehousse (ed.), Law Books in Europe, Munich, pp.149-186. El Reino Unido, desde el primer momento de la negociación, consideró las propuestas de los demás países sobre política social como una vía "suicida" (COMISIÓN CCEE: *L'Union Européenne. Le Traité de Maastricht. Les Mecanismes de l'Europe Sociale*, 1992, OPOCE, p.26).

superada al derogarse el protocolo cuando entre en vigor el Tratado de Amsterdam). El TUE de 1991 no ha podido llegar tan lejos como lo pretendió el proyecto de TUE de 1984. Tampoco ha incluido ninguna declaración comunitaria y vinculante de los derechos fundamentales. Lo único que ha hecho el TUE es resumir veinte años de paciente elaboración jurisprudencial. Como anticipamos anteriormente al tratar sobre el valor del CEDH en Derecho comunitario tras la entrada en vigor del TUE, el art.F.2 supone "el punto del no retorno" para las CCEE en materia de derechos fundamentales, pero sólo eso y nada más. A partir de ahora, las CCEE no se pueden desdecir de lo que ellas mismas han aceptado, amén de extender la obligación de respetar los derechos fundamentales también en los ámbitos de cooperación intergubernamental. Pero el artículo no va más lejos. Ni siquiera es alegable el art.F.2 ante el TJCE, como no lo sea como hasta ahora lo ha sido: no como derecho originario y escrito, sino como contenido de principios generales del Derecho Comunitario. En cuanto al ámbito concreto de los derechos económicos y sociales, SCIARRA lamenta que tanto el Protocolo sobre Política Social como el propio art.F.2 omitan cualquier referencia a la Carta Social Europea, con lo que el TUE parece dar un paso hacia atrás con respecto incluso al AUE²⁴⁴. En cambio, los aspectos promocionales de los derechos fundamentales salen mejor parados en el TUE que aquéllos de protección. En concreto, el TUE establece dos nuevas políticas comunitarias (en concreto, en materia de educación y formación) y refuerza las políticas de salud.

²⁴⁴SCIARRA, SILVANA: *Verso una Costituzionalizzazione dei Diritti Sociali Fondamentali dell'Unione Europea*, 1996, EUI Working Paper, 96/1, Florence, p.10.