

# DERECHOS HUMANOS Y UNIÓN EUROPEA

## EL GRAN APORTE DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA FRENTE A LA INCORPORACIÓN PROGRESIVA DE UNA CARTA DE DERECHOS

*Calogero Pizzolo*<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. Consideraciones previas: un vacío normativo que esperaba respuesta. II. La acción pretoriana del TJCE: la respuesta esperada. III. De Niza a Lisboa, la reforma gradual del derecho comunitario originario: la lenta marcha de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. IV. La adhesión de la UE al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

### I. Consideraciones previas: un vacío normativo que esperaba respuesta.

Ninguno de los tres *Tratados fundacionales* del orden jurídico comunitario europeo contiene, en su redacción originaria, una declaración expresa de derechos y garantías.<sup>2</sup> Los

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, donde es profesor titular regular de Derecho de la Integración. Su última obra publicada es "Derecho e Integración Regional" (EDIAR-2010).

<sup>2</sup> Los derechos fundamentales no concitaron la atención de los redactores de los tratados de París y de Roma. Esto se debió, esencialmente, al *enfoque sectorial y pragmático* que caracteriza a los tratados fundacionales: el tratado de París, que creó la hoy extinta CECA, se refiere a ámbitos relativamente limitados: la industria siderúrgica y la industria del carbón. Este enfoque sectorial se confirmó tras el fracaso en 1954 de la Comunidad Europea de Defensa (CED) y de la tentativa de unión política que debía acompañarle. Por tal razón, éste fue el enfoque que caracterizó los tratados de Roma, que crearon la CEEA y la CEE. Aunque, de estos tres tratados, la CEE tenía una vocación más amplia, los tres se refieren a ámbitos económicos bien delimitados. El enfoque sectorial descartó en los citados *Tratados fundacionales* cualquier ley fundamental de tipo constitucional que incluyese una declaración solemne de derechos fundamentales. Resulta evidente que los tres tratados fundacionales no se prestaban a la inclusión de un preámbulo de este tipo; por añadidura, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) del Consejo de Europa, firmado en 1950, estaba ya llamado a ofrecer un modelo perfeccionado de garantía efectiva de los derechos humanos en Europa. Habría que preguntarse, pues, hasta que punto influyo en la señalada ausencia la celebración de dicho Convenio -continuador de la corriente inaugurada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)- que, por entonces, constituyó el esfuerzo europeo principal en la materia. Este Convenio, en uno de sus considerandos iniciales, afirma que: "la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". Reafirmando inmediatamente después: "la profunda adhesión a estas libertades fundamentales (...) cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y de otra, en una concepción y un respeto comunes

mismos tratados, ni siquiera proporcionan una base jurídica que atribuyera a la entonces Comunidad una competencia explícita en materia de derechos humanos.<sup>3</sup>

Este silencio inicial –que se traduce en la existencia de un notorio vacío normativo acerca de los derechos fundamentales como categoría acuñada por el constitucionalismo y su limitación a la incorporación de las llamadas *libertades comunitarias*, en opinión de Cámara Villar, eran enteramente congeniales con los específicos objetivos y competencias comunitarias, sustancialmente de orden económico, así como con el paradigma “funcionalista” para la construcción de Europa. Del mismo modo, también lo eran la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, principio cardinal del Mercado Común, y las manifestaciones expresas del principio de no discriminación por razón de sexo, como la igualdad salarial entre el hombre y la mujer por el mismo trabajo. Obviamente tales referencias concretas no buscaban, conforme a los objetivos centrales y competencias de las Comunidades, el establecimiento de un estatuto más o menos amplio de respeto para la dignidad, la libertad y la seguridad de las personas en el ámbito comunitario que configurara un sistema, sino afianzar el espacio económico común cuya construcción y desarrollo se perseguía.<sup>4</sup>

Por otro lado, para parte de la doctrina, el respeto de los derechos fundamentales se encontraría implícito ya “en los preámbulos de los tratados constitutivos originarios”.<sup>5</sup>

Tal situación comenzó a ser en extremo problemática conforme se fue desarrollando una visión nuclear protectora de la persona en el seno del sistema político democrático y empezaron a ser cuestionados actos comunitarios desde los *parámetros de protección de los derechos fundamentales garantizados*, desde una posición basilar y central, por las respectivas normas constitucionales de los Estados miembros. Esta *tensión*, coincidente con la fase de construcción del *principio de primacía y efecto directo* del derecho comunitario, encontró una “automática respuesta, sistémicamente autoprotectora, inicialmente negativa o inhibicionista” (aunque cada vez más tentativa de los modos de abordar la nueva situación) por parte del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE), en la que básicamente se reafirma sin muchos matices la idea neta, rotunda, de que el de-

---

de los derechos humanos que ellos invocan” (Véase PÉREZ VERA, Elisa, *El tratado de la Unión Europea y los derechos humanos*, en “Revista de las Instituciones Europeas”, Vol. 20, Nr. 2, 1993, págs. 459-484).

<sup>3</sup> Cf. GOSALBO BONO, Ricardo, *Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del derecho comunitario y del derecho de la unión: insuficiencias y soluciones*, en “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, Año 1, Nr. 1, 1997, pág. 32.

<sup>4</sup> CÁMARA VILLAR, Gregorio, *Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el tratado constitucional*, en “Revista de Derecho Constitucional Europeo”, Nr. 4, julio-diciembre 2005, págs. 12-13.

<sup>5</sup> Cf. RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos y VALLE GÁLVEZ, Alejandro, *El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales nacionales*, en “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, Año 1, Nr. 2, 1994, nota al pie Nr. 2.

recho interno de los Estados no puede constituir bajo ningún presupuesto un parámetro de validez para el enjuiciamiento de actos comunitarios. Esta etapa se extendió –como observamos de inmediato– prácticamente hasta finales de los años sesenta.<sup>6</sup>

La protección de derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo se caracterizó, entonces, por *dos factores* que vinieron a determinar la especial responsabilidad que incumbió al TJCE en esta materia: de un lado, la inexistencia, en el ordenamiento jurídico comunitario inicial, de un catálogo de derechos fundamentales de rango constitucional o legislativo; del otro, el carácter esencial del respeto a dichos derechos en cuanto elemento básico del patrimonio común en el que descansaban los propios fundamentos de la Comunidad –hoy UE– y presupuesto indispensable para la adhesión de un Estado a ésta.

## II. La acción pretoriana del TJCE: la respuesta esperada.

¿Cuál fue, pues, la actitud del antiguo TJCE –hoy TJUE– frente a este vacío normativo que afectó en sus orígenes al derecho comunitario originario? La apuntada ausencia de disposiciones expresas en materia de derechos fundamentales llevó al TJCE a rechazar, en un primer momento, cualquier pronunciamiento sobre la conformidad de las normas comunitarias con tales derechos. EL TJCE se limitaba a declarar que:

*“no era su deber garantizar el cumplimiento de las normas de Derecho interno, aunque fueran constitucionales, vigentes en los diversos Estados miembros”.*<sup>7</sup>

Admitiendo lo que de positivo ha tenido esta jurisprudencia inicial para reafirmar la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario, resulta también evidente que se basaba en una interpretación restrictiva del entonces artículo 164 (TCEE), hoy sustituido en sustancia por el artículo 19 (TUE).<sup>8</sup> Sin embargo, a finales de los años sesenta del siglo pasado, la cada vez más abundante y continuada atribución de competencias nacionales a las instancias comunitarias lleva al TJCE a plantearse si, dicha atribución, no debería verse acompañada con una protección de los derechos fundamentales<sup>9</sup> por lo menos *equivalente* a la garantizada por los Estados miembros, sobre todo teniendo en cuenta las posibles repercusiones del derecho comunitario sobre los derechos de los ciudadanos. A partir de este momento, el TJCE da un *giro* a su jurisprudencia inicial al establecer en el asunto *Stauder*

<sup>6</sup> Véase CÁMARA VILLAR, Gregorio, op. cit., págs. 14-15.

<sup>7</sup> TJCE, *Friedrich Stork et Cie*, sentencia de 4 de febrero de 1959, asunto 1/58.

<sup>8</sup> Cfr. PEREZ VERA, Elisa, op. cit., pág. 467.

<sup>9</sup> Se llama la atención sobre que en el derecho comunitario, el concepto de *derecho fundamental* no es un concepto normativo, en el sentido de que esta dogmáticamente elaborado ni es posible determinar con exactitud las consecuencias jurídicas que se asocian a la calificación de un determinado derecho como fundamental (Cfr. RODRIGUEZ IGLESIAS GIL, Carlos y VALLE GÁLVEZ, Alejandro, *El derecho comunitario (...)*, op. cit., pág. 333, nota al pie Nr. 3).

(1969)<sup>10</sup> que:

*“los derechos fundamentales de la persona forman parte de los principios generales del derecho comunitario”.*

Lo dicho implica, por una parte, que el TJCE va a proteger a los derechos fundamentales; y por otra, que la base jurídica de esta protección se halla en el propio ordenamiento de las Comunidades. Los *principios generales* como fuente del derecho, aparecen aquí, como el principal *vehículo* de incorporación de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario.

Esta tendencia jurisprudencial fue ratificada, un año después, en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft mbH*<sup>11</sup> (1970) donde se sentencia:

*“que, en efecto, el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del derecho cuya observancia asegura el Tribunal de Justicia; que la salvaguarda de esos derechos, aunque se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad;”.*

En el asunto *Nold* (1974)<sup>12</sup>, por su parte, el cerco se cierra con el reconocimiento a los *instrumentos internacionales* relativos a la protección de los derechos fundamentales, en cuya elaboración los Estados miembros han participado, los cuales aportan pautas que el derecho comunitario debe tener en cuenta.

El viraje jurisprudencial del TJCE, en opinión de Gosalbo Bono<sup>13</sup>, ha suplido las lagunas del legislador no sólo identificando los derechos fundamentales que han sido inculcados por los actos comunitarios de derecho derivado, sino que ha establecido un sistema de control judicial y ha determinado el rango jerárquico de dichos derechos en el ordenamiento jurídico comunitario al situarlos en el mismo nivel que los tratados constitutivos,

<sup>10</sup> TJCE, *Erich Stauder*, sentencia de 12 de noviembre de 1969, asunto 29/69.

Es importante resaltar los hechos de este caso. Se trataba de una Decisión de la Comisión por la que se autorizaba la venta en los Estados miembros de mantequilla, a precio reducido, destinada a los beneficiarios de determinados regímenes de asistencia social. A tal efecto, según el reglamento alemán de ejecución, se emitían cartillas, con cupones separables, en las que debía constar el nombre y dirección del interesado. El señor Stauder consideró esta obligación contraria a sus derechos constitucionales a la dignidad humana y a la igualdad ante la ley (protegidos respectivamente, en los arts. 1 y 3, LFB). Planteada la cuestión prejudicial, el TJCE verificó que sólo en las versiones alemana y holandesa de la Decisión de la Comisión se exigía comunicar al vendedor el nombre del beneficiario; en las restante, solamente se exigía una cartilla individualizada.

<sup>11</sup> TJCE, *Internationale Handelsgesellschaft*, sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70.

<sup>12</sup> TJCE, *Nold*, sentencia de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73.

<sup>13</sup> GOSALBO BONO, Ricardo, *Reflexiones (...)*, op. cit., pág. 31.

por encima de la totalidad del derecho derivado.

La citada jurisprudencia comunitaria, escribe Cámara Villar, fue perfilando una construcción jurídica por parte del TJCE que acabaría siendo un modo ciertamente clarificante y, aún cabría decir, que genial, de introducir el respeto a los derechos fundamentales en el derecho comunitario asegurando al mismo tiempo el objetivo que había devenido fundamental en aquella coyuntura y que estaba generando el temor de una regresión en materia de derechos fundamentales en los Estados miembros: la afirmación y preservación de su identidad ordinamental mediante los *principios de primacía y efecto directo*. Con ello se producía también el resultado objetivo de sentar las bases para una apertura a una mayor integración y a un progresivo entendimiento de la protección de los derechos en Europa conforme a un esquema de *constitucionalismo multinivel*. Lo que se trataba de afirmar entonces sobre bases sólidas era justamente la primacía del derecho comunitario, primacía que podía ser puesta en cuestión por el entendimiento y el tratamiento jurídico que correspondía a los derechos desde una perspectiva constitucional interna de los Estados: en éstos se veía con fundado recelo el afianzamiento de las Comunidades mediante el principio de primacía al suponer un peligro de merma y regresión en la protección de los derechos fundamentales para sus nacionales en el marco de crecimiento progresivo de las Comunidades.

La jurisprudencia comunitaria reconoció –como vemos–, en su evolución, que los derechos fundamentales quedaban incluidos en los *principios generales del derecho comunitario* basándose en dos fuentes materiales: a) las *tradiciones constitucionales* de los Estados miembros<sup>14</sup>; y b) los *tratados internacionales* a los que se han adherido los Estados miembros, en particular, el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (Roma, 1950)<sup>15</sup>.

Debe destacarse que la expresión “tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros” es más amplia que el término “constitución”. Esta expresión permitió al TJCE tener en cuenta los sistemas nacionales de constitución no escrita y el conjunto de normas que constituyen el “derecho o bloque constitucional”. Pero, además, se debe llamar la atención sobre el hecho que el derecho constitucional de cada uno de los Estados miembros no es tomado aisladamente como parámetro de definición de la protección de ciertos derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, sino que todos los sistemas jurídicos de los

<sup>14</sup> TJCE, *Wachauf*, sentencia de 13 de julio de 1989, asunto C-5/88, se sostuvo que: “el Tribunal está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de forma que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones de los Estados”.

<sup>15</sup> El TJCE sintetiza claramente lo dicho hasta aquí en el asunto *Elleniki Radiophonia* –sentencia de 18 de junio de 1991, asunto C-260/89– al decir que: “según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. A este respecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido (apartado 33).”

Estados miembros y, especialmente, sus normas constitucionales, son tomados en consideración para definir el *parámetro común* de protección. Dicho parámetro no se construye sobre la base de un estándar mínimo común, sino que la definición del estándar comunitario de protección se realiza sobre la base de una comparación crítica y valorativa de los sistemas jurídicos nacionales. En segundo lugar, las disposiciones de los instrumentos internacionales de protección también constituyen otra de las fuentes materiales de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario. Sin embargo, a diferencia de la fuente anterior, constituyen aquí fuente de inspiración únicamente aquellos instrumentos internacionales:

*“relativos a la protección de los derechos humanos que han sido objeto de cooperación o de adhesión por parte de los Estados, pueden dar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario”.*<sup>16</sup>

Como se puede observar, a medida que el proceso de integración regional se va consolidando en la forma del tipo supranacional, se hace necesario profundizar en los *mecanismos de legitimación* de dicho proceso. Ello no sólo en razón de despertar el consenso necesario para la subsistencia de la experiencia integracionista sino también, para evitar *fricciones y rupturas* en la integración del derecho comunitario -originario y derivado- al derecho interno de los Estados partes. Esto último, desde el momento que difícilmente se sacrificarían en el altar de la integración, los postulados del Estado de Derecho consagrados en los distintos textos constitucionales, donde la protección de los derechos fundamentales constituye uno de sus principales objetos de culto. Así, la defensa común de los valores democráticos y la protección de los derechos fundamentales se transforman en los parámetros de legitimidad buscados.

En este contexto la jurisprudencia comunitaria europea asume *per se* una *vocación expansiva* en la tutela de los derechos fundamentales alcanzando situaciones de hecho, hasta no hace mucho impensables, bajo la tutela de aquella jurisdicción. Veamos algunos ejemplos de los numerosos que surgen.

El *derecho al respeto de la vida privada*, en palabras del TJCE en el asunto *X. c. Comisión* (1994)<sup>17</sup>, consagrado por el artículo 8 del Convenio Europeo y que tiene su origen en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, constituye uno de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. Este derecho, se afirma, comprende en particular el *derecho a mantener secreto su estado de salud*. Los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario pueden ser

<sup>16</sup> Cfr. asunto *Nold* ya citado. Lo afirmado en esta sentencia ha sido ratificado en varias ocasiones por el TJCE. Por su lado, parte de la doctrina sostiene que el CEDH (1950) desempeñó en la práctica del TJCE: “una función equivalente a la de un catálogo de derechos fundamentales formalmente reconocido” (Cfr. RODRIGUEZ IGLESIAS GIL, Carlos y VALLE GÁLVEZ, Alejandro, *El derecho comunitario (...)*, op. cit., pág. 338).

<sup>17</sup> TJCE, sentencia de 5 de octubre de 1994, asunto C-404-92.

sometidos a restricciones, se sostiene:

*“siempre y cuando éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general y no constituyan, en lo que respecta al fin perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos garantizados”.*

Una interpretación de las disposiciones relativas al *reconocimiento médico previo* a la contratación de un agente temporal que considere que las mismas sólo llevan implícita la obligación de respetar la negativa del interesado en lo relativo a la prueba específica de detección del SIDA, pero permiten practicar todas las demás pruebas que sólo pueden infundir sospechas sobre la presencia del virus del SIDA, no respeta el alcance que ha de atribuirse al derecho al respeto de la vida privada. En efecto, sentencia el TJCE, el respeto de dicho derecho exige respetar la negativa del interesado “en toda su extensión”. Cuando este último se ha negado expresamente a someterse a una prueba de detección del SIDA:

*“el mencionado derecho se opone a que la Institución de que se trate realice cualquier tipo de prueba que permita sospechar o comprobar la existencia de dicha enfermedad”.*<sup>18</sup>

En el asunto *Cornwall County Council* (1996)<sup>19</sup>, por caso, se resuelve que en atención al objetivo perseguido por la Directiva 76/207, relativa a la aplicación del *principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo*, el apartado 1 del artículo 5 es contrario al despido de un transexual por un motivo relacionado con su cambio de sexo. En efecto, dado que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo constituye uno de los derechos humanos fundamentales cuyo respeto debe garantizar el TJCE, el ámbito de aplicación de la citada Directiva, afirma dicho Tribunal, no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. Debe extenderse a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del *cambio de sexo* del interesado, al basarse esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo del interesado, puesto que despedir a una persona por tener intención de someterse o haberse sometido a una operación de cambio de sexo es darle un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la citada operación.<sup>20</sup> Tolerar tal discriminación supondría:

*“atentar contra el respeto a la dignidad y la libertad a que esa persona tiene derecho y que el Tribunal de Justicia debe proteger”.*<sup>21</sup>

Materias relacionadas con la *libertad de expresión* tan bien han sido objeto de tutela

<sup>18</sup> *Idem*, apartado 23.

<sup>19</sup> TJCE, sentencia de 30 de abril de 1996, asunto C. 13-94.

<sup>20</sup> *Idem*, apartado 21.

<sup>21</sup> *Idem*, apartado 22.

por la jurisprudencia comunitaria. Cuando un Estado miembro invoca “exigencias imperativas”, como el mantenimiento del *pluralismo de la prensa*, para justificar una legislación que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación –en opinión del TJCE en el asunto *Familiapress* (1997)<sup>22</sup>- debe interpretarse también a la luz de los principios generales del derecho y especialmente de los derechos fundamentales. Entre estos derechos figura la libertad de expresión, consagrada por el artículo 10 del Convenio Europeo. En consecuencia:

*“una prohibición de vender publicaciones que brindan la posibilidad de participar en juegos dotados de premios puede, a este respecto, vulnerar la libertad de expresión”.*

No obstante, sentencia el TJCE, procede recordar que el citado artículo 10:

*“admite que se establezcan excepciones a esta libertad con objeto de mantener el pluralismo de la prensa, en la medida en que estén previstas por la ley y sean necesarias en una sociedad democrática”.*<sup>23</sup>

De este modo, la legislación comunitaria debe interpretarse en el sentido que no se opone a la aplicación de la legislación de un Estado miembro que produce el efecto de prohibir en su territorio la distribución, por parte de una empresa establecida en otro Estado miembro, de una publicación periódica editada en este último Estado si contiene acertijos dotados de un premio o concursos, que se organizan legalmente en este último Estado miembro, “siempre y cuando esta prohibición sea proporcionada al mantenimiento del pluralismo de la prensa y que este objetivo no pueda lograrse aplicando medidas menos restrictivas”. Para que concurren estos requisitos, es necesario, en particular, que las publicaciones periódicas que ofrecen, a través de juegos, acertijos o concursos, la posibilidad de ganar un premio compitan con las pequeñas empresas de prensa, que se supone que no tienen capacidad económica para ofrecer regalos comparables, y que tal perspectiva de ganancia pueda provocar un desplazamiento de la demanda.<sup>24</sup> El TJCE concluye con su clásico reenvío al juez nacional, afirmando que corresponde a éste apreciar, basándose en un examen del mercado nacional de la prensa afectado, si concurren estos requisitos.

Por otra parte, los derechos fundamentales cuya observancia *garantiza* el TJCE aparecen como parámetro para justificar una medida nacional, que invocando el interés general, puede obstaculizar el ejercicio de la *libre prestación de servicios*. En el asunto *Carpenter* (2002)<sup>25</sup>, por caso, se mantiene que excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el *derecho al respeto de la vida fami-*

<sup>22</sup> TJCE, sentencia de 26 de junio de 1997, asunto C. 368/95.

<sup>23</sup> *Idem*, apartado 26.

<sup>24</sup> *Idem*, apartado 34.

<sup>25</sup> TJCE, sentencia de 11 de julio de 2002, asunto C-60/00.

liar protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo el cual:

*“forma parte de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario”.*<sup>26</sup>

También la jurisprudencia comunitaria europea ha establecido que en virtud del principio general del derecho comunitario que establece una *protección contra las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada* de una persona, física o jurídica, que sean arbitrarias o desproporcionadas; incumbe a un órgano jurisdiccional nacional, competente en virtud del derecho interno para autorizar la práctica de operaciones de inspección e incautación en los locales de empresas sospechosas de haber infringido las normas sobre competencia, examinar si las *medidas coercitivas* solicitadas<sup>27</sup> son arbitrarias o desproporcionadas en relación con el objeto de la verificación ordenada. En el asunto *Roquette Frères SA c. Comisión* (2002)<sup>28</sup>, por ejemplo, se afirma que sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de derecho interno que regulan la aplicación de las medidas coercitivas:

*“el derecho comunitario se opone a que el control ejercido por dicho órgano jurisdiccional nacional en relación con la fundamentación de las citadas medidas vaya más allá de lo exigido por el principio general mencionado”.*<sup>29</sup>

La tutela de la *libertad de expresión* y la *libertad de reunión* según son garantizados por los artículos 10 y 11 del Convenio Europeo, ya se vio no han sido ajenas al TJCE. En el asunto *Schmidberger* (2003)<sup>30</sup> este Tribunal debe resolver si el cierre total de una autopista durante cerca de treinta horas sin interrupción constituye un obstáculo incompatible con la libre circulación de mercancías y, por consiguiente, ha de considerarse que constituye una violación del derecho comunitario. Para ello, dice el TJCE, únicamente hay que tener en cuenta el objetivo perseguido por las autoridades nacionales austríacas en el momento de la decisión de autorizar tácitamente o de no prohibir la concentración que generó el aludido bloqueo. El TJCE concluye entonces que, al imponerse el respeto de los derechos fundamentales tanto a la Comunidad como a sus Estados miembros, la protección de tales derechos:

“constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías”. De este modo

<sup>26</sup> *Idem*, apartados 40 a 42.

<sup>27</sup> A raíz de una solicitud de asistencia formulada por la Comisión con arreglo al artículo 14, apartado 6, del Reglamento Nr. 17.

<sup>28</sup> TJCE, sentencia de 22 de octubre de 2002, asunto C-94/00.

<sup>29</sup> *Idem*, apartado 99.

<sup>30</sup> TJCE, sentencia de 12 de junio de 2003, asunto C-112/00.

es de la opinión que, en el caso en cuestión, la restricción a dicha libertad fundamental está justificada.<sup>31</sup>

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>32</sup> se reconoce la existencia de una *desigualdad de trato* que no incide en el reconocimiento de una pensión de viudez –reclamada por la recurrente–, sino en una condición previa indispensable para su concesión, a saber, la *capacidad para contraer matrimonio*. En efecto, en el asunto *K.B.* (2004)<sup>33</sup>, el TJCE mantiene que en el Reino Unido –país contra quien se recurre–, a diferencia de las parejas heterosexuales en las que la identidad de alguno de sus miembros no es el resultado de una operación de cambio de sexo y que, por tanto, pueden contraer matrimonio y, en su caso, disfrutar de una pensión de supervivencia que constituye un elemento de la retribución de uno de ellos; una pareja integrada por un *transexual* en modo alguno puede cumplir el requisito del matrimonio que exigido para la concesión de una pensión de supervivencia. Por tanto, el TJCE interpreta que el antiguo artículo 141 TCE –actual 173 (TFUE)– el cual dispone que cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, se opone en principio a una legislación contraria al Convenio Europeo que impide que una pareja integrada por un transexual cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro. Incumbe así al juez nacional comprobar si, en un caso como el presente, la recurrente puede invocar el ex artículo 141 (TCE, actual 157, TFUE) para que se le reconozca el derecho a que su compañero pueda disfrutar de una pensión de supervivencia.<sup>34</sup>

La tutela de la *dignidad humana*, por último, se encuentra en la base del asunto *Omega* (2004)<sup>35</sup>, donde se sostiene que el derecho comunitario no se opone a que una actividad económica que consiste en la explotación comercial de juegos de simulación de acciones homicidas sea objeto de una medida nacional de prohibición adoptada por motivos de protección del orden público debido a que, esta actividad, menoscaba la dignidad humana. En efecto, afirma el TJCE, dicha medida no puede considerarse una medida que menoscaba de manera injustificada la libre prestación de servicios, puesto que, por una parte, la protección de los derechos fundamentales, al tratar innegablemente el ordenamiento jurídico comunitario de garantizar el respeto de la dignidad humana como principio general del derecho, constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre prestación de ser-

<sup>31</sup> *Idem*, apartados 65 a 94.

<sup>32</sup> TEDH, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, sentencia de 11 de julio de 2002.

<sup>33</sup> TJCE, *K.B.*, sentencia de 7 de enero de 2004, asunto C 117/01.

<sup>34</sup> *Idem*, apartados 30 a 36.

<sup>35</sup> TJCE, *Omega*, sentencia de 14 de octubre de 2004, asunto C 36/02.

vicios y, por otra parte, la medida controvertida corresponde al nivel de protección de la dignidad humana que la constitución nacional ha querido garantizar en el territorio del Estado miembro de que se trata (Alemania) y no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido.<sup>36</sup>

Ahora bien, el mismo TJCE se ha cuidado de circunscribir la antedicha *vocación expansiva* en el generoso ámbito del derecho comunitario rechazando de este modo intervenir en situaciones ajenas a este derecho.<sup>37</sup> En el asunto *Kremzow* (1997)<sup>38</sup>, por ejemplo, se sostuvo que las disposiciones de derecho nacional que no están destinadas a garantizar el respeto de las normas de derecho comunitario, hacen referencia a una situación que no está incluida dentro del ámbito de aplicación de este último, aun cuando una pena de privación de libertad que es posible imponer con arreglo a dichas disposiciones nacionales pueda obstaculizar el ejercicio por el interesado de su derecho a la libre circulación, dado que la perspectiva puramente hipotética de tal ejercicio no constituye un vínculo suficiente con el derecho comunitario como para justificar la aplicación de sus disposiciones.

### III. De Niza a Lisboa, la reforma gradual del derecho comunitario originario: la lenta marcha de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Vimos hasta aquí como el vacío normativo que se encontraba en los *Tratados fundacionales* de las entonces Comunidades europeas fue llenado con una progresiva y activa jurisprudencia a favor del reconocimiento y tutela de los derechos humanos. Ahora bien, también debe destacarse la labor de las instituciones comunitarias y el esfuerzo de los Estados miembros en legislar sobre la materia.

En el sentido anterior, el Parlamento Europeo (en adelante PE), la Comisión y el Consejo formularon -el 5 de abril de 1977- una *declaración común* sobre los derechos fundamentales afirmando su voluntad de continuar respetando estos derechos emanados de la doble fuente señalada por el TJCE<sup>39</sup>:

*“El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión subrayan la importancia primordial que atribuyen al respeto de los derechos fundamentales que resultan en particular del respeto a las constituciones de los Estados miembros, así como del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 1)”.*

<sup>36</sup> *Idem*, apartados 34, 35 y 39 a 41.

<sup>37</sup> Cfr. TJCE, *Annibaldi*, sentencia de 18 de diciembre de 1997, asunto C-309-96.

<sup>38</sup> TJCE, sentencia de 29 de mayo de 1997, asunto C-299-95.

<sup>39</sup> Otros pronunciamientos similares en favor de una identidad europea democrática se encuentran en la Declaración del Consejo europeo sobre “La identidad europea” de 14 de diciembre de 1973; del mismo órgano “La Declaración sobre la democracia” de 14 de diciembre de 1978; además de la Resolución del Consejo sobre los Derechos Humanos de 29 de mayo de 1990 y la Declaración del Consejo sobre el mismo tema de 1991; y la Resolución del Consejo y de los representantes de los Estados miembros sobre los Derechos Humanos de 11 de diciembre de 1993.

Mientras que el artículo 2 de dicha Declaración común afirma que:

*“En el ejercicio de sus competencias y en cumplimiento de los objetivos de las Comunidades Europeas, respetarán y seguirán respetando tales derechos”.*

Dicha declaración, que no es un acto obligatorio en sí -sostiene Louis<sup>40</sup>-, tuvo un alcance político innegable y expresó los principios y los valores que formaron parte del derecho constitucional no escrito de la Comunidad.

Los Jefes de Estado y/o de Gobierno se adhirieron a la declaración anterior en la reunión del Consejo Europeo en Copenhague<sup>41</sup> y añadieron que, el respeto y mantenimiento de la democracia representativa y de los derechos del hombre en cada uno de los Estados miembros, constituyen *elementos esenciales de pertenencia* a las Comunidades. Tal afirmación fue confirmada en la Declaración solemne respecto a la Unión Europea.<sup>42</sup>

En 1986, se da un nuevo paso adelante con el preámbulo del *Acta Unica* europea donde se manifiesta, de forma expresa, el compromiso de promover conjuntamente:

*“la democracia basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la carta social europea, especialmente la libertad, la igualdad y la justicia social”.*

Algunos años después, el Tratado de la Unión Europea (1991, en adelante TUE) se hace eco de los reclamos generalizados por la ausencia de una cláusula que contemple la protección del sistema democrático y los derechos fundamentales como condición para la adhesión a este proceso de integración, y en su antiguo artículo F, apartado 1, sostuvo:

*“La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos”.*

mientras que el apartado 2 agregó:

*“La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales”.*

<sup>40</sup> LOUIS, Jean Victor, *El ordenamiento jurídico comunitario*, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1995, pág. 136.

<sup>41</sup> Declaración común de 7 y 8 de abril de 1978.

<sup>42</sup> Declaración de 14 de junio de 1983.

*del Derecho comunitario*".<sup>43</sup>

Para parte de la doctrina, la mención al citado Convenio Europeo implicó la recepción o incorporación *por referencia*, al derecho originario europeo, de su parte normativa constitucionalizándose de este modo su contenido en el plano comunitario. Los fundamentos de esta opinión fueron que, de una parte, la remisión al Convenio Europeo se incluye en su parte dispositiva; de otra, tal remisión no se limita a contemplarlo como elemento de inspiración o interpretación sino que, va más allá, consagra la "obligación de respetar los derechos fundamentales tal y como en él se garantizan". El Convenio Europeo, de esta forma -se concluye-, ha pasado de "criterio de inspiración" del derecho comunitario, a "parte integrante del mismo".<sup>44</sup>

A lo anterior había que sumar lo prescripto por el antiguo artículo 11 (hoy 24, TUE), al enumerar los objetivos de la PESC, el cual reconocía como tales:

*"el desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales"*.

El proceso de reformas al derecho comunitario originario no va a detenerse en el TUE, otra etapa relevante se inicia con las reformas introducidas por el *Tratado de Amsterdam* (1997, en adelante TAm). Dicho tratado dio una nueva redacción al citado artículo F (TUE) que pasó a ser el viejo artículo 6 (TUE) al proclamar que:

*"La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros"*.

El TAm modificó igualmente el preámbulo del TUE confirmando la adhesión de los Estados miembros a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la *Carta Social Europea* (1961) y en la *Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores* (1989)<sup>45</sup>.

Antes de la entrada en vigor del TAm, según vimos, el apartado 2 del artículo F (TUE)

<sup>43</sup> La técnica utilizada, si bien no es frecuente en los textos internacionales, no puede considerarse inédita en el mundo del derecho. Es la misma técnica a la que responde el tratamiento que la Constitución francesa (1958) da a los derechos fundamentales cuando establece en su Preámbulo que: "El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de soberanía nacional *tal como han sido definidos por la Declaración de 1789, conformada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946* (la bastardilla me pertenece).

<sup>44</sup> Cf. PEREZ VERA, Elisa, op. cit., págs. 473 y ss.

<sup>45</sup> Conforme al artículo 1, parágrafo 1) del Tratado de Amsterdam se afirma que: Después del tercer considerando se inserta el considerando siguiente: "CONFIRMANDO su adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989,"

subrayaba el respeto de los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Sin embargo, la importancia de este artículo se veía limitada por el entonces artículo L (TUE) según el cual el TJCE *no tenía competencia* sobre el citado artículo F<sup>46</sup>. Puesto que la misión de dicho Tribunal era garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del entonces TCE (cfr. art. 220, TCE), el lugar de los derechos fundamentales se encontraba así limitado.

El TAM, por el contrario, garantizó la aplicación del apartado 2 del citado artículo F (TUE) modificando el antiguo artículo L (TUE). Por lo tanto, el TJCE alcanzó a partir de entonces una competencia expresa sobre aquella norma en relación de las acciones de las instituciones.

El aporte del TAM a la consolidación de la fórmula del consenso no se detuvo aquí sino que, al mismo tiempo, incorporó todo un *mecanismo de protección* de los valores democráticos y los derechos fundamentales frente a la posibilidad de su violación por un Estado miembro de la Comunidad (antiguo art. 309, TCE; actual art. 354, TFUE). De este modo, a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión, el Consejo, reunida en su composición de Jefes de Estado y/o de Gobierno, podía constatar la existencia de una violación, que debía ser “grave y persistente”. Para ello se requería el previo dictamen conforme del PE, que debía decidir por mayoría de dos tercios de los votos emitidos que representen la mayoría de los miembros que lo componen. Además, debía invitarse al Gobierno del Estado miembro en cuestión a presentar sus observaciones. Este mecanismo se mantiene en esencia en el actual artículo 7 (TUE).<sup>47</sup>

<sup>46</sup> El artículo L del Tratado de Maastricht dice: “Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica relativas a la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y al ejercicio de dicha competencia sólo serán aplicables a las siguientes disposiciones del presente Tratado: a). disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea con el fin de constituir la Comunidad Europea, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica; b). tercer párrafo de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3; y c). artículos L a S.”

<sup>47</sup> La norma citada dice: “1. A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oír al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones. El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos. 2. El Consejo Europeo, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones. 3. Cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas. Las obligaciones del Estado miembro de que se trate derivadas de

Este era el panorama entonces en cuanto a la tutela de derechos fundamentales y la protección del orden democrático, hasta que el Consejo Europeo de Colonia (1999) entendió que:

*“la evolución actual de la Unión Europea exige la redacción de una Carta de derechos fundamentales que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance”.*

El texto debía ser elaborado por un órgano *ad hoc* (que se autobautizó como “Convención”) sin precedentes en la historia de la integración europea el cual acogía una amplia representación de todos los sectores involucrados. Este órgano tras un año de trabajo presentó sus resultados al Consejo Europeo. A pesar del respaldo unánime que obtuvo se resolvió que sería la Conferencia Intergubernamental de Niza (2000) la que decidiría sobre la nueva Carta. Pero finalmente fue esta conferencia la que optó por retrasar toda la cuestión, insertando una Declaración aneja al final (Declaración Nr. 23 relativa al “futuro de la Unión”) en la que se hacía constar la intención de tomar una decisión en un marco de reforma más amplio (el cual daría lugar a la creación de una nueva Convención en el año 2002, a los efectos de trabajar en la elaboración de una Constitución Europea).

Como se observa, en el *Tratado de Niza* (2000) no se pactaron demasiados cambios al derecho comunitario originario, si bien el mecanismo de control referido al comportamiento estatal en relación con esta materia se reforzó aún más con el establecimiento de una nueva fórmula de control preventivo, en virtud de la cual el Consejo:

*“podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6 y dirigirle recomendaciones adecuadas” (art. 7, TUE).*

En realidad, Niza significó para la aludida Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el inicio de un lento pero constante andar, que si bien encontró un camino plagado de obstáculos y barreras, se vio coronado con su incorporación definitiva al sistema de fuentes comunitario. Para que ello ocurriera, otra etapa relevante fue la *proclamación solemne* de la Carta en diciembre de 2000 mediante una declaración suscrita por los Presidentes del PE, la Comisión y el Consejo, y aprobada unánimemente por el Consejo Europeo. Definitivamente, pues, cobraba cuerpo la aspiración de dotar a la Unión con una Carta de derechos y libertades fundamentales solemne y expresa.

---

los Tratados continuarán, en cualquier caso, siendo vinculantes para dicho Estado. 4. El Consejo podrá decidir posteriormente, por mayoría cualificada, la modificación o revocación de las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 3 como respuesta a cambios en la situación que motivó su imposición. 5. Las modalidades de voto que, a los efectos del presente artículo, serán de aplicación para el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo se establecen en el artículo 354 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

La Carta en sí misma vino a ser ciertamente, en su concepción y formulación literal, una verdadera quintaesencia del más moderno estándar de los derechos fundamentales, obtenido tras un complejo proceso de racionalización, precisamente a partir de la toma en consideración y valoración de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (que remiten, antes que a unas concretas pautas técnicas compartidas, al sustrato de una común percepción política y jurídica de los derechos fundamentales propios del orden liberal-democrático), integrando los derechos civiles y políticos y los derechos económicos y sociales (clara novedad en relación con el panorama internacional), subrayándose de esta manera, al menos formalmente, los principios de indivisibilidad de los derechos humanos y su universalismo. Así, el basamento de la Unión en un plano axiológico y político viene a estar constituido por los principios de la democracia y el Estado de Derecho, fundándose (según se declara en el Preámbulo) sobre los principios indivisibles y universales de la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad y la solidaridad, principios todos ellos actuantes a modo de nervaduras centrales en las que están prendidos los múltiples derechos reconocidos y formulados en su contenido esencial que, con sus interrelaciones, se convierten en una referencia central para el sostenimiento, funcionamiento y orientación de la Unión, destilando un sistema de valores absolutamente concorde, en su concreción y también en su apertura, con el que a su vez sostiene y alimenta a los Estados miembros. El respeto de las personas, de su dignidad y libertad y de la igualdad en el acceso al goce de los derechos, queda, pues, situado en el centro de legitimación y actuación de la UE.<sup>48</sup>

La situación descrita precipitó el debate sobre si la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debía ser considerada un texto jurídico de carácter, en su caso, *vinculante*, o como una *mera declaración de naturaleza política*. Para Alonso García<sup>49</sup>, sea cual fuere la respuesta, la Carta supuso desde su proclamación misma un instrumento de primer orden en la medida que: a) supuso avanzar en el proceso de “constitucionalización” de la integración Europea reforzando materialmente la calificación por el TJCE de los tratados comunitarios como “carta constitucional” (ver *supra* I.2.2.1.1.); y b) supuso intensificar la sensación que esa organización de Estados *sui generis* que es la UE iba más allá de la inicial consideración del individuo como mero factor de producción que rodeó los orígenes de la Europa comunitaria.

En razón de lo anterior, el citado autor calificó en su momento a la citada Carta como “un acuerdo interinstitucional solemnemente proclamado”, carente en todo caso de “efecto vinculante *ad extra*”, esto es, al margen de tal contexto interinstitucional que alcanzó, como vimos, al PE, la Comisión y el Consejo. No obstante, desde su publicación en el 2000 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea pasó a convertirse en un instrumento jurídico especialmente cualificado, “con importantes consecuencias en

<sup>48</sup> CÁMARA VILLAR, Gregorio, op. cit., págs. 28-27.

<sup>49</sup> ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, 2007, págs. 253-254.

el plano jurisdiccional y legislativo”. Así comenzó a ser utilizada como referencia por los Abogados Generales del TJCE y, posteriormente, por el Tribunal de Primera Instancia, aunque habría que esperar hasta junio de 2006 para contar con un pronunciamiento del propio TJCE invocándola expresamente.

Dicho pronunciamiento se dio en el asunto *Parlamento Europeo c. Consejo* (2006) donde el primero, mediante el respectivo recurso, solicitó la anulación del artículo 4, apartados 1, último párrafo, y 6, y del artículo 8 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el *derecho a la reagrupación familiar*. Esta Directiva fija los requisitos para ejercer el derecho a la reagrupación familiar conferido a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros. El TJCE recordó aquí que:

*“el derecho al respeto de la vida familiar en el sentido del artículo 8 del CEDH [Convenio Europeo] forma parte de los derechos fundamentales que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, están protegidos en el ordenamiento jurídico comunitario”*.<sup>50</sup>

Para aludir luego expresamente a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea afirmando que:

*“en su artículo 7, reconoce el mismo derecho al respeto de la vida privada o familiar. Esta disposición debe ponerse en relación con la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño, reconocido en el artículo 24, apartado 2, de dicha Carta, y tomar en consideración la necesidad del menor de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, expresada en el apartado 3 del citado artículo 24”*.<sup>51</sup>

El Consejo había argumentado que la Comunidad no era parte contratante de los distintos instrumentos de derecho internacional público invocados por el PE. En cualquier caso, continúa, estas normas únicamente exigen que se respete y se tenga en cuenta el interés del niño, pero no establecen ningún derecho absoluto en materia de reagrupación familiar. El Consejo señala, además, que, en su opinión, no procede examinar el recurso desde el punto de vista de la aludida Carta, “puesto que ésta no es fuente del Derecho comunitario”.<sup>52</sup> Esta última afirmación permitió al TJCE responder sobre la Carta que:

*“fue proclamada solemnemente por el Parlamento, el Consejo y la Comisión en Niza*

<sup>50</sup> TJCE, *asunto Parlamento Europeo c. Consejo*, sentencia de 27 de junio de 2006, asunto 540/03, apartado 52. En conformidad con el *asunto Carpenter*, sentencia de 11 de julio de 2002, asunto 60/00 (apartado 41), y *asunto Akrich*, sentencia de 23 de septiembre de 2003, asunto 109/01 (apartados 58 y 59).

<sup>51</sup> TJCE, *asunto Parlamento Europeo c. Consejo*, sentencia de 27 de junio de 2006, ya citado, apartado 58.

<sup>52</sup> *Idem*, apartado 34.

*el 7 de diciembre de 2000. Aunque esta Carta no constituye un instrumento jurídico vinculante, el legislador comunitario ha querido reconocer su importancia al afirmar, en el segundo considerando de la Directiva, que ésta observa los principios reconocidos no sólo por el artículo 8 del CEDH, sino también por la Carta. Por otra parte, el objetivo principal de la Carta, como se desprende de su preámbulo, es reafirmar «los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del [CEDH], de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...] y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»».<sup>53</sup>*

De lo expuesto surge la consideración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea por el TJCE como un instrumento jurídico con “importantes efectos herméticos”<sup>54</sup> lo que, en opinión de Alonso García, no debe sorprender habida cuenta de que “la ausencia de fuerza vinculante no implica *per se* ausencia de efectos jurídicos”, como claramente lo demuestra el papel que hasta entonces ha venido desempeñando en el marco del ordenamiento comunitario el propio Convenio Europeo. Este aun no vinculando jurídicamente a la Unión ha venido funcionando como esencial *fuerza inspiradora* de la configuración de los derechos fundamentales vía pretoriana por el TJCE.<sup>55</sup>

La lenta marcha de la Carta, pareció naufragar definitivamente con el fracaso de la llamada Constitución Europea ya que la misma hizo de aquella una de sus principales banderas. Afortunadamente, no todo se perdió con este intento fallido, y la misma Carta resurge con pleno vigor de la mano del *Tratado de Lisboa* (2007, en adelante TL). Este, como es sabido, fue la respuesta para superar el freno a la marcha de la integración que significó archivar la iniciativa constitucional.

Como apunta Daniele<sup>56</sup>, el acento es puesto ahora en dos cuestiones determinantes para la protección de los derechos fundamentales: de una parte asignar a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea un estatus jurídico definitivo que le asegure el valor de una verdadera y propia “fuente de derecho”, es decir un “indiscutible valor vinculante”; por la otra, individualizar un camino que permitiera a la UE, luego de tantas tentativas frustradas, de convertirse en “parte” del Convenio Europeo. Ambas cuestiones, como vemos de inmediato, fueron resueltas por el TL y las profundas reformas operadas sobre la redacción del artículo 6 (TUE).

<sup>53</sup> *Idem*, apartado 38.

<sup>54</sup> La Carta ha sido seguida por la jurisprudencia de varios Estados partes entre la que cabe citar la sentencia 292/2000 del 30 de noviembre perteneciente al Tribunal Constitucional español.

<sup>55</sup> ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, op. cit. pág. 256.

<sup>56</sup> DANIELE, Luigi, *La protezione dei diritti fondamentale nell'Unione europea dopo el Trattato di Lisboa: un quadro d'insieme*, en “Il Diritto dell'Unione Europea”, Nr. 3, 2009, pág. 646.

Tras la caída del proceso que debía haber conducido a la ratificación del Tratado Constitucional, se reinicia el avance en los textos por la vía de convocar a una nueva Conferencia Intergubernamental en 2007. Sin embargo, cuando el precedente inmediato hacía posible suponer la integración de la Carta dentro del TUE, se produce el rechazo del Reino Unido y Polonia. Lo dicho habilita a una salida de compromiso plasmada en una declaración de la propia Conferencia Intergubernamental según la cual: la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea “tiene carácter jurídicamente vinculante”, aunque a continuación se reitera –en consonancia con el art. 51, Carta citada- que ésta, ni amplía el ámbito de aplicación del derecho de la Unión, ni crea ninguna nueva competencia para la misma, ni modifica las ya definidas.

Ahora bien, si no se incorpora al TUE por medio del TL, ¿cómo se dota a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de ese carácter vinculante al que vimos alude la Declaración de la Conferencia Intergubernamental? La fórmula empleada no es nueva en el derecho de los tratados: la citada Carta se incorpora por *vía de referencia* y ésta la efectúa el propio artículo 6.1 (TUE)<sup>57</sup> afirmando que –la Carta- “tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”<sup>58</sup>. Ello no obstante, la falta de consenso por parte de los dos Estados mencionados que se traduce en un Protocolo (el Nr. 30) relativo a la aplicación parcial de la Carta al Reino Unido y Polonia.

¿Con qué *alcance* se hace referencia entonces a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el TUE? Para Fernández Tomás, la citada Carta será un auténtico tratado internacional, incorporado al derecho comunitario originario por vía de referencia, pues, en su opinión, no se encuentra otro modo de darle “el mismo valor jurídico” que la nueva versión de los *Tratados fundacionales*. Y, aunque formalmente no caben reservas en el derecho de la Unión, el protocolo citado produce el mismo efecto que una reserva en el sentido material del término, pues,

*“en primer lugar, no afecta la aplicación de la Carta a los demás Estados miembros en sus relaciones recíprocas; en segundo lugar, no afecta a la aplicación a Polonia y el Reino Unido de las disposiciones de la Carta no abarcadas por el Protocolo (la reserva), que se refiere «en especial» –aunque no exclusivamente- al Título IV de la Carta, y, en tercer lugar, excluye ciertos efectos del Título IV de la Carta en su aplicación a sí mismos (al Reino Unido y*

<sup>57</sup> El texto íntegro de la norma citada dice: “1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”.

<sup>58</sup> Sin resaltar en el original.

*Polonia). Por tanto el Protocolo produce un efecto equivalente al de una reserva*".<sup>59</sup>

En cuanto al *ámbito de aplicación* de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea nos debemos remitir a su artículo 51 el cual establece que sus disposiciones

*“están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión”. Agregándose a continuación –como un contrapeso a cualquier vocación expansiva en la aplicación de la Carta- que la misma “no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados”.*

Sin embargo, se ha rechazado que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sea interpretada estricta y restrictivamente como surgiría del citado artículo 51.<sup>60</sup> Si fuera así, se afirma, la citada Carta no supone ningún avance respecto a la situación anterior desde la perspectiva del particular, e incluso puede que suponga, en ocasiones, un retroceso. Tomando en cuenta los “comentarios explicativos” que acompañan a la Carta, cabría también invocarla –se concluye- cuando los Estados miembros actúen en un ámbito de aplicación abierto por el Derecho de la Unión, aun cuando esa actuación no se traduzca necesariamente en un acto legislativo o reglamentario en desarrollo de un norma comunitaria. En apoyo a esta postura se cita la clásica jurisprudencia comunitaria europea del citado asunto *Wachauf* (1989)<sup>61</sup>, donde se aplican los *principios generales del derecho comunitario* a los Estados “cuando se actúa en el marco del derecho comunitario”.

#### **IV. La adhesión de la UE al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.**

El ya citado artículo 6.2 y 3 (TUE) dispone que la Unión se “adherirá” al nombrado Convenio Europeo. Esta adhesión “no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”. Y a continuación se expresa que los derechos fundamentales que garantiza dicho Convenio, y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, “formarán parte del Derecho de la Unión como principios gene-

<sup>59</sup> FERNANDEZ TOMAS, Antonio F., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcances generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia*, en “El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional”, IUSTEL-AEPDIRI, 2007, pág. 123.

<sup>60</sup> *Idem*, pág. 146.

<sup>61</sup> TJCE, sentencia de 13 de julio de 1989, asunto C-5/88.

rales”. Más allá de significar una *fórmula puente perfecta* por tratarse de derechos humanos (ver *supra* II.3.5.1.), la norma transcrita enseña todo un logro para la UE luego de diversos fracasos que involucraron inclusive, como se recordará, al propio TJCE.<sup>62</sup>

La nombrada adhesión, afirma Pastor Palomear<sup>63</sup>, es conveniente para mejorar la protección de los derechos fundamentales a través de la “complementariedad de sistemas”. Y además de conveniente, se concluye, es necesaria, pues en los últimos años se han venido produciendo ciertas disfunciones: por ejemplo, demanda de particulares a los Estados miembro de la UE por actos de las instituciones comunitarias. Para Daniele<sup>64</sup> es claro que la antedicha adhesión persigue una finalidad diversa y, por la tanto, no susceptible de superponerse a la que reconoce a la Carta de Derechos un valor jurídico igual que al de los tratados. En efecto, este último fin procura mejorar la protección de los derechos fundamentales en el ámbito interno de la UE, amarrándolos a un texto escrito, preciso y articulado, que hasta el momento faltaba. Al atribuible expresamente a la UE la competencia para poder ser parte del Convenio Europeo, en cambio, se refuerza la protección de los derechos fundamentales pero en el ámbito externo. Ello autoriza a la UE a someterse a un sistema internacional de control el cual, al menos hasta hoy, le resulta directamente ajeno.

Pastor Ridruejo interpreta que, el significado, relevancia y alcance de dicha adhesión no pueden ser analizados sin tomar en consideración otro dato importante y es el ya apuntado reconocimiento de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que se encuentra en el mismo artículo 6 (TUE). No es posible disociar ambos instrumentos, explica el autor citado, porque el día de la adhesión al Convenio Europeo la UE se va a encontrar con dos instrumentos en materia de derechos humanos, y con dos jurisdicciones para velar por el respeto de esos instrumentos (el TJUE y el TEDH). Así las cosas, se concluye, resultará del todo ineludible ensamblar la operatividad de esos instrumentos así como el funcionamiento de esas dos jurisdicciones.<sup>65</sup>

En el sentido de lo dicho encontramos el Protocolo Nr. 8 al TL *sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. De este

<sup>62</sup> Debemos recordar que el nombrado Tribunal, frente a un requerimiento de la Comisión sobre si la entonces Comunidad Europea tenía competencia para adherirse al Convenio Europeo, se manifestó negativamente estimando que en el estado en que se encontraba la Comunidad carecía de competencia para dicha adhesión (cfr. Dictamen Nr. 2/94 de 28 de marzo de 1996). La idea de la adhesión surge formalmente en 1979 con un memorándum de la Comisión con la idea de reforzar los derechos humanos en la Comunidad.

<sup>63</sup> PASTOR PALOMAR, Antonio., *La regla inclusio unius exclusio alterius y la Carta de los Derechos Fundamentales: Polonia, el Reino Unido y los otros*, en “El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional”, IUSTEL-AEPDIRI, 2007, pág. 175.

<sup>64</sup> DANIELE, Luigi, op. cit., pág. 650.

<sup>65</sup> PASTOR RIDRUEJO, José Antonio., *La adhesión de la UE a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, en “El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional”, IUSTEL-AEPDIRI, 2007, págs. 152-153.

instrumento surge que la adhesión “no va a ser pura simple”, esto es, no va a consistir en la sola manifestación del consentimiento de la UE en obligarse. Será una adhesión “detallada” que habrá de incluirse en un acuerdo. Al respecto, se afirma en el Protocolo citado que la adhesión “estipulará que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión” (art. 1). En efecto, el acuerdo –dice el art. 2- “garantizará que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones”.

Este Protocolo, al precisar los términos de la adhesión, escribe Stoffel Vallotton, ha pretendido, sobre todo, *preservar la autonomía del derecho comunitario* no solamente en cuanto a la participación de la UE en el sistema del Convenio Europeo, sino en cuanto a los eventuales recursos que se planten por Estados miembros o particulares.<sup>66</sup>

Por último, la cuestión de la adhesión de la UE al Convenio Europeo prevista en el citado artículo 6.2 y 3 (TUE) fue abordada expresamente por la jurisprudencia constitucional. Así, el Tribunal Constitucional checo en su sentencia sobre el TL (2007) mantuvo que dicha adhesión, las instituciones de la Unión, incluido el hoy TJUE, pasarán a ser sujetos de control por parte del TEDH lo que, en su opinión, reforzará la conformidad mutua de ambos sistema de protección de derechos humanos.<sup>67</sup> Con anterioridad, el Tribunal Constitucional español se había manifestado también, pero en relación a normas similares al citado artículo 6.2 y 3 (TUE) contempladas en el fallido tratado constitucional europeo.<sup>68</sup> Dijo entonces el nombrado Tribunal frente a posibles conflictos entre los sistemas jurídicos involucrados que, los “problemas de articulación entre regímenes de garantía”, son característicos de nuestro sistema de derechos fundamentales, correspondiendo a este Tribunal Constitucional “la función de precisar el concreto contenido de los derechos y libertades asegurados por el poder público español a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas, dotadas las primeras de instancias propias de protección y, por tanto, de definición autorizada de su contenido y alcance. En conclusión, para este Tribunal la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, una vez incorporada al derecho comunitario originario –esto es establecido su efecto vinculante como hacía el tratado constitucional y hace vimos el TL-, el valor interpretativo que tendría “no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo artículo II-112”, operan con un juego de referencias al Convenio Europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del TEDH en “denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo”.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> STOFFEL VALLOTTON, Nicole, *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: evolución de la cuestión, previsiones y posibles consecuencias*, en “El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional”, IUSTEL-AEPDIRI, 2007, pág. 191.

<sup>67</sup> Sentencia Nr. 19/08 de 26 de noviembre de 2008, *Tratado de Lisboa I*.

<sup>68</sup> Los artículos II-111 y II-112.

<sup>69</sup> Declaración Nr. 1/2004 de 13 de diciembre de 2004, fundamento jurídico 6.