

CAPÍTULO V

EL USO DEL CEDH POR EL TJCE:

ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DEL CEDH

1. Contenido del artículo 8 del CEDH

El artículo 8 del CEDH está formulado en los siguientes términos:

1. “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Como se desprende de la lectura de este artículo, estamos ante una disposición que enuncia una serie de derechos pero sin otorgarles carácter absoluto. De hecho, en el mismo párrafo 2º se establecen las condiciones en que será posible su restricción⁶⁷⁸.

Tanto uno como otro párrafo han sido aplicados por el TJCE, así como interpretados por él mismo. Para facilitar el estudio de la aplicación de este artículo por parte del TJCE, diferenciaremos lo acaecido en el ámbito jurisdiccional comunitario a los cuatro aspectos de este derecho, distintos pero muy relacionados, que aparecen recogidos en el párrafo primero, a saber, el derecho a la vida privada, a la vida familiar, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de la correspondencia.

2. Análisis de los aspectos protegidos en el art.8 CEDH

2.1. El respeto de la vida privada

En relación al respeto de la vida privada de las personas, realizaremos una subdivisión entre distintos aspectos de este derecho que han sido objeto de discusión en los tribunales de Luxemburgo y en los órganos de Estrasburgo. Esta opción nos parece metodológicamente adecuada a la vista de la amplitud de la expresión “vida privada”, reconocida por los órganos de Estrasburgo y a las diferentes maneras en que este derecho se puede ver afectado y/o vulnerado. De hecho, un mero análisis de las alegaciones defendidas por las supuestas víctimas de la violación del derecho a la vida privada nos sirve para identificar algunas de las diversas categorías de intereses y de actividades que se pueden entender incluidas en el ámbito de la vida privada. Entre ellas, el derecho a mantener secreto el estado de salud, el derecho a una esfera o espacio privado libre de intromisiones y el derecho al nombre. Examinaremos cada uno de ellos por separado.

⁶⁷⁸ Estas restricciones las estudia GOSSERIES al hilo de su estudio sobre el derecho a la seguridad social (GOSSERIES, Ph.: “Droit de la Sécurité Sociale Comme Droit de l’Homme”, en *Journal des Tribunaux du Travail*, 1996, n°639, pp.69-78, p.74).

2.1.1. Derecho a mantener secreto el estado de salud

2.1.1.1. Jurisprudencia de las instancias judiciales de las CCEE

Este aspecto del derecho a la vida privada ha recibido mayor atención ante los órganos judiciales de las CCEE que ante los órganos de la Convención. Para ser más explícitos, este interés ha merecido especialmente la atención del TPI más que la del TJCE. No podría ser de otro modo, dado que desde sus orígenes (1988) este tribunal estuvo encargado de la solución de los conflictos relativos a la función pública comunitaria. Más tarde, se le asignaron todos los asuntos en los que el demandante fuera una persona física o jurídica⁶⁷⁹. Teniendo en cuenta que el tipo de asuntos que puede dar lugar a la vulneración del secreto sobre el estado de salud afectan únicamente a personas físicas, resultan obvias las razones por las que el TPI ha sido el órgano judicial comunitario que ha tratado habitualmente este tipo de demandas.

El TPI y el TJCE siempre han mantenido el derecho de toda persona a mantener su estado de salud secreto, e informar de él sólo a quien él desee o estime pertinente. Así lo han manifestado tanto en el asunto A/COMISIÓN⁶⁸⁰, como en X/COMISIÓN⁶⁸¹ y K/COMISIÓN⁶⁸².

En el primero de ellos, un aspirante a un puesto de la Comisión como administrador especialista en cooperación para el desarrollo, vio rechazada su candidatura para este cargo tras haber manifestado espontáneamente su seropositividad a la comisión médica que estudiaba la aptitud de los candidatos para el ejercicio del puesto en concurso. El candidato se sometió voluntariamente a las pruebas de detección del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) sugeridas por la citada comisión con el fin de confirmar los extremos de su declaración, tras lo cual se emitió un dictamen de falta de aptitud física.

⁶⁷⁹ Decisión del Consejo de las CCEE de 8 de Junio de 1993 por la que se amplían las competencias del TPI, 93/350/CE, CECA, CEEA (DOCE de 16 de Junio de 1993, nº L144).

⁶⁸⁰ Sentencia del TPI de 14 de Abril de 1994, T-10/93, A/COMISIÓN, Rec.1994, pp.II-179ss.

⁶⁸¹ Sentencia C-404/92P, *cit.*, Rec.1994, pp.4737ss.

⁶⁸² Sentencia del TPI de 13 de Julio de 1995, T-176/94, K/COMISIÓN, Rec.1995, pp.IA-203ss; II-621ss.

El candidato rechazado consideró que la realización del examen médico previo al nombramiento era contrario al derecho al respeto a la vida privada consagrado por el art.8 CEDH⁶⁸³. Sin embargo, el TPI, en su análisis del art.8 CEDH (en el que no cita en ningún lugar jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo) consideró que la realización de un examen médico no era contrario al art.8 CEDH, convenio que la CE debía respetar y respetaba en virtud del art.F.2 TUE y que constituía una práctica extendida en la mayoría de los ordenamientos de los Estados miembros. El TPI razonó que existía una doble razón para justificar la pertinencia de la realización del examen médico:

El primero, en interés de la organización para evitar que la institución nombrase a un candidato que no reuniese las condiciones de aptitud necesarias para las funciones previstas. El segundo, en interés del propio afectado, para evitar destinar a una persona a funciones incompatibles con su estado de salud y que pudieran agravar su enfermedad⁶⁸⁴. Por ambas razones, el TPI estableció la pertinencia del rechazo de la candidatura. Sin embargo, en nuestra opinión, aun siendo perfectamente compatible con el CEDH lo argumentado hasta el momento por el TPI -sobre todo teniendo en cuenta el dato de que el candidato fue quien voluntariamente hizo público su estado de salud manifestando que padecía esa enfermedad- no nos parece tan loable otro de los puntos esgrimidos por el TPI en su sentencia, punto que, por otro lado, ha sido rechazado por el TJCE en el asunto X/COMISIÓN (que posteriormente será estudiado) y cuya compatibilidad con el tenor del art.8 consideramos dudosa, a saber: el convencimiento del TPI de que el examen previo al nombramiento debe incluir un examen clínico así como, en su caso, todo tipo de pruebas biológicas complementarias consideradas necesarias por el equipo médico⁶⁸⁵.

⁶⁸³ Más específicamente, A sostenía que la decisión de excluirle de un puesto de trabajo que corresponde a las funciones para cuyo ejercicio había superado las pruebas de un concurso, basándose en datos sobre su estado de salud que él mismo había facilitado al servicio médico de forma voluntaria y que en modo alguno estaba obligado a dar, constituía una violación manifiesta del derecho de todo individuo a cuidar de su salud, e incluso de su vida, y asumir los posibles riesgos inherentes a la satisfacción de sus aspiraciones, tanto profesionales como personales (Rec.1994, p.200 de la citada sentencia).

⁶⁸⁴ Rec.1994, p.201.

⁶⁸⁵ Rec.1994, p.202.

Consideramos que un examen médico cuyo fin sea el nombramiento de una persona para un puesto de trabajo no puede incluir todo tipo de pruebas médicas sin límites. Así, p.ej, hoy por hoy es práctica común de los Estados la necesidad del consentimiento del interesado para la realización de una prueba del SIDA. No obstante, la parte demandada, la Comisión, se obstina en defender que una persona no puede invocar la violación de este derecho fundamental si conscientemente participa en un proceso de selección previo a la contratación que incluya un examen médico. En tal caso, el afectado habría implícitamente dado su consentimiento a una intromisión en su vida privada que justificaría la realización de pruebas de detección (aun indirectas) de SIDA.

Sin embargo, sí estamos en lo esencial de acuerdo con el contenido de la sentencia del TPI. En concreto, compartimos la lógica de que una vez voluntariamente reconocido el estado de salud ante una comisión médica de contratación, y una vez dado expresamente el consentimiento a esa comisión para comprobar clínicamente esos extremos, el candidato difícilmente puede alegar la violación del art.8 CEDH.

Los antecedentes de hecho de este caso difieren de los del asunto X/COMISIÓN, que fue presentado ante el TJCE en casación tras una primera sentencia del TPI que fue recurrida por el demandante. Nos encontramos por segunda vez ante un aspirante a un puesto de las CCEE. En concreto, un puesto como dactilógrafo con una duración de seis meses. En este caso, la persona concernida había manifestado rotundamente su negativa a ser sometida al análisis de detección del virus de inmunodeficiencia adquirida propuesto por la comisión médica que le estaba examinando y que intuía algún tipo de trastorno inmunitario en el candidato. Ante esta negativa, la comisión médica optó por realizarle, con el absoluto desconocimiento del interesado, una prueba biológica alternativa a la de detección del SIDA, que habitualmente no se practica en este tipo de exámenes y que es considerada en círculos médicos como una prueba indirecta o camuflada de detección del SIDA.

Los resultados arrojados por esta prueba clínica condujeron al rechazo de su candidatura. En esta sentencia, el grueso de la argumentación sobre derechos fundamentales, y concretamente, sobre el art.8 CEDH corre a cargo del Abogado General VAN GERVEN, quien además de interpretar el art.8 en un modo compatible con la jurisprudencia de los

órganos de Estrasburgo, cita ésta en apoyo de su tesis. Primeramente, el Abogado General estudia los antecedentes de hecho del caso para comprobar si existe o no violación del derecho a la vida privada. Una vez respondida la cuestión anterior de forma positiva, justifica que aquél no es un derecho absoluto, por lo cual examina los requisitos que han de cumplirse para que esté justificada una intromisión en este derecho *ex art.8.2 CEDH* con el fin de comprobar si este caso entra en alguno de los supuestos.

En este asunto hay dos aspectos de la vida privada implicados en opinión del Sr.VAN GERVEN:

1. la integridad física, debido a que consta una intromisión en la vida privada del recurrente resultante de habersele practicado una prueba médica de la que no había sido informado y tendente a conseguir unos datos relacionados con su nivel de inmunodeficiencia - datos que el recurrente se había negado a facilitar.

2. El derecho a mantener secreto el estado de salud y a decidir por sí mismo a quién informa sobre él, sin que terceros puedan obtener esta información a sus espaldas.

En este sentido, el Sr.VAN GERVEN, aunque parte de la base (y para ello se basa en un informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 1977⁶⁸⁶) de que la exigencia de respeto a la vida privada de una persona se ve automáticamente reducida en la medida en que el propio individuo ponga su vida privada en contacto con la pública o la coloque en estrecha relación con otros intereses protegidos, sin embargo al mismo tiempo admite que existe una noción, la del consentimiento con conocimiento de causa (“informed consent”) que en este asunto ha sido ignorada por el equipo médico que examinó al candidato, así como por el propio TPI. En opinión del Abogado General, este concepto consta de lo siguiente: la necesidad de suministrar información suficiente para que el consentimiento del interesado sea completo, contra lo cual atenta el no suministrarle suficiente información o no pedirle su

⁶⁸⁶ Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 12 de Julio de 1977, demanda 6959/75 BRUEGGEMAN Y SCHEUTEN/RFA, 1978, Serie B, p.100.

consentimiento (consentimiento que además ni se presupone ni se puede obtener de manera implícita más que para actos médicos rutinarios, banales o insignificantes)⁶⁸⁷.

De este modo, el Sr.VAN GERVEN construye toda una teoría propia sobre el derecho a la intimidad y a la vida privada basado en un concepto de origen americano (el del consentimiento con conocimiento de causa) que él liga al derecho a la integridad física y al derecho, más amplio, a disponer de sí mismo⁶⁸⁸. Basándose en éste, el Abogado General se siente libre para interpretar el art.8 CEDH y la jurisprudencia de los órganos del Convenio de un modo que, en cualquier caso, juzgamos perfectamente compatible con las enseñanzas de las instancias de Estrasburgo. Concretamente, el Abogado General interpreta cada uno de los requisitos que establece el párrafo segundo del art.8. Sus conclusiones son que la decisión personal de participar en un proceso de selección de personal no está reñida con el consentimiento con conocimiento de causa exigible en todo examen médico. Por ello, al candidato se le debería haber advertido del proyecto de someterle a una prueba de linfocitos.

La exposición de toda su teoría sobre el consentimiento con conocimiento de causa está plagada de remisiones a la jurisprudencia de Estrasburgo⁶⁸⁹. Queda patente el profundo estudio realizado por el Sr.VAN GERVEN de los casos llevados ante los órganos del CEDH en situaciones similares fácticamente. Ellos le confirman que:

-el concepto de vida privada no sólo incluye la integridad física, sino también la integridad moral de la persona⁶⁹⁰.

-La divulgación o conocimiento por parte de terceros de hechos relacionados con la condición física, salud y personalidad puede ciertamente violar la intimidad y atentar contra la vida privada⁶⁹¹.

⁶⁸⁷ Rec.1994, pp.I-4777ss, pp.4760-4761.

⁶⁸⁸ Rec.1994, pp.4759-4760.

⁶⁸⁹ “Para analizar la cuestión de si se ha producido efectivamente una injerencia en la vida privada tomaré como referencia las sentencias del TEDH y los dictámenes de la Comisión Europea de Derechos Humanos” (Rec.1994, p.4759).

⁶⁹⁰ Sentencia del TEDH de 26 de Marzo de 1985 X E Y/PAÍSES BAJOS Serie A, nº91, sobre ataques sexuales sufridos por una disminuida psíquica de 16 años.

-Las restricciones al derecho a la vida privada del art.8.2 deben interpretarse restrictivamente⁶⁹².

-Una injerencia en la vida privada, para ser admisible legalmente, ha de estar prevista por la ley, ha de perseguir uno o varios objetivos de los recogidos con carácter limitativo en el art.8.2 CEDH y ha de ser necesaria en una sociedad democrática, debiendo interpretarse el término “necesaria” como una necesidad social imperiosa y proporcionada al fin legítimo que se persigue⁶⁹³.

Esta jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo le permite concluir al Abogado General que las restricciones a la vida privada que ha sufrido el Sr.X eran desproporcionadas (teniendo en cuenta que el puesto en concurso era sólo temporal y como dactilógrafo, no como piloto o médico), desmesuradas (a la vista de que fue sometido a pruebas más profundas que las habituales sin ser comunicado de ello pero con el visto bueno del futuro empleador⁶⁹⁴) y afectaban a la esencia de su derecho.

A pesar de lo razonable de sus Conclusiones y su consonancia con la jurisprudencia de las instancias de Estrasburgo, llama la atención el interés del Sr.VAN GERVEN en recalcar que el CEDH no forma parte del ordenamiento comunitario más que de un modo muy indirecto⁶⁹⁵. Paradójicamente, esta frase del Sr.VAN GERVEN no constituye la antesala o advertencia a partir de la cual comenzar a rebatir la jurisprudencia de Estrasburgo o el modo en que los órganos del CEDH han interpretado el CEDH. Al contrario, deja claro que utiliza

⁶⁹¹ Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 11 de Marzo de 1979, demanda nº7654/76 VAN OOSTERWIJCK/BÉLGICA, Serie B, p.10.

⁶⁹² Sentencia del TEDH de 21 de Febrero de 1975 GOLDER/REINO UNIDO Serie A nº18, apartado 44.

⁶⁹³ Sentencias del TEDH de 25 de Marzo de 1985 BARTHOLD/RFA Serie A, nº50, apdo.45 y de 24 de Marzo de 1988 OLSSON/SUECIA, Serie A, nº30 apdo.67.

⁶⁹⁴ Rec.1994, pp.4764 y 4765.

⁶⁹⁵ Se permite recordar que “como es bien sabido, el CEDH no forma parte del Derecho Comunitario directamente, sino *de modo muy indirecto*, dado que la protección de los derechos y las libertades fundamentales que dicho convenio persigue puede también obtenerse aplicando los principios generales del Derecho. En su sentencia COMISIÓN/ALEMANIA, el Tribunal de Justicia declaró expresamente a este respecto que el derecho al respeto de la vida privada y el derecho a la protección del secreto profesional son derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario” (Sentencia X/COMISIÓN, *cit.*, Rec.1994, p.4750. La cursiva es nuestra).

este convenio poco menos que “porque quiere” -ya que cuenta con los principios generales del Derecho Comunitario y con jurisprudencia propia para llegar al mismo resultado que el TEDH. Parece que con esta frase lo que pretende es precisamente salvaguardar la autonomía del ordenamiento comunitario y que nadie se lleve a engaño cuando compruebe, al leer su Conclusiones, que en varias ocasiones, se apoya en las enseñanzas jurisprudenciales de los órganos del convenio.

Sin embargo, no damos más valor a esta frase que el que tiene: testimoniar una vez más que el orden comunitario es autónomo y sólo aplica los artículos del CEDH porque éstos constituyen una fuente de inspiración del TJCE en su descubrimiento o localización de principios generales aplicables en Derecho Comunitario en materia de derechos fundamentales.

Resalta la parquedad del posterior juicio del TJCE tras las prolijas Conclusiones del Abogado General. El TJCE llega a las mismas conclusiones que el Sr.VAN GERVEN (casación de la sentencia por violación del art.8 CEDH) pero sin citar ni apoyarse en la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo. Resulta extraño que esto sea así, ya que la línea de argumentación del Abogado General era perfectamente compatible con la línea de argumentación seguida por el TJCE. Sin embargo, el TJCE falla utilizando como base, por un lado, una supuesta tradición constitucional común a los Estados miembros que, como mencionamos en el capítulo anterior, no analiza, y por otro lado, su propia jurisprudencia previa. Por lo demás, sigue al Abogado General, pero de forma brevísima. Los puntos más interesantes de la sentencia en relación al tema estudiado son los siguientes:

-El derecho al respeto de la vida privada, consagrado en el art.8 CEDH y que tiene su origen en las tradiciones constitucionales comunes, constituye un derecho fundamental protegido por el ordenamiento comunitario y comprende, en particular, el derecho a mantener secreto el estado de salud⁶⁹⁶.

⁶⁹⁶ En apoyo de esta idea, cita en p.4789 una sentencia propia de 8 de Abril de 1992 COMISIÓN/ALEMANIA C-62/90, Rec.1992, pp.2575ss.

-No obstante lo anterior, los derechos fundamentales protegidos por las CCEE pueden ser sometidos a límites siempre que éstos respondan a objetivos de interés general y no constituyan una intervención desmesurada e intolerable que afecte a su esencia⁶⁹⁷.

-El derecho al respeto de la vida privada exige respetar la negativa del interesado en toda su extensión. Dado que el recurrente se había negado expresamente a someterse a una prueba de detección del SIDA, ello se oponía a que la administración realizara pruebas indirectas que demostrasen la existencia de una enfermedad para cuya detección no había consentido el interesado⁶⁹⁸.

Aun cuando consideramos que, en lo esencial, este pronunciamiento del TJCE está en consonancia con la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo (a pesar de no ser citada) en nuestra opinión resulta preocupante uno de sus apartados. Se trata de una frase que, podríamos decir, resulta gratuita dada la solución final que se dio al caso (anulación de la sentencia del TPI y anulación de la decisión de la Comisión por la que se le denegaba a X un contrato temporal por falta de aptitud física). Aludimos al apartado 21 de la sentencia, redactado en los términos siguientes:

“Si el interesado, tras haber sido debidamente informado, se niega a dar su consentimiento a una prueba que el médico asesor considera necesaria para evaluar su aptitud para desempeñar las funciones para las cuales presenta su candidatura, *dichas instituciones no pueden ser obligadas a soportar el riesgo de contratarlo*”⁶⁹⁹.

Aquí presenciemos una amenaza velada contra el eventual candidato a funcionario que, una vez informado de las sospechas de su padecimiento de enfermedad grave por el equipo médico, no consienta en someterse a las pruebas pertinentes. En este párrafo descubrimos un posible punto de desencuentro con la jurisprudencia de Estrasburgo. No afirmamos que exista una contradicción real y patente, sino más bien una latente o potencial entre ambas jurisprudencias -especialmente si el TJCE insiste en futuras sentencias en

⁶⁹⁷ En p.4790 cita de nuevo la sentencia C-62/90.

⁶⁹⁸ Rec. 1994, p.4791.

⁶⁹⁹ La cursiva es nuestra.

argumentos como éste. COHEN-JONATHAN también ha detectado la inconsistencia de esta frase (así como su talante amenazador) con el derecho a mantener el estado de salud secreto del art.8 CEDH tal y como éste es interpretado en Estrasburgo. En este sentido, y como crítica, este autor señala:

“Un tel *obiter dictum* méritait d’être longuement médité et risque fort donner lieu -en tant que tel- à une jurisprudence plus équilibrée à Strasbourg.

Cet exemple prouve en tout cas que la cour de Luxembourg -dont la fonction première ne concerne pas les droits de l’homme- ne présente pas le même niveau de sensibilité que les juges de Strasbourg pour des problèmes délicats de ce genre, ayant trait notamment à la portée de l’article 8 de la Convention”⁷⁰⁰.

La sentencia más reciente en la que el juez comunitario haya analizado los aspectos relativos a la salud de las personas dentro del derecho a la vida privada, es el asunto K/COMISIÓN⁷⁰¹, en el que un funcionario de la Comisión le pide a ésta una indemnización por haber dado a conocer su estado de salud.

Los antecedentes del caso son los siguientes: el Sr.K, diabético insulino dependiente, creía tener derecho al reembolso de todos sus gastos médicos a causa de su enfermedad crónica. Sin embargo, tras acudir al dentista, la junta liquidadora de la Comisión le descontó sólo un porcentaje por este concepto. El Sr.K presentó una queja ante la junta en la que lamentaba que, por la falta de diligencia del citado órgano, se veía obligado a hacer constar en un escrito que sin duda sería difundido por decenas en el seno de la Comisión, cuál era su estado de salud. Si a pesar del riesgo de difusión del escrito se había decidido a presentar esta reclamación, era porque estaba convencido del error cometido con su persona.

A efectos de poder ser evaluada su reclamación, el escrito del Sr.K fue efectivamente distribuido en una reunión interdepartamental de la Comisión. Tras esta reunión, el Sr.K presentó una demanda ante el TPI por divulgación de sus problemas de salud. En opinión del

⁷⁰⁰ COHEN-JONATHAN, Gérard: *Aspects Européens des Droits Fondamentaux*, 1996, Montchrestien, París, p.140.

demandante, se había violado la protección de los datos de carácter personal y el secreto médico, ya que la Comisión no había tomado medidas que garantizaran su anonimato. En sus alegaciones, el Sr.K acomodaba el art.8 CEDH a sus pretensiones y lo interpretaba a su favor. En su opinión, el art.8 impediría cualquier intromisión de la autoridad pública a menos que se justificase *ex art.8.2 CEDH*, cosa que no ocurriría en este caso. En su opinión, la intromisión que se había producido no estaba prevista por la ley puesto que el estatuto de los funcionarios comunitarios no autorizaba a las instituciones a conocer el estado de salud de sus empleados.

Sin embargo, el TPI, en buena lógica, entendió que quien voluntariamente optaba por un sistema de reembolso de gastos médicos, consentía en que se le pudiesen requerir informaciones relativas a su salud. De otro modo, el sistema se convertiría en inviable, ya que la junta liquidadora tendría que reembolsar por gastos sobre los que no tendría control, teniendo que fiarse de la palabra de sus funcionarios⁷⁰².

Además, el TPI consideró que el hecho de transmitir informaciones confidenciales relativas al estado de salud de un funcionario a un pequeño número de colegas (los cuales son, por otro lado, los encargados de gestionar el reembolso de este tipo de gastos) está justificado por la necesidad de control. Es más, el propio demandante debía haber partido de la base de que sus datos serían divulgados -aunque en pequeña escala- por dos motivos: uno de ellos es que nunca había exigido el tratamiento de su caso de forma anónima. El segundo se debe a que de su escrito de queja se desprendía que él mismo aceptaba ese mal menor⁷⁰³.

El TPI, que en su resolución cita en su apoyo el art.F TUE y su propia jurisprudencia, pero no así la jurisprudencia de las instancias de Estrasburgo, intentó demostrar que el caso del Sr.K entraba en uno de los supuestos del art.8.2 CEDH. El contenido de la sentencia y la interpretación libre que de éste realiza el TPI es perfectamente compatible con la jurisprudencia de Estrasburgo. Siendo esto así, consideramos que el TPI no habría tenido ningún problema para citar tal jurisprudencia a mayor abundamiento.

⁷⁰¹ *cit.*, Rec.1995, pp.IA-203ss; II-621ss.

⁷⁰² Sentencia K/COMISIÓN, punto 20 de la citada sentencia.

⁷⁰³ Sentencia K/COMISIÓN, punto 25 de la citada sentencia.

2.1.1.2. Jurisprudencia de los órganos del CEDH

En relación a la jurisprudencia del TEDH encontramos una única sentencia sobre el derecho de la persona a que no se hagan públicos datos relativos a su estado de salud⁷⁰⁴. Se trataba de una nacional finlandesa (la Sra.Z) divorciada de un africano. Se sospechaba que ambos habían sido infectados por el virus VIH. En el curso de un procedimiento judicial contra su ex-marido por la violación de varias mujeres, el imputado se negó a cooperar con la justicia, negándose a declarar y a someterse a pruebas de detección del SIDA tendentes a confirmar si consciente y voluntariamente había contagiado la enfermedad a sus supuestas víctimas. Ante el hermetismo del inculcado, el Fiscal solicitó a los médicos de la Sra.Z informes que demostraran que padecía el SIDA. De este modo indirecto pretendía probar que también el ex-marido estaba infectado. Los informes médicos confirmaron la seropositividad de la Sra.Z y fueron hechos públicos durante el juicio. Posteriormente fueron divulgados en periódicos de tirada nacional junto al texto de la sentencia contra el ex-marido. De este modo se dio al traste con el anonimato con el que la Sra.Z llevaba el padecimiento de su enfermedad.

El TEDH entendió que en este caso se había producido una vulneración clara del art.8 CEDH en la persona de la Sra.Z. Las autoridades públicas habían hecho públicos datos sobre su estado de salud sin su consentimiento, y ello le había acarreado la pérdida de su trabajo y el rechazo social. Todo ello era desproporcionado al fin que la medida pretendía conseguir. En cambio, el TEDH no estimó que la entrega de los informes médicos en sí hubiera sido una medida desproporcionada, puesto que estaba destinada a perseguir un delito, lo cual es una de las causas de limitación del derecho a la vida privada previstas en art.8.2 CEDH.

2.1.1.3. Conclusiones de la comparación

⁷⁰⁴ Sentencia del TEDH de 25 de Febrero de 1997, Z/FINLANDIA, Serie A, nº627.

La jurisprudencia de los órganos del CEDH y de los de las CCEE en relación al secreto del estado de salud de las personas se caracteriza por la sintonía de ambas. Comparando el caso Z juzgado por el TEDH con las tres sentencias de los jueces de Luxemburgo, la conclusión principal que extraemos es la inexistencia de distorsiones. Ciertamente el TJCE y el TPI tienden a evitar mencionar las decisiones de los órganos del CEDH más allá de lo estrictamente necesario. No obstante el juez comunitario ha intentado ajustarse al tenor del art.8 CEDH y ha hecho lo posible por razonar jurídicamente en base al párrafo 2º del art.8 las restricciones que haya podido establecer al derecho a mantener el estado de salud en secreto. Efectivamente, tanto para el TPI y TJCE como para la Comisión y Tribunal de Estrasburgo debe respetarse el derecho de toda persona a mantener secreto su estado de salud. Ambos consideran que la divulgación por parte de terceros de hechos relacionados con la condición física, salud y personalidad puede violar la intimidad de la persona. Sin embargo, en opinión de ambos no se trata de un derecho absoluto sino un derecho susceptible de injerencias justificadas. Para que una injerencia en la vida privada sea legalmente admisible, ha de estar prevista por la ley, perseguir uno o varios de los motivos consignados en el art.8.2 y ser necesaria en una sociedad democrática.

2.1.2. Derecho a la esfera privada⁷⁰⁵

2.1.2.1. Jurisprudencia de las instancias judiciales de las CCEE

En este ámbito, trataremos dos tipos de casos juzgados por los órganos judiciales de Luxemburgo en los que de forma diferente entre sí, fue alegado el derecho a la vida privada. Ambos afectan al alcance y límites del espacio o esfera de libertad del que debe gozar toda persona sin intromisiones no deseadas.

El primero de ellos (caso WATSON Y BELMANN⁷⁰⁶) se refiere a los límites del control que tiene un Estado sobre la presencia de extranjeros en su territorio. En concreto, el

⁷⁰⁵ “private space” en palabras de O’BOYLE, HARRIS y WARBRICK *op.cit.*, p.308.

nudo del problema afectaba a la exigencia de comunicar a las autoridades públicas nacionales tanto el alojamiento de un extranjero en una vivienda particular, como la del extranjero alojado de comunicar el lugar de su hospedaje en un breve plazo de tiempo (24 horas para el primero y 3 días para el segundo). Esto es lo que exigía la legislación italiana a los italianos que alojasen extranjeros (incluso si éstos eran parientes o si eran nacionales comunitarios) y al propio extranjero que se alojase en Italia en una vivienda particular. Los señores WATSON y BELMANN consideraron que este tratamiento era degradante, contrario a su derecho a la libertad de circulación como ciudadanos comunitarios, así como contrario al respeto a la vida privada.

El Abogado General TRABUCCHI no encontró que la legislación italiana fuera contraria al respeto a la vida privada:

“Comme les charges qui peuvent découler d’un exercice normal de cette compétence pour les étrangers et pour ceux, ressortissants au étrangers, qui les hébergent, pourvu qu’elles soient adaptées aux fins légalement poursuivies, n’ont aucune incidence sur l’essence même du droit de circulation, elles ne sauraient non plus être considérées comme incompatibles avec le droit au respect de la vie privée qui est incontestablement reconnu aux particuliers par les systèmes constitutionnels des Etats démocratiques qui ne prétendent pas régler de manière autoritaire la totalité des rapports humains”⁷⁰⁷.

En realidad, se trataba de una medida necesaria que podía tener distintas motivaciones, todas ellas justificables, según el Abogado General: la protección del orden público, el interés estadístico sobre el movimiento de extranjeros en territorio nacional, el control del desplazamiento de núcleos de extranjeros, el control de las actividades desarrolladas por extranjeros o la exigencia de localizar el domicilio de extranjeros⁷⁰⁸. A estos efectos, cita

⁷⁰⁶ Sentencia del TJCE de 7 de Julio de 1976, C-118/75, LYNNE WATSON Y ALESSANDRO BELMANN/ITALIA, Rec.1976, pp.1185ss.

⁷⁰⁷ Rec.1976, pp.1205 y 1206 de las Conclusiones al caso WATSON Y BELMANN.

⁷⁰⁸ Rec.1976, p.1205.

jurisprudencia del TJCE, en concreto la sentencia RUTILI⁷⁰⁹ (sobre restricciones a los poderes del Estado en materia de policía de extranjeros) para demostrar que las restricciones a los poderes de los Estados miembros son una manifestación de un principio más general sancionado en el CEDH según el cual la restricciones a los derechos en nombre del orden público y la seguridad nacional no deberían ir más allá de lo que es necesario para la satisfacción de las exigencias de una sociedad democrática⁷¹⁰. Al mismo tiempo, el Sr. TRABUCCHI enjuicia el valor del CEDH en Derecho Comunitario:

“Les instruments non communautaires par l’intermédiaire desquels ces États ont souscrit des obligations internationales en vue de mieux garantir la protection de ces droits, *sans pouvoir certes être perçus comme tels dans l’ordre communautaire*, peuvent cependant aider à déterminer les principes communs à ces États”⁷¹¹.

La conclusión del Sr. TRABUCCHI es que no existe violación del art.8 CEDH por el hecho de que se obligue a un extranjero a manifestar su dirección cuando viaja a Italia. Tampoco le parece excesivo ni contrario al art.8 el plazo de tres días con que cuenta el extranjero para cubrir este trámite, ni el de 24 horas para que el residente indique que está alojando a un extranjero en su hogar⁷¹². Pero lo que el Abogado General considera desproporcionado es la pena impuesta por Italia al extranjero en caso de incumplimiento de estos plazos (pena de cárcel)⁷¹³.

En comparación con las Conclusiones, el texto de la sentencia del TJCE es breve, como suele ser habitual. El TJCE menciona la prohibición de discriminación entre nacionales comunitarios del art.7 (ahora 6) del TCE. También cita la libre circulación (arts.18 a 66 del TCE), pero no así el CEDH ni la eventual violación de su art.8 (sobre la cual, en cambio, el Abogado General había construido todo su argumento).

⁷⁰⁹ Sentencia de 28 de Octubre de 1975, C-36/75, ROLAND RUTILI/MINISTÈRE DE L’INTÉRIEUR, Rec.1975, pp.1219ss.

⁷¹⁰ Rec.1976, p.1206.

⁷¹¹ Rec.1976, p.1207. La cursiva es nuestra.

⁷¹² Rec.1976, p.1209.

⁷¹³ Rec.1976, p.1211.

La sentencia del TJCE se basa en el derecho a la libre circulación y en sus restricciones. El TJCE menciona que la libertad de circulación comporta el acceso al territorio de los Estados, la libertad de desplazamiento y el derecho a residir a fin de ejercer un trabajo y de permanecer mientras éste dure⁷¹⁴. También recuerda que este derecho a la libre circulación tiene un restringido campo personal de aplicación (sólo lo disfrutaban los nacionales de Estados comunitarios⁷¹⁵). Junto a ello, el TJCE menciona que según la Directiva 68/360 en su art.8.2 y la Directiva 73/148 en su art.4.2, las autoridades competentes pueden imponer a los nacionales de otros Estados miembros la obligación de señalar su presencia, sin que ello afecte a la libertad de circulación⁷¹⁶. Sin embargo, sí considera, como proponía el Sr.TRABUCCHI, que la expulsión resulta incompatible con el Derecho Comunitario para las personas protegidas por el derecho comunitario⁷¹⁷.

Nuestra conjetura personal tras el análisis de esta sentencia es que este caso es perfectamente compatible con el CEDH -aunque el TJCE no de la oportunidad para demostrarlo, ya que no se refiere en su argumentación al CEDH, sino sólo y en exclusiva, al Derecho Comunitario. Es más, el TJCE podría haber citado en apoyo de su tesis la jurisprudencia de Estrasburgo que justifica el control de la inmigración⁷¹⁸.

Empero, nuestra propia inquietud nos lleva a plantearnos qué hubiera ocurrido si los señores WATSON Y BELMANN no hubiesen sido nacionales comunitarios, sino de terceros Estados. ¿Hubiera el TJCE en ese caso estatuido que la medida de expulsión también era desproporcionada en relación a ellos? Sin duda, no.

El segundo tipo de casos relativos al derecho de la persona a un espacio privado o esfera de libertad, hace referencia a si este derecho cubre la posibilidad de que un funcionario se niegue a justificar ante la autoridad comunitaria que le retribuye, las razones por las que

⁷¹⁴ Rec.1976, p.1197.

⁷¹⁵ Rec.1976, p.1197.

⁷¹⁶ Rec.1976, p.1198.

⁷¹⁷ Rec.1976, p.1198.

⁷¹⁸ *Vide infra* en este mismo capítulo el análisis a las sentencias del TEDH GÜL o ABDULAZIZ, relativas al control de la inmigración.

exige el pago de su sueldo en una moneda diferente a la oficial para el interior de las CCEE (francos belgas).

Hablamos del caso SCARAMUZZA⁷¹⁹, funcionaria destinada en los EEUU aunque retribuida sólo parcialmente en dólares americanos. Cuando exigió la retribución total en esa moneda, la Comisión le solicitó que manifestase, como es práctica habitual en estos casos, las razones por las que una persona que tenía en EEUU alojamiento gratuito y derecho a un reembolso del 100% de sus gastos médicos (al contrario que los funcionarios destinados en territorio comunitario, que costean los gastos de su propia vivienda y sufragan el 20% de sus gastos de sanidad) necesitaba aún mayores beneficios.

La Sra.SCARAMUZZA consideró que era contrario al art.8 CEDH exigirle aportar datos relativos a la naturaleza y estructura de sus gastos. Por ello llevó el caso ante el TPI, tribunal que desestimó su recurso. El asunto llegó al TJCE a través del recurso de casación. Primeramente, el asunto fue estudiado por el Abogado General encargado del caso, el Sr.JACOBS, quien no consideró tal solicitud de datos como contraria al derecho a la vida privada, a menos que además se le exigiera otro tipo de información complementaria (p.ej. extractos bancarios o detalles sobre sus pagos)⁷²⁰. Por su parte, el TJCE, en su sentencia, si bien lamenta que el TPI no hubiera fundamentado con mayor precisión que los derechos fundamentales, y entre ellos el del respeto a la vida privada del art.8 CEDH, forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, llega a idéntica conclusión que el Sr.JACOBS: la Sra.SCARAMUZZA no ha demostrado que se le obligara a aducir una motivación hasta tal punto pormenorizada de sus gastos que constituyera una violación del derecho fundamental al respeto de su vida privada.

Llama la atención el que ni demandante, ni TPI, ni Abogado General, ni TJCE hagan referencia a la jurisprudencia del TEDH relativa al derecho a la vida privada. Sin embargo, estimamos que el pronunciamiento del TJCE (que no consideró violados los derechos de la Sra.SCARAMUZZA) es compatible con los principios generales que sobre esta materia ha

⁷¹⁹ Sentencia del TJCE de 20 de Octubre de 1994, C-76/93P, SCARAMUZZA/COMISIÓN, Rec.1994, pp.I-5173.

establecido el TEDH. En concreto, ninguno de ellos busca confirmar en la jurisprudencia de Estrasburgo el carácter relativo del derecho. Según la jurisprudencia de las instancias de Estrasburgo, el derecho puede ser objeto de restricciones previstas por la ley (como es el caso de la exigencia para el funcionario comunitario destinado en un tercer Estado de justificar las razones que obligarían a concederle la totalidad -y no parte- del sueldo en otra moneda, diferente a la que está prevista por el reglamento de funcionarios), aunque estas restricciones no pueden ser desproporcionadas y han de proteger algún interés del art.8.2 CEDH (en el caso de autos, el interés general y la buena marcha económica de las CCEE).

2.1.2.2. Jurisprudencia de las instancias del CEDH

En relación a las instancias de Estrasburgo, tan sólo hemos encontrado una sentencia en la que el TEDH estudia la esfera privada de la persona. Se trata del caso GUILLOT, en el que se invocaron conjuntamente tres aspectos del art.8 CEDH (el derecho a una esfera privada libre de intromisiones de la autoridad pública, el derecho al nombre y el derecho al respeto de la vida familiar⁷²¹). Estudiamos en esta sede el caso sin perjuicio de que volverá a ser referenciado en el subepígrafe posterior, en relación con el derecho al nombre.

En este asunto, los padres de una niña reclamaban ante el TEDH el registro del nombre de su hija tal y como ellos lo habían elegido: Flor de María. Esta petición le había sido denegada por el Registro Civil y posteriormente por los tribunales franceses por considerarse que no era un nombre incluido en el santoral, que no tenía tradición en Francia y que, además, podía ir en contra de los intereses de la niña por inspirarse en el nombre de una heroína de una novela conocida, lo cual le podía perjudicar en un futuro por resultar una apelación pretenciosa, excéntrica y hasta ridícula⁷²². Los padres no aceptaron estos razonamientos e insistían en que ese era el nombre que habían elegido para su hija y que era el nombre con el que era conocida en su círculo familiar, todo ello a pesar de que finalmente los

⁷²⁰Rec.1994, pp.5178 y 5182 de las Conclusiones al caso SCARAMUZZA.

⁷²¹ Sentencia del TEDH de 24 de Octubre de 1996, GUILLOT/FRANCIA, Serie A, nº644.

⁷²² Apartado 10 de la sentencia.

tribunales habían optado por una solución salomónica, consistente en registrar a la niña como Flor-María. Empero, los padres persistían en sus reclamaciones: la negativa a registrar a su hija con la inclusión entre los dos nombres de la preposición “de” suponía una intromisión en la esfera privada de la pequeña. En su opinión, la elección del nombre era una cuestión estrictamente personal y emocional en la que las autoridades no se podían entrometer.

El TEDH (dejando al margen de momento lo que dijo en relación con el derecho al nombre) reconoció que ostensiblemente esta cuestión atañía a la esfera privada de la niña. Sin embargo no entendió que había existido violación del art.8 CEDH, por lo que ni siquiera pasó a estimar si se cumplían los requisitos del párrafo 2º del art.8. En efecto, el TEDH entendió que no había existido conculcación del art.8 en base a dos datos: en primer lugar, que ninguna autoridad impedía que en el círculo social se le llamara a la niña Flor de María; que de hecho constituía una circunstancia harto habitual, la no correspondencia entre el nombre oficial de una persona y el nombre social. En segundo lugar, porque el tribunal interno había accedido a registrar el nombre “Flor-María” como nombre compuesto por dos nombres simples aceptados en Francia.

2.1.2.3. Conclusiones de la comparación

Los razonamientos contenidos en los dos casos reseñados por el TJCE son en principio compatibles con las decisiones del TEDH en el caso GUILLOT. Ambos tribunales se han manifestado reticentes a la hora de reconocer una violación del ámbito privado de la persona a menos que se pueda demostrar la existencia de perjuicios causados por la medida de la autoridad. Y aún así, estos perjuicios pueden ser entendidos o interpretados como necesarios en una sociedad democrática (caso WATSON Y BELMANN). Siendo así que no se detectan divergencias entre ambas jurisprudencias, se echa en falta de las decisiones de los órganos de Luxemburgo una referencia a la jurisprudencia correspondiente del juez del CEDH. El juez comunitario, de modo consciente en nuestra opinión, opta por no hacer alusión a los pronunciamientos de los órganos de Estrasburgo aun cuando éstos, paradójicamente, hubieran ratificado lo adecuado de su propia decisión. El juez comunitario prefiere apoyar su

argumentación únicamente en normas propias. Así evita lo que de otro modo podría interpretarse como la necesidad de juez de un ordenamiento autónomo de acudir a fuentes externas a su propio sistema jurídico.

2.1.3. Derecho al nombre

2.1.3.1. Jurisprudencia de las instancias judiciales de las CCEE

El CEDH no menciona expresamente el derecho de toda persona al nombre o a la identidad personal. En esto se diferencia de otros tratados internacionales, que sí lo protegen, como el Convenio sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Americano de Derechos Humanos, cuyo art.18 establece:

“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos”.

Sin embargo, nos encontramos con que tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos como el TEDH ha subsumido el derecho al nombre dentro del derecho más general al respeto a la vida privada. Estaríamos por tanto ante un aspecto del art.8 CEDH. Así lo han entendido los órganos del CEDH y también el Abogado General JACOBS en las Conclusiones al asunto KONSTANTINIDIS⁷²³ (no así el TJCE, que en este asunto sorteó el razonamiento del derecho al nombre y aún no se ha pronunciado sobre el tema). Tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos, como el TEDH desde Estrasburgo y el Abogado General JACOBS desde Luxemburgo, habrían coincidido tanto en su decisión de proteger el derecho al nombre, como en la sede dónde protegerlo (art.8 CEDH). De este modo, Estrasburgo y Luxemburgo estarían evitando que la falta de mención expresa significase la falta de protección de un interés que se considera fundamental en toda sociedad respetuosa de los derechos humanos⁷²⁴.

⁷²³*cit.*, Rec.1993, pp.I-1191ss.

⁷²⁴ En palabras de O'BOYLE, HARRIS y WARBRICK *op.cit.*, p.307: “The fundamental interest within the sphere of private life is the capacity of the individual to determine his identity; to decide and to be what he wants

Los casos planteados ante el TJCE y ante los órganos de Estrasburgo sobre esta materia son sin embargo escasos. Pero a pesar de su escasez, con ellos ya se permite apreciar el diferente tipo de argumentación que hacen los órganos de Estrasburgo y los de Luxemburgo. Así p ej., mientras el TEDH se ocupa del tema como de un asunto que afecta a los derechos fundamentales, el TJCE adopta un enfoque más mercantilista y resuelve sin tener en cuenta razonamientos relativos a derechos fundamentales.

En el haber del TJCE únicamente figura un caso en el que éste se ha referido al derecho al nombre propio de una persona (el ya citado KONSTANTINIDIS)⁷²⁵. Y desde el punto de vista de los derechos fundamentales, su característica más clara es el distanciamiento tan grande que se produjo en el caso entre el razonamiento jurídico propugnado por el Abogado General JACOBS y el TJCE en su sentencia. Si bien el primero construye toda su argumentación jurídica en torno a la idea del derecho al nombre como el derecho más fundamental de la persona -a través de frases realmente apasionadas y llamativas⁷²⁶, en cambio el TJCE obvia cualquier referencia al derecho a un nombre como derecho fundamental autónomo o como aspecto del derecho al respeto de la vida privada. En efecto, el TJCE construye toda su argumentación en favor de la protección de este derecho simplemente

to be. Within the individual's power are matters like his choice of name, his mode of dress and his sexual identity. There is not merely a right to a closet identity, he must be free to choose how he is to be regarded by the state and how to present himself to others”.

⁷²⁵ Para un análisis exhaustivo de la sentencia *vide* BINDER, Darcy S.: “The European Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in the European Community: New Developments and Future Possibilities in Expanding Fundamental Rights Review to Member State Action”, en *Harvard Jean Monnet Working Papers* 4/95, 1995, pp.39-64.

⁷²⁶ Extraemos los siguientes textos de sus Conclusiones, ejemplificadores de este apasionamiento:

“El nacimiento, el matrimonio y el fallecimiento son los acontecimientos más importantes y sagrados de la existencia de una persona. Las inscripciones realizadas en los registros oficiales para anotar tales acontecimientos y las correspondientes certificaciones expedidas a la persona interesada son de una importancia tal que el trabajador migrante debería tener derecho a exigir que, como cualquier ciudadano del país de acogida, sea debidamente identificado en tales documentos y que su nombre sea escrito de una manera que no sea insultante ni ofensiva para él” (Rec.1993, p.1205).

“El derecho de una persona a su nombre es fundamental en todos los sentidos de la palabra. Después de todo, ¿qué somos sin nuestro nombre? Es nuestro nombre lo que nos distingue del resto de la humanidad. Es nuestro nombre lo que nos da un sentido de identidad, dignidad y autoestima. Despojar a una persona de su legítimo nombre es la última degradación, como se prueba por la práctica habitual de los regímenes penales represivos consistente en sustituir el nombre del preso por un número” (Rec.1993, p.1209).

con el fin de evitar la obstaculización de las libertades comunitarias (libertad de circulación y de establecimiento).

Christos KONSTANTINIDIS era un griego que en ejercicio de su libertad comunitaria, se había establecido en Alemania, donde ejercía como masajista. Este nacional comunitario se vio enfrentado a las autoridades alemanas por un error totalmente casual. Tras su matrimonio con una alemana, el Sr.KONSTANTINIDIS comprobó que en el Libro de Matrimonios local, el funcionario oficiante de la ceremonia había inscrito equivocadamente su nombre, sustituyendo la segunda “nt” de su apellido por una “d”, convirtiendo su nombre en KONSTADINIDIS. El Sr.KONSTANTINIDIS presentó una queja exigiendo la rectificación de los datos, por lo que las autoridades competentes decidieron acudir a un traductor profesional que realizara la traducción correcta de su nombre (tal y como éste figuraba en su certificado de nacimiento) de caracteres griegos a latinos. Esta decisión agravó la cacofonía de su nombre, ya que el traductor propuso, siguiendo un sistema determinado de transliteración, un nombre que en nada se parecía al del Sr.Christos KONSTANTINIDIS y que era en concreto, Hréstos Kónstantinidés. El afectado consideró que tal pronunciación de su nombre era humillante, en realidad, una parodia suya. El mejor resumen de sus reclamaciones aparece reproducido en las Conclusiones del Sr.JACOBS⁷²⁷. Este kafkiano asunto llegó por vía prejudicial al TJCE por dudar el juez interno sobre si existía una discriminación por razón de su nacionalidad y una obstaculización de Alemania a la libertad de circulación y de establecimiento.

El Abogado General JACOBS, encargado de redactar las Conclusiones a este caso, dio un interesante enfoque al problema. Una vez comprobado que el CEDH no recoge expresamente el derecho de toda persona a su nombre, desarrolló toda una teoría personal sobre este supuesto derecho y su necesidad de protección en el ordenamiento jurídico comunitario. El Sr.JACOBS se planteó si el trato recibido por el Sr.KONSTANTINIDIS

⁷²⁷ “En el caso del Sr.KONSTANTINIDIS, la vulneración de sus derechos morales, si se viera obligado a llevar el nombre de “Hréstos” en lugar de “Christos”, es especialmente grave ya que no sólo se disfraza su origen étnico, ya que “Hréstos” no parece ni suena como un nombre griego y posee un ligero sabor eslavo, sino que además se ofende a sus sentimientos religiosos, ya que se destruye el carácter cristiano de su nombre. En la vista, el Sr.KONSTANTINIDIS señaló que debe su nombre a su fecha de nacimiento (25 de Diciembre), siendo Christos el nombre griego del fundador de la religión cristiana, no “hréstiana” (Rec.1993, p.1209).

respecto de la grafía de su nombre era contrario al CEDH a pesar de no figurar en su articulado el derecho como tal. Reconoció que más sorprendente que la ausencia de mención de este derecho en el CEDH, es la ausencia en él de una disposición general que reconozca el derecho de la persona a ser tratada con respeto de su dignidad e integridad moral. Sin embargo, consideró que esta laguna del CEDH estaba subsanada por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, razón por la cual, estudia éstas⁷²⁸, para luego volver su mirada de nuevo sobre el CEDH y afirmar que el hecho de que el CEDH no proteja explícitamente el derecho al nombre no significa que el trato recibido por el Sr.KONSTANTINIDIS de parte de las autoridades alemanas sea necesariamente coherente con lo dispuesto en el CEDH.

Con esta última idea como punto de partida, el Sr.JACOBS comienza un personalísimo análisis de los arts.5 y 8 del CEDH. Fijando nuestra atención en este último, considera que en una interpretación amplia del derecho a la vida privada cabría el derecho de la persona a oponerse a injerencias injustificadas en su nombre⁷²⁹, realizando de este modo una interpretación libre del CEDH pero sin mencionar en ningún momento si el TEDH y la Comisión Europea de Derechos Humanos se han encontrado alguna vez con casos similares. La omisión del Sr.JACOBS de toda alusión a la jurisprudencia de Estrasburgo ha sido criticada por la doctrina⁷³⁰. La razón de ello no es otra que la total pertinencia y aplicación al caso de algunos de los asuntos juzgados en Estrasburgo. En concreto, cabría citar el caso B/FRANCIA, que será posteriormente analizado pero en el que, lo adelantamos ya, el TEDH juzgó que el derecho al nombre es un sub-aspecto del derecho más general al respeto a la vida privada protegido por el art.8 CEDH. Asimismo, el caso BURGHARTZ, que dio lugar a una sentencia del TEDH que también será estudiada posteriormente, y en cuyo informe de la

⁷²⁸ Rec.1993, pp.1208-1209.

⁷²⁹ Rec.1993, p.1210.

⁷³⁰ COHEN-JONATHAN 1996, *op.cit.*, p.129; FLAUSS, Jean-François: "Cour de Justice des Communautés Européennes (6e ch.), 30 mars 1993, Ch.Konstantinidis c.Stadt Altensteig et autre", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 1994, vol.19, pp.454-469, p.455. Este último, en la página citada dice frases como la siguiente:

"À vrai dire, l'effort interprétatif particulièrement constructif auquel se livre F.G Jacobs nous semble largement, sino totalement inutile... dès lors qu'existait une jurisprudence des organes de la Convention, consacrant déjà positivement la garantie que l'avocat général tente d'affirmer *de lege ferenda*".

Comisión Europea de Derechos Humanos (previa a la elevación del caso al TEDH), ésta señala que el art.8.1 CEDH garantiza al individuo el derecho a desarrollar su personalidad y que ello comprende necesariamente el derecho a una identidad, lo cual parte del derecho a un nombre⁷³¹. Poco hubiese costado al Sr.JACOBS estudiar esta jurisprudencia y citarla, sobre todo dado que iba en apoyo de sus propias tesis.

Por el contrario, el Abogado General decide por sí mismo y sin consultar con los órganos de Estrasburgo que el art.8 cubre el derecho de la persona a conservar su nombre durante toda su vida. Para ello realiza un alegato en favor del respeto del CEDH:

“A mi juicio, el nacional comunitario que se traslada a otro Estado miembro como trabajador por cuenta ajena o autónomo, con arreglo a los artículos 48, 52 o 59 del Tratado, no sólo tiene derecho a ejercer su actividad profesional y a beneficiarse de las mismas condiciones de vida y laborales que los ciudadanos del Estado de acogida, sino que, además, tiene derecho a presumir que, dondequiera que vaya para ganarse la vida dentro de la Comunidad Europea, se le tratará de acuerdo con un código común de valores fundamentales, en particular, los establecidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. En otras palabras, tiene derecho a afirmar *civis europeum sum* y a invocar dicho estatuto para oponerse a cualquier vulneración de sus derechos fundamentales”⁷³².

A la vista de los argumentos utilizados por el Abogado General y por el TJCE, se mantiene nuestra duda sobre cómo hubiese sido resuelto el caso si la víctima de la transliteración errónea hubiera sido, p.ej, un nacional chino residente y trabajador en territorio comunitario. En cualquier caso, destaca de nuevo la parquedad del estudio que el TJCE hace del asunto, en el cual no hace alusión en ningún momento a argumentos sobre derechos fundamentales. Esta parquedad se pone de manifiesto especialmente si comparamos el texto de su sentencia con la anterior generosidad explicativa de la que hizo gala el Abogado General. El TJCE alcanza un resultado similar al del Sr.JACOBS (el art.52 TCE se opone a una transliteración del nombre de un nacional comunitario a caracteres latinos cuando esa

⁷³¹ Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 25 de Marzo de 1992 sobre el asunto BURGHARTZ/SUIZA.

operación redunde en una deformación o desnaturalización del nombre) pero utilizando argumentos de tipo económico -los posibles perjuicios económicos que podría sufrir el Sr.KONSTANTINIDIS si su clientela habitual no lograra reconocerle en su nuevo nombre, lo cual constituiría un entorpecimiento a su libertad de establecimiento⁷³³.

2.1.3.2. Jurisprudencia de las instancias judiciales del CEDH

En contraposición al caso juzgado por el TJCE, los casos en los que el TEDH ha tenido que decidir sobre el derecho al nombre están impregnados, como no podría ser de otra forma en un tribunal internacional de derechos humanos, del discurso de los derechos fundamentales, por lo que van más en la línea de argumentación que al TJCE le proponía el Sr.JACOBS y que el TJCE rechazó utilizar.

Son cuatro los casos que se estudiarán sobre esta materia (B, BURGHARTZ, STJERNA y GUILLOT⁷³⁴) y para comenzar, hay que destacar un elemento común a los tres primeros, a saber: tratan sobre un tema relativo al derecho al nombre de características diferentes al caso que estatuyó el TJCE. Si en el asunto ante Luxemburgo el nudo del problema era el cambio forzoso de nombre al que las autoridades alemanas pretendían someter a una persona, en cambio en los asuntos vistos por el TEDH la propuesta de cambio de nombre era voluntaria y provenía de los propios reclamantes, interesados por uno u otro motivo en ser conocidos bajo otra identidad. En buena lógica, parece más grave el tema tratado en Luxemburgo (KONSTANTINIDIS), puesto que la intromisión de las autoridades en el derecho es más clara al intentar imponérsele un nuevo nombre del que él reniega.

⁷³² Rec.1993, p.1211.

⁷³³ Rec.1993, pp.1219-1220.

⁷³⁴ Sentencia del TEDH de 25 de Marzo de 1992, B/FRANCIA, Serie A, n°232-C (sobre la denegación de cambio de nombre a un transexual); sentencia de 22 de Febrero de 1994, BURGHARTZ/SUIZA, Serie A, n°280-B (sobre denegación a una persona de hacer preceder su propio apellido con el de su esposa para evitar ser reconocido en el mundo académico que frecuentaba anteriormente), y sentencia de 25 de Noviembre de 1994, STJERNA/FINLANDIA, Serie A, n°299-B (sobre denegación a un sueco residente en Finlandia de la posibilidad de cambiar su apellido porque su pronunciación actual resulta jocosa en finlandés) y GUILLOT *vide supra*.

En los tres primeros casos, la argumentación del TEDH es similar a la propuesta por el Abogado General JACOBS en el caso KONSTANTINIDIS. Es decir, en primer lugar, en ellos se reconoce (como se adelantó anteriormente) que a pesar de que el art.8 CEDH no contiene disposición explícita alguna en materia de nombre y apellido, en tanto que medio de identificación personal y vinculación con una familia y modo para que un individuo pueda desarrollar sus relaciones con sus semejantes, el nombre de una persona no deja de concernir a su vida privada y familiar.

En segundo lugar, en ellos se reconoce que en determinados casos pueden producirse restricciones a este derecho siempre que se demuestre su necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática, puesto que el Estado y la sociedad tienen interés en reglamentar su uso. El TEDH admite que las injerencias legales a la posibilidad del cambio de nombre pueden justificarse por el interés público, p.ej. para asegurar un registro exacto de la población o salvaguardar los medios de identificación personal y de vinculación a una familia de los portadores de un apellido determinado.

En tercer lugar, en los dos últimos casos (los juzgados en 1994) el TEDH hace una reflexión que parece aludir veladamente al caso KONSTANTINIDIS juzgado en Luxemburgo, ya que el TEDH estima que la denegación justificada por parte de las autoridades nacionales de autorizar al recurrente a adoptar un nuevo apellido específico, no puede considerarse necesariamente como una injerencia en su derecho al respeto a la vida privada, como en cambio sí ocurre si las autoridades nacionales obligasen a la persona a cambiar forzosamente de apellido.

En cuanto al primer caso citado, B/FRANCIA, éste fue interpuesto por un transexual al que Francia negaba la posibilidad de un cambio de nombre en el Registro Civil que pusiera fin a la inadecuación entre su sexo legal y su sexo aparente. El TEDH fue más allá y consideró que las pruebas e inconvenientes que cotidianamente sufría el demandante teniendo que justificar y revelar datos de su vida privada (la no correspondencia de su aspecto físico con el nombre que figura en sus tarjetas de crédito, pasaporte, documento de identidad, cartilla de la seguridad social, etc.) suponían una situación global incompatible con el respeto debido a la

vida privada del art.8 CEDH. Estas perturbaciones serían demasiado graves para que el respeto de los derechos de terceros pudieran justificarlas *ex art.8.2 CEDH*.

En relación al 4º caso (GUILLOT) el TEDH expresamente reconoce que aunque el art.8 no se refiere explícitamente al derecho al nombre, se trata de un derecho que concierne a la vida de la persona puesto que constituye el medio para identificar a una persona en su familia y en su entorno social⁷³⁵. En ello coinciden los jueces MACDONALD y DE MEYER en su opinión disidente a esta sentencia. En este pronunciamiento disidente, ambos declaran que el derecho a la vida privada sin duda incluye el derecho a elegir el nombre. Sin embargo, el tribunal y estos dos jueces discrepan sobre si en este asunto se ha violado o no tal derecho. Mientras que el tribunal no estima violación, los citados jueces, sí. Por ello consideran que esta intromisión en la vida privada debería justificarse, debiendo demostrarse que era necesaria en una sociedad democrática y perseguía un interés legítimo, cosa harto dudosa en su opinión.

2.1.3.3. Conclusiones de la comparación

Las conclusiones que nos sugiere la comparación de estos casos son:

1. Existe un desencuentro (más que una contradicción) entre los órganos de Luxemburgo y Estrasburgo en materia de nombre propio. Nos encontramos si no con una contradicción expresa entre la jurisprudencia de Luxemburgo y Estrasburgo en materia de derecho al nombre, sí ante un silencio del TJCE que está poco justificado en opinión del TEDH. Para este último, un caso producido por la obligación forzosa de cambiar el nombre propio, constituye sin duda una injerencia en el respeto a la vida privada y lleva a la exigencia de una argumentación jurisprudencial basada en los derechos fundamentales, concretamente en el art.8 CEDH. Sin embargo, no es esta la argumentación utilizada por el TJCE, quien ignora todo razonamiento basado en convenios internacionales sobre derechos fundamentales, ni siquiera el CEDH, y circunscribe la problemática planteada a la posibilidad de producir

⁷³⁵ Apartado 21 de la sentencia.

perjuicios profesionales al afectado si no se le respeta su nombre. Si bien el TEDH lo considera como derecho fundamental protegido implícitamente por el CEDH, el TJCE por el contrario lo estudia únicamente en cuanto afecte o entorpezca la libertad de circulación, demostrando la tendencia de este tribunal a enfocar los asuntos desde la perspectiva del mercado común. No parece deseable ni razonable jurídicamente la existencia de argumentos tan diferentes en relación a un mismo derecho⁷³⁶.

2. Cabe plantearse si el derecho del Sr.KONSTANTINIDIS no hubiera sido mejor protegido si el caso hubiese sido llevado ante los órganos del CEDH, puesto que ante el TJCE, éste ignoró voluntariamente la argumentación basada en la protección de los derechos fundamentales, mientras que si los órganos del CEDH hubieran oído el caso, de seguro no se habría dado el resabio economicista del que la sentencia adolece⁷³⁷. COHEN-JONATHAN, cínicamente llama a esta actitud del TJCE “economía de medios”⁷³⁸.

2.2. El respecto de la vida familiar

⁷³⁶ La insatisfacción por este desencuentro entre Luxemburgo y Estrasburgo, O'NEILL la resume del siguiente modo: “All Christos KONSTANTINIDIS wanted was for the German authorities to get his name right. However, his case before the European Court of Justice (ECJ) may be another milestone in the area of fundamental rights adjudication in Europe. Over the years, the ECJ has continuously broadened its jurisdiction in this area. While the recognition and the vindication of fundamental rights is welcome from any source, the circumstance now arises that we have two separate legal systems, the ECJ in Luxembourg and the Court of Human Rights in Strasbourg, engaged in the protection of many of the same rights. This situation is complicated further by the fact that the ECJ has recognised the European Convention on Human Rights, the Strasbourg Court's Charter, as a source of Community Law. As the suggestion of an even greater expansion of the Community's competence in the area of fundamental rights has now come from within the Court, with Advocate General Jacobs's opinion in this case, the possibility of increased tension between the two legal systems becomes more real” (O'NEILL “The Expansion of the ECJ's Fundamental Rights Jurisprudence. A Recipe for Tensions with Strasbourg?”, en *Irish Law Times*, 1995, Julio, pp.168-170, p.168).

⁷³⁷ En palabras de LAWSON: “Diverging interpretations? The remarks of the Advocate General with respect to Article 8 ECHR were certainly not wrong but appear to be over-careful. The latest developments of the Strasbourg case-law were not referred to. Nor did the Court misinterpret Article 8 -it simply did not apply this provision at all. It can be concluded that by emphasising the economic aspects of the case, the ECJ did not afford as high a level of protection to Mr.Konstantinidis's rights as the Convention organs would do” (LAWSON, Rick: “Confusion and Conflict? Diverging Interpretations of the ECHR in Strasbourg and Luxembourg”, en *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of Henry Schermers* 1994, vol.III, Lawson y Matthijs de Blois (eds), Martinus Nijhoff Publishers, pp.219-252, p.250).

⁷³⁸ COHEN-JONATHAN 1996, *op.cit.*, p.131.

2.2.1. Jurisprudencia de las instancias de las CCEE y del CEDH

El enfoque que el TJCE da a este aspecto del art.8 CEDH es necesariamente diferente al que le conceden los órganos del CEDH dado que al TJCE no le interesa este derecho por sí mismo, sino en tanto en cuanto afecte a las disposiciones del TCE relativas a la libre circulación. La Comisión Europea de Derechos Humanos y el TEDH protegen este derecho *per se*, como un valor en sí mismo⁷³⁹. En cambio, los asuntos llevados al TJCE en virtud del derecho al respeto a la vida familiar son todos ellos casos en los que la protección de la vida familiar constituye indirectamente una manera de fomentar el libre establecimiento de trabajadores migrantes comunitarios en otros Estados miembros⁷⁴⁰. De este modo, serán habituales ante el TJCE casos sobre el derecho de los familiares de un nacional comunitario a establecerse con él en el Estado en el que trabaja, o asuntos relativos a los límites al derecho de residencia, al derecho a beneficios y ventajas sociales (becas, etc...), derecho de los familiares de un trabajador migrante comunitario a trabajar en el país de acogida, derecho a un trato no discriminatorio con respecto al que reciben los familiares de nacionales comunitarios, etc...

Ello demuestra, una vez más, que los derechos fundamentales no se protegen en Derecho Comunitario como un valor autónomo, sino de un modo muy economicista, como un medio para favorecer los objetivos de la integración. En realidad, no podría ser de otro modo, puesto que las CCEE no tienen competencias en materia de derechos fundamentales de modo general o en abstracto⁷⁴¹. Por ello, al Derecho Comunitario le interesan los derechos

⁷³⁹ Al respecto, son bastante gráficas las palabras del TEDH en un asunto sobre violación de derecho a la vida familiar alegado por un chileno expulsado de Suecia. Mantenía el TEDH que el CEDH debía leerse en función de su carácter específico de tratado de protección de los derechos humanos (sentencia de 20 de Marzo de 1991, CRUZ VARAS Y OTROS/SUECIA, Serie A, nº201).

⁷⁴⁰ Estos extremos han sido ratificados por el TJCE en su última jurisprudencia. Así, en el asunto KADIMAN, el TJCE ha declarado: "A este respecto, procede señalar que esta disposición está destinada a favorecer el empleo y la permanencia del trabajador que forme parte del mercado legal de trabajo de un Estado-miembro, garantizándole el mantenimiento de sus lazos familiares" (sentencia del TJCE de 17 e Abril de 1997, SELMA KADIMAN/FREISTAAT BAYERN, C-351/95, Rec.1997, pp.I-2133ss, p.2143).

⁷⁴¹ *vide* dictamen 2/94 del TJCE.

fundamentales sólo en tanto en cuanto éstos queden en entredicho en un asunto que entre dentro del ámbito comunitario⁷⁴².

Este planteamiento mercantilista de la protección comunitaria de los derechos fundamentales es criticado severamente por Tamara HERVEY, quien afirma que al TJCE solamente le interesa la familia por su función económica⁷⁴³.

Pero al margen de esta polémica, lo cierto es que el TJCE se ha acomodado (intencional o casualmente) a las enseñanzas jurisprudenciales del TEDH -quien no ha ofrecido nunca una definición precisa del término familia debido a la imprecisión del art.8⁷⁴⁴- y así, ambos han coincidido en la cuestión de que los familiares más directos deberían ser protegidos⁷⁴⁵, así como en no considerar como requisito indispensable para demostrar la existencia de vida familiar la convivencia de sus miembros bajo un mismo techo⁷⁴⁶.

⁷⁴² Por este motivo, Henri LABAYLE afirma que el Derecho Comunitario, al menos el originario, no enriquece el derecho a la vida familiar: "...le traité communautaire n'enrichit guère le fond du problème: le respect du lien familiale y est essentiellement pour des motifs d'intégration économique" (LABAYLE, Henri: "Le Droit de l'Étranger au Respect de sa Vie Familiale", en *Revue Française de Droit Administratif* 1993, n°9, pp.511-540, p.513).

⁷⁴³ "...family rights are protected in Community Law for economic ends. According to this model, the law is not concerned with protecting families *qua* families, but only with the economic function of family members, in particular the function of support of movement of workers... (HERVEY, Tamara: "A Gendered Perspective on the Right to Family Life in European Community Law", en *The European Union and Human Rights*, 1995, Martinus Nijhoff Publishers, Nanette Neuwahl y Allan Rosas (eds), pp.235-248, p.225).

La autora prosigue en esta misma línea en páginas siguientes. *Vide* p.ej. en pág.229: "The focus on the economic purpose underpinning family rights in Community law operates to the detriment of the social or human purposes of the right to respect for family life as a fundamental right".

⁷⁴⁴ Sentencias del TEDH KEEGAN/IRLANDA de 26 de Mayo de 1994, Serie A, n°290 y JONHSTON/IRLANDA de 18 de Diciembre de 1986, Serie A, n°112.

⁷⁴⁵ Compárese la similitud entre la sentencia del TJCE THE QUEEN/IMMIGRATION APPEAL TRIBUNAL & SURINDEN SINGH, C-370/90, y la sentencia del TEDH MARCKX/BÉLGICA de 13 de Junio de 1979, Serie A, n°31.

JESSURUN D'OLIVEIRA también señala la coincidencia entre Luxemburgo y Estrasburgo en este punto: "The case-law in Strasbourg of the European Commission and the Court of Human Rights concerning the persons whose family life or private life is protected under Article 8 is rather restrictive..." (JESSURUN D'OLIVEIRA, Hans Ulrich: "Lesbians and Gays and the Freedom of Movement of Persons", en *Homosexuality: a European Community Issue*, 1993, Kees Waaldijk y Andrew Clapham (eds), Martinus Nijhoff Publishers, pp.293-316, p.307).

⁷⁴⁶ Compárese la sentencia del TJCE DIATTA/ALEMANIA de 13 de Febrero de 1985, C-267/83, Rec.1985, pp.567-591 con la sentencia del TEDH KROON/PAÍSES BAJOS de 27 de Octubre de 1994, Serie A, n°297-C.

No obstante, es posible encontrar aspectos divergentes en ambas jurisprudencias. Así, p.ej, y en primer lugar, en su interpretación del término “espos/a” a los efectos de considerar si estamos ante una familia. En efecto, el TJCE se ha mostrado mucho más conservador que el TEDH al interpretar este término⁷⁴⁷. Así como el TEDH, adaptándose a los cambios sociales que se han venido produciendo en los últimos tiempos en la composición y concepto de la familia, acepta que el término esposo pueda englobar a miembros de parejas de hecho que demuestren una estabilidad en su relación y una convivencia⁷⁴⁸, por el contrario, el TJCE en su asunto REED⁷⁴⁹ -en el que debía interpretar el término “esposa” incluido en el Reglamento 1612/68 a los efectos de establecer las categorías de personas con derecho a establecerse con un trabajador comunitario- entendió que en tanto en cuanto no se demostrase en el futuro signos de un desarrollo social generalizado que permitiese justificar una amplitud mayor del término “esposa”, éste no incluiría a las personas que *de facto* conviven con el trabajador migrante, sino sólo las que formalmente han contraído matrimonio con un nacional comunitario.

Asimismo y en segundo lugar, existe otra contradicción entre ambas jurisprudencias en relación con el derecho al respeto de la vida familiar de nacionales de terceros Estados, sobre el que la visión del TJCE es sin duda mucho más restringida, limitada y menos basada en consideraciones humanitarias que la del TEDH. Efectivamente, si el objeto de la protección de la vida familiar en Derecho Comunitario es favorecer la circulación de trabajadores migrantes comunitarios, obviamente quedan al margen de esta protección los nacionales de terceros Estados. Las consideraciones de derechos humanos cuentan poco en esta materia, puesto que la protección de la familia es un derecho secundario y derivado del derecho

⁷⁴⁷ Sobre el significado del término para el TJCE, véase: CLAPHAM, Andrew; WEILER, Joseph H.H.: “Human Dignity Shall be Inviolable: The Human Rights of Lesbians and Gay Man in the European Community Legal Order”, en *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992, vol.III, nº2, EUI, Martinus Nihjoff Publishers, pp.245-307, p.275.

⁷⁴⁸ Sentencia de 18 de Diciembre de 1986, JONHSTON, *vide supra*.

⁷⁴⁹ Sentencia de 17 de Abril de 1986, NETHERLANDS/ANN FLORENCE REED, C-59/85, Rec.1986, pp.1283ss, sobre una pareja de hecho británica que vivían juntos desde hacía 5 años cuando se traslada a Holanda. El encuentra rápidamente trabajo, pero no así ella. En estas condiciones, ANN FLORENCE REED solicitó un permiso de residencia como compañera de un trabajador comunitario.

principal que es la libertad de circulación, de la que no disfrutaban, en principio, los trabajadores nacionales de terceros Estados en territorio comunitario.

Destaca un caso que ha sido especialmente criticado a este respecto. Se trata del asunto DEMIREL⁷⁵⁰, nacional turca casada con un turco el cual residía y trabajaba legalmente en Alemania. Ambos tenían un hijo que vivía con la madre en Turquía. La pareja estaba a la espera del transcurso del plazo temporal de 3 años que el gobierno alemán exigía para que los familiares de un nacional de un Estado no comunitario pudieran reunirse en suelo alemán. Ya les quedaba poco tiempo para cumplir este plazo, cuando Alemania cambió su legislación ampliando a 8 años el plazo para la reunificación familiar. En vista de la nueva y decepcionante situación, la Sra.DEMIREL, con un visado de turista, viajó a Alemania. Al expirar su visado, manifestó su intención de continuar al lado de su marido basándose para ello en las disposiciones que sobre libre circulación y no discriminación de trabajadores turcos establece el Acuerdo de Asociación CEE-Turquía. Sin embargo, la Sra.DEMIREL fue expulsada de territorio alemán, a pesar de haber quedado encinta en sus meses de estancia en Alemania junto a su marido.

El asunto, planteado por la Sra.DEMIREL ante los tribunales alemanes, llegó por la vía prejudicial hasta el TJCE, quien debía interpretar el art.12 del Acuerdo de Asociación CEE-Turquía. El tribunal fue extremadamente restrictivo en su interpretación, siguiendo para ello al juez ponente F.SCHOCKWEILER y al Abogado General M.DARMON. El TJCE entendió que el art.12 de Acuerdo de Asociación y el 36 del Protocolo Adicional no podían ser considerados como disposiciones con efecto directo, sino que tenían un alcance únicamente programático. Por tanto, no conferían a los particulares un derecho a invocar la libertad de circulación⁷⁵¹. Por otro lado, y en relación con la alegación de la parte afectada de que estaba en juego la aplicación del art.8 CEDH, el TJCE rehuye su toma en consideración alegando la falta de nexo comunitario del asunto de autos. Para el TJCE, como no existe una norma comunitaria relativa a los requisitos con arreglo a los cuales los Estados miembros deban autorizar la reagrupación familiar de los trabajadores turcos lícitamente instalados en la

⁷⁵⁰ *cit.*, Rec.1987 pp.3719ss..

⁷⁵¹ Rec.1987, p.3753.

CE, la normativa nacional impugnada en el asunto principal no es de ejecución de disposición alguna de Derecho Comunitario⁷⁵². Ello exime al TJCE de analizar el polémico y arriesgado tema de la violación del derecho a la vida familiar de la familia DEMIREL *ex art.8 CEDH*, así como si del art.8 se desprende o no un derecho a la reagrupación familiar⁷⁵³.

La consecuencia práctica de esta sentencia no es otra que el rechazo del TJCE a extender la aplicación del art.8 CEDH a toda persona cuyo derecho al respeto a la vida familiar se haya violado.

Llama la atención el silencio del TJCE en relación al art.8 CEDH cuando, sin embargo, en asuntos de características similares ante Estrasburgo, los órganos del CEDH han estatuido en favor del respeto a la vida familiar. P.ej, en el asunto BERREHAB⁷⁵⁴, en el que un marroquí divorciado de una neerlandesa con la que había tenido una hija, argumentó con éxito que si se le expulsaba de Holanda se violaría su derecho a llevar una vida familiar con su hija, a la que visitaba a menudo a pesar de la disolución de su matrimonio y en cuya manutención colaboraba.

Similares planteamiento y resultado se producen en el caso BELDJOUUDI⁷⁵⁵ en el que un argelino casado con una francesa argumentó con éxito que su deportación a Argelia por motivos de orden penal podría afectar negativamente a sus lazos familiares, a pesar de no haber hijos comunes.

Lo mismo es predicable de un caso que no llegó a tratar el TEDH, pues fue resuelto previamente por arreglo amistoso ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. Se trata

⁷⁵² Rec.1987, pp.3754 y 3755.

⁷⁵³ A pesar del silencio del TJCE, que soslaya tratar el tema, la mayoría de los autores deriva el derecho a la reagrupación familiar de aquél otro al respeto a la vida familiar. Véase p.ej. el siguiente texto : “En réalité, le regroupement familial n’est que l’illustration d’un phénomène plus large et le désir de l’étranger de vivre en compagnie de sa famille n’est que l’expression légitime d’un droit élémentaire de la personne: celui de mener une vie familiale normale” (LABAYLE, *op.cit.*, 1993, p.511).

⁷⁵⁴ Sentencia de 21 de Junio de 1988, BERREHAB/PAÍSES BAJOS, Serie A, nº138. De la contradicción entre la sentencia DEMIREL (TJCE) y BERREHAB (TEDH) se hace eco HERVEY, 1995, *op.cit.*, p.232.

⁷⁵⁵ Sentencia del TEDH de 26 de Marzo de 1992, BELDJOUUDI/FRANCIA, Serie A, nº234-A.

del asunto RABAD⁷⁵⁶ en el que un joven "beur" (magrebí de segunda generación, nacido en Francia pero con nacionalidad argelina) consiguió amistosamente del gobierno francés confirmar su permanencia junto a los suyos en Francia. Francia optó por esta solución ante su propia sospecha de que si el asunto seguía adelante y era presentado ante el TEDH, sería condenada por violación del art.8 CEDH.

Sin embargo, reconocemos que existe una diferencia básica entre el asunto DEMIREL, juzgado ante el TJCE, y los asuntos BERREHAB, BELDJOUDI y RABAD, juzgados ante los órganos del CEDH, a saber: mientras que en el primero, la Sra.DEMIREL no ha tenido aún la oportunidad de desarrollar su vida familiar en Alemania junto a su marido, en los casos oídos por los órganos del Convenio se podría demostrar que estas personas habían desarrollado profundos vínculos familiares en los países de acogida. Ello quizá difumine un poco la pretendida contradicción entre ambas jurisprudencias.

Sea como fuere, reconocemos que el orden comunitario es un orden diferente, basado en el otorgamiento de derechos especiales a los nacionales de sus Estados miembros, y todo ello no puede ni debe ser tenido en cuenta por los órganos de Estrasburgo, que aplican un convenio internacional de derechos humanos universalista en su ámbito personal de protección y que protege a las personas por el mero hecho de ser personas. No pretendemos, al comparar la jurisprudencia de las instancias de Luxemburgo y la de Estrasburgo en esta materia, realizar una crítica fácil y gratuita del planteamiento, por fuerza más restrictivo, del TJCE en comparación con el de Estrasburgo. Sin embargo sí consideramos criticables los argumentos sobre la falta de nexo comunitario que esgrime el TJCE en el caso DEMIREL para evitar enfrentarse a la aplicación en Derecho Comunitario del art.8 CEDH. En realidad, consideramos que el TJCE se hace a sí mismo un flaco favor al eludir tratar en DEMIREL este artículo, alegando simplemente una dudosa falta de conexión comunitaria⁷⁵⁷. Estimamos mucho más inteligente la posición del juez ponente y del Abogado General, quienes,

⁷⁵⁶ Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 7 de julio de 1992, RABAD, A.191-B.

⁷⁵⁷ Dudosa falta de nexo comunitario que es puesta de manifiesto por NOLTE y WEILER: "It is submitted that a national rule regulating the modalities of family reunion comes "within the framework" of a rule of Community law guaranteeing the conditions of residence status to turkish workers" (NOLTE, Georg: "Case

admitiendo por defecto e implícitamente la existencia de nexo comunitario, abordan el asunto desde el punto de vista de los derechos fundamentales e incluso utilizan y citan no la jurisprudencia del TEDH en los asuntos BERREHAB, BELDJOUUDI o RABAD, sino aquella jurisprudencia del TEDH que podía ir en favor de su tesis.

A este respecto, el Sr.SCHOCKWEILER y el Sr.DARMON habían aludido no sólo al art.8 CEDH -cuyo contenido se protege en Derecho Comunitario como principio general- sino a la jurisprudencia del TEDH en el asunto ABDULAZIZ, CABALES Y BALKANDALI⁷⁵⁸, según la cual el art.8 CEDH no obliga a las partes a respetar con carácter general la elección por parte del matrimonio de su domicilio común, ni a aceptar incondicionalmente la instalación en el país de cónyuges no nacionales⁷⁵⁹ a no ser que a los esposos se les impida llevar una vida familiar en su país de origen. La opinión del juez ponente y el Abogado General constituye la prueba de que el TJCE podía haber llegado a la misma conclusión a la que llegan aquéllos, pero refiriéndose al CEDH y a aquella parte de la jurisprudencia de Estrasburgo que se adecuara a sus intereses, en lugar de acudir al molesto silencio que se produce con su decisión de no aplicar el art.8 CEDH por una pretendida falta de nexo comunitario.

El asunto ABDULAZIZ hacía referencia a la pretensión de tres nacionales de Estados ex-colonias del Reino Unido, instaladas en este último, que consideraban conculcado su derecho al respeto a la vida familiar del art.8 CEDH porque el Reino Unido prohibía la entrada en territorio nacional a sus esposos⁷⁶⁰. Las demandantes no habían demostrado ser objeto de una persecución en sus países de origen que les impidiera allí desarrollar una vida familiar normal. A la luz de los datos, el TEDH declara que el art.8 CEDH no ha sido violado porque no existe obligación del Estado de aceptar incondicionalmente el domicilio decidido por una familia, y además hay que tener en cuenta un principio de Derecho Internacional

Law of the Court of Justice. Case 12/86 Myriem Demirel ”, en *Common Market Law Review* 1988, nº25, pp.403-415, p.415). *vide* en el mismo sentido WEILER 1992 “Thou Shalt ...”, *op.cit*, pp.77-78.

⁷⁵⁸ Sentencia de 28 de Mayo de 1985, ABDULAZIZ, CABALES Y BALKANDALI/REINO UNIDO, Serie A, nº94.

⁷⁵⁹ Rec.1987, pp.3728 y 3745.

⁷⁶⁰ Este asunto es objeto de estudio en HARRIS, O’BOYLE, *op.cit*, pp.331-332.

según el cual los Estados tienen el derecho de controlar la entrada de los no nacionales en su territorio.

El TEDH ha confirmado el sentido de su jurisprudencia en dos casos posteriores al ABDULAZIZ. El primero de ellos es el caso GÜL⁷⁶¹ sobre la denegación de autorización de las autoridades helvéticas a un niño turco para que se reuniese con sus padres en Suiza, donde éstos estaban establecidos desde hacía tiempo. El TEDH declaró que aunque el caso afectaba al derecho a la vida familiar, también afectaba a la inmigración. Y con respecto a esta última, la extensión de la obligación, para un estado, de admitir en su territorio a los parientes de los inmigrantes dependía de la situación de los interesados y del interés general. En este contexto, el art.8 CEDH no podía ser interpretado como que comportase para un Estado la obligación general de respetar la elección, por las parejas casadas, de su residencia común y de permitir el reagrupamiento familiar en su territorio.

Por duro que pueda parecer el resultado del caso, lo cierto es que el TEDH interpretó el art.8 de forma restrictiva, indicando que la salida de Turquía del matrimonio GÜL estaba en el origen de la separación de su hijo, y dado que no existían motivos probados de que estos fuesen objeto de persecución política en Turquía, nada les impedía reanudar su vida familiar en aquel país (a donde además, visitaban a su hijo con cierta frecuencia).

De idéntico modo y por idénticos razonamientos jurídicos, el TEDH en un reciente asunto (caso AHMUT) rechazó que existiera violación del art.8 en un caso en el que un nacional marroquí establecido en los Países Bajos (y que había adquirido la nacionalidad neerlandesa) vio rechazada su solicitud de reunir a su hijo junto a sí en territorio neerlandés. El hijo, que siempre había residido en Marruecos con su abuela enferma tras la muerte de su madre, nunca había vivido en los países Bajos aunque sí los había visitado con cierta frecuencia para reunirse con su padre. En Marruecos vivían el resto de sus hermanos y tíos. El muchacho sólo hablaba árabe y estaba integrado culturalmente en esa civilización. Nada impedía al padre reunirse con él en Marruecos, porque en los Países Bajos nunca habían desarrollado una vida en común y nada en el CEDH obliga a un Estado parte a aceptar el

⁷⁶¹ Sentencia del TEDH de 19 de Febrero de 1996, GÜL/SUIZA, Serie A, nº596.

domicilio familiar decidido por el cabeza de familia⁷⁶². Estos fueron los argumentos defendidos por el gobierno de los Países Bajos y admitidos por el TEDH para impedir la reagrupación familiar sobre suelo neerlandés. Este fue un caso polémico en el que varios jueces manifestaron opiniones disidentes (VALTICOS, LOHMUS y MORENILLA). En opinión de estos últimos, la interpretación que había hecho el TEDH del art.8 CEDH no sólo era incompatible con el concepto de derechos fundamentales del CEDH sino también contra razones imperativas de naturaleza humanitaria.

Existen precedentes de esta jurisprudencia ya consolidada de los órganos de Estrasburgo en algunos casos más antiguos que no fueron referidos al TEDH. P.ej, el caso AGEE/REINO UNIDO⁷⁶³, donde la Comisión Europea de Derechos Humanos estableció que la deportación del Sr.AGEE del Reino Unido no afectaba a su vida familiar con su esposa, ya que ésta le podía seguir en cualquier momento fuera del territorio del Reino Unido.

Vale la pena señalar que el planteamiento restrictivo del reagrupamiento familiar que el TEDH realiza, y que otorga un amplio margen de apreciación a los Estados, va en favor de los intereses y razonamientos del juez de Luxemburgo, a pesar de no haber sido usado por el TJCE en DEMIREL. De hecho, si comparamos el caso DEMIREL con el caso GÜL o AHMUT del TEDH, nos encontramos con idénticos supuestos de hecho e idéntico resultado (contrario a la reunificación familiar) en Luxemburgo y Estrasburgo: 1.familias que voluntariamente se separan con el fin de que uno de ellos o algunos de ellos obtengan un trabajo en otro Estado. 2.Ausencia de persecución en el país de origen. 3.Decisión de la familia de reunificarse en el territorio del nuevo Estado. 4.Negativa de las autoridades, y confirmación de la decisión interna por parte del TJCE y del TEDH, en unos casos en los que en el Estado de acogida, no se ha producido aún vida en común de la familia. Nos atrevemos a sugerir que tanto en Luxemburgo como en Estrasburgo se estima menos amenazada la vida familiar cuando los miembros de la familia no han tenido la oportunidad de vivir juntos en el Estado de acogida que en aquellos otros casos en que la familia ya ha vivido un cierto tiempo reunificada y su convivencia se ve en peligro por una amenaza de expulsión.

⁷⁶² Sentencia del TEDH de 28 de Noviembre de 1996, AHMUT/PAÍSES BAJOS, Serie A, n°665.

Sin embargo, la diferencia fundamental entre el planteamiento restrictivo del TEDH y el también restrictivo del TJCE es obvia: El TEDH no discrimina entre nacionales de uno u otro Estado cuando aplica el respeto a la vida familiar del art.8 CEDH en materia de inmigración. Sin embargo, el TJCE distingue entre dos tipos de inmigración: la intracomunitaria y la procedente del exterior. En Derecho Comunitario, sólo en relación a ésta última existe la posibilidad de negar el derecho a la reagrupación familiar.

Cabría plantearse teóricamente si tal diferencia de tratamiento en relación al derecho a la igualdad en Luxemburgo pasaría el examen ante los órganos de Estrasburgo. Lamentablemente, la respuesta existe. En el asunto MOUSTAQUIM⁷⁶⁴, un marroquí que vivía con su familia en Bélgica desde los dos años de edad y que no guardaba ningún tipo de vínculo con su Estado de origen, fue expulsado de Bélgica por motivos relacionados con el orden público. Este joven pretendía volver a Bélgica junto a los suyos y por ello comenzó un proceso judicial contra la medida de expulsión. El asunto llegó hasta el TEDH. Principalmente, se alegaba la conculcación de su derecho al respeto de la vida familiar. Pero junto a ello, el Sr.MOUSTAQUIM se pretendía víctima de una discriminación fundada en su nacionalidad. Dejando al margen el hecho de que los nacionales belgas no pueden ser objeto de expulsión de su país, el Sr.MOUSTAQUIM alegaba que los ciudadanos de otros Estados miembros de la UE están al abrigo de una expulsión, por cuanto una condena penal no les expone a ese riesgo.

El TEDH en su resolución del caso dio un auténtico y llamativo espaldarazo al principio de preferencia comunitaria al afirmar que en cuanto al trato preferencial consentido a los nacionales de los otros Estados miembros de las CCEE, existe una justificación objetiva y razonable, al ser Bélgica parte con dichos Estados de un orden jurídico específico.

⁷⁶³ Demanda AGEE/REINO UNIDO, nº7729/76, 7 *Décisions et Rapports* 164 (1976).

⁷⁶⁴ Sentencia del TEDH de 18 de Febrero de 1991, MOUSTAQUIM/BÉLGICA, Serie A, nº193. Véase el comentario de SCHERMERS a esta sentencia en: SCHERMERS, Henry G.: "Human Rights of Aliens in Europe", en *The European Union and Human Rights*, 1995, Nanette A.Neuwhal y Allan Rosas (eds.), Martinus Nijhoff, pp.119-131, p.127-128.

Esta jurisprudencia ha sido confirmada en la sentencia C/BÉLGICA⁷⁶⁵, en la que un marroquí expulsado de Bélgica se pretendía víctima de una discriminación basada en su nacionalidad y su raza. En su opinión, la medida de expulsión habría implicado un trato menos favorable que el que los delincuentes de un Estado miembro de la UE reciben en territorio comunitario. En su sentencia el TEDH reitera que el trato preferencial se basa en una justificación objetiva y razonable porque los Estados miembros de la UE forman un orden jurídico específico por el que, además, se ha instaurado una ciudadanía propia. Por tanto no hay infracción de los arts.8 y 14 conjuntamente interpretados.

Aun cuando estos dos últimos casos nos descubran una excepción al art.14 del CEDH (no discriminación) consentida por el TEDH a favor del ordenamiento comunitario, y aun cuando demuestren una sintonía de pareceres entre Luxemburgo y Estrasburgo en materia de respeto a la vida familiar, sin embargo ello no obsta para que consideremos ambas jurisprudencias criticables. No nos parece suficientemente justificada la diferencia de trato entre nacionales comunitarios y nacionales de terceros Estados en materia de protección de la vida familiar, sobre todo si éstos últimos residen y trabajan legalmente en territorio comunitario. En nuestra opinión, un Estado puede ejercer un control de la inmigración restringiendo la entrada en su territorio de nacionales de otros Estados. Incluso puede favorecer la entrada de nacionales de unos Estados con respecto a los de otros. Pero una vez que el nacional de un Estado tercero está legalmente establecido en territorio comunitario, no se debería producir una diferencia de trato con nacionales de Estados comunitarios, al menos en cuanto al disfrute de sus derechos más fundamentales, entre ellos, el derecho a la vida privada y familiar. La exigencia de igualdad de trato debería ser la misma para unos que para otros, como mínimo en relación a sus derechos más básicos.

Sin embargo no parece ser éste el punto de vista del TJCE. Por otro lado, los dos órganos del CEDH han consentido y corroborado la legalidad y procedencia de la diferencia de trato que dispensa el Derecho Comunitario a los nacionales de Estados no miembros⁷⁶⁶.

⁷⁶⁵ Sentencia del TEDH de 7 de Agosto de 1996, C/BÉLGICA, Serie A, n°647.

⁷⁶⁶ No solo el TEDH ha expresado en líneas generales estar de acuerdo con el sistema de protección de derechos fundamentales en las CCEE. También la Comisión Europea de Derechos Humanos, en sus decisiones de 9 de

Para justificar esta diferenciación, el TEDH alude a que el art.14 CEDH únicamente se aplica a situaciones comparables, y que la situación de un nacional de un Estado miembro de las CCEE y otro de un Estado tercero no es comparable en términos del Derecho Comunitario. Tal convivencia y entendimiento entre los órganos de Luxemburgo y Estrasburgo da lugar a casos insatisfactorios desde el punto de vista de las garantías fundamentales. Así, p.ej, un caso juzgado ante el TJCE (DIATTA) ha sido puesto en entredicho por la más autorizada doctrina⁷⁶⁷.

El caso DIATTA⁷⁶⁸ afectaba a una senegalesa casada con un francés. La pareja vivía en Berlín. El matrimonio no funcionaba, por lo que la Sra.DIATTA se separó de su esposo, aunque seguían viviendo bajo el mismo techo hasta que la Sra.DIATTA consiguiera encontrar otro alojamiento. La Sra.DIATTA, que trabajaba como asistente, fue a renovar su permiso de residencia, renovación que le fue denegada. En opinión de las autoridades, por causa de su separación matrimonial y su intención de divorciarse ya no podía ser tenida por cónyuge de un trabajador migrante comunitario. La Sra.DIATTA llevó el asunto ante los tribunales alemanes, quienes plantearon una cuestión prejudicial ante el TJCE.

La respuesta del TJCE fue la siguiente: la Sra.DIATTA no tenía un derecho de residencia en Alemania autónomo o independiente del de su marido, sino ligado al de él. Como ambos no estaban aún divorciados, mantenía su derecho a residir en Alemania (derivado del de su marido). Pero esta situación cesaría cuando se divorciasen.

La solución no parece satisfactoria desde el punto de vista de los derechos fundamentales a pesar de que sirviese para prolongar temporalmente el permiso de estancia de

Febrero de 1990 y de 19 de Enero de 1994, relativas a las demandas nº13258/87 M ET CO/RFA y 21090/92 KE HEINZ/17 ESTADOS, respectivamente, lo hace. En el primero de estos casos, la Comisión afirma que la transferencia de poderes a una organización internacional no es incompatible con el CEDH siempre que los derechos fundamentales reciban una protección equivalente en ella, afirmándose más adelante que en el caso de las CCEE, tal nivel de protección es satisfactorio:

“Le transfert de pouvoirs à une organisation internationale n’est pas incompatible avec la convention à condition que, dans cette organisation, les droits fondamentaux reçoivent une protection équivalente”... “le système assure le contrôle de leur respect” (p.395).

⁷⁶⁷ WEILER 1992, *op.cit* pp.85-91. Le secunda HERVEY 1995, *op.cit*, p.227.

⁷⁶⁸ *cit.*, Rec.1985, pp.567ss.

la afectada en Alemania. En efecto, el TJCE evita realizar cualquier razonamiento que tenga que ver con los derechos fundamentales de la Sra. DIATTA. Al TJCE no le interesa la eventual violación de sus derechos fundamentales (su dignidad personal e incluso su derecho a la vida familiar -si hubieran existido hijos de por medio) sino que aplica mecánicamente la estricta definición comunitaria sobre qué familiares tienen derecho a residir junto con un migrante comunitario⁷⁶⁹.

Imaginemos, como propone WEILER, la posibilidad que esta sentencia da a todo nacional comunitario casado con uno de tercer Estado, para chantajearlo, coartarlo y amenazarlo con la expulsión a través de la simple solicitud de divorcio. En definitiva, el control de la permanencia del último sobre territorio comunitario, dependería de la voluntad del cónyuge comunitario. O imaginemos incluso la posibilidad de que en casos similares pero en los que los esposos implicados tengan hijos y el expulsado pierda su custodia, se vea violado su derecho a la vida familiar.

Si el TJCE aplica sin más la teoría de que los derechos de que gozan en territorio comunitario los cónyuges de nacionales comunitarios provenientes de Estados terceros son derechos derivados y no autónomos, ello sólo significa que el Tribunal trata a esas personas como cosas⁷⁷⁰ que sólo tienen derecho a vivir en este área geográfica mientras ello asegure la libertad de circulación de otros. Por tanto, desde el momento en que no la garanticen, constituyen un estorbo y pueden ser expulsados.

Por ello, WEILER es de la opinión de que todo individuo cuya situación o actividad, por una u otra razón, entre dentro del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario (esto es, cuyo caso tenga nexo comunitario) debería ver sus derechos humanos más básicos garantizados. En su opinión, que nosotros hacemos nuestra, una sentencia que establezca que desde el momento de su divorcio pierde no sólo los derechos que le derivaban del Derecho Comunitario, sino también la protección que de sus derechos fundamentales más básicos (lo

⁷⁶⁹ Rec.1985, p.588.

⁷⁷⁰ WEILER 1992 *op.cit*, p.90.

que algunos autores denominan derechos humanos fundamentales) le aseguraba el TJCE, es una sentencia que simplemente le priva de su carácter de ser humano⁷⁷¹.

La desigualdad en el trato entre nacionales comunitarios y nacionales de Estados terceros es patente en el anterior caso, por mucho que el TEDH excuse esta discriminación. Además, se reproduce en otros muchos casos relativos al derecho a la vida familiar. Tomemos p.ej. el caso COMISIÓN /ALEMANIA⁷⁷² en el que un migrante comunitario que residía en Alemania con su familia, sufre la amenaza de expulsión de parte de su familia por la razón de que su vivienda, que era una vivienda digna y apropiada en el momento de establecerse en Alemania, ya no cumple las exigencias del gobierno alemán debido al nacimiento de nuevos hijos y la adquisición de la mayoría de edad de otros.

En este caso, el TJCE argumenta que no se puede exigir a la familia de un trabajador comunitario más requisitos en cuanto a las condiciones de su vivienda que los que el Estado exige a sus propios nacionales. Basándose en el art.8 CEDH, el TJCE defiende el derecho de esta familia a continuar en suelo alemán y exhorta al gobierno alemán para que no se produzcan discriminaciones entre los propios nacionales y los comunitarios⁷⁷³. Por tanto, si la vivienda era digna y normal en el momento del establecimiento, las medidas que en su caso se adopten frente a los miembros de la familia de un trabajador migrante, no pueden ser diferentes de las requeridas a los propios nacionales. Como un alemán sólo puede ser sancionado económicamente en tal supuesto, y nunca puede ser expulsado de su país, tampoco se pueden adoptar medidas de este tipo contra migrantes comunitarios.

En vista de los argumentos y el resultado de esta sentencia, cabe plantearse qué hubiera ocurrido si la familia víctima de esta discriminación no hubiera estado formada por

⁷⁷¹ WEILER 1992 *op.cit.*, p.90. En este parecer coincide con el punto de vista de la Comisión, manifestado en la vista del caso y reproducido en las Conclusiones del Abogado General DARMON. Éste, mantenía que la expiración del vínculo familiar -en este caso, del vínculo conyugal- no debería tener como efecto el retirar automáticamente la protección del Derecho Comunitario a los miembros de la familia que se beneficiaban del mismo.

⁷⁷² Sentencia del TJCE de 18 de Mayo de 1989, C-249/86, COMISIÓN/ALEMANIA, Rec.1989, pp.I-1263ss.

⁷⁷³ Rec.1989, p.1266. Curiosamente, estos argumentos no habían sido mencionados por el Abogado General MISCHO, a pesar de que normalmente en una sentencia del TJCE, quien más alusión hace a los derechos fundamentales es el Abogado General.

nacionales de los Estados miembros de las CCEE. Con esta variación de datos, y a la luz de sentencias como DEMIREL o DIATTA, nos atrevemos a aventurar que el TJCE hubiera evitado aplicar el art.8 CEDH y hubiera resuelto el asunto siguiendo planteamientos más técnicos como la falta de nexo comunitario, el derecho o no de esa familia a residir sobre territorio comunitario o la procedencia de la expulsión por motivos de orden público e interés general.

2.2.2. Conclusiones de la comparación

La conclusión principal de este estudio de la aplicación por los órganos de Estrasburgo y de Luxemburgo del derecho a la vida familiar, consiste en:

1. Al margen de pequeñas interpretaciones divergentes entre ambas instituciones, por lo general los planteamientos de unas y otras son parangonables, aunque no nos resulten satisfactorios desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales. Ambos tribunales coinciden en reconocer la competencia soberana del Estado en materia de control de la inmigración⁷⁷⁴. Ello sin duda afecta a derechos como el respeto de la vida privada y problemas conexos, como la reagrupación familiar⁷⁷⁵.

2. Por su parte, el TEDH, al reconocer la singularidad del ordenamiento comunitario, ha consentido a la producción en Luxemburgo de sentencias que, siendo sumamente respetuosas para con la vida familiar para el caso de familiares de nacionales comunitarios, sin embargo tienden a menoscabarlo o a ignorarlo para el caso de nacionales de terceros Estados⁷⁷⁶.

3. Bajo el pretexto de carencia de nexo comunitario, inexistencia de normativa comunitaria sobre el tema objeto de estudio, falta de efecto directo de las disposiciones

⁷⁷⁴ Compárese, p.ej, la sentencia del TJCE de 9 de Julio de 1987 RFA Y OTROS/COMISIÓN, C-28/86, Rec.1987, p.3203 con las sentencias ya citadas del TEDH BERREHAB y GÜL.

⁷⁷⁵ El mismo TEDH ha reconocido que las medidas en el ámbito de la inmigración pueden atentar contra el respeto a la vida familiar garantizado por el art.8 CEDH (sentencia ABDULAZIZ, *cit*, p.59).

pertinentes o ausencia de criterios técnicos como la determinación del momento exacto de disolución de un matrimonio, el TJCE evita a menudo tener que aplicar el art.8 CEDH a casos en los que el afectado sea un nacional de Estado tercero.

4. En nuestra opinión, siempre que el asunto entre razonablemente dentro del ámbito del Derecho Comunitario, y siempre que, además, el asunto haya sido planteado en términos de la eventual violación de derechos fundamentales, el TJCE debería sentirse obligado a estatuir sobre derechos fundamentales, en lugar de resolverlo mediante otro tipo de argumentos.

2.3. Inviolabilidad del domicilio

2.3.1. Jurisprudencia de las instancias judiciales de las CCEE

A la inviolabilidad del domicilio se ha tenido que referir el TJCE en numerosas ocasiones. Sin embargo, ello no ha impedido que su concepción de este derecho haya variado y evolucionado con el tiempo, restringiendo cada vez más su ámbito de aplicación material, hasta llegar a su actual jurisprudencia en la materia, claramente contradictoria con la de los órganos de Estrasburgo.

Es necesario señalar desde un principio que el TJCE no ha desafiado nunca la existencia del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas físicas, derecho cuya consolidación en Derecho Comunitario el Tribunal de Justicia admite por la vía del respeto de una tradición constitucional común a todos los Estados miembros y que, en cualquier caso, difícilmente podría ser violado por las instituciones comunitarias.

El desafío del TJCE se ha limitado al derecho a la inviolabilidad del domicilio de personas jurídicas, derecho con límites más difusos en el ordenamiento de los Estados miembros y cuya efectividad en Derecho Comunitario el TJCE considera más cuestionable.

⁷⁷⁶ O'NEILL, *op.cit.*, p.86.

Es en la aplicabilidad del respeto del domicilio de empresas donde el TJCE ha concentrado su labor de interpretación, por cuanto la actividad comunitaria sí puede afectar a este derecho fácilmente. Pensemos en el ámbito del Derecho de la competencia, y dentro de él, en la figura de la verificación que realizan prácticamente a diario agentes de la Comisión como modo de control para evitar que empresas establecidas en territorio comunitario efectúen prácticas contrarias a la libre competencia, abusando de su posición dominante o falseando o eliminando competidores.

Los poderes de verificación de la Comisión aparecen definidos en el art.14 del Reglamento 17/62. Se trata de unos poderes amplios, que facultan a los agentes de la Comisión para, previa puesta en conocimiento de las autoridades nacionales, y con la correspondiente autorización de la Comisión, presentarse en los locales de las empresas, exigirles la apertura de sus ficheros, fotocopiar el material que estimen pertinente, etc... siempre que les conste indicios de prácticas contrarias a la libre competencia.

Estos poderes constituyen sin duda un magnífico banco de pruebas para el derecho a la inviolabilidad del domicilio; banco de pruebas que el TJCE ha saldado finalmente negando que pueda caber una interpretación del artículo 8 CEDH que incluya la protección de la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas.

Como se ha señalado al comienzo de epígrafe, la posición del TJCE con respecto a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas ha ido evolucionando hacia la progresiva restricción y final negación de la existencia de este derecho en el ámbito comunitario. Desde un primer momento en que su opinión pareció ser titubeante, hasta su actual postura, mucho es el camino recorrido por el TJCE y muy extensa también su interpretación autónoma del art.8.1 CEDH.

En efecto, en 1960, en el asunto ACCIAIERIA E TUBIFICIO DI BRESCIA⁷⁷⁷, que versaba ya en esa remota fecha sobre los límites de las visitas de inspección de la Alta Autoridad CECA y cuyo objeto no era otro que recoger información en las empresas para el

⁷⁷⁷ Sentencia de 14 de Abril de 1960, ACCIAIERIA E TUBIFICIO DI BRESCIA/ALTA AUTORIDAD, C-31/59, Rec.1960, pp.151ss.

cumplimiento de los fines del Tratado CECA en materia de libre competencia, el TJCE, si bien no aborda la cuestión de si las empresas gozan del susodicho derecho, sin embargo parte de la base de que tal derecho existe. En efecto, en la sentencia se afirma que el objeto del art.47.2.4 TCECA⁷⁷⁸ es poner a disposición de la Alta Autoridad los medios coercitivos de los derechos nacionales en materia fiscal para que sus agentes puedan realizar misiones de control susceptibles de afectar la esfera de libertades individuales y *derogar el principio de inviolabilidad del domicilio*⁷⁷⁹.

En conclusión, esta sentencia estaría admitiendo la existencia del derecho, pero reconociendo al mismo tiempo un único caso de restricción o limitación de éste, en el supuesto, concretado a nivel legislativo por el Reglamento 17/62, de los poderes de verificación de la Comisión. En opinión del TJCE, que en ningún momento menciona ni el CEDH ni la posibilidad de que los órganos de Estrasburgo cuenten con jurisprudencia sobre el derecho afectado, el art.47 en su primera frase⁷⁸⁰ permitiría este tipo de operaciones cuyo fin es recabar información sobre las prácticas de empresas que suponen una intromisión o limitación legítima en el derecho a la inviolabilidad de domicilio.

Veinte años más tarde, nos encontramos con otro caso ante el TJCE sobre la inviolabilidad de los locales comerciales (caso NATIONAL PANASONIC)⁷⁸¹. La diferencia principal con el anterior consiste en que la empresa demandante, en esta ocasión, invoca expresamente el art.8 CEDH en su defensa:

“La requérante invoque en particulier l’article 8 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme et des Libertés Fondamentales du 4 Novembre 1950, aux termes duquel “toute personne à droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa

⁷⁷⁸ Hay que tener en cuenta que este primer caso de visitas de inspección a unos locales empresariales no se basa aún en el Reglamento 17/62, que fue aprobado dos años más tardes de la resolución de este caso judicial, sino en los poderes para recabar información que tiene la Alta Autoridad (hoy, Comisión) *ex art.47 TCECA*.

⁷⁷⁹ La cursiva es nuestra.

⁷⁸⁰ “La Comisión podrá recabar las informaciones necesarias para el cumplimiento de su misión. Podrá disponer que se proceda a las comprobaciones necesarias”.

⁷⁸¹ Sentencia de 26 de Junio de 1980, NATIONAL PANASONIC/COMISIÓN, C-136/79, Rec.1980, pp.2033ss.

correspondence. Elle estime que ces garanties doivent être assurées, mutatis mutandis, également aux personnes morales”⁷⁸².

Por lo demás, es un caso de características similares al anterior, salvo que aquí la alusión del TJCE al hecho de que el CEDH obliga al tribunal a elaborar sobre los derechos fundamentales resulta artificial e inconexa, ya que no tiene relación con lo dicho en los apartados inmediatamente anterior y posterior. En efecto, a lo largo del texto se repite varias veces la ya conocida frase de:

“El TJCE recuerda que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto asegura el Tribunal de Justicia conforme a las tradiciones constitucionales comunes y a los instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han elaborado o adherido”⁷⁸³.

Seguidamente, el TJCE realiza una defensa de la compatibilidad entre los poderes de verificación de la Comisión y los derechos fundamentales protegidos en la Comunidad, concluyendo que tales misiones de verificación no atentan a los derechos fundamentales de las empresas:

“Les pouvoirs conférés à la Commission par l’article 14 du Règlement n.17 ont pour but de permettre à celle-ci d’accomplir la mission qui lui est confiée par le traité CEE, de veiller au respect des règles de concurrence dans le marché commun, dont la fonction est d’éviter que la concurrence soit satisfaite au détriment de l’intérêt général, des entreprises individuelles et des consommateurs. Dès lors, *il n’apparaît pas qu’en conférant à la Commission, les pouvoirs de procéder à des vérifications sans communication préalable, cette disposition comporte une atteinte aux droits fondamentaux des entreprises*”⁷⁸⁴.

⁷⁸² Rec.1980, pp.2056 y 2057.

⁷⁸³ Frase que reitera en el punto 18 de la sentencia con una alusión a la sentencia NOLD, primera sentencia en la que se hizo referencia a los tratados internacionales sobre derechos humanos como fuente de inspiración del Tribunal (Rec.1980, p.2057).

⁷⁸⁴ Rec.1980. La cursiva es nuestra. La transcripción es del punto 4 de la sentencia.

Estamos por tanto ante la segunda ocasión en que el TJCE, asumiendo la existencia para las personas jurídicas del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sin embargo estima que las verificaciones que realizan los agentes de la Comisión no lo violan. Pero por si no fuese suficientemente evidente y clara su argumentación, el Tribunal de Justicia explícitamente reconoce el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las empresas basado en el art.8 CEDH⁷⁸⁵. Empero, el TJCE recuerda que el párrafo 2º del art.8 permite restricciones de este derecho en virtud de objetivos más elevados como puedan ser el interés u orden público, el bienestar económico, etc... Y es en este contexto de limitaciones al derecho en aras del interés público en el que el TJCE sitúa las actividades de verificación que realiza la Comisión.

Por segunda vez, el Tribunal de Justicia evita referirse a si existe o no jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo que le pueda servir como guía. Se limita a interpretar el art.8 CEDH libremente, reconociendo que esta disposición incluye la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas. A continuación, analiza las intromisiones legítimas que las CCEE pueden realizar en este derecho, y cuya base legal se encuentra en el art.8.2 CEDH. En relación a estas intromisiones legítimas, concretamente las de la Comisión, describe en qué condiciones se han de realizar para no atentar contra ese derecho ni contra el art.8 CEDH - condiciones que son las enunciadas en el Reglamento 17/62 y que no son cuestionadas en ningún momento por el TJCE. En concreto:

Primero: los agentes de la Comisión deben actuar con un mandato escrito de la Comisión que indique el objeto y fin de la verificación, así como la sanción en caso de presentación incompleta o falseada de documentos. Previamente deben poner en conocimiento

⁷⁸⁵ *vide* Rec.1980, p.2057: “À cet égard, il y a lieu de relever que l’article 8 CEDH, pour autant qu’il s’applique à des personnes morales...”

En esta opinión, el TJCE sigue al Abogado General WARNER quien en sus Conclusiones, y tras una duda inicial, afirmaba que este es un derecho que debía ser protegido en el orden comunitario: “A primera vista, el tenor literal de este artículo podría sugerir que se aplica solamente a un individuo y a su domicilio. No obstante, en el asunto Acciaieria di Brescia (antes mencionado), este tribunal de justicia consideró claramente que el derecho al respeto de la vida privada se extiende a los locales profesionales, bien se trate de los de un individuo o de los de una empresa (véase C-31/59 p.80). En efecto, debe ser así, dado que en una “sociedad democrática” no puede permitirse que una autoridad pública invada la propiedad privada, salvo en virtud de una facultad específica reconocida por la ley” (Conclusiones del caso NATIONAL PANASONIC, texto obtenido en español del TJCE, p.13).

de las autoridades nacionales la intención de realizar la verificación, aunque no resulte necesaria la comunicación previa a la empresa que va a ser investigada.

Segundo: Los Agentes de la Comisión pueden pedir informaciones concretas, pueden realizar fotocopias de documentos, tomar notas, exigir la entrega de documentos, sancionar la entrega de informaciones falsas o inexactas.

El siguiente caso en el que el TJCE analizó la inviolabilidad del domicilio de personas jurídicas es el caso AKZO⁷⁸⁶, en el que por tercera vez, el TJCE construye su argumentación jurídica asumiendo, aunque no justificando ni mencionando expresamente, la existencia de tal derecho en el ámbito comunitario. El propio Abogado General Carl LENZ se hace eco de que incluso la Comisión -parte demandada en el caso- reconoce la existencia de tal derecho:

[Según la Comisión, no existe violación del artículo 8 CEDH porque aunque éste derecho] “pertenece no solamente a las personas jurídicas, en la medida en que les sea aplicable según su naturaleza... el párrafo segundo del art.8 CEDH establece casos justificados de restricción a este derecho” ⁷⁸⁷.

Sin embargo, y a pesar de esta coincidencia entre el caso enjuiciado seis años antes y éste, en el resto, este asunto difiere de NATIONAL PANASONIC. En AKZO, el grueso del análisis del art.8 CEDH lo realiza no ya el TJCE (como ocurría en NATIONAL PANASONIC) sino el juez ponente JOLIET y el Abogado General LENZ. De hecho, el TJCE en ningún momento llega a citar el CEDH. En ambos casos se parte de la aplicación al Derecho Comunitario del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas. Sin embargo, la diferencia en la argumentación en estos dos casos radica en que mientras que en el primero la empresa NATIONAL PANASONIC cuestiona todo el sistema de verificación de la Comisión, sin embargo, en el segundo de ellos, el grupo de empresas implicado manifiesta su aquiescencia sobre la legalidad y conformidad con el art.8 CEDH de las misiones de verificación -siempre que éstas se entablen cumpliendo escrupulosamente con los

⁷⁸⁶ Sentencia de 23 de Septiembre de 1986, AKZO CHEMIE Bv y AKZO CHEMIE UK Ltd/COMISIÓN CEE, C-5/85, Rec.1985, pp.2585ss.

⁷⁸⁷ Rec.1985, p.2603.

requisitos del art.14 del Reglamento 17/62. En consecuencia, el argumento de ambas sentencias varía por fuerza: en el caso NATIONAL PANASONIC, el TJCE se ve obligado a justificar que el art.8.2 CEDH (que permite restricciones al derecho basadas en razones de interés general) proporciona a la CE el título para realizar misiones de verificación. Por el contrario, en el caso AKZO, al TJCE no le resulta necesario demostrar la conformidad a derecho de las verificaciones que ejecuta la Comisión, sino únicamente demostrar si ha existido o no en este caso concreto atentado contra la inviolabilidad del domicilio de las empresas a causa del supuesto incumplimiento por los Agentes de la Comisión de los requisitos que el Reglamento 17/62 exige para que la verificación se realice conforme a Derecho. El TJCE se ve abocado por tanto a comprobar si se han respetado los requisitos procesales indicados en el art.14 del mencionado reglamento o si, como indican las empresas demandadas, las decisiones de la Comisión autorizando las misiones de verificación fueron ilegales por una audiencia irregular de las autoridades nacionales. Así pues, la violación del art.8 CEDH vendría dada por el incumplimiento de los requisitos procesales que exige la figura de la verificación, tal y como ésta está configurada en el Reglamento 17/62:

“Es por ello que la decisión impugnada se adoptó haciendo caso omiso de los principios fundamentales previstos por el art.8 CEDH”⁷⁸⁸.

Así las cosas, la labor del TJCE se ve facilitada sobremanera:

“Las propias demandantes admiten que si se cumplen las condiciones del apartado 3 del artículo 14 del reglamento nº17, no es contrario a los principios fundamentales prescritos por el artículo 8 CEDH una decisión que ordene a una empresa someterse a una verificación”⁷⁸⁹.

En consecuencia, y dado que el TJCE sigue al Abogado General en la interpretación libre que éste último hace en sus Conclusiones del artículo 8 CEDH (y en las que afirma que esta disposición no puede interpretarse en el sentido de que conmine a la Comisión a pedir autorización previa a las autoridades nacionales para realizar una verificación, sino

⁷⁸⁸ Rec.1985, p.2590.

únicamente a hacerles saber su intención de realizarla), el TJCE concluye que no ha existido violación del art.8 y por tanto corresponde desestimar el recurso⁷⁹⁰.

El punto de inflexión del TJCE en materia de inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas lo constituye sin lugar a dudas la sentencia HOESCHT⁷⁹¹. Es en ella donde se produce una mutación radical en el enfoque del TJCE al tema del acceso por parte de la Comisión a los locales comerciales. Aquí, por primera vez, el TJCE hace dos afirmaciones. En primer lugar, el derecho a la inviolabilidad del domicilio no se aplica a las personas jurídicas en el ámbito del Derecho comunitario. En segundo lugar, no consta la existencia de jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo en la materia.

En este asunto, al contrario de lo que ocurrió en el caso AKZO, la empresa investigada se negó categóricamente a ser objeto de una verificación por parte de los Agentes de la Comisión. Según la empresa HOESCHT, una verificación no era más que un registro ilegal por no requerir mandamiento judicial previo del TJCE -que sería la institución judicial competente para otorgarlo⁷⁹². Esta actitud de la empresa, llevó a los Agentes de la Comisión a tener que protagonizar hasta en 3 ocasiones, un intento de verificación, siendo las 3 veces rechazada su pretensión porque en opinión de la demandante la figura de la verificación violaba los derechos fundamentales y procesales protegidos por el art.8 CEDH⁷⁹³.

Estamos en consecuencia ante un planteamiento de la empresa mucho más contundente y drástico que el que veíamos en el caso AKZO. La empresa AKZO consideraba que el art.14 del citado reglamento cumplía las exigencias del art.8 CEDH, pero mantenía que el modo en que se llevó a cabo la verificación en sus locales había incumplido los requisitos del reglamento. En cambio, la empresa HOESCHT impugna todo el sistema establecido por la

⁷⁸⁹ Rec.1985, p.2613.

⁷⁹⁰ Rec.1985, p.2603.

⁷⁹¹ *cit.*, Rec.1989, pp.2859ss.

⁷⁹² Rec.1989, p.2863.

⁷⁹³ La posición de la demandante es bastante explícita: "incluso en el supuesto de que el art.14 Reglamento 17 hubiese de interpretarse en el sentido de que atribuye a la Comisión la facultad de llevar a cabo registros -cosa que el demandante niega- dicho artículo sería ilegal debido a su incompatibilidad con los derechos fundamentales" (Rec.1989, p.2867).

Comisión para realizar verificaciones, llegando incluso la demandante a afirmar que los autores del reglamento lo que quisieron hacer al crear la figura de la verificación realmente fue crear un tipo de registro que, por ser realizado por la Comisión y no por las autoridades nacionales, pudiera violar las garantías constitucionales necesarias para un registro⁷⁹⁴.

La demandante defiende los siguientes argumentos: en primer lugar, existe en el ámbito comunitario el derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho fundamentado en los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros. En segundo lugar, este derecho se aplica a los locales comerciales. En tercer lugar, en virtud de este derecho fundamental, se requiere mandamiento judicial para llevar a cabo registros en locales comerciales. En cuarto lugar, ese mandamiento judicial debe preceder al registro y determinar con detalle sus límites. En quinto y último lugar, el TJCE sería el único órgano con potestad para dictar un mandamiento de registro, no la Comisión.

Existe un dato en este caso que resulta llamativo, consistente en que a pesar de que el demandado (la Comisión) reconoce que existe en Derecho Comunitario el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, sin embargo, el TJCE acaba negando la aplicación del derecho al ámbito comunitario, aunque tal existencia no era discutida por ninguna de las dos partes⁷⁹⁵.

La argumentación en este asunto judicial va *in crescendo* desde la opinión manifestada por el juez ponente en su informe para la vista, pasando por las Conclusiones del Abogado General Jean MISCHO, hasta acabar en el texto de la sentencia del TJCE propiamente dicha. En efecto, en sus Conclusiones, el Sr. MISCHO aún defiende la existencia en Derecho Comunitario del derecho fundamental a la inviolabilidad de los locales, afirmando que ello se desprende de un estudio de los derechos nacionales de los Estados miembros, del CEDH y de la propia jurisprudencia del TJCE (en clara alusión a sentencias como ACCIAIERIA...). Partiendo del reconocimiento de este derecho, el Abogado General concentra su argumentación en demostrar si las verificaciones practicadas con la oposición de la empresa

⁷⁹⁴ Rec.1989, p.2868.

⁷⁹⁵ La opinión de la Comisión la transcribe el juez ponente RODRÍGUEZ IGLESIAS en pág.2870 del Recueil.

cumplían con lo dispuesto en el art.14 del Reglamento 17⁷⁹⁶. Paradójicamente, tras haber realizado una afirmación tan tajante, parece empezar a dudar de sus propias premisas: si antes había mantenido que la existencia del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas se desprendía, entre otros, del CEDH, posteriormente apunta:

“En consecuencia, el derecho a la inviolabilidad del domicilio debe ser considerado como uno de los derechos fundamentales cuyo respeto han de garantizar todas las instituciones de la Comunidad... Surge, no obstante, la cuestión de si ese principio protege asimismo los locales comerciales de las personas jurídicas... la situación no es uniforme en todos los Estados-miembros... Por lo demás la cuestión no está aún clara y definitivamente dilucidada en lo que atañe al artículo 8 del Convenio... Más allá de las divergencias,... os proponemos, pues, al igual que la Comisión, reconocer expresamente la existencia en el ámbito comunitario del derecho fundamental a la inviolabilidad de los locales empresariales”⁷⁹⁷.

En otras palabras, si bien el Abogado General empieza a dudar sobre si el tenor del art.8 CEDH da cabida a la inviolabilidad de las empresas, él propone a pesar de la pretendida laguna u oscuridad del CEDH, protegerlo en Derecho Comunitario. Para ello se apoya en la propia jurisprudencia del TJCE, en concreto en la sentencia ACCIAIERIA E TUBIFICIO de 1960, en la que se declaró que el respeto a la vida privada se extendía a los locales comerciales, tanto si estos son de propiedad de un individuo como de una sociedad. Sin embargo, inmediatamente después, el Abogado General hace constar que aunque se reconozca la aplicación de este derecho a las personas jurídicas, su inviolabilidad no puede ser de igual intensidad que en el caso del domicilio particular⁷⁹⁸. A este respecto, recuerda la posibilidad que establece el art.8.2 CEDH, que consagra la potestad del legislador para disponer excepciones (bajo determinadas condiciones) al principio de la inviolabilidad del domicilio. En este sentido, el Sr.MISCHO reitera lo ya mantenido por el TJCE en otra sentencia (AKZO): el art.14 del Reglamento 17/62 no incumple las exigencias del art.8.2 CEDH, por lo

⁷⁹⁶ Rec.1989, p.2877.

⁷⁹⁷ Rec.1989, p.2893.

⁷⁹⁸ Rec.1989, p.2893.

cual la decisión de proceder a una verificación no es contraria a los principios fundamentales consagrados por el art.8 CEDH⁷⁹⁹.

Su análisis progresivo del tema a medida que avanza en sus Conclusiones, lleva al Sr.MISCHO a finalizar matizando la opinión que manifestó al principio de su texto en el sentido de que el ordenamiento comunitario protegía el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas. Ahora no se atreve a llegar tan lejos, de modo que se limita a decir que, independientemente de si se aplica el derecho al domicilio de las empresas, el art.14 del Reglamento no suscita problemas de legalidad.

Consideramos censurable el ritmo de la argumentación jurídica del Abogado General - un ritmo cambiante y veleta-, que le lleva a, en vez de defender en todo momento los planteamientos que mantenía al principio de su texto, ir matizándolos, ir desdiciéndose subrepticia y sibilamente de lo dicho, hasta el punto de que finalmente ya no se puede afirmar a ciencia cierta si de las Conclusiones se extrae una opinión favorable o desfavorable hacia la aplicación del derecho a la inviolabilidad de las personas jurídicas. Estas Conclusiones se nos antojan como el texto de alguien que duda, que no tiene una opinión formada en la materia y que tampoco osa ofrecer un planteamiento personal y atrevido en favor del derecho que es objeto de estudio. En realidad, parece temer ser contradicho por la posterior sentencia del TJCE, razón por la que no se define claramente.

De hecho, si el Abogado General hubiera optado por un reconocimiento sin fisuras ni dudas de este derecho, se habría producido una contradicción absoluta entre éste y el TJCE, puesto que el Tribunal en su sentencia dio un revés total a su jurisprudencia en ACCIAIERIA. El TJCE ahora indica que:

“En tanto que el reconocimiento del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de las personas físicas viene impuesto en el ordenamiento jurídico comunitario como principio común a los derechos de los Estados-miembros, no sucede así en lo que se refiere a las empresas, pues los sistemas jurídicos de los Estados-miembros presentan divergencias no desdeñables en cuanto a la naturaleza y el grado de protección de los locales

⁷⁹⁹ Rec.1989, pp.2894 y 2895.

empresariales frente a las intervenciones de las autoridades públicas. No puede extraerse otra conclusión diferente del artículo 8 del CEDH”⁸⁰⁰.

Para justificar su giro jurisprudencial, el TJCE se esmera en razonar la bondad del régimen de verificaciones establecido en el Reglamento 17/62. Para ello, analiza, como ya hiciera en sentencias anteriores, las características, contenido y alcance de las verificaciones, las garantías que ofrece este sistema y los recursos ejercitables contra la decisión de proceder a una verificación. Así, aun reconociendo el carácter amplio de las verificaciones (que ofrecen a los Agentes de la Comisión la facultad de acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte de una empresa, así como buscar elementos de información que no sean conocidos por la Comisión previamente o no estén plenamente identificados⁸⁰¹) el TJCE recuerda la obligación impuesta a la Comisión de indicar el objeto y finalidad de la verificación como exigencia fundamental, aunque hace constar que ello no implica que deba poner en conocimiento de la empresa todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni tampoco efectuar una continua calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, sino únicamente indicar con claridad los indicios que pretende comprobar⁸⁰². Asimismo, recuerda qué alcance puede tener una verificación (posibilidad de requerir la presentación de documentos, de entrar en los locales que designen, pedir que sea mostrado el contenido de los muebles que se señalen...). Por el contrario, no pueden forzar el acceso a locales ni a muebles, ni compeler al personal de la empresa a facilitarles dicho acceso, ni tampoco emprender registros sin la autorización de los representantes de la empresa. En cambio, cuando la Comisión tropieza con la oposición de las empresas afectadas, sus Agentes pueden buscar todos los elementos de información necesarios para la verificación con el concurso de las autoridades nacionales que están obligadas a prestarles asistencia para el cumplimiento de su tarea.

En este punto, merece la pena señalar la oscuridad de la actuación de la Comisión en el curso de una, así llamada, verificación. ¿Cuál es el límite entre una verificación y un registro?

⁸⁰⁰ Rec.1989, p.2860.

⁸⁰¹ Rec.1989, p.2860.

⁸⁰² Rec.1989, p.2862.

¿Por qué señala el TJCE que la Comisión puede realizar una verificación pero que, sin embargo, tiene vedado emprender un registro sin la autorización de los representantes de la empresa? Cabría señalar que esta es precisamente la misma crítica que la empresa HOESCHT hace a la Comisión: las actuaciones que lleva a cabo la Comisión, independientemente del nombre que se le quiera dar, son registros que se efectúan mediante una simple orden escrita de la Comisión y no en virtud de un mandato judicial previo. Se trataría de un régimen que se sustrae del sistema de garantías que se exigen en el nivel nacional⁸⁰³.

El TJCE zanja la polémica de manera expeditiva, con la frase que ha hecho famosa esta sentencia. Tras señalar la importancia que tienen los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario y recordar la importancia del CEDH como fuente de inspiración para localizar los principios a través de los cuales se protegen los derechos fundamentales, señala que “la inviolabilidad del domicilio no puede por tanto extenderse a los locales empresariales” añadiendo además, que “ha de señalarse la inexistencia de jurisprudencia del TEDH sobre esta cuestión”⁸⁰⁴ aunque ello no empece a que, sobre la base de la existencia de protección en los derechos nacionales de los Estados miembros frente a injerencias arbitrarias o desproporcionadas, también en Derecho Comunitario debe existir un principio general que redunde en un mínimo de protección frente a intromisiones arbitrarias. Dicho de otro modo: una cuestión es que no exista en Derecho Comunitario un derecho fundamental a la inviolabilidad de los locales comerciales, y otra que no pueda existir un principio comunitario que excluya las intervenciones públicas de carácter desproporcionado o arbitrario en la esfera de actividad de las personas físicas y jurídicas⁸⁰⁵.

Tras realizar esta disquisición teórica entre derecho fundamental/principio comunitario (cuyo fin es aminorar las críticas que podría suscitar su novedosa opinión contraria al reconocimiento en Derecho Comunitario del mencionado derecho) el TJCE analiza las características de las verificaciones de la Comisión con el objeto de demostrar que se trata de

⁸⁰³ Rec.1989, p.2922.

⁸⁰⁴ Rec.1989, p.2922.

⁸⁰⁵ Esta opinión del TJCE es corroborada por el juez ponente de este caso en un reciente artículo: RODRÍGUEZ IGLESIAS, *op.cit*, en *El Defensor...* p.220.

intervenciones de la autoridad pública proporcionadas y no arbitrarias. Destaca su convencimiento de que la presentación de mandato escrito o de una decisión comunitaria bastan para que la empresa esté obligada a someterse a la verificación, contrariamente a lo que ocurre en el Derecho de los Estados miembros⁸⁰⁶.

En conclusión, estamos ante una sentencia clave para comprender el enfoque que el TJCE da a los derechos del CEDH. Un enfoque novedoso, y en este caso, restrictivo de los derechos incluidos en este tratado. La interpretación del TJCE es libre, y hasta cierto punto, contradice la del Abogado General y el juez ponente, así como la suya propia en su jurisprudencia previa⁸⁰⁷. El TJCE no parece demasiado interesado en realizar un estudio riguroso de los situaciones similares que se hubieran podido plantear ante las instancias de Estrasburgo (como se verá más tarde) limitándose a negar la existencia de jurisprudencia en esta sede. Parece como si para los jueces de Luxemburgo esa pretendida ausencia de jurisprudencia en Estrasburgo, autorizara al TJCE para ofrecer una lectura propia del CEDH de carácter agresivo, provocador y, por ser negadora de derechos, inquietante y reaccionaria.

En su posterior jurisprudencia, el TJCE se ha ratificado en su restrictiva interpretación del artículo 8 del CEDH, negando la existencia del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las empresas, p.ej. en las sentencias DOW CHEMICAL IBERICA y DOW BENELUX⁸⁰⁸. Tanto una como otra sentencia siguen las enseñanzas de la sentencia HOESCHT a la cual prácticamente copian, salvo paradójicamente, en un detalle: ambas evitan afirmar que no exista jurisprudencia del TEDH sobre el particular. Esta omisión quizá sea debida a un cierto pudor del TJCE de caer nuevamente en el error de entrometerse en la actividad de los órganos de esta organización -con el consiguiente riesgo de cometer equivocaciones- o incluso por la certeza del TJCE de haber actuado demasiado a la ligera en la sentencia HOESCHT cuando

⁸⁰⁶ Rec.1989, p.2923.

⁸⁰⁷ RUÍZ-JARABO, con lenguaje cauto, dice que el TJCE en esta sentencia “parece apartarse algo” de la línea protectora maximalista que el TJCE había seguido anteriormente (RUÍZ-JARABO COLOMER, Dámaso: “Noticia sobre la Última Jurisprudencia del TJCE en Materia de Derechos Fundamentales”, en *Poder Judicial*, 1990, vol.18, nº6, pp.91-98, p.97).

⁸⁰⁸ *vide* sentencias de 17 de Octubre de 1989, DOW CHEMICAL IBERICA/COMISIÓN, as.ac.C-97-99/87 y DOW BENELUX /COMISIÓN, C-85/87, Rec.1989, pp.3137ss.

declaró la ausencia de una jurisprudencia que ahora en DOW BENELUX y DOW CHEMICAL IBERICA ya conoce.

De estas dos últimas sentencias, que por lo demás utilizan el mismo razonamiento que HOESCHT, destaca la paradoja de que si bien el TJCE se erige en instancia que controla el carácter excesivo de las verificaciones de la Comisión, sin embargo considera finalmente que el que la verificación en cuestión se realizase sin el recurso a las autoridades nacionales y sin observar las garantías del procedimiento -debido a una interpretación errónea de los Agentes de la Comisión del art.14 del Reglamento 17/62-, no obstante ello no puede acarrear la ilegalidad de las decisiones adoptadas al amparo de esta disposición. La conclusión del TJCE difícilmente demuestra, en nuestra opinión, la garantía que para la empresa debería suponer la posibilidad de impugnar la verificación ante el TJCE. También resulta llamativa la diferencia que marca el TJCE en ambas sentencias entre la verificación y el registro, exigiendo sólo para el segundo el mandamiento judicial previo. Llama la atención el que en ninguno de estos casos el TJCE establezca la diferencia que existe entre la verificación y el registro.

Además, destaca la interpretación *sui generis* que del art.8 realiza el TJCE en la sentencia DOW BENELUX. Según esta interpretación, el objeto de la protección del art.8 CEDH abarcaría únicamente el ámbito de desenvolvimiento de la libertad personal del hombre⁸⁰⁹.

2.3.2. Jurisprudencia de los órganos del CEDH

Una vez vista la cambiante postura del TJCE en relación al derecho a la inviolabilidad del domicilio, es ahora el momento de repasar la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo en relación a este mismo derecho. Ello nos permitirá comprobar la existencia de una contradicción entre ambas que en nada ayuda ni a la seguridad jurídica en Europa ni a la protección de los derechos fundamentales. Consideramos que a quien más reprochable es esta contradicción es al TJCE, que debería seguir la interpretación que del CEDH hacen los

⁸⁰⁹ Rec.1989, p.3157.

órganos creados al efecto por el mismo CEDH para interpretarlo (Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos). Y evitar interpretar por sí mismo el CEDH (o hacerlo cauta en lugar de arriesgadamente) cuando no existe jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo.

En este sentido, por más que haya que coincidir en que en la jurisprudencia de Estrasburgo las oportunidades que se han tenido para tratar el derecho a la inviolabilidad del domicilio se inclinan de modo abrumador hacia las personas físicas como beneficiarios⁸¹⁰, no menos cierto es también que el TEDH ha contado cuanto menos con dos ocasiones para estudiar su aplicación a las personas jurídicas. En ambas ocasiones -implícitamente en el primero⁸¹¹ y explícitamente en el segundo⁸¹², el TEDH ha demostrado que la interpretación que del art.8 CEDH hacía el TJCE negando la existencia del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas (y optando de este modo por el recurso del mínimo común denominador en el nivel de protección⁸¹³) era errónea⁸¹⁴.

Efectivamente, el derecho a la inviolabilidad del domicilio garantizado por el art.8 CEDH había de ser interpretado como incluyendo en su ámbito de protección a las empresas, como confirma -aunque no al cien por cien- el asunto CHAPPELL, el cual podía haber sido consultado y citado por el TJCE en la sentencia HOESCHT dado que precedió temporalmente a HOESCHT en casi medio año.

El asunto CHAPPELL trataba sobre la reclamación de un comerciante en vídeos británico que había sufrido un registro de la policía en su videoteca por albergarse serias sospechas de que comerciaba con vídeos reproducidos de modo fraudulento en violación de la

⁸¹⁰ *vide* sentencias MIALHE/FRANCIA de 15 de Febrero de 1993, Serie A, nº256-C; LÓPEZ OSTRÁ/ESPAÑA de 9 de Diciembre de 1994, Serie A, nº303-C; FUNKE/FRANCIA de 25 de Febrero de 1993, Serie A, nº256-A; MURRAY/REINO UNIDO de 28 de Octubre de 1994; CRÉMIEUX/FRANCIA de 25 de Febrero de 1993, Serie A, nº256-B y GILLOW/REINO UNIDO de 24 de Noviembre de 1986, Serie A, nº109.

⁸¹¹ Sentencia de 30 de Marzo de 1989, asunto CHAPPELL/REINO UNIDO, Serie A, vol.152, nº522.

⁸¹² Sentencia de 16 de Diciembre de 1992, asunto NIEMETZ/GERMANY, Serie A, vol.251-B.

⁸¹³ *vide* RÜDIGER *cit.*, p.271.

⁸¹⁴ Error del que se hace eco COHEN-JONATHAN, quien aboga por “vigilar a los jueces de Luxemburgo para evitar más errores e interferencias con Estrasburgo” (COHEN-JONATHAN, Gérard “La Commission Européenne des Droits de l’Homme et le Droit Communautaire: Quelques Précédents Significatifs”, en *Europe*

legislación nacional en materia de derechos de autor. El registro en cuestión habría sido realizado al parecer repleto de irregularidades: excesivo número de agentes implicados en la operación de registro, requisito de material propiedad del Sr.CHAPPELL, ausencia de la preceptiva información al interesado de su derecho a obtener asistencia legal de un abogado, lectura de correspondencia privada en busca de evidencias de los delitos, realización de copias de documentos privados sin llevar a cabo el preceptivo inventario...

El caso no se resolvió mediante acuerdo amistoso ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, sino que fue elevado al TEDH por la misma, quien sin embargo, no consideraba en su informe de 14 de Octubre de 1987 que existiese violación del convenio⁸¹⁵.

Por su parte, el TEDH que claramente ve en el caso una interferencia de las autoridades públicas, dedica su estudio a comprobar si tal interferencia está permitida por el art.8.2 CEDH por estar prevista por la ley, ser necesaria en una sociedad democrática y proporcionada al fin perseguido. Al respecto, el TEDH señala la legalidad del tipo de registro realizado por la policía británica (bajo una modalidad denominada Anton Piller Order) así como su necesidad dada la gravedad de los perjuicios que produce en los derechos de autor la reproducción no autorizada de sus obras. Por otro lado, deja claro en contra de lo alegado por el demandante, que no les es exigible a las autoridades públicas el notificar con antelación la realización de un registro a quienes lo van a sufrir. De lo contrario, se limitaría sobremanera la posibilidad de localizar pruebas de delitos⁸¹⁶.

No obstante, existe un aspecto dentro del tema general de la inviolabilidad del domicilio en el que el TEDH y el TJCE están en sintonía. En concreto, se trata de la decisión de ambos tribunales en el sentido de que ni las verificaciones ni los registros, es decir, ningún tipo de visita de inspección en general, requieren desde el punto de vista legal para su puesta en práctica la previa notificación a los afectados. Tanto la empresa NATIONAL PANASONIC ante el TJCE como CHAPPELL ante el TEDH habían alegado la ilegalidad de

1994, n°9, pp.3-5, p.5). Sin embargo, ilustres juristas miembros del TJCE, defienden el parecer de este Tribunal (MOITINHO DE ALMEIDA, Jose Carlos: *op.cit*, 1993, p.109).

⁸¹⁵ p.21 de la citada sentencia.

⁸¹⁶ p.24 de la citada sentencia.

la actuación de verificación y registro, respectivamente, por no haber recibido comunicación previa por parte de la autoridad que iba a efectuar la visita de inspección. Sin embargo, TJCE y TEDH coinciden en que la notificación previa a los afectados no es requisito *sine qua non* para su realización legal. Efectivamente, de mediar la notificación previa, la visita de inspección perdería el elemento sorpresa que determina habitualmente el éxito o fracaso de la operación.

Volviendo al asunto CHAPPELL, nos encontramos ante un caso en el que el TEDH, en principio y sólo implícitamente, reconoce el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas (en concreto, de una videoteca) aunque admite que ese derecho no es absoluto, sino que caben restricciones justificadas y legales *ex art.8.2 CEDH*. Ahora bien, no nos es posible en este caso afirmar aún categóricamente que el TEDH protege el derecho a la inviolabilidad de las empresas. Dos son los obstáculos:

En primer lugar, esta sentencia parece dar por hecho este derecho y por ello el Tribunal no se toma la molestia de mencionar explícitamente en ningún momento el hecho de que también los locales comerciales están protegidos por el art.8.

En segundo lugar, interesa realizar una matización que empaña la rotundidad con que, en otras circunstancias, habríamos podido concluir diciendo que este caso demuestra que también las personas morales quedan protegidas por el art.8 CEDH, a saber: si bien es cierto que el edificio en el que se llevó a cabo el registro constituía sin duda un local de negocios del Sr.CHAPPELL y que todas sus estancias estaban dedicadas a actividades comerciales (venta, exhibición y préstamo de vídeos, oficinas para empleados, estancias de reproducción de cintas...) también es cierto que en una de ellas habitaba el Sr.CHAPPELL. Cabe por tanto plantearse, aunque esta interpretación resulte un tanto forzada, si el TEDH analizó el art.8 CEDH en relación al caso del Sr.CHAPPELL por la única razón de que su local comercial también le servía como hogar, aunque no estuviese acondicionada para tal fin ni ese fuese el fin natural del local⁸¹⁷.

⁸¹⁷ p.15 de la citada sentencia.

Afortunadamente, todas las dudas se despejan con el caso NIEMETZ, en el que claramente los locales que fueron objeto de registro eran locales en los que se ejercían únicamente actividades profesionales (en concreto, se trataba de un despacho de abogado).

Los antecedentes fácticos del caso eran los siguientes: las autoridades alemanas sospechaban que el Sr.NIEMETZ era el autor de una carta ofensiva enviada a un tribunal bajo un nombre falso. Convencidas las autoridades policiales de poder encontrar en su despacho profesional elementos que incriminasen al Sr.NIEMETZ, el Fiscal competente solicitó una orden de registro al tribunal. El caso llegó a la Comisión Europea de Derechos Humanos y posteriormente al TEDH. Ambos consideraron que este registro había violado el art.8 por su falta de justificación y de proporcionalidad y por no haberse probado su necesidad. La argumentación del TEDH no admite duda ni interpretación en contrario: el respeto de la vida privada debe englobar, en una cierta medida, el derecho para el individuo de entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes. Parece no haber ninguna razón de principio para considerar esta manera de comprender la noción de vida privada como excluyente de las actividades profesionales o comerciales: después de todo es en el ámbito del trabajo en el que la mayoría de las gentes desarrollan, en la mayor parte de las ocasiones, sus vínculos con el mundo exterior. Un hecho lo confirma: en las ocupaciones de una persona, no siempre se puede distinguir claramente lo que pertenece al ámbito profesional y lo que está fuera del mismo.

2.3.3. Conclusiones de la comparación

Las conclusiones de la comparación de la jurisprudencia de los órganos de Luxemburgo y Estrasburgo son las siguientes:

1. Existe una contradicción clara entre la más reciente jurisprudencia de Luxemburgo (casos HOESCHT, DOW CHEMICAL IBERICA, DOW BENELUX) y la de Estrasburgo en CHAPPELL y, sobre todo, en NIEMETZ.

2. Si bien la sentencia NIEMETZ es posterior a las del TJCE, no ocurre lo mismo con la sentencia CHAPPELL y el informe previo de la Comisión Europea de Derechos Humanos en este asunto, los cuales el TJCE no cita en sus sentencias, afirmando incluso la falta de jurisprudencia de Estrasburgo sobre este particular. Ello demuestra su desconocimiento de la labor de los órganos del Convenio.

3. El TJCE no tenía porqué haber realizado esta interpretación tan restrictiva y minimalista del art.8 CEDH⁸¹⁸. De hecho, en su jurisprudencia anterior había llegado a alcanzar el mismo resultado (confirmar la legalidad de las visitas de inspección de la Comisión) a través de una vía menos traumática para los derechos fundamentales: de entrada se afirmaba que del derecho a la inviolabilidad del domicilio también disfrutaban las empresas, pero a continuación se razonaba la legalidad de la intromisión en este derecho por la vía del art.8.2 CEDH.

4. Se puede albergar la duda sobre cuál será la futura postura del TJCE tras los pronunciamientos de los órganos de Estrasburgo. Dado que el caso NIEMETZ, el más clarificador de entre la jurisprudencia de Estrasburgo, es posterior a la jurisprudencia de Luxemburgo que niega la aplicación a locales comerciales y empresariales del derecho a la inviolabilidad del domicilio, quizá habría que dar un margen de confianza al TJCE, esperando que en la próxima ocasión en que se plantee un asunto con estas características, vuelva a su primera jurisprudencia (ACCIAIERIA) y admita de nuevo la existencia del derecho a la inviolabilidad de las personas jurídicas. Sería deseable que esto fuera así ya que en materia de derechos fundamentales, la autoridad y legitimidad moral que tiene el TEDH no la posee el TJCE⁸¹⁹.

⁸¹⁸ Otros autores, de modo más expeditivo, califican esta jurisprudencia de Luxemburgo como “paso hacia atrás”, como “riesgo de alcanzar un nivel de protección inferior al establecido por el CEDH” (NIELSEN, Henri Karl: “The Protection of Fundamental Rights in the Law of the European Union”, en *Nordic Journal of International Law* 1994, vol.63, pp.213-243, p.230). De la misma opinión: LAWSON, 1994, *op.cit.*, p.245.

⁸¹⁹ “Cet exemple prouve en tout cas que la Cour de Luxembourg -dont la fonction première ne concerne pas les droits de l’homme- ne présente pas le même niveau de sensibilité que les juges de Strasbourg pour des problèmes délicats de ce genre, ayant trait notamment à la portée de l’article 8 de la Convention” (COHEN-JONATHAN, 1996, *op.cit.*, p.140).

5. A pesar de lo expuesto en los puntos anteriores, es necesario recordar que la nota habitual será la conformidad entre la jurisprudencia de Luxemburgo y la de Estrasburgo. No podría ser de otro modo: lo llamativo es el caso excepcional de contradicción, no los muchos aspectos en los que ambas jurisprudencias coinciden. Uno de ellos se manifiesta en la interpretación idéntica que Estrasburgo y Luxemburgo realizan de un aspecto concreto de la inviolabilidad del domicilio: la no exigencia de notificación previa a los afectados sobre la intención de proceder a una visita de inspección.

2.4. El secreto de las comunicaciones

2.4.1. Jurisprudencia de las instancias judiciales de las CCEE

Otro de los aspectos del derecho contemplado en el art.8 CEDH es el secreto de las comunicaciones, al que, sin embargo, esta disposición convencional no denomina de este modo. En realidad, el art.8 CEDH habla del derecho al respeto de la correspondencia. Obviamente, si interpretamos el art.8 teniendo en cuenta sus términos estrictos, el ámbito de protección material de este derecho sería bastante limitado, ya que alcanzaría únicamente a las comunicaciones postales escritas de las personas. Sin embargo, el TEDH ha hecho una interpretación evolutiva y teleológica de este precepto basándose en el art.31 del CVDT, acomodando su ámbito de protección a los nuevos tiempos. En efecto, ha entendido que el art.8 no sólo cubre las comunicaciones escritas, sino también las comunicaciones telefónicas⁸²⁰. De ahí el tenor más amplio del título de este epígrafe, que en nuestra opinión hoy por hoy, y a pesar de que el TEDH no ha tenido la oportunidad de pronunciarse aún sobre otro tipo de comunicaciones, también afectaría al campo de las telecomunicaciones en general (mensajes de fax y correo electrónico, etc..).

En esta materia, nos encontramos con un nuevo caso de disparidad de opiniones jurídicas entre los órganos de Luxemburgo y Estrasburgo, disparidad que sin embargo se salda

⁸²⁰ *vide* p.ej. sentencia de 6 de Septiembre de 1978 KCLASS y OTROS/RFA, Serie A, nº28; sentencia de 23 de Noviembre de 1993 A/FRANCIA, Serie A, nº277-B; sentencia de 24 de Abril de 1990 HUVIG/FRANCIA, Serie A, nº176-B y sentencia de 24 de Abril de 1990 KRUSLIN/FRANCIA, Serie A, nº176-A.

en favor del TJCE por procurar éste un nivel de protección mayor a la víctima. En concreto, la jurisprudencia afectada es la relativa a una faceta muy específica de la confidencialidad de las comunicaciones, como son las peculiares relaciones que unen a un abogado con su cliente⁸²¹. Estas relaciones son merecedoras de una especial y redoblada protección en virtud de la importancia que reviste el que abogado y cliente puedan libre, privada y convenientemente discutir sin interferencias ni intromisiones sobre aspectos de la defensa de una persona, sea ésta física o jurídica. Así lo ha entendido el TJCE, quien en la sentencia AM & S se hace eco de este planteamiento. En este caso, a pesar de que el CEDH no hace referencia al art.8 CEDH, sí cita las tradiciones constitucionales comunes y los principios del orden comunitario dando la razón a la empresa que se negaba a presentar a la Comisión la correspondencia mantenida con su abogado. La empresa en cuestión, AM & S EUROPE invocaba el principio de confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente para no ofrecer sus documentos postales. El TJCE entendió que así debía ser interpretado este principio, indicando que el derecho al secreto de las comunicaciones entre un abogado y su cliente, en ambos sentidos, se reconoce como derecho fundamental, constitucional o incluso como un

⁸²¹ La confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente es un derecho que tiene una doble adscripción. Por un lado, afecta al secreto de las comunicaciones (y por tanto, al art.8 CEDH). Por otro lado, la confidencialidad de unas comunicaciones tan especiales como son las que unen a un abogado con su cliente son un privilegio con el que cuentan los inculcados en virtud de sus derechos de defensa. Por tanto, también estaría protegido por el art.6.3.b CEDH cuando éste habla del derecho de todo acusado a disponer de facilidades para preparar su defensa. Esta doble adscripción del derecho ha sido puesta de relieve por el Abogado General WARNER en sus Conclusiones al caso AM & S: “[El derecho a la confidencialidad] se ha desarrollado no sólo a través del concepto de secreto profesional, sino también sobre la base de los conceptos de los derechos de la defensa y del secreto de la correspondencia” (Sentencia del TJCE de 18 de Marzo de 1982, AM & S/COMISIÓN, C-155/79, Rec.1982, pp.1575ss, p.1635).

Ello también se pone de relieve en casos ante el TEDH. P.ej. en el asunto CALOGERO DIANA/ITALIA (sentencia del TEDH de 15 de Noviembre de 1996, nº694) en el que la intervención de la correspondencia de un preso con su defensor recibió el calificativo de “contraria al art.8” por el TEDH. En el asunto, el recurrente también alegaba la violación del art.6.3 CEDH. No obstante, el TEDH entendió que, aunque era cierta la violación de los derechos de la defensa, su reclamación quedaba cubierta con la del art.8, que había sido ya estimada por el TEDH. De este modo el TEDH vinculaba ambos artículos del CEDH, demostrando su intrínseca relación respecto al derecho a la confidencialidad.

En la doctrina, DÍEZ DE VELASCO, refiriéndose también al caso AM & S, señala la relación que media entre el secreto de las comunicaciones y la vida privada de la persona (DÍEZ DE VELASCO 1991, “La Declaración de los Derechos...”, *cit.* p.439).

Por la relación tan estrecha que guarda el principio de confidencialidad tanto con el artículo 8 como con el 6 CEDH, será tratado bajo estos dos prismas en esta tesis. Ahora, en el seno del estudio del secreto de las comunicaciones protegido por el art.8 CEDH, lo trataremos desde la perspectiva del respeto de la vida privada.

derecho humano, en los diferentes países de la CE, en los que es accesorio o complementario de otros similares expresamente reconocidos y, en tanto que tal, debería ser reconocido y aplicado como elemento integrante del ordenamiento comunitario⁸²². En esta sentencia, el TJCE razona los motivos que le llevan a proteger este derecho, los cuales coinciden con lo anteriormente expuesto por nosotros:

“Esta confidencialidad responde, en efecto, a una exigencia cuya importancia se reconoce en todos los Estados-miembros, esto es, la necesidad de que todo justiciable pueda dirigirse con entera libertad a su Abogado”⁸²³.

2.4.2. Jurisprudencia de los órganos del CEDH

La rotundidad y firmeza con que el TJCE protege este derecho contrasta con la respuesta que dio el TEDH al asunto S/SUIZA⁸²⁴. En este asunto, si bien no se invocó el art.8, sino sólo los derechos de la defensa del art.6, en nuestra opinión quedaba afectado el secreto de las comunicaciones, concretamente, el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente. El demandante (una persona física) reprochaba a las autoridades suizas, entre otras cosas, haber vigilado y escuchado sus encuentros con su abogado. A pesar de los antecedentes fácticos, el TEDH dio una respuesta apocada. El TEDH indicó que, a diferencia de lo que ocurre en varias legislaciones internas y en el Convenio Americano de Derechos Humanos, en el CEDH no se consagra en términos expresos el derecho para el acusado de comunicar sin obstáculos con su defensor. Consideramos este juicio cuanto menos como incompleto, poco acertado, excesivamente formalista y timorato, ya que el TEDH se podría haber referido al derecho más general a la vida privada y al secreto de las comunicaciones. A continuación, el TEDH podría haber impuesto límites a este derecho (los enunciados en el párrafo 2º del art.8 CEDH) para justificar en determinados casos la audiencia

Posteriormente, en el capítulo relativo a los derechos de defensa, será tratado como aspecto del derecho de toda persona a obtener las máximas facilidades para preparar su defensa.

⁸²² Rec.1982, p.1607.

⁸²³ Rec.1982, p.1610.

o acceso de un tercero a las comunicaciones entre abogado y cliente. Es más, resulta llamativo que el TEDH no aplique en este asunto el razonamiento que aplicó en 1978 en el asunto KLASS⁸²⁵, en el que el Tribunal revela que cuando un Estado establece una vigilancia secreta cuya existencia resulta desconocida por la persona que es controlada, el art.8 CEDH podría en larga medida ser reducido a la nada, añadiendo no obstante que el TEDH reconoce que consideraciones de interés público podrían permitir a las autoridades en virtud de lo dispuesto en el 8.2, buscar un equilibrio entre el ejercicio por el individuo de su derecho y la necesidad de imponerle a éste limitaciones con el fin de proteger a la sociedad en su conjunto.

El TEDH, en otros casos sobre la comunicación entre abogado y cliente, sí ha hecho referencia al art.8 CEDH, así como a las injerencias más amplias que se pueden realizar a este derecho en base al art.8.2 en la persona de un detenido que respecto a otra que goce de libertad. Tal interpretación del párrafo 2º del art.8 se debería a que la defensa del orden y la prevención de infracciones penales parecen más amenazadas en el caso de una persona con antecedentes y que ha sido objeto de detención. Así ocurre, p.ej, en la sentencia SCHÖNENBERGER Y DURMAZ/SUIZA⁸²⁶ en la que el objeto en litigio era una carta en la que el Sr.SCHÖNENBERGER daba al Sr.DURMAZ, que estaba encarcelado, consejos relativos a un procedimiento penal pendiente y a los modos posibles de obstaculizar su buena marcha. También ocurre esto en la sentencia CAMPBELL⁸²⁷, en la que además el TEDH defiende la necesidad de respetar la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente y en el asunto CALOGERO DIANA⁸²⁸, en el que un ex-militante de las Brigadas Rojas que se encontraba cumpliendo condena argumentó con éxito que la interceptación y posterior lectura de su correo había violado su derecho al disfrute del art.8 CEDH ya que tal interceptación no estaba prevista por la ley porque, aunque había sido decidida por el juez penitenciario, sin embargo la ley que permitía esta interceptación era demasiado vaga, daba demasiado margen de discreción a las autoridades, no exigía informar sobre las razones que

⁸²⁴ Sentencia de 28 de Noviembre de 1991, S/SUIZA, Serie A, nº220.

⁸²⁵ *vide supra* Serie A, nº28.

⁸²⁶ Sentencia de 20 de Junio de 1988, SCHÖNENBERGER Y DURMAZ/SUIZA, Serie A, nº137.

⁸²⁷ Sentencia de 25 de Marzo de 1992, CAMPBELL/REINO UNIDO, Serie A, nº233.

motivaban esta interceptación y por todo ello no permitía a CALOGERO DIANA disfrutar del mínimo nivel de protección exigible en una sociedad democrática. Idénticos antecedentes de hecho e idéntico resultado se produjeron en el caso DOMENICHINI⁸²⁹. Asimismo el TEDH ha declarado que la grabación de conversaciones telefónicas y la práctica del recuento (sistema que permite a las autoridades policiales acceder a los números marcados desde un teléfono concreto)⁸³⁰, la restricción de 28 días impuesta por vía disciplinaria a la entrega de la correspondencia de una persona⁸³¹, la negativa a dar curso a la correspondencia de un enfermo psiquiátrico hospitalizado⁸³², la intervención de la correspondencia privada durante un registro domiciliario practicado por las autoridades aduaneras⁸³³, constituyen todos ellos atentados arbitrarios a los derechos garantizados en el art.8.1 CEDH a menos que se demuestre su compatibilidad con los requisitos de su párrafo 2. Incluso recientemente el TEDH ha llegado más lejos declarando que las llamadas telefónicas hechas desde la empresa pueden quedar cubiertas por las nociones de vida privada y correspondencia del art.8.1 CEDH y por tanto ser merecedoras de tal protección⁸³⁴.

2.4.3. Conclusiones de la comparación

Las conclusiones de este estudio comparado sobre la jurisprudencia de los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo sobre el secreto de las comunicaciones, son las siguientes:

1. Son pocas las ocasiones en las que el TJCE ha tenido la ocasión de analizar el derecho al secreto de las comunicaciones. Sin embargo, cuando ha tenido la oportunidad de

⁸²⁸ *vide supra*, Serie A, n°694.

⁸²⁹ Sentencia del TEDH de 15 de Noviembre de 1996, DOMENICHINI/ITALIA, Serie A, n°695.

⁸³⁰ Sentencia de 12 de Agosto de 1984 MALONE/REINO UNIDO, Serie A, n°82; sentencia de 12 de Julio de 1988, SCHENK/SUIZA, Serie A, n°140 y sentencia de 15 de Junio de 1992 LÜDI/SUIZA, Serie A, n°238.

⁸³¹ Sentencia de 30 de Agosto de 1990 McCALLUN/REINO UNIDO, Serie A, n°183.

⁸³² Sentencia de 24 de Septiembre de 1992, HERCZEGFALVY/AUSTRIA, Serie A, n°244.

⁸³³ Sentencias de 25 de Febrero de 1993 a los asuntos FUNKE/FRANCIA *cit.*; CRÉMIEUX/FRANCIA *cit.* y MIALHE/FRANCIA, *cit.*

⁸³⁴ Sentencia del TEDH de 25 de Junio de 1997, HALFORD/REINO UNIDO, Serie A, n°694.

hacerlo, este tribunal ha puesto de manifiesto una jurisprudencia claramente protectora de este derecho en favor de personas.

2. Comparativamente hablando, el TJCE ha realizado una interpretación del secreto de las comunicaciones más favorable al particular que el TEDH. En su interpretación de este concepto, el TJCE nos demuestra lo que debería ser su regla general: la utilización de los derechos del CEDH como mínimo común denominador, a partir del cual mejorar la protección a nivel comunitario⁸³⁵. Por ello, en el ámbito del secreto de las comunicaciones, la incompatibilidad entre Luxemburgo y Estrasburgo no nos merece la misma importancia que en otros ámbitos en los que la interpretación del TJCE ha resultado más restrictiva de derechos que la del TEDH. Parece loable que la interpretación que en el TJCE se realice de artículos del CEDH, aunque partiendo de la base de la de Estrasburgo, la supere en niveles de protección.

3. Conclusiones

La conclusión de este estudio de la jurisprudencia comparada de los órganos judiciales de las CCEE y de los de las instancias del CEDH en torno los derechos del art.8 es que existen contradicciones entre la jurisprudencia de ambas. La mayoría de estas contradicciones no son de peso, sino pequeñas contradicciones, o desencuentros y contradicciones latentes que pueden convertirse en el futuro en auténticas incoherencias. Este sería el caso si el TJCE y el TPI persisten en que tras una información completa y veraz a una persona sobre su estado de salud, si ésta persiste en su negativa a someterse a pruebas médicas complementarias, se le puede rechazar su candidatura a un puesto de trabajo. O si sigue invocando la falta de nexo comunitario para eludir tratar el asunto desde el punto de vista del derecho al nombre como derecho fundamental cuando el asunto claramente sí entra en el ámbito comunitario por afectar al ejercicio de la libertad de circulación.

⁸³⁵ En palabras de NIELSEN *op.cit.*, p.228: “AM & S is an interesting example of the recognition of a Union individual right at a higher level than a common denominator...”.

Por otro lado, recordemos que algunas de las contradicciones no son en absoluto menores, sino que han implicado una interpretación totalmente dispar de un mismo precepto del CEDH, así como su ausencia de protección ante el TJCE. Piénsese p.ej. en el tratamiento del derecho a la inviolabilidad de las personas jurídicas ante el TJCE. Con respecto a este particular, la contradicción es patente: el juez comunitario no reconoce la extensión del derecho a las personas jurídicas. En cambio, los órganos de Estrasburgo, sí. Curiosamente la contradicción no siempre existió, puesto que en los primeros casos que el TJCE tuvo que dirimir en relación a la inviolabilidad del domicilio de empresas, defendió la extensión de este derecho al ámbito comunitario aunque sometido a restricciones. Sin embargo la jurisprudencia evolucionó hacia la negación del derecho.

Sin embargo en algunos casos nos encontramos con que la contradicción se salda en favor del TJCE, al procurar éste un nivel de protección más elevado que el TEDH (p.ej. el secreto de comunicaciones). En estos casos, el CEDH le sirve al TJCE como el mínimo común denominador que debería ser siempre para él. En otras ocasiones el TEDH ha señalado su aceptación o connivencia con el modo de interpretar el derecho a la vida privada o familiar que realiza el TJCE, una interpretación según la cual aplicando el principio de preferencia comunitaria justifica el sometimiento de la entrada, estancia y permanencia en la CE de familiares de migrantes no comunitarios a requisitos más gravosos que los exige a familiares de migrantes comunitarios.

Habrá que esperar para comprobar cómo evoluciona la jurisprudencia del TJCE en relación a los derechos incluidos en el art.8 CEDH y así ver si se acrecientan las inconsistencias o los puntos de encuentro con la jurisprudencia por autonomía en materia de derechos fundamentales en Europa, que es la del TEDH. En este sentido, y siguiendo a JESSURUN D'OLIVEIRA, añadiremos que también en relación a la vida privada, familiar, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones: "Both the case-law of the European Commission and Court of Human Rights, and that of the ECJ still have room for development"⁸³⁶.

⁸³⁶ JESSURUN D'OLIVEIRA, 1993, en *Homosexuality...*, cit, p.315.