

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Comentario artículo por artículo

Dirigido por:

Araceli Mangas Martín

Coordinado por:

Luis N. González Alonso

*Manuel López Escudero
José Martín y Pérez de Nanclares
José Manuel Sobrino Heredia*

Separata

TÍTULO II LIBERTADES

COMENTARIO

José Martín y Pérez de Nanclares

*Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de La Rioja*

Primera edición: 2008
ISBN: 978-84-96515-80-2

© los autores, 2008
© Fundación BBVA, 2008

Fundación **BBVA**

TÍTULO II
LIBERTADES

ARTÍCULO 6
DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 10, 11, 13, 15 y 16.
- TFUE: arts. 4.2 y 67 a 89.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 2 y 29 a 42 del TUE; arts. 39-55 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-66.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 6.

COMENTARIO

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de La Rioja

1. ASPECTOS GENERALES

El derecho a la libertad, entendida en el sentido de libertad física, es uno de los derechos básicos y más elementales del individuo. Constituye, en realidad, una condición previa para, junto al tam-

bién previo derecho a la vida, poder ejercer el resto de derechos y libertades individuales. No en vano, ha sido considerado en ocasiones como «the most fundamental and probably the oldest, the most hardly won and the most universally recognized of human rights» (Bingham 2003, 842). Acaso por ello el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, regula de manera conjunta este derecho a la libertad y la seguridad con el derecho a la vida, con independencia de que después en el art. 9 desarrolle el derecho a no ser detenido de manera arbitraria.

Históricamente, la protección de la libertad física y de movimiento de la persona frente a los riesgos de la actuación de los poderes públicos y las correlativas garantías frente a privaciones de libertad arbitrarias hunde sus raíces últimas en la figura del *habeas corpus* del viejo Derecho inglés. Salvando las obvias distancias y diferencias de contenido, ya el art. 39 de la Carta Magna de 1215 recogía expresamente la protección debida frente a encarcelamientos arbitrarios. Lo hizo también la *Petition of Rights* (1627) y se afianzó definitivamente en la *Habeas Corpus Act* de 1679 (Duker 1980, 12-63). De ahí, fue asumido en el continente en forma de garantías de la libertad física del individuo por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (art. 7) y poco después en la Constitución de los Estados Unidos de América (1791). Tras esta estela siguieron casi sin excepción todas las constituciones europeas del siglo XIX, hasta llegar a consolidarse en el siglo XX como un elemento indisolublemente unido al concepto de Estado de Derecho de las constituciones occidentales y al núcleo irrenunciable de derechos individuales recogidos en los instrumentos del Derecho Internacional de protección de derechos, con la ya citada Declaración Universal de 1948 en el plano global y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en el ámbito regional europeo a la cabeza.

Por tanto, no es de extrañar que desde el primer momento existiera en la Convención un consenso generalizado sobre la pertinencia de incluir en la Carta de Derechos Fundamentales el capital de derecho a la libertad y a la seguridad. Desde el primer documento de febrero de 2000 (CHARTRE 4123/1/00REV CONV 5, de 15 de febrero de 2000) y las primeras sesiones del pleno que debatieron la cuestión (3.ª sesión de la Convención de 24 y 25 de febrero de 2000)

quedó fuera de toda duda su inclusión en la Carta. Existió, no obstante, cierta discusión a propósito de su formulación concreta. En primer lugar, por el muy dispar alcance material que encuentra este derecho en los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En segundo lugar, por la extensa redacción que le dedica el art. 5 del CEDH y que, a todas luces, reclamaba una notable simplificación. Y, en tercer lugar, por la creciente relevancia que el polo de la seguridad está cobrando en la tradicional dialéctica *libertad versus seguridad* como consecuencia fundamental del riesgo derivado del terrorismo internacional; pese a que desde un punto de vista estrictamente técnico jurídico difícilmente pueda hablarse de un verdadero derecho a la seguridad.

Con todo, no tenemos constancia de la existencia de jurisprudencia relevante del Tribunal de Justicia sobre esta materia en el ámbito de la Unión Europea, si bien al hilo de la progresiva incursión del Alto Tribunal en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) a partir del asunto *Pupino* (sentencia de 16 de junio de 2005, C-105/03, Rec., p. I-5285), la situación tiende a cambiar. Nos encontramos, sin embargo, ante un derecho que en el futuro desarrollo de la competencia de la Unión en materia de Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal (CPJMP) está llamado a desempeñar un papel relevante como marco a respetar por las acciones comunitarias que se aprueben al respecto. Como precisan las propias Explicaciones del Praesidium, dado que la Carta debe aplicarse en el marco de la Unión, los derechos enunciados en este artículo deberán respetarse especialmente cuando la Unión, con arreglo al Título VI del Tratado de la Unión Europea (TUE), adopte decisiones marco para la definición de disposiciones comunes mínimas en lo relativo a la calificación de las infracciones y de las penas.

Por el contrario, a diferencia de lo que ocurre en el marco de la Unión Europea, sí es extensa la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la cual, fruto de la remisión expresa de las Explicaciones del Praesidium al texto del art. 5 del CEDH en su integridad y fruto también de la identidad de redacción del art. 6 de la Carta y del art. 5.1 del CEDH, cobrará una importancia de primer orden en la interpretación y aplicación de este precepto. En todo caso, en el marco del CEDH queda fuera de toda duda que nos encontramos ante un derecho que desde su más tem-

prana jurisprudencia ha sido considerado por el TEDH como un derecho irrenunciable en una sociedad democrática (sentencia de 24 de octubre de 1979, *Winterwerp c. Países Bajos*, 6301/73, Serie A, vol. 33, p. 16, apartado 37) que en la actualidad sigue manteniendo plenamente una relevancia de primer orden. Especialmente, en un momento como el actual en el que en algunos Estados —también dentro de la Unión Europea— se extiende una peligrosa concepción limitadora del derecho de libertad a favor de las supuestamente necesarias medidas *compensadoras* en materia de seguridad para combatir los riesgos ciertos que plantea el terrorismo internacional y la delincuencia organizada.

2. EL CONTENIDO JURÍDICO DEL DERECHO DE LIBERTAD Y SEGURIDAD: DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA

2.1. *La libertad*

El amplio concepto de libertad ha sido concretado por la jurisprudencia del TEDH básicamente en la libertad física del individuo (*liberté d'aller et de venir*) y, en concreto, en la correlativa protección que se deriva frente a detenciones o encarcelamientos arbitrarios o no justificados (sentencia de 2 de agosto de 2001, *Manzini c. Italia*, 449555/98, apartado 16). El objetivo de este precepto es, pues, lograr que nadie pueda ser desposeído de su libertad de manera arbitraria (sentencia de 8 de junio de 1976 *Engel*, Serie A, núm. 22, p. 25, apartado 58). Su contenido esencial es prestar protección adecuada contra la privación de libertad del individuo. Abarca tanto a adultos como a menores (sentencia de 20 de noviembre de 1988, *Nielsen*, Serie A, núm. 144, p. 22, apartado 58) y tanto a quienes se encuentran en libertad como a quienes ya están detenidos (sentencia de 2 de marzo de 1987, *Weeks*, Serie A, núm. 114, p. 22, apartado 40). De esta forma, como desarrolla el mismo art. 5 del CEDH, «nadie puede ser privado de su libertad», salvo en los casos expresamente previstos ad hoc por el propio CEDH y, en todo caso, «con arreglo al procedimiento establecido por la ley» (v. epígrafe 3). De manera básica, este derecho se refiere pues a la prohibición de las detenciones arbitrarias o sin las garantías exigidas, por lo que no tie-

ne que ver con las restricciones a la libertad de circulación o las limitaciones a la libertad de movimiento que tienen determinadas personas (por ejemplo, los militares), las cuales más bien derivarían del art. 2 del Protocolo número 4.

Por ello, en el ámbito de la Unión Europea conviene diferenciar nítidamente el derecho a la libertad del derecho a la libre circulación y residencia como parte integrante del estatuto de ciudadanía (art. 18.1 TCE), cuyo ámbito de aplicación personal se circunscribe únicamente a los ciudadanos de la Unión —una de las llamadas *libertades fundamentales*—, sin perjuicio de que, conforme al procedimiento expresamente previsto en el Derecho Comunitario europeo, el Derecho derivado pueda extender este derecho a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro (arts. 62.1, 62.3 y 63.1, apartado 4 TCE). O que, conforme a la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), respecto a los nacionales de Estados terceros que sean familiares de un ciudadano europeo se deriven determinados derechos accesorios de la libertad de movimiento (sentencia de 11 de junio de 2002, *Carpenter*, C-60/00, Rec. p. I-6279, apartados 40 y ss.); estos derechos complementarios desarrollados por la jurisprudencia comunitaria para los nacionales de terceros Estados son, en realidad, plasmación del derecho al respeto a la vida privada y familiar (arts. 7 de la Carta y 8 CEDH) y presuponen el uso por el cónyuge de nacionalidad de un Estado miembro de una de las libertades comunitarias de circulación de personas (v. *in extenso* las Conclusiones del AG Stix-Hackl, C-60/00, *Carpenter*, antes citado, apartados 52 y ss.).

De manera complementaria, el art. 5 del CEDH precisa el alcance de otro elemento complementario que acompaña al derecho básico de que nadie pueda ser privado de su libertad salvo en los casos tasados al respecto y respetando, en todo caso, el procedimiento previsto en la ley. Así, se establece que toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella (art. 5.2 CEDH). Igualmente, toda persona detenida o privada de libertad por existir indicios racionales de haber cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o haya deberá ser con-

ducida sin dilación ante la presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento (art. 5.3 CEDH). En este mismo sentido y con inspiración clara en la ya citada figura del *habeas corpus* existente en el Derecho inglés, toda persona privada de su libertad mediante detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, con el fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal (art. 5.4 CEDH). Por último, toda persona víctima de una privación de libertad o detención realizada en condiciones contrarias a las disposiciones de este precepto tendrá derecho a una reparación (art. 5.5 CEDH).

Por otro lado, una importante cuestión derivada de este derecho y que también puede cobrar relativa importancia en el ámbito del ELSJ de la Unión Europea es el relativo a la extraterritorialidad. Tras el conocido asunto *Öcalan*, el TEDH ha dejado claro que la aplicabilidad de este derecho a la libertad y seguridad no se circunscribe tan sólo a acciones de un Estado realizadas dentro de las fronteras de su territorio. Así, una detención por las autoridades de un Estado realizada en el territorio de otro Estado sin el consentimiento de este último es susceptible de afectar al derecho de libertad y de seguridad del individuo afectado. Habrá que probar, eso sí, que las autoridades del Estado actuaron violando la soberanía del Estado en el que se encontraba la persona afectada y violando las normas de Derecho Internacional (sentencia de 12 de marzo de 2003, *Öcalan*, apartado 88 y ss., confirmado en 2005 por la Gran Sala).

Por último, a partir de la identidad de redacción entre los arts. 6 de la Carta y 5.1 del CEDH parece también fuera de toda duda que la protección dada a este derecho por la jurisprudencia del CEDH opera en todo caso como un estándar mínimo de protección en la Unión. Esta afirmación no impide, sin embargo, que el Derecho Comunitario pueda concederle en determinados aspectos una protección más extensa (art. 52.3 *in fine* de la Carta). Y este estándar mínimo en el ámbito del CEDH se refiere tan sólo a los supuestos de protección en caso de privación de libertad con el fin de fijar la forma, condiciones, efectos, duración y límites de las acciones emprendidas por las autoridades estatales a este efecto. No son, pues,

hasta el momento un ámbito de particular relevancia frente a acciones que pueda emprender la Unión. Sí lo serán, empero, en el futuro en la medida en que vayan cobrando un mayor desarrollo las acciones de la Unión en el marco del ELSJ, muy en particular en relación con el control que el Tribunal de Justicia pueda ir haciendo de las decisiones marco que se adopten en materia de CPJMP. De hecho, la incipiente jurisprudencia surgida ya a propósito de la llamada *euroorden* (Decisión marco 2001/220/JAI, DO L 82, p. 1) apunta claramente en esta dirección (por ejemplo, sentencia de 16 de junio de 2005, *Pupino*, antes citada, apartado 60), aunque referido a la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 del CEDH.

2.2. *La seguridad*

La segunda parte del art. 6 de la Carta es, sin duda, de mucho más difícil concreción jurídica: «toda persona tiene derecho a... la seguridad». De hecho, no faltaron algunas voces en el seno de la Convención que, como es el caso de Friedrich (representante del Parlamento Europeo) o Rodríguez Bereijo, propugnaron la supresión de la dimensión de la seguridad en este precepto por no resultar claro qué garantías concretas conlleva en la práctica este (aparente) derecho (3.^a sesión de la Convención de 24 y 25 de febrero de 2000; 5.^a sesión de la Convención de 20 y 21 de marzo de 2000). Finalmente se incluyó como tal, si bien esta inclusión se vio acompañada de un cierto debate sobre el alcance concreto de su contenido (12.^a sesión de la Convención de 19 y 20 de junio de 2000).

En efecto, el art. 6 de la Carta cita expresamente la *seguridad* como parte también integrante de este derecho comúnmente compartido con la *libertad*. Ello plantea un serio problema de interpretación ya que, en principio, de la redacción del art. 5.1 del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH existente al respecto no podría derivarse un derecho en sentido propio a la seguridad. No tiene un verdadero contenido normativo específico y propio diferenciado del elemento de la libertad. Únicamente deja patente su indisoluble unión con la libertad y exige una protección frente a limitaciones arbitrarias a la libertad. No obstante, la doctrina constitucionalista, especialmente la germánica, discute sobre la posibilidad de ir confi-

gurando un cierto derecho a la seguridad (Isensee 1983; Möstl 2002, 84-115). De hecho, el término seguridad en el uso lingüístico normal tiene un significado que sobrepasa con creces el de la protección jurídica del individuo frente a limitaciones de su libertad.

En esta misma línea, en el marco del CEDH de este concepto de *seguridad* sí se deriva a partir de la sentencia del TEDH recaída en el asunto *Osman* un cierto deber de los Estados miembros de la Unión de adoptar las medidas que resulten precisas para proteger a los ciudadanos de actos terroristas (sentencia de 28 de octubre de 1998, *Osman c. Reino Unido*, 23452/94, apartados 115 y ss.; antes sentencia de 18 de diciembre de 1986, *Bozano*, Serie A 111, apartados 54 y 60). También puede derivarse para los Estados la exigencia de ofrecer determinadas garantías a los individuos en casos de amenazas innecesarias o desproporcionadas a la integridad de las personas ajenas a la intervención en supuestos de acciones de la policía. Pero este contenido es en todo caso de carácter accesorio. El contenido jurídico esencial de este derecho se refiere al derecho de que nadie pueda ser privado de su libertad. Conlleva, eso sí, un alto grado de protección frente a las limitaciones de aquélla por exigencias de la seguridad que puedan resultar desproporcionadas o arbitrarias.

Con todo, esta dimensión de la seguridad está también llamada a cobrar en el ámbito de la Unión Europea una particular relevancia. En primer lugar, sin ir más lejos, el actual Derecho originario autoriza determinadas limitaciones a las propias libertades fundamentales del mercado único con fundamento en motivos de seguridad y orden público (arts. 39.3, 46.2, 55 y 58 TCE) y, pese a las evidentes limitaciones en la materia, el TJCE ha dejado un cierto margen de apreciación en manos de los Estados miembros a la hora de fijar el alcance de estas medidas restrictivas de las libertades fundamentales basadas en motivos de seguridad.

En segundo lugar, no cabe tampoco duda de que en la actualidad la seguridad se ha convertido también en un fin relevante de buena parte de las acciones emprendidas por la Unión Europea en materia del ELSJ (art. 2 TUE), ya que existen importantes competencias de ésta en materia de CPJMP (arts. 29-42 TUE) que el Tratado de Lisboa, caso de entrar en vigor si es ratificado por todos los Estados miembros, no hace sino intensificar al considerar todo el ELSJ como una competencia compartida de la Unión (arts. 4.2 j y

67-89 TFUE). No parece, pues, aventurado vislumbrar la posibilidad de que dentro del marco de disposición de mínimos que resulta del actual art. 5.1 del CEDH (art. 52.3 *in fine* de la Carta) el TJCE pueda ir desarrollando en el futuro un contenido jurídico propio y diferenciado del derecho a la seguridad recogido en el art. 6 de la Carta. Con todo, parece también evidente que la puesta en marcha de este derecho a la seguridad precisa de una acción positiva de los poderes públicos. No resulta posible sostener, en modo alguno, que del art. 6 de la Carta pueda derivarse un derecho subjetivo del particular a recibir protección de los poderes públicos en el supuesto en que éste sienta amenazada su seguridad personal. Como tampoco resultará sencillo precisar el eventual alcance material y personal de una eventual protección judicial de este derecho a la seguridad. Con todo, es indudable también que en la sociedad civil actual se va abriendo paso una creciente concienciación para ir configurando dentro de lo posible una cierto derecho a favor de determinados colectivos —las mujeres maltratadas serían tan sólo un ejemplo— a reclamar seguridad individual frente a sus posibles agresores.

Y, en tercer lugar, al margen de la operatividad concreta que este derecho pueda tener en la Unión Europea a través de su regulación en la Carta de Derechos Fundamentales, en la doctrina se va abriendo paso también la percepción de un necesario desarrollo jurisprudencial de la dimensión horizontal del derecho de seguridad, esto es, de la protección requerida para que los particulares no se produzcan entre sí lesiones a su anhelo de seguridad. La determinación de su contenido jurídico no resulta sencilla y acaso ni siquiera posible en el concreto de marco de la Carta. Mas, en todo caso, pone de manifiesto una vez más que libertad y seguridad siguen siendo las dos caras de una misma moneda.

3. LOS LÍMITES DEL DERECHO DE LIBERTAD Y SEGURIDAD

3.1. *Los límites derivados del CEDH*

Aunque el art. 6 de la Carta no recoge referencia alguna a los límites de este derecho, el art. 5 del CEDH sí fija expresamente los límites al derecho de libertad. Así, las limitaciones que pueden legí-

timamente establecerse a este derecho en el marco de la Unión no podrán en ningún caso sobrepasar las permitidas por el CEDH. En concreto, nadie podrá ser privado de su libertad, salvo en los seis casos expresamente enumerados en el CEDH y, en todo caso, con arreglo al procedimiento establecido por la ley. Estos seis supuestos son descritos por el CEDH con bastante detalle. Así, un individuo podría ser privado de su libertad si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a Derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción; o que la hay después de haberla cometido; si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a Derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; si se trata del internamiento, conforme a Derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a Derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición (*in extenso* Arrese Iriondo 2004, 110-113).

De las múltiples aristas interpretativas que plantea este listado (Bleichrodt 2006, 463-483) cabe destacar dos cuestiones básicas. En primer lugar, esta enumeración se trata de un listado cerrado que, como tal, ha de interpretarse de manera restrictiva (sentencia de 8 de junio de 1976, *Engel*, antes citada, apartado 69). No cabe pues una interpretación extensiva que, por ejemplo, justifique limitaciones a este derecho basadas en la lucha contra la delincuencia organizada (sentencia de 22 de febrero de 1989, *Ciulla*, Serie A, núm. 148, p. 18, apartado 41). Y, en segundo lugar, parece evidente que la remisión a los ordenamientos internos conlleva un importante margen de apreciación para los Estados miembros, ya que a la postre es a ellos a quien corresponde la interpretación de los mismos (sen-

tencia de 20 de marzo de 1997, *Lukanov*, apartado 41). Pero tampoco puede obviarse la existencia de elementos reglados nada desdeñables como son básicamente la reiterada exigencia de que la detención o privación de libertad en cuestión se hagan en todo caso *conforme a Derecho*, se respete el procedimiento establecido por la ley y, en suma, se proteja al individuo frente a detenciones o privaciones de libertad arbitrarias. En palabras del TEDH, el procedimiento ha de ser justo y adecuado, la decisión ha de proceder y ser ejecutada por una autoridad competente y en ningún caso puede revestir carácter arbitrario (sentencia de 24 de octubre de 1979, *Winterwerp*, antes citada, apartado 45; sentencia de 24 de noviembre de 1994, *Kemmache*, apartado 34). Por otro lado, siempre cabrá el examen por parte del TEDH en caso de violación de los límites fijados por el Convenio (sentencia de 28 de marzo de 2000, *Baranowski*, apartado 57) ya que la exigencia de que la detención o privación de libertad se haga *conforme a Derecho* no se refiere tan sólo al Derecho nacional (sentencia de 28 de marzo de 2000, *Baranowski*, antes citada, apartado 51).

Por otro lado, antes de concluir los límites fijados por el CEDH, conviene tener presente que el art. 5 no se incluye en el listado de preceptos recogidos por el art. 15.2 del CEDH, por lo que en caso de estado de excepción el Estado en cuestión sí podría tomar medidas que deroguen las obligaciones derivadas de este precepto. Eso sí, tan sólo si son realmente necesarias («en la estricta medida en que lo exija la situación») y en ningún caso las medidas adoptadas estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del Derecho Internacional. Con todo, existe algún caso aislado en la jurisprudencia europea en la que el TEDH parece haber considerado contraria al Convenio la derogación de este derecho en caso de estado de excepción (sentencia de 26 de mayo de 1993, *Branningan and McBride*, apartado 37).

3.2. *Los límites derivados del Derecho de la Unión*

Así las cosas, efectivamente los límites básicos al derecho de libertad y seguridad son los que emanan de la rica y dilatada jurisprudencia del TEDH, cuyo sentido y alcance se trasladan íntegra-

mente a la Carta ya que se trata de un derecho que se corresponde plenamente con otro establecido en el Convenio (art. 52.3). Con todo, como ya se ha indicado, ello no obsta para que el Derecho de la Unión pueda conceder en el futuro una protección más extensa. Y, en todo caso, adaptado a las peculiaridades derivadas de las competencias que el Tratado atribuye a la Unión en materia CPJMP. No olvidemos que, a la postre, el derecho del art. 6 de la Carta tiene como destinatarias las instituciones, órganos u organismos de la Unión o, en su caso, a los Estados miembros cuando apliquen normas comunitarias.

Por otro lado, en el concreto caso que nos ocupa resulta de particular importancia el principio general recogido expresamente en la Carta en el sentido de que cualquier limitación del derecho de libertad y seguridad deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dicho derecho. Además, conforme al principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones a este derecho cuando éstas resulten necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás (art. 52.1 de la Carta).

4. CONSIDERACIONES FINALES: SOBRE LA PROBLEMÁTICA DIALÉCTICA LIBERTAD VERSUS SEGURIDAD

Nos encontramos, pues, ante un derecho clásico y plenamente asentado en la jurisprudencia del TEDH que, no obstante, está llamado a cobrar un renovado protagonismo en los próximos años. Los indiscriminados y ominosos atentados del terrorismo internacional y la creciente preocupación social que provoca también la delincuencia organizada han traído consigo en las sociedades occidentales la aceptación de crecientes medidas compensatorias en materia de seguridad que en algunos casos encarnan un riesgo cierto para el derecho a la libertad. Se está desencadenando, en el fondo, una falsa dialéctica libertad versus seguridad cuyo equilibrio se está perdiendo a favor del segundo de los elementos.

La Unión Europea no permanece al margen de esta progresiva intervención de los poderes públicos en refuerzo de la seguridad co-

lectiva y dentro del ELSJ la dimensión de la seguridad ha cobrado un desmesurado protagonismo en detrimento de los indisolubles elementos de libertad y de justicia. Ciertamente, la seguridad es un elemento imprescindible e irrenunciable de la acción comunitaria en la materia, concebida como la necesaria puesta en práctica de mecanismos compensatorios a la desaparición de los fronteras interiores y a la libre circulación de personas y con el objetivo de garantizar un alto grado de seguridad de las personas que residen en el territorio de la Unión Europea. Pero, en la práctica, una abrumadora mayoría de las acciones aprobadas por las instituciones comunitarias en materia del ELSJ se desarrollan en esta dimensión de la seguridad en detrimento de los elementos de libertad y justicia.

Es más, en el peculiar caso comunitario, aflora también una visión subyacente a buena parte de los estudios en la materia que tiende más a identificar espacio europeo de seguridad con control de los ciudadanos no comunitarios, sea un control (inicial) de los flujos de extranjeros que pretenden traspasar legal o ilegalmente las fronteras exteriores de la Unión o sea un control (posterior) de esos extranjeros no comunitarios que legal o ilegalmente ya residen en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea.

En este concreto contexto, resulta capital que el TJCE sepa encontrar una adecuada interpretación del art. 6 que impida desvirtuar la esencia del ELSJ y garantizar adecuadamente el núcleo irrenunciable del derecho a la libertad a *todas* las personas que se encuentren en el territorio de la Unión. Y ese mínimo irrenunciable lo fija ya la amplia jurisprudencia del TEDH. A partir de ahí, la Unión habrá de ajustar también las acciones en materia de seguridad que adopte en el futuro al irrenunciable respeto de este derecho. Para lograr un adecuado nivel de seguridad, no se puede renunciar a un mínimo nivel de libertad. De lo contrario, al final, no tendríamos ni libertad ni seguridad.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRESE IRIONDO, N. «Artículo 5: Derecho a la libertad y a la seguridad». En I. Lasagabaster Herfarte, dir. *Convenio Europeo de Derechos Humanos – Comentario sistemático*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 92-145.

- BALDUS, M. «Recht auf Freiheit und Sicherheit». En S. M. Heselhaus y C. Nowak, eds. *Handbuch der Europäischen Grundrechte*. Múnich: C. H. Beck, 2006, pp. 444-473.
- BINGHAM, T. «Personal Freedom and the Dilemma of Democracias». *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, pp. 841-858.
- BLEICHRODT, E. «Right to liberty and Security of Person (Article 5)». En P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn y L. Zwaak, eds. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 4.^a ed. Amberes-Oxford: Intersentia, 2006, pp. 455-509.
- DUKER, W. *A Constitutional History of Habeas Corpus*. Westport, 1980.
- DUOGIN, A. M. «La jurisprudence de la Commission Européenne des Droits de l'Homme à la Liberté et à la Sûreté de la personne dans un contexte non pénal». En Salvia y Villinger, dirs. *The Birth of European Human Rights Law – L'eclosion du Droit Européen des Droits de l'Homme (Festschrift Norgaard)*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 61-80.
- ISENSEE, J. *Das Grundrecht auf Sicherheit*. Berlín: Walter de Gruyter, 1983.
- MÖSTL, M. *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*. Tubinga: Ius Publicum, vol. 87, 2002.
- RENGELING, H. W. y SZCZEKALLA, P. *Grundrechte in der Europäischen Union – Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2004, pp. 443-451.

ARTÍCULO 7
RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

**Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar,
de su domicilio y de sus comunicaciones.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 8, 9, 22-25.

ANTECEDENTES

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-67.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 7.

COMENTARIO

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de La Rioja

1. ASPECTOS GENERALES: LA INCLUSIÓN
EN LA CARTA DE UN DERECHO HUMANO BÁSICO

La protección de la esfera privada del individuo es uno de los derechos fundamentales clásicos que hunde ya sus raíces en las corrientes iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII, y se consolida por el liberalismo del siglo XIX. No obstante, es en la segunda mitad del

siglo XX cuando se incluye expresamente en las constituciones nacionales de los Estados occidentales y en los textos internacionales de protección de los derechos fundamentales. Esta visión clásica conllevaba básicamente una protección esencial de la esfera privada del individuo frente a posibles intromisiones de los poderes públicos. Sin embargo, con el paso del tiempo se han ido difuminando las fronteras entre lo *privado* y lo *público* de manera que en la práctica jurisprudencial actual no sólo habrá una cierta protección de la *esfera privada* en el espacio público. Tanto el avance de los medios técnicos que permiten una intromisión cada vez menos compleja dentro de la esfera privada como la insuficiente autorregulación de determinados medios de comunicación plantean ciertos riesgos y crecientes mutaciones del contenido clásico de este derecho. Igualmente, una de las consecuencias de los atentados del 11-S en Nueva York y también del 11-M en Madrid ha sido la creciente implantación de nuevos medios tecnológicos de vigilancia, seguimiento, observación o control generalizado de datos que encarnan un riesgo cierto de limitación de los derechos propios de la esfera privada del individuo.

En todo caso, el derecho de toda persona al respeto a la vida privada y familiar, así como de su domicilio y de sus comunicaciones se encuentra recogido en el art. 7 de la Carta y se corresponde plenamente con los derechos que garantiza desde 1950 el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). La única diferencia de redacción es de mero carácter técnico y estriba en haber sustituido el antiguo término del Convenio a propósito de la *correspondencia* por el más adaptado a los tiempos actuales de las *comunicaciones*.

La Convención que condujo a la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales en ningún momento puso en duda ni la inclusión ni la redacción del derecho al respeto de la vida privada y familiar (CHARTE 4102/00, CONTRIB 2). Desde el principio, el primer proyecto del Praesidium acogió la redacción que, por otra parte, le había dado también el art. 6 de la Declaración del Parlamento Europeo sobre derechos y libertades fundamentales de 12 de abril de 1989 (CHARTE 4123/1/00REV 1 CONVENT 5, art. 8) y la mantuvo básicamente durante el desarrollo de toda la Convención (CHAFRTE 4149/00 CONV 13, de 8 de marzo de 2000, arts. 12 y 13.1; CHARTE 4284/00 CONV 28, de 5 de mayo de 2000, arts. 12

y 13; CHARTE 4360/00 CONV 37, de 14 de junio de 2000, arts. 12 y 13.1) hasta la versión final del Praesidium de julio de 2000 (CHARTE 4422/00 CONV 45, de 28 de julio de 2000, art. 7).

Con todo, en los debates surgidos en el seno de la Convención no faltaron propuestas —como las presentadas por Duff, Fayot o Braibant—, encaminadas a segregar de este precepto la dimensión de la *vida familiar* para regularla de manera integral en el precepto dedicado a la familia —art. 9 de la Carta— (4.^a sesión de la Convención de 2 y 3 de marzo de 2000; 5.^a sesión de la Convención de 20 y 21 de marzo de 2000). Estas propuestas no prosperaron, pero sí contribuyeron a clarificar la delimitación entre dos preceptos estrechamente entrelazados en la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

2. CONTENIDO ESENCIAL

2.1. *Objetivos fundamentales*

El derecho a la vida privada y familiar se ubica sistemáticamente dentro del título sobre libertades (arts. 6-19) y dentro de él se encuentra íntimamente imbricado con los derechos de protección de datos de carácter personal y el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia. Así, la protección de la vida privada y de las comunicaciones (art. 7) exige, entre otros aspectos, una paralela protección de los datos de carácter personal (art. 8), mientras que la protección de la vida familiar —de una *familia* ya fundada— encuentra su complemento en los previos derechos a contraer matrimonio y a fundar esa familia (art. 9).

En todo caso, el objetivo de este derecho es de triple naturaleza. En primer lugar, se trata ante todo de proteger a toda persona de intromisiones de los poderes públicos en su esfera íntima; en este ámbito, la jurisprudencia emanada del TEDH se ha mantenido constante desde el conocido asunto belga sobre las lenguas (sentencia de 23 de julio de 1967) hasta la actualidad (sentencia de 24 de junio de 2004, *Carolina c. Alemania*). En segundo lugar, en el ámbito del CEDH se trata también de proteger al individuo de intromisiones a su esfera privada que procedan de terceros particulares.

En este sentido, la jurisprudencia del TEDH también exige claramente una intervención positiva de los poderes públicos para evitar que la actuación de un particular conlleve una intromisión en la vida privada y familiar de un tercero que conlleve una violación del contenido jurídico garantizado por este derecho (sentencia de 9 de septiembre de 1979 *Airey c. Irlanda*, apartado 32; sentencia de 26 de marzo de 1985 *X e Y c. Países Bajos*, Serie A 91, apartado 23; sentencia de 24 de junio de 2004, *Carolina c. Alemania*, antes citada, apartado 57). Y, en tercer lugar, conlleva también la existencia de garantías concretas frente a intromisiones en la vida privada y familiar que deriven de actuaciones procesales, pese a que en realidad no se deduzca expresamente del tenor literal del precepto (decisión de 11 de julio de 2000, *Ciliz c. Países Bajos*, *Reports of Judgments and Decisions*, VIII). Exige, pues, no sólo un deber (negativo) de respeto, sino también de deberes (positivos) de garantía de este derecho por parte de los poderes públicos.

Obviamente, en el ámbito de la Unión Europea es la primera de las dimensiones la que con toda probabilidad mayor incidencia tenga en la práctica comunitaria. Por tanto, en el ámbito de sus competencias, la Unión deberá velar para que las actuaciones de sus instituciones u órganos no conlleven una intromisión en la vida privada y familiar de los individuos que supongan una violación del contenido jurídico que la jurisprudencia del TEDH ha dado a este derecho recogido en el art. 7. Deberá velar también, si llega el caso, para articular medidas positivas suficientes para, en aplicación de actos jurídicos comunitarios adoptados en el ámbito de sus competencias, establecer resortes suficientes para garantizar que no faciliten intromisiones en la vida privada y familiar de terceros.

En todo caso, al tratar su contenido jurídico concreto habrá que diferenciar claramente entre las distintas dimensiones que conforman este derecho, las cuales han experimentado una interpretación dinámica por parte del TEDH. Y lógicamente para su concreción habrá que atender fundamentalmente a la rica jurisprudencia emanada del TEDH, ya que, conforme a lo previsto en el artículo 52.3, el sentido y alcance de estos derechos deberán ser iguales a los que le confiere del CEDH, con independencia de que en algún aspecto concreto el Derecho de la Unión pueda conceder una protección más extensa.

En efecto, el derecho recogido en el art. 7 contiene en realidad cuatro garantías diferentes que, sin embargo, en la práctica no resulta posible separar nítidamente. Sí lo haremos, no obstante, a efectos explicativos. En este sentido, se pueden diferenciar las siguientes dimensiones: el derecho al respeto de la vida privada, el derecho al respeto de la vida familiar, el derecho al respeto del domicilio y el derecho al respeto de las comunicaciones.

2.2. *Derecho al respeto de la vida privada*

No existe, de momento, un concepto legal preciso de lo que ha de entenderse con carácter general por *vida privada*. Más bien, el TEDH ha ido perfilando *ad casum* el alcance material del mismo. Sí puede constatar, empero, una cierta tendencia hacia una interpretación extensiva que progresivamente va conduciendo a una ampliación del concepto de *vida privada* que no se limita sólo al espacio físico del domicilio. Cumple casi una función de *relleno de lagunas*. Así, existe la exigencia de garantizar el respeto a todo individuo de un espacio en el que pueda desarrollar su personalidad sin intromisiones externas, que no sólo abarca el recinto estrictamente privado, sino que en cierto sentido proyecta también la protección al espacio público siempre que no conlleve una relevancia social propia o un interés general (sentencia de 24 de junio de 2004, *Carolina c. Alemania*, antes citada, apartados 76 y 77). En suma, se trata de una protección del individuo frente a intromisiones ilegítimas de los poderes públicos a través de grabaciones, mecanismos de escucha u otros medios técnicos.

En realidad, de la jurisprudencia actual del TEDH podrían extraerse tres ámbitos diferentes dentro del contenido jurídico propio del derecho al respeto de la vida privada. En primer lugar, la *esfera privada* en sentido propio constituye la dimensión fundamental de este derecho. Es decir, implica una exigencia de garantía contra las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito privado de los individuos y obviamente conlleva una indefectible concatenación con otros derechos. Existe, así, una protección de las comunicaciones individuales y privadas con terceros (sentencia de 6 de septiembre de 1978, *Klass c. Alemania*) que, pese al tenor literal del

art. 8.1 del CEDH, no sólo incluye la *correspondencia postal* (sentencia de 2 de agosto de 1984, *Malone*, A82). Igualmente, abarca la protección de la inviolabilidad del domicilio, pero también proyecta sus efectos hacia la reputación y la propia imagen (sentencia de 24 de junio de 2004, *Carolina c. Alemania*, antes citada) o hacia el derecho a preservar el nombre de menores (sentencia de 2 de febrero de 2003, *García Arellano c. Bélgica*, apartados 59 y 72), etc. Esta protección se proyecta también parcialmente al ámbito público, si bien el nivel de protección es claramente inferior que el existente dentro del domicilio o de la esfera privada. Así, en el reiteradamente citado asunto *Carolina von Hannover* las fotos se habían realizado desde edificios circundantes mientras la afectada se encontraba dentro del *Monte Carlo Beach Club* (sentencia de 24 de junio de 2004, citada, apartado 68).

En segundo lugar, este derecho garantiza también, en conjunción con el derecho a la integridad de la persona (art. 3.1), la integridad física y psíquica del individuo en su ámbito privado, de manera que éste goza, por ejemplo, del derecho a decidir libremente sobre el propio cuerpo. Este derecho comprende, entre otros aspectos, el derecho al respeto de su comportamiento sexual dentro de su esfera privada, si bien sigue abierta la delicada cuestión de si por ejemplo prácticas sadomasoquistas consentidas que conduzcan a lesiones físicas serias quedan protegidas por este derecho (sentencia de 19 de febrero de 1997, *Laskey, Jaggard y Brown*, apartado 36). Existe, por otro lado, amplia controversia a propósito de si este derecho a decidir libremente sobre el propio cuerpo incluye también el derecho de la mujer a la libre interrupción del embarazo. En el actual estado de desarrollo de la jurisprudencia del TEDH parece claro que no lo incluye porque sobrepasa la dimensión privada para entrar en colisión con otros bienes jurídicos protegidos —especialmente el del *nasciturus*—; el TEDH parece empero haber dejado abierta la cuestión en algún asunto concreto (sentencia de 8 de julio de 2004, *Vo c. Francia*, apartados 79 y ss.). De manera correlativa, el TEDH tampoco aclara hasta qué punto el *nasciturus* queda protegido por el art. 2.1, inciso primero del CEDH, que regula el derecho a la vida. En este mismo sentido, también se ha planteado cierta polémica en relación con el derecho de los transexuales a cambiar de sexo a través de una operación quirúrgica y más concretamente con el deber positivo de los po-

deres públicos de reconocer cambios de sexo (sentencia de 11 de julio de 2002 *Christine Goodwin c. Reino Unido*, apartados 71 y ss.).

Y, en tercer lugar, este precepto comprende por supuesto el derecho de todo individuo a conducir libremente su vida. Tanto en aspectos que afecten a su estricta individualidad (estética propia, vestimenta...), como en elementos colectivos que identifiquen a determinadas minorías, si bien este último aspecto entra en posible *contacto* —a veces *colisión*— con otros derechos fundamentales que no resulta posible abordar en esta sede en toda su integridad.

2.3. *Derecho al respeto de la vida familiar*

Aunque en la práctica no siempre resulte sencillo de diferenciarlo respecto al derecho al respeto de la vida privada recién tratado, una segunda dimensión de este derecho es el respeto de la vida familiar. De hecho, muy frecuentemente la violación de aquél conlleva también la violación de éste. Sí resulta más sencillo deslindarlo del correlativo derecho a fundar una familia (arts. 9 y 12 CEDH) ya que el art. 7 protege la vida de las familias ya existentes.

No obstante, la interpretación de *familia* ha de hacerse en todo caso en sentido amplio, ya que no sólo protege la vida familiar del matrimonio o situaciones de pareja asimilables, sino que también abarca a los hijos e incluso a la vida en común entre abuelos y nietos (sentencia de 13 de junio de 1979, *Marckx c. Bélgica*, apartado 56). El TEDH sí exige, sin embargo, que exista una vida común real, de forma que la protección en sí misma no se proyecta al supuesto en que la vida se haga separadamente (sentencia de 23 de julio de 2002, *Taskin c. Alemania*). En realidad, más que a la *familia* en sentido propio se está protegiendo la *vida familiar* (*family life*, *vie familiale*, *Familienleben*), cuya determinación la marca más la realidad cotidiana que el Derecho.

2.4. *Derecho al respeto del domicilio*

La referencia al domicilio del art. 7 persigue una protección específica del espacio físico en el que se desarrolla la parte fundamental de la *esfera privada*. Este derecho conlleva la protección fren-

te a intromisiones a través de medios técnicos para captar imágenes o sonidos como también el derecho a determinar libremente a quién se le permite o no el acceso al domicilio.

Este derecho ha recibido una interpretación amplia, de manera que también comprende jardines o anexos o domicilios *peculiares* de determinadas minorías, como sería el caso de las caravanas para los gitanos (decisión de 18 de enero de 2001, *Beard*, núm. 24882/94, apartado 84).

Lentamente también se constata una progresiva incorporación del domicilio empresarial al ámbito de protección de este derecho si se dan determinadas condiciones (sentencia de 16 de diciembre de 1992, *Niemietz*, A 251-B). Esta cuestión cobra sin duda particular relevancia en el ámbito comunitario, debido a que el Tribunal de Justicia en casos relacionados con el Derecho de la Competencia —por ejemplo en los relevantes asuntos *Hoescht* (TJCE, sentencia de 21 de septiembre de 1989, Rec., p. 2859, apartado 17), *Dow Benelux* (TJCE, sentencia de 17 de octubre de 1989, Rec., p. 3137) o *National Panasonic* (TJCE, sentencia de 26 de junio de 1980, Rec., p. 2033)— había resuelto en perjuicio de los afectados y con una jurisprudencia *prima facie* más restrictiva que la del TEDH. En concreto, consideró que en el ámbito comunitario no podía constatarse la existencia de un derecho fundamental al respeto del domicilio empresarial de personas jurídicas debido a la existencia de grandes divergencias al respecto en las regulaciones constitucionales de los diferentes Estados miembros; ello no significaba tampoco que no concediera cierta protección jurídica a ese domicilio. No obstante, en otros casos posteriores, como por ejemplo en el asunto *Roquette Frères* (sentencia de 22 de octubre de 2002, Rec., p. I-9011, apartado 29), el Tribunal de Justicia adaptó su jurisprudencia a la del TEDH y, en principio, también en este ámbito existe una cierta equivalencia en la protección de este derecho por ambos tribunales.

Particularmente interesante es la *vis expansiva* de este derecho para, a través de sentencias del TEDH como la recaída en el conocido asunto *López Ostra* (sentencia de 9 de diciembre de 1994, A303, apartado 58), llegar a proteger a su amparo ámbitos específicos que en realidad están mucho más conectados con la protección del medio ambiente que con él mismo; pese a que, como es bien sabido, en el CEDH no existe una protección explícita del medio ambiente (García Jiménez 1997; Velasco Caballero 1995).

2.5. *Derecho al respeto de las comunicaciones*

Por último, el término *correspondencia* que contiene el art. 8.1 del CEDH ha sido sustituido en el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales por el de *comunicaciones* que evidentemente parece bastante más acorde con los avances tecnológicos que ha experimentado la materia desde la originaria redacción del CEDH hace más de medio siglo. De hecho, ya el propio TEDH había incorporado a su jurisprudencia *comunicaciones* que no eran estrictamente la *correspondencia postal*, como sería por ejemplo el caso de las conversaciones telefónicas (sentencia de 6 de septiembre de 1978, *Klass c. Alemania*, citada; sentencia de 25 de junio de 1997, *Halford c. Reino Unido*) o incluso el correo electrónico (sentencia de 22 de octubre de 2002, *Taylor Sabori*, núm. 47114/99, apartado 18). En el propio asunto *Carolina von Hannover*, el TEDH hizo referencia explícita a que se hace necesario incrementar la vigilancia en la protección de la vida privada y familiar para hacer frente a las nuevas tecnologías de la comunicación que hace posible una más fácil captación, almacenaje y reproducción de datos personales (sentencia de 24 de junio de 2004, antes citada, apartado 70). Igualmente, las constituciones nacionales más recientes habían incorporado también la nueva terminología.

En cuanto al contenido jurídico de este derecho, resulta relevante para la Unión Europea tener presente que este derecho impone a los poderes públicos un claro deber positivo de actuación para proteger las comunicaciones. La práctica jurisprudencial del TEDH ha sido particularmente rica en el caso de su aplicación en establecimientos con estatuto especial (prisiones, cuarteles, etc.), mas en el futuro podría tener un importante potencial de conflicto en otros ámbitos nuevos.

3. LIMITACIONES FUNDAMENTALES

El art. 7 no hace referencia alguna a la cuestión de las limitaciones. Sí lo hace, empero, el art. 8.2 del CEDH. Por ello, en consonancia con lo previsto en el art. 52.3, a este precepto ha de dársele en el ámbito comunitario el mismo sentido y alcance que el concedido

por la jurisprudencia del TEDH al ya citado párrafo segundo del art. 8 del CEDH: «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».

Con todo, ya antes de la Carta de Derechos Fundamentales el Tribunal de Justicia había aceptado expresamente en el asunto *Carpenter* que las limitaciones del art. 8.2 del CEDH regían también plenamente en el ámbito comunitario (TJCE, sentencia de 11 de julio de 2002, Rec., p. I-6279, apartado 42). Con anterioridad, había prestado particular atención a los requisitos, de manera que, para que una acción limitadora de este derecho resultara legítima, exigía la defensa de un interés general, no afectar a la esencia del derecho y, en todo caso, respetar la proporcionalidad de la medida (TJCE, sentencia de 11 de julio de 1989, *Schröder*, Rec., p. 2263, apartado 15; sentencia de 8 de abril de 1992, *Comisión c. Alemania*, Rec., p. I-2601, apartado 23).

Lógicamente, los requisitos explícitamente exigidos por el art. 8.2 del CEDH requieren cierta modulación en su aplicación al ámbito comunitario. Así fundamentalmente el requisito de que la injerencia en cuestión *esté prevista en la ley (prévu par la loi)* ha de entenderse desde una perspectiva material y no estrictamente formal. Ello podría cobrar una particular relevancia en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ), de manera que los reglamentos y las directivas del Título IV del Tratado de la Comunidad Europea o las decisiones marco del Título VI del Tratado de la Unión Europea cumplirían sin dificultad esta exigencia de que *sea prevista por la ley* en el sentido del CEDH. Por otro lado, en consonancia con la jurisprudencia del TEDH, la previsión recogida por la norma comunitaria del Derecho derivado que lo regule ha de ser suficientemente precisa (sentencia de 20 de mayo de 1999, *Rekvenyi c. Hungría*, apartado 34), si bien obviamente siempre conllevará un cierto margen de apreciación para su aplicación.

Sin ánimo exhaustivo alguno, dos son los ámbitos en los que a nuestro entender la cuestión de las limitaciones plantean en la prác-

tica problemas particulares. La primera no afecta de forma directa a las competencias propias de la Unión Europea y, como ha quedado claramente de manifiesto en el asunto *Carolina von Hannonver*, se refiere a las crecientes dificultades para precisar la conciliación entre las intromisiones legítimas en la vida privada de los famosos (incluso dentro de su domicilio) y las exigencias propias de la libertad de expresión de los medios de comunicación derivadas del art. 10 del CEDH (sentencia de 24 de junio de 2004, antes citada, apartados 59 y 60). Así, la publicación de fotos o artículos cuando se hace con la sola intención de satisfacer la curiosidad de un particular lector o espectador en relación con detalles de la vida privada de una persona pública no puede considerarse que contribuya a ningún tipo de debate de interés general de la sociedad (ibíd., apartado 65). Y la segunda, especialmente relevante en relación con las acciones comunitarias en materia del ELSJ, es la creciente injerencia de los poderes públicos en las comunicaciones e incluso en la vida privada de los individuos por exigencias de seguridad frente al terrorismo internacional. A este respecto, las exigencias de la necesidad de la medida, la proporcionalidad de la misma y su compatibilidad con una sociedad democrática son requisitos llamados a jugar un papel especialmente relevante. De hecho, sentencias como la recaída en el asunto de los datos facilitados a Estados Unidos en casos de vuelos europeos dirigidos a ese país (sentencia de 30 de mayo de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión*, C-317/04 y C-318/04), parecen dejar patente la preocupación del Alto Tribunal comunitario por preservar de manera suficiente la esencia de este derecho fundamental.

4. CONSIDERACIONES FINALES: LA CRECIENTE VIRTUALIDAD DE ESTE DERECHO EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

El derecho del respeto de la vida privada y familiar sigue siendo un derecho esencial dentro del ámbito de las libertades clásicas del Estado de Derecho. La jurisprudencia del TEDH ha sido rica y establece un marco de interpretación muy útil para la aplicación que del mismo haga el Tribunal de Justicia al ámbito comunitario. De hecho, la invocación directa que el Tribunal de Justicia ha hecho del art. 7 en el conocido asunto *Parlamento contra Consejo* (sen-

tencia de 27 de junio de 2006, C-540/03) o la reiterada referencia al mismo en diversas conclusiones de los Abogados Generales (AG Geelhoed en asunto *Baumbast*, sentencia de 17 de septiembre de 2002, C-413/99; AG Stix-Hackl en los asuntos *Carpenter*, antes citado, y *MRAX*, de 25 de julio de 2002, C-459/99; AG Kokott en los asuntos *Comisión c. España*, de 31 de enero de 2006, C-503/03, y *Mattern*, de 30 de marzo de 2006, C-10/05) dan buena muestra de la potencial aplicación de este derecho dentro de la Unión Europea. También resulta buen botón de muestra de la colaboración entre ambos niveles jurisprudenciales y de una cierta *retroalimentación* entre ordenamientos la invocación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario que el TEDH ha hecho de manera expresa en al menos tres ocasiones (sentencia de 16 de diciembre de 1992, *Niemetz c. Alemania*, antes citada; sentencia de 16 de abril de 2002, *Colas Est c. Francia*; y sentencia de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*).

Sin embargo, la jurisprudencia existente hasta la fecha está aún muy lejos de haber dejado cerrado el contenido jurídico y las limitaciones legítimas de este derecho. Antes al contrario, las exigencias de seguridad colectiva frente a los nuevos riesgos del terrorismo internacional plantean una falsa dialéctica seguridad *versus* libertad que en la práctica redundaría en una creciente y preocupante limitación del contenido básico de este derecho. Se detecta claramente en el ámbito de las competencias de los Estados, pero también empieza a apreciarse en las actuaciones de la Unión Europea en la materia. Tanto por lo que afecta a las medidas sobre inmigrantes (legales o ilegales) residentes en territorio comunitario (especialmente si ostentan determinadas nacionalidades consideradas a priori por algunos como *sospechosas*) como sobre todo en relación con las medidas emanadas en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal. Esta preocupación es ya patente en el ámbito comunitario interno, pero se refuerza notablemente en las relaciones exteriores de la Unión Europea con Estados terceros, en particular en lo que afecta a los Estados Unidos. De ahí que la ampliación de la competencia del Tribunal de Justicia a todo el ámbito del ELSJ que traerá consigo el Tratado de Lisboa —si logra entrar en vigor tras las dificultades desencadenadas por el referéndum negativo de Irlanda— resulte de particular relevancia.

Por el contrario, esta preocupante evolución de la tendencia restrictiva convive a la par con otra tendencia expansiva paralela desplegada por el TEDH que merece una valoración muy positiva. Ésta se constata de manera especialmente visible en relación con la inclusión de medidas protectoras del medio ambiente (polución, contaminación acústica, etc.), ya que están ampliando sustancialmente el contenido jurídico de un derecho que en un principio nada tenía que ver con los llamados derechos de tercera generación.

BIBLIOGRAFÍA

- ARZOS SANTIESTEBAN, X. «Derecho al respeto a la vida privada y familiar». En I. Lasagabaster Herrarte, dir. *Convenio Europeo de Derechos Humanos — Comentario sistemático*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 254-327.
- COUSSIRAT-COUSTÈRE, V. «Familie et Convention européenne des Droits de l'Homme». En AA VV. *Festschrift G. J. Wiarda*. Colonia, 1988, pp. 73 y ss.
- DOSWALD BECK, L. «The meaning of the “right to respect for private life” under the European Convention of Human Rights». *Human Rights Law Journal* (1983): pp. 283 y ss.
- GARCÍA JIMÉNEZ, M. E. «El derecho humano a un medio ambiente sano, a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto López Ostra c. España». *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. Ramón Casabó Ruiz*. Valencia: Universidad de Valencia, 1997, pp. 825-847.
- HERINGA, A. W. y ZWAAK, L. «Right to respect for privacy». En P. van Dijk, F. van Hoof; A. van Rijn y L. Zwaak, eds. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4.^a ed. Ambers-Oxford: Intersentia, 2006, pp. 663-750.
- KABOTH, D. «Der EGMR und Caroline von Hannover. Mehr Schutz vor der Veröffentlichungen von Fotoaufnahmen aus dem Privatleben Prominenter?». *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* (2004): pp. 818-824.
- LEZERTUA, M. «El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos». En J. J. López Ortega, dir. *Perfiles del derecho constitucional en la vida privada y familiar*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 1996, pp. 49-98.
- MARAUHN, T. «Recht auf Achtung des Privat- und Familienleben». En S. M. Heselhaus y C. Nowak, eds. *Handbuch der Europäischen Grundrechte*. Múnich: C. H. Beck, 2006, pp. 558-572.
- NAISMITH, S. «Private and Family Life, Home and Correspondence». En Da Silva y M. E. Villinger, eds. *The Birth of European Human Rights Law*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 141-164.
- OPSHAL, T. «The Convention and the Right to Respect for Family Life». En Robertson, ed. *Privacy and Human Rights: Reports and Communications Presented at the Third International Colloquy about the European Convention on Human Rights*. Manchester: University Press, 1973, pp. 183 y ss.
- RENGELING, H. W. y SZCZEKALLA, P. *Grundrechte in der Europäische Union – Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2004, pp. 453-467.

VELASCO CABALLERO, F. «La protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso López Ostra contra España)». *Revista Española de Derecho Constitucional* (1995): pp. 305-324.

ARTÍCULO 8
PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

- 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.**
- 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación.**
- 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: art. 7.
- TUE (TLisboa): art. 39.
- TFUE: art. 16.1.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes en la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 286 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. I-51 y II-68.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 8.

COMENTARIO

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de La Rioja

1. ASPECTOS GENERALES

1.1. *La progresiva incorporación de la protección de datos
al ámbito comunitario*

El desarrollo tecnológico experimentado por los Estados occidentales en los últimos años ha conducido a una nueva *sociedad de la información* en la que el crecimiento exponencial de información en circulación y la creciente facilidad de acceso a la misma ha planteado nuevos retos respecto a la protección de datos que hasta bien poco resultaban inimaginables. La simple existencia de Internet ha revolucionado por completo un panorama jurídico cuya regulación no estaba pensada para ello y cuyas amenazas para la privacidad y la intimidad del individuo son ingentes. A la vez, el paralelo fenómeno de la globalización ha producido una completa difuminación de las fronteras en la circulación de la información y con ello han surgido dificultades crecientes de control por parte de los Estados; igualmente la facilidad de acceso a la información pone en manos de terceros particulares una posibilidad de acceso a datos delicados que en el pasado tan sólo resultaba posible a los poderes públicos. Por otro lado, la aparición de toda una gama de medios técnicos para acceder a datos genéticos del individuo ha generado también nuevos mecanismos de control susceptibles de un uso diverso por parte de los poderes públicos que también encarna por sí mismo otro potencial de riesgo para los derechos de los particulares cuyos contornos futuros resultan aún inimaginables.

A la vista de todo ello, el marco estatal es claramente insuficiente para garantizar ese derecho. De ahí que diversos foros internacionales, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico o Naciones Unidas, estén trabajando para lograr una adecuada cooperación internacional en la materia. En este sentido,

destaca particularmente el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 2001 (Convenio núm. 108), que en su momento marcó un hito internacional y que aún hoy sus casi tres decenas de preceptos siguen siendo un marco válido de referencia.

En esta misma línea, la Unión Europea tampoco ha podido sustraerse a la necesidad de regular la cuestión de la protección de datos. De hecho, la propia existencia de un mercado único sin fronteras interiores en el que se garantiza la libre circulación de las mercancías, las personas, los servicios y los capitales exigía ya por sí mismo una regulación común que armonizara las dispares regulaciones de los Estados miembros. La existencia de diferencias entre los niveles de protección de los derechos y libertades garantizados en los diferentes Estados miembros, por lo que respecta al tratamiento de datos personales, es susceptible de impedir la transmisión de dichos datos del territorio de un Estado miembro al de otro y, por tanto, constituir un obstáculo para el ejercicio de actividades económicas a escala comunitaria. Así, desde esta perspectiva del mercado interior, ya en 1995 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron una primera Directiva relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Directiva 95/46/CE, *DOL* 281, de 23 de noviembre de 1995, p. 31). Posteriormente, a finales del año 2000 el Consejo y el Parlamento Europeo aprobaron un Reglamento para la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos (Reglamento 45/2001, *DOL* 8, de 12 de enero de 2001, p. 1) que ha sido considerado por la doctrina una etapa fundamental pero no definitiva (Maiani 2002, 306).

No en vano, el Tratado de Amsterdam había introducido en el Derecho originario la previsión de que a partir del 1 de enero de 1999 los actos comunitarios relativos a la protección de personas respecto al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de dichos datos serían de aplicación a las instituciones y organismos comunitarios (art. 286.1 TCE), por lo que este Reglamento era imprescindible. Finalmente, en 2002 se aprobó una nueva directiva

para regular el tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, la llamada Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (Directiva 02/58/CE, DO L 201, de 31 de julio de 2002, 37). Esta Directiva particulariza y complementa a la Directiva 95/46/CE en lo relativo al tratamiento de datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, garantizando la libre circulación de esos datos y de los equipos y servicios de comunicación electrónica en la Comunidad. Por otro lado, en el delicado ámbito del tercer pilar se prevé también que el intercambio de información entre los servicios nacionales, así como con Europol, ha de realizarse «con sujeción a las disposiciones correspondientes en materia de protección de datos personales» (art. 30 TUE).

Pero la existencia de estas normas de Derecho derivado, cuya base jurídica es aún criticada por algunos (Ruiz Miguel 2003, 18-24 y 40), no significa que del Derecho Comunitario en vigor pueda deducirse en modo alguno un derecho subjetivo a la protección de datos. En realidad, la directiva únicamente encomienda a los Estados miembros la tarea de garantizar, con arreglo a los criterios armonizados por ella, la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales (art. 1) con el objetivo de no obstaculizar entre ellos la libre circulación de datos personales por motivos de protección de los derechos fundamentales (considerando 9 de la Directiva). Es decir, como derivación de una exigencia del mercado interior, ya que su base jurídica competencial fue el entonces art. 100A (actualmente art. 95 TCE) . Ello no es obstáculo, sin embargo, para que uno de los objetivos fundamentales de la armonización no sea precisamente garantizar el respeto de los derechos y libertades fundamentales y hacerlo además buscando «un alto nivel de protección dentro de la Comunidad» (considerando 10 de la Directiva).

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por su parte, sí ha garantizado, como se ha mostrado al analizar el art. 7 de la Carta, el derecho a la protección de la vida privada (sentencia de 26 de junio de 1980, *National Panasonic*, 136/79, Rec., p. 2033; sentencia de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst*, 46/87 y 227/88, Rec., p. 2859) y a partir de este derecho ya consolidado ha deducido de él la exigencia de una cierta protección de datos como una manifestación concreta

del mismo (sentencia de 20 de mayo de 2003, *Rechnungshof c. ORF*, C-465/00, C-138/01 y C-139/01, Rec., p. I-4989; sentencia de 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist*, C-101/01, Rec., p. I-12992).

1.2. *Los trabajos de la Convención*

A partir de este contexto ya existente en el Derecho Comunitario, la primera Convención dio el importante paso de elevar la protección de datos a la categoría de derecho fundamental.

Hubo, en efecto, temprano consenso sobre la conveniencia de incluir un derecho a la protección de datos adaptado al nuevo contexto actual (CHARTE 4137/00 CONV 8, de 24 de febrero de 2000, art. 15). No faltaron, con todo, controversias a propósito del contenido y naturaleza jurídica de este derecho. Durante los primeros trabajos de la Convención se discutieron fundamentalmente las cuestiones básicas relativas al ejercicio de este derecho. Así, por ejemplo, tras el debate del Pleno de 27 y 28 de marzo de 2000 afloró la conveniencia (propuestas de Haenel y Paciotti) de incluir la exigencia de crear una autoridad independiente encargada de controlar la materia que, junto con otras propuestas sobre el alcance del derecho, sirvió de base para la nueva propuesta de mayo de 2000 (CHARTE 4284/00 CONV 28, de 5 de mayo de 2000, art. 19). Tras la propuesta de compromiso del Praesidium (CHARTE 4333/00 CONV 36, de 4 de junio de 2000, art. 19), volvió a existir un amplio debate en el Pleno de finales de junio de 2000 con un gran número de intervenciones de signo muy diverso y con posiciones muy dispares que se centraron ya en aspectos más concretos del proceso de protección y tratamiento de datos personales. Algunos miembros de la Convención (por ejemplo, Rodríguez Bereijo o Hayes) expusieron valoraciones muy críticas con la propuesta presentada por el Praesidium. Al final, se alcanzó un consenso suficiente que desembocó en la redacción actual del que entonces era el artículo 19 (CHARTE 4422/00 CONV 45, de 2 de julio de 2000, art. 8; CHARTE 4470/00 CONV 47, de 14 de septiembre de 2000, art. 8) y también respecto a las Explicaciones del Praesidium (CHARTE 4423/00 CONV 46, de 31 de julio de 2000).

Por otro lado, de manera paralela la Segunda Convención, al redactar el título dedicado a la vida democrática de la Unión, discutió

también la conveniencia de completar el derecho recogido en la Carta con otro precepto que recogiera en la Parte I del malogrado Tratado Constitucional una referencia expresa a la protección de los datos de carácter personal. Inicialmente discutió el Praesidium si basta con su inclusión en la Parte II (CONV 529/03, de 6 de febrero), pero muy pronto quedó claro que convenía incorporar un precepto ad hoc en la primera parte que, además de enunciar el derecho que ya reconocía la Carta, permitiera incorporar la actual regulación del art. 286 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) sirviera de base competencial suficiente para adoptar los actos jurídicos precisos (CONV 614/03, de 14 de marzo). Tras diversas modificaciones, fruto de las propuestas del Informe del Grupo de Expertos designados por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (CONV 618/03, de 17 de marzo) y del proceso interno de discusión en el seno de la Convención (CONV 650/03, de 2 de abril; CONV 779/03, de 4 de junio; CONV 724/03, de 24 de mayo), se llegó a la redacción final, de junio de 2003, de lo que configuraba la redacción del entonces art. I-51 —aunque en aquel momento correspondía numéricamente al art. I-50— (CONV 850/03, de 18 de julio). Posteriormente la Conferencia Intergubernamental introdujo aún algún retoque que afectó al párrafo segundo del art. I-51; no a la regulación del derecho que recoge el párrafo primero («Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal»). Tras el fracaso del Tratado Constitucional y la aprobación del Tratado de Lisboa este precepto se recoge en el que, caso de entrar finalmente en vigor, será el art. 19 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y el art. 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Con ello, en el marco comunitario se cuenta ya no sólo con una atribución de competencia en la materia, sino también con un derecho específico a la protección de datos y no se hace ya necesario recurrir al derecho a la intimidad o al derecho a la protección de la vida privada.

2. CONTENIDO ESENCIAL

2.1. *Novedad del derecho y correlación parcial con el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)*

El contenido del art. 8 no encuentra correspondencia directa en ninguna disposición del CEDH. Su precepto más aproximado, el art. 8 del CEDH, no contiene ninguna garantía expresa del derecho de protección de datos. Únicamente garantiza el derecho al respeto a la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones de los individuos. Sin embargo, la protección de los datos personales ha sido incluida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dentro de este art. 8 del CEDH como una manifestación más de la protección de la vida privada. Incluso hace ya más de dos décadas que el TEDH en el asunto *Leander c. Suecia* consideró que, además de la obtención y almacenaje de datos, también la transmisión de los mismos o la negativa a los particulares a obtener información sobre los datos que los poderes públicos tengan sobre ellos es susceptible de representar una violación de este precepto (sentencia de 26 de marzo de 1987, *Leander c. Suecia*, Serie A/116).

Obviamente, en la práctica, el problema no radica tanto en la existencia o no de un derecho expreso a la protección de datos (art. 8) o en su inclusión dentro de la protección de la esfera privada del particular (art. 8.1 CEDH) como en constatar en cada caso la violación o no del mismo y, en su caso, poder precisar el alcance preciso y sus límites, sea por el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) (sentencia de 5 de mayo de 2003, *Rechnungshof c. ORF*, antes citada) o sea por el TEDH (v. sentencia de 25 de junio de 1992, *Lüdi c. Suiza*, Serie A/238). Por otro lado, sea como fuere, el CEDH mantiene plenamente su virtualidad y relevancia, ya que en todo caso el art. 8 del CEDH vincula a los Estados no sólo en la ejecución del Derecho Comunitario, como es el caso del art. 8 de la Carta, sino también en cualquier actuación de los poderes públicos. Y en el desarrollo de las actuaciones en materia de seguridad o lucha contra el terrorismo habrá amplios sectores que cubran las normas que emanen de la Unión Europea en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia —por tanto, claramente sometidos a la Carta—, pero habrá

otros sectores colindantes que técnicamente queden fuera del ámbito competencial de la Unión Europea y, sin embargo, en la práctica resulten difícilmente separables de los propiamente comunitarios.

Por otra parte, a tenor de lo expresamente previsto por las Explicaciones del Praesidium (CHARTE 4473/00, de 11 de octubre de 2000; DO C 303, de 14 de diciembre de 2007), este derecho de la Carta se basa también en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981 (Convenio núm. 108) que en la actualidad ha sido ratificado por todos los Estados miembros de la Unión.

El ejercicio del derecho a la protección de datos de carácter personal se ejerce, según concretan las explicaciones del Praesidium, en las condiciones establecidas por la Directiva 95/46/CE. Y a mayor abundamiento las explicaciones de la Segunda Convención precisan que esta Directiva y el Reglamento ya citados «establecen las condiciones y límites para el ejercicio del derecho a la protección de los datos de carácter personal». A este respecto, la Directiva establece un estándar elevado de protección y, de momento, sigue siendo plenamente efectiva para proteger el derecho recogido en el art. 8. A juicio de la Comisión en su último informe de seguimiento, esta Directiva «da forma al derecho fundamental a la protección de los datos personales» y «constituye un marco jurídico general que cumple con sus objetivos originales constituyendo una garantía suficiente para el funcionamiento del mercado interior asegurando al mismo tiempo un alto nivel de protección» [*COM (2007) 87 final* de 7 de marzo de 2007, p. 9]. De ahí que, por lo tanto, la Comisión crea que «los principios que figuran en la Directiva siguen siendo válidos» y «no tiene previsto presentar ninguna propuesta legislativa para modificar la Directiva» (ibíd., pp. 9 y 11). Ello no quiere decir que, fruto de incorrectas transposiciones, no existan algunos Estados que tendrán que contar con próximos recursos de incumplimiento en aspectos muy particulares del contenido de la misma.

2.2. *El ámbito de aplicación*

El párrafo primero del art. 8 prevé expresamente que «toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan». De entrada surge, pues, una primera duda en relación con el ámbito de aplicación personal, a saber, si por el término *toda persona* ha de entenderse sólo a las personas físicas o, si por el contrario, abarca también a las personas jurídicas. Ciertamente, prima facie todo apunta a dejar fuera de este ámbito de aplicación personal a las personas jurídicas. El bien jurídico protegido en la protección de la esfera privada del individuo al que se reconduce este derecho en el CEDH parece encontrar acomodo únicamente respecto de las personas físicas. De hecho, podría considerarse como un derecho de la personalidad propio del individuo. Así, la letra del art. 8.1 en todo momento hace referencia a *datos de carácter personal*. También la Directiva 95/46/CE, a la que remiten las Explicaciones de la Carta para determinar el contenido y alcance de este derecho, se circunscribe tan sólo a las personas físicas. Es más, tanto su exposición de motivos (considerando 24) como su articulado (art. 2 a) dejan fuera de toda duda que «las legislaciones relativas a la protección de las personas jurídicas respecto del tratamiento de los datos que las conciernan no son objeto de la presente Directiva».

Con todo, a nuestro entender, en determinados supuestos también las personas jurídicas podrían llegar a hacerse acreedoras por analogía de una protección de sus intereses legítimos —obviamente en sentido técnico jurídico no sería apropiado hablar de derechos fundamentales— por derivación del art. 8 de la Carta. Tres motivos principales pueden, a nuestro entender, sustentar esta posición. En primer lugar, la disposición de la Carta ha de interpretarse también dentro del especial contexto de la Unión Europea en el que las empresas son en buen número de ocasiones los destinatarios principales de las acciones y normas comunitarias, especialmente en el ámbito del mercado único y del Derecho de la Competencia. En segundo lugar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque efectivamente negó desde su jurisprudencia más temprana la existencia de un derecho subjetivo de las empresas a la inviolabi-

lidad del domicilio en el sentido del art. 8.1 del CEDH (sentencia de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst*, 46/87 y 227/88, Rec., p. 2859, apartados 17 y 18), sí dejó patente con toda rotundidad que disfrutaban de determinadas manifestaciones de ese derecho. Así, por ejemplo, estableció que, conforme a un principio general del Derecho Comunitario que deriva de su existencia en todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros, «las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de la actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, ha de tener un fundamento legal y estar justificadas por las causas previstas en la ley y en consecuencia se ha de exigir una adecuada protección frente a las intervenciones que fueren arbitrarias o desproporcionadas» (apartado 19). Y, en tercer lugar, aunque efectivamente la Directiva 95/46/CE a la que remiten las Explicaciones del Praesidium circunscribiría el ámbito de aplicación de este derecho a las personas físicas, la posterior Directiva del Parlamento y del Consejo sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (Directiva 2002/58/CE, antes citada), que viene a ser el desarrollo de la Directiva 95/46/CE en el concreto ámbito de la comunicación por medios electrónicos, sí incluye a las personas jurídicas. En concreto, esta Directiva protege «los intereses legítimos de los abonados que sean personas jurídicas» (art. 1.2 y considerandos 7, 8, 17 y 38), si bien esto, por supuesto, no supone obligación alguna de hacer extensiva la aplicación de la Directiva 95/46/CE con carácter general a los intereses legítimos de las personas jurídicas (considerando 12). Por lo tanto, al menos en este concreto ámbito de la comunicación por medios electrónicos —y no es precisamente secundario a la hora de tratar la cuestión de la protección de datos— sí se incluye en cierto sentido a las personas jurídicas, y todo apunta a que de manera progresiva puedan ir incorporándose a la letra de otras disposiciones comunitarias.

Una segunda cuestión que conviene abordar es la relativa al ámbito de aplicación material. Por datos de carácter personal ha de entenderse, en el sentido que fija la Directiva 95/46/CE, «toda información sobre una persona física identificada o identificable» (art. 2 a). Para determinar si una persona es identificable hay que considerar el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona para identificar a dicha persona (considerando 26). Quedan fuera, pues,

aquellos datos hechos anónimos de manera tal que ya no sea posible identificar al interesado. Podría pensarse que, dado el objetivo armonizador de la Directiva, la definición podría referirse únicamente a los datos personales relacionados directa o indirectamente con el mercado único. Pero parece evidente que, dada la amplia definición de la Directiva, la regulación aspira a tener carácter general y desborda claramente los límites del ámbito de ese mercado único. El elemento clave será, a la postre, que se trate de datos que conciernan personalmente a la persona física en cuestión.

El tercer aspecto que cobra también particular relevancia es el concepto de *tratamiento* de esos datos personales, entendido por la Directiva en un sentido también muy amplio. Por tal ha de considerarse «cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción» (art. 2 b). Corresponderá a los Estados precisar, dentro de los límites fijados por la Directiva en su Capítulo II (arts. 5-21), las condiciones en las que son lícitos los tratamientos de datos personales. En todo caso, siempre estarán rigurosamente prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o la sexualidad (art. 8.1).

Finalmente, en cuarto lugar, se considerará responsable del tratamiento a la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que solo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales (art. 2 d).

2.3. *El tratamiento de los datos*

Una vez formulado el derecho concreto a la protección de los datos personales (art. 8.1), la Carta precisa también la forma en que deben ser tratados los datos de carácter personal para que resulte compatible con las exigencias derivadas de este derecho. Así, establece

que estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley (art. 8.2, inciso primero). Tres son, por tanto, los elementos reglados que fija este precepto.

El primero de los elementos es la exigencia de que los datos se traten *de modo leal*. La Carta plasma, pues, un requisito que en buena parte de ordenamientos internos es un principio general del Derecho y que en el ámbito comunitario conecta también con lo ya exigido por la Directiva 45/96/CE, al establecer que estos datos personales han de ser *tratados de manera leal y lícita* (art. 6.1 a). Esta exigencia se plasma en la práctica, entre otros muchos aspectos, en una clara exigencia de transparencia en el tratamiento de los datos, así como en una legislación de los Estados miembros que desarrollen esta exigencia esencial.

El segundo de los elementos hace referencia a la exigencia de uso de los datos de carácter personal tan sólo *para fines concretos*. Ello recoge las exigencias del Convenio del Consejo de Europea (art. 5 b) y también de la Directiva comunitaria, ya que ésta exige explícitamente que esos datos personales sean recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines (art. 6.1 b). Han de ser además adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente (art. 6.1 c de la Directiva y art. 5 c del Convenio núm. 108), así como exactos y, si fuera necesario, puestos al día (art. 6.1 d de la Directiva y art. 5 d del Convenio núm. 108). No cabe pues ningún tratamiento de datos personales que se realice sobre la base de fines genéricos o abstractos, como serían por ejemplo aducir *fines comerciales*. Ha de hacerse únicamente con un fin concreto perfectamente definido y éste ha de determinarse claramente antes de realizar el propio tratamiento de los datos; por ejemplo, *lista de clientes* o *envío de publicidad comercial*. Con todo, es evidente que este elemento plantea en la práctica problemas crecientes de control. Dentro de la propia Unión Europea, los datos en poder de Europol y el uso que se hace de los mismos están empezando a levantar ciertas reticencias en un sector doctrinal (Rudolph 2003, 225-226). En relación con el uso que hagan los Estados, ciertamente, en relación con Europol se establece unos requisitos mínimos en materia de

protección de datos personales que deberán cumplir los Estados miembros. Pero se deja en manos de los Estados, con un elevado margen de apreciación, la adopción de las disposiciones nacionales necesarias para conseguir un nivel de protección de datos que sea, como mínimo, equivalente al resultante de los principios del Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, ya citado. A este respecto, en el marco del Consejo de Europa existe una Recomendación de 1987 del Comité de Ministros, encaminada a regular la utilización de datos de carácter personal en el sector de la policía que también está aún lejos de recoger las garantías exigibles actualmente [Recomendación R (87) 15m de 17 de septiembre de 1987]. Lo propio podría decirse de la tenue exigencia de control dentro del llamado Sistema de Información Schengen (art. 114 del Convenio de Aplicación del Convenio de Schengen) y, en menor medida, de Eurojust o de la utilización de tecnología de la información en el Sistema de Información Aduanero.

El tercer elemento es la exigencia de consentimiento del afectado. Este consentimiento ha de prestarse, como también prevé la Directiva, *de forma inequívoca* (art. 7 a) y presume el previo conocimiento suficiente por el afectado del contenido y extensión de los datos en cuestión. Por tanto, se exige también que se le facilite la información necesaria para formarse una idea cabal del alcance y posibles consecuencias que puede tener el uso de los datos personales en cuestión. Y se presume igualmente que el consentimiento lo es para el concreto fin que motiva la recogida del dato de que se trate y no de carácter general, por lo que modificaciones futuras del fin que impulsó originariamente la recogida de los datos exigirá nueva prestación de consentimiento por parte del afectado.

Por último, esta exigencia de consentimiento de la persona afectada tan sólo podrá soslayarse cuando exista «otro fundamento legítimo previsto por la ley». Ese fundamento, en la actualidad puede estar conformado, por ejemplo, por aquellos supuestos en que sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte; cuando sea necesario para cumplir una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento; para proteger el interés vital del interesado; para cumplir una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento; o si es necesario para la

satisfacción de un interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento.

2.4. *El derecho de acceso del particular a los datos recogidos que le afecten*

La Carta atribuye también al particular el derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y, llegado el caso, a obtener su rectificación (art. 8.2, inciso segundo). Se trata, pues, de una relevante garantía para proteger al particular frente a eventuales usos ilegales de los datos que se hayan recogido sobre él. En concreto, dos son las garantías que establece este derecho. De una parte, se garantiza el derecho de información sobre los datos recogidos que le conciernan. En realidad, éste es un derecho previo al propio consentimiento del particular para el tratamiento de los datos en cuestión, ya que sin conocimiento suficiente del contenido de los datos difícilmente podría hablarse de un consentimiento en sentido propio. Así, toda persona disfruta del derecho de acceso a los datos que le conciernan y sean objeto de tratamiento, para cerciorarse, en particular, de su exactitud y de la licitud de su tratamiento (art. 12 de la Directiva 95/46/CE). También el Convenio del Consejo de Europa de 1981 recoge esta elemental exigencia (art. 8). La Directiva 95/46/CE estableció, de hecho, el importante deber del responsable del tratamiento de los datos de comunicar a la persona de quien se recaben los datos que le conciernan (art. 10).

Este derecho básico es a la vez un requisito previo para, llegado el caso de que el particular considerase inadecuados, inexactos o ilegales los datos recogidos, poder hacer uso del derecho de rectificación. En efecto, por otra parte, se garantiza también el derecho a obtener una rectificación, supresión o bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las exigencias legales (art. 12 b). Con todo, este derecho de rectificación, aunque es consecuencia de la previa información, tiene entidad propia, de manera que el derecho existe con independencia del cauce por el que el particular haya tenido conocimiento de la existencia de los datos que le conciernen.

2.5. *El control de una autoridad competente*

Un último aspecto que hay que tener presente es el relativo al control para garantizar adecuadamente el respeto de las normas anteriormente tratadas. Para ello la Carta ha previsto también la existencia de una autoridad independiente de control (art. 8.3). En este sentido, la Directiva exige que los Estados miembros creen autoridades nacionales independientes de control sobre la protección de datos (art. 28). Las atribuciones básicas de esta autoridad son especialmente poderes de investigación, como el derecho de acceder a los datos que sean objeto de tratamiento y el de recabar toda la información necesaria para el cumplimiento de su misión de control; poderes efectivos de intervención o el de ordenar el bloqueo, la supresión o la destrucción de datos, o incluso prohibir provisional o definitivamente un tratamiento; y capacidad procesal en caso de infracciones. Nada tiene que ver esta autoridad independiente de control con el llamado *Grupo del artículo 29* que está compuesto por un representante de cada autoridad de control nacional y cuyas funciones son únicamente de asesoramiento y no de control.

Sin duda, en la actualidad es el papel de estas autoridades de control nacionales uno de los aspectos más problemáticos de la aplicación de la Directiva 95/46/CE. De hecho, tanto el primer informe de la Comisión sobre la aplicación de esta Directiva [*COM (2003) 265 final*, de 15 de mayo de 2003] como sobre todo el último informe de 2007 [*COM (2007) 87 final*, de 7 de marzo de 2007] han puesto de manifiesto que «una preocupación es el respeto por el requisito de que las autoridades supervisoras de la protección de datos actúen con total independencia y tengan poder y recursos suficientes para llevar a cabo sus tareas» (ibíd., p. 6).

3. LIMITACIONES BÁSICAS

Como ocurre con todos los derechos fundamentales, el derecho de protección de los datos de carácter personal no es absoluto y está sometido a determinados límites. Éstos, con carácter general, han de hacerse, según recuerdan expresamente las propias explicacio-

nes del Presidium (CHARTE 4473/00, citada), en las condiciones establecidas por el art. 51. Es decir, deberán ser establecidas por la ley, habrán de respetar el contenido esencial de este derecho y tendrán que respetar las exigencias del principio de proporcionalidad relativas a la necesidad de la medida y la búsqueda efectiva de objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

Por otro lado, con carácter específico en la medida en que este derecho se inserta como una manifestación más del derecho de protección de la esfera privada, recogido en el art. 8.1 del CEDH la interpretación y aplicación de los límites del mismo habrá de someterse también a la jurisprudencia emanada del TEDH, si bien ello no obsta —como tampoco lo hace en el resto de derechos ya comentados— para que, al tratarse de una exigencia de mínimos, el Derecho de la Unión conceda en el desarrollo legislativo que haga de este derecho una protección más extensa y exigente que la que actualmente presta el TEDH. Quiere ello decir que las limitaciones comunitarias que se establezcan a este derecho habrán de respetar al menos las exigencias fijadas en el art. 8.2 del CEDH (v. comentario al art. 7 de la Carta).

Las explicaciones actualizadas de la Segunda Convención precisan que la Directiva y el Reglamento reiteradamente mencionados establecen las condiciones y límites para el ejercicio del derecho a la protección de los datos de carácter personal. En este sentido, la Directiva establece dos tipos de disposiciones de los Estados que pueden restringir los principios de protección de datos en determinadas circunstancias. En primer lugar, los tratamientos de datos que se hagan en el marco de los Títulos V Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y VI del TUE Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal (CPJMP) o para garantizar la «seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado y las actividades del Estado en materia penal» quedan totalmente fuera del ámbito de aplicación de la Directiva (art. 3), y recientemente ha sido respaldado por el Tribunal de Justicia (sentencia de 30 de mayo de 2006, *PNR*, C-317/04 y C-318/04). Esto encarna, a nuestro entender, uno de los aspectos más criticables de la regulación actual [*COM (2006) 331 final*, de 28 de junio de 2006] y que debería ser modificado, si bien aquello no quiere decir que exista una plena libertad de regulación.

De hecho, en relación con la controvertida materia de los datos personales que se facilitan a la autoridad de Estados Unidos de los pasajeros que desde territorio de la Unión Europea vuelen hasta ese país, ha habido una importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En este sentido, el Parlamento Europeo interpuso sendos recursos de anulación contra el Consejo y la Comisión, respectivamente, instando la anulación de la Decisión del Consejo relativa a la celebración del acuerdo entre la Comunidad Europea y Estados Unidos sobre tratamiento y transferencia de datos de pasajeros por compañías aéreas a Estados Unidos (Decisión 2004/496/CE, *DOL* 183, de 20 de mayo de 2004, p. 83 y corrección de errores en *DO L* 255, p. 168), así como de la Decisión de la Comisión sobre el carácter adecuado de los datos de los pasajeros que se transmiten a Estados Unidos (Decisión 2004/535/CE, *DOL* 235, de 6 de julio de 2004, p. 11). El Parlamento Europeo era de la opinión de que los datos que se había acordado facilitar al Departamento de Seguridad Nacional y a la Oficina de Aduanas y Protección de Fronteras de Estados Unidos a través de la Decisión del Consejo, además de tener una base jurídica inadecuada (el art. 95 TCE), carecer de motivación suficiente, violar los principios de proporcionalidad y cooperación leal y violar los requisitos procesales (art. 300.3 TCE), conculcaba el art. 8 del CEDH relativo al derecho al respeto de la vida privada y familiar. El Parlamento Europeo consideró desmesuradas las condiciones exigidas por Estados Unidos, muy por encima de las ya duras exigencias negociadas por ejemplo con Canadá o Australia. Aparte de que el Parlamento Europeo tampoco aceptó el procedimiento de urgencia que impuso el Consejo (art. 300.3 TCE) y de que empleó todas las argucias a su alcance durante el trámite parlamentario. Por otro lado, consideraba igualmente que la Decisión de la Comisión, además de violar lo previsto en la propia Directiva comunitaria sobre protección de datos (Directiva 95/46/CE, antes citada) y los principios de proporcionalidad y legalidad, también vulneraba el ya citado art. 8 del CEDH. El Tribunal de Justicia, aunque de forma cauta no entra en el fondo del asunto, y, por tanto, nos priva de conocer un aspecto trascendental del acuerdo internacional en cuestión (v. también sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo*, C-540/03, apartados 53 y 57-59), aceptó plenamente el recurso del Parlamento Europeo y decidió anular ambas decisiones. Consideró de forma la-

pidaria que el art. 95 del TCE «no puede constituir la base de la competencia de la Comunidad para celebrar el Acuerdo» (sentencia de 30 de mayo de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión*, C-317/04 y C318/04, apartado 67). Mas todas las instituciones afectadas entendieron entre líneas que el contenido del nuevo Acuerdo debería ser más escrupuloso con la protección de los datos personales (González Vaqué 2006; Oró Martínez 2006). Ello obligó a negociar un nuevo Acuerdo con Estados Unidos que fuera respetuoso con las exigencias de protección de estos derechos (*DOL 298*, de 27 de octubre de 2006, p. 29) (Garde y Harayon 2006). Como también plantea ya dudas respecto a otros acuerdos como el suscrito con Canadá (Alcaide Fernández 2007).

En segundo lugar, también cabe una restricción cuando tal limitación constituya una medida necesaria para la salvaguardia de intereses públicos importantes que se concretan en la seguridad del Estado; la defensa; la prevención, la investigación, la detección y represión de infracciones penales; un interés económico y financiero importante de un Estado miembro o de la Unión Europea, incluidos los asuntos monetarios, presupuestarios y fiscales; una función de control, inspección o reglamentaria relacionada, aunque sólo sea ocasionalmente, con el ejercicio de la autoridad pública; la protección del interesado o de los derechos y libertades de otras personas (art. 13.2). Dada la formulación excesivamente indeterminada y abierta de estas excepciones, existente en estos momentos serias diferencias de interpretación entre los diferentes Estados miembros, y, en el futuro, el Tribunal de Justicia estará llamado a perfilar los límites de interpretación concretos de manera mucho más precisa a como lo ha hecho hasta la actualidad (v. sentencia de 20 de mayo de 2003, *Rechnungshof*, antes citada). Tampoco estaría de más que para una mayor seguridad jurídica, la Unión Europea intentase armonizar estas restricciones al estilo de como se ha hecho por ejemplo con la Directiva sobre conservación de datos (Directiva 2006/24/CE, *DOL 105*, de 13 de abril de 2006, p. 54).

En otro orden de cosas, como por otra parte ocurre con buena parte de los derechos fundamentales recogidos en la Carta, no resulta sencilla la cuestión de la fijación de los límites de este derecho cuando entre en colisión con otros derechos fundamentales. El caso más significativo es probablemente la libertad de expresión cuando

se trate del tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria. Obviamente este caso exige excepciones, pero en todo caso habrán de conciliar la libertad de expresión, ampliamente garantizada en la jurisprudencia del TEDH, con el contenido esencial del derecho de protección de datos personales.

4. CONSIDERACIONES FINALES

No cabe duda de que este novedoso derecho recogido en la Carta tiene una gran potencialidad de aplicación en la práctica jurisprudencial de los próximos años. En primer término, la puede tener también en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, como hemos mostrado anteriormente, tiene ya en el presente interesantes muestras en varias sentencias y conclusiones de sus abogados generales (v. por ejemplo, conclusiones del abogado general Tizzano en asunto C-465/00, *Rechnungshoff c. ORF*, antes citado). En segundo lugar, es muy posible que el art. 8 ejerza también una cierta influencia en la jurisprudencia del TEDH que, como ya se atisba en el importante asunto *Bosphorus c. Irlanda*, permita ir adaptando la vieja redacción del art. 8.1 del CEDH a las nuevas exigencias actuales de la sociedad de la información y la lucha contra el terrorismo internacional. En tercer lugar, es probable que también ejerza una cierta *función de espejo* en la jurisprudencia constitucional de los Estados miembros ya que muchas de las constituciones nacionales tampoco contienen una formulación de este nuevo derecho adaptada a las cambiantes exigencias de una sociedad globalizada, en la que las potestades de control de los poderes públicos sobre el uso de los datos en su territorio son manifiestamente insuficientes. En el caso español, curiosamente nuestro Tribunal Constitucional invocó este derecho de la Carta incluso antes de que fuera formalmente aprobado en Niza, tanto en una sentencia (TC 292/2000, de 30 de noviembre) como en un voto particular (voto particular del magistrado Jiménez de Parga).

Además, dentro del concreto ámbito de la Unión Europea en que está llamado a desenvolverse este derecho, representa, en cuarto lugar, un avance sustancial respecto al ámbito de aplicación ma-

terial, porque, a diferencia de lo que actualmente ocurre con la Directiva 95/46/CE (art. 3.2), sí se aplicaría plenamente al Título VI del TUE en materia de CPJMP.

Con todo, el contexto internacional actual plantea riesgos muy serios para la garantía adecuada de este derecho. De hecho, el verdadero reto de la Unión Europea con respecto a la protección de datos es probablemente lograr encontrar el necesario equilibrio entre las medidas de seguridad necesarias para abordar eficazmente las amenazas del terrorismo internacional y la delincuencia organizadas, por un lado, y las irrenunciables medidas de protección del contenido esencial de este derecho, por el otro. Y ha de garantizarlo *ad intram* en los 27 Estados miembros que la componen, pero también habrá de hacerlo *ad extram* prestando adecuada protección a los datos personales que facilite a Estados terceros, como por ejemplo a Estados Unidos. Tarea esta nada sencilla a la vista de las tensas y complicadas negociaciones habidas entre la Unión Europea y Estados Unidos a propósito de esta materia.

Otro importante reto es lograr en el futuro que en la práctica la acción protectora de este derecho se extienda también de manera efectiva al ámbito de la PESC y la Política Europea de Seguridad y Defensa.

En suma, el art. 8 de la Carta encarna una de sus novedades que mayor poder de proyección futura puede tener dentro y fuera de la Unión Europea. Una de las primeras ocasiones para vislumbrar su virtualidad será la revisión que se haga de la Directiva en materia de comunicaciones electrónicas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. «La Comunidad Europea, la Unión Europea y el Acuerdo con Canadá sobre tratamiento de datos API/PNR: ¿Crónica de la probable denuncia y sustitución anunciadas de un Tratado?». *Revista General de Derecho Europeo* 12 (2007). <http://www.iustel.com>.
- GARDE, A. y M. HARAVON. «De nouveaux droits pour les passagers aériens en Europe». *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 503 (2006): pp. 670-679.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L. «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas anula el Acuerdo entre la Comunidad Europea y los EE UU para la transmisión de los datos sobre los pasajeros por las compañías aéreas». *Revista Española de Derecho Europeo* (2006): pp. 557-577.

- GUERRERO PICÓ, M. C. «El derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal en la Constitución europea». *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (2005): pp. 293-332.
- MAIANI, F. «Le cadre réglementaire des traitements de données personnelles effectués au sein de l'Union européenne». *Revue Trimestrielle de Droit Européen* (2002): pp. 283-309.
- MANTECA VALDELANDE, V. «Normativa sobre protección de datos personales en las telecomunicaciones: Derecho comunitario y español». *Noticias de la Unión Europea* 243 (2005): pp. 95-109.
- MEHDE, V. «Datenschutz». En S. M. Heselhaus y C. Nowak, eds. *Handbuch der Europäischen Grundrechte*. Múnich: C. H. Beck, 2006, pp. 608-630.
- ORÓ MARTÍNEZ, C. «La anulación de la transferencia de datos personales de los pasajeros aéreos a los Estados Unidos». *Revista General de Derecho Europeo* 11 (2006). <http://www.iustel.com>.
- RENGELING, H. W. y P. SZCZEKALLA. *Grundrechte in der Europäischen Union – Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2004, pp. 477-496.
- RUDOLPH, W. «Datenschutz in Europa». *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* (2003), pp. 217-231.
- RUIZ MIGUEL, C. «El derecho a la protección de los datos personales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Análisis crítico». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2003), pp. 7-43.

ARTÍCULO 9
DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO
Y DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA

Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 7 y 33.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-69.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 9.

COMENTARIO

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de La Rioja

1. ASPECTOS GENERALES

El derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia es un derecho clásico que forma parte de la tradición jurídica occidental. De hecho, se recoge en los principales tratados y declaraciones interna-

cionales sobre protección de los derechos fundamentales, tanto en los de aspiración universal como la Declaración de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 16.1, inciso primero), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23) o el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10), como en los específicamente europeos. En concreto, el art. 9 de la Carta reproduce el art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) introduciendo algunas modificaciones de redacción para adaptar este derecho a las exigencias de los nuevos tiempos y acoger la posibilidad de que el estatuto matrimonial pueda extenderse a la unión de personas del mismo sexo en los Estados miembros que lo deseen. Pero sin imponerlo en modo alguno.

Por ello, desde el primer momento quedó claro en el seno de la Convención que la Carta de derechos debería contener este derecho. Sin embargo, durante el proceso de elaboración de la Carta sí se produjo cierta controversia que condujo a modificaciones de la redacción del precepto. De hecho, la lista originaria de derechos que presentó el Praesidium (CHARTE 4123/00 REV 1 CONV 5, de 15 de febrero de 2000, art. 9) únicamente contenía el derecho a fundar una familia y la exigencia de garantías de protección jurídica, económica y social. En la sesión del Pleno de la Convención de 2 y 3 de marzo se discutió profusamente sobre el alcance que debería tener este derecho y, más en concreto, sobre el propio concepto de familia, ya que resultan patentes las enormes diferencias que existen entre los diversos ordenamientos. Surgieron aspectos como si el concepto debería incluir también a los hijos o a las personas del mismo sexo. Posteriormente la redacción del mismo se fue acercando progresivamente al tenor literal del art. 12 del CEDH (CHARTE 4149/00 CONV 13, de 8 de marzo de 2000, art. 13; CHARTE 4284/00 CONV 28, de 5 de mayo de 2000; CHARTE 4360/00 CONV 37, de 14 de junio de 2000, art. 13) hasta adoptar la versión finalmente aprobada (CHARTE 4470/00 CONV 47, de 14 de septiembre de 2000, art. 9).

2. CONTENIDO ESENCIAL: LA REMISIÓN A LAS LEGISLACIONES NACIONALES PARA CONCRETAR EL EJERCICIO

2.1. *Reproducción del contenido del CEDH: la modernización de la redacción del art. 12 del CEDH*

La redacción dada finalmente al art. 9 de la Carta recoge de manera escueta una garantía del «derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio». Reproduce, por tanto, en lo sustancial el contenido del art. 12 del CEDH, según el cual «a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho». El art. 9 reproduce, pues, el art. 12 del CEDH *modernizando* su redacción. De esta forma, elimina en primer lugar la referencia a la edad mínima a partir de la que se podría contraer matrimonio y fundar una familia que recoge el CEDH («a partir de la edad núbil»). Y elimina también, en segundo lugar, la tradicional referencia a que el matrimonio deba estar forzosamente formado por un hombre y una mujer («*el hombre y la mujer* tienen derecho a casarse y a fundar una familia»), para simplemente garantizar este derecho en abstracto («se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia») y remitir su regulación a las legislaciones nacionales. Por tanto, como expresamente reconocen las propias Explicaciones del Praesidium, este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo. Será la legislación de cada Estado miembro la que precise el concepto mismo de matrimonio. Por tanto, este derecho es en el fondo muy similar al previsto por el CEDH, si bien su alcance concreto puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca.

En realidad, este derecho conecta también con el propio ordenamiento comunitario en el que con independencia de la entrada en vigor o no del Tratado de Lisboa ya ha sido expresamente reconocido con base en el actual art. 6 de Tratado de la Unión Europea como un principio general del Derecho Comunitario por el Tribunal de Justicia (sentencia de 31 de mayo de 2001, *D y Suecia c. Conse-*

jo, C-122/99P y 125/99P, Rec., p. I-4342; sentencia de 7 de enero de 2004, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency*, C-117/01, Rec., p. I-568; sentencia de 27 de abril de 2006, *Richards*, C-423/04). Por otra parte, la mayor parte de las constituciones nacionales recogen también este derecho de forma expresa, aunque su formulación, alcance y grados de protección son muy dispares.

2.2. *El derecho a contraer matrimonio: la controversia a propósito de los matrimonios entre homosexuales*

El primero de los derechos contenidos en el art. 9 de la Carta es el derecho a contraer matrimonio. Se trata, pues, de una libertad en manos de los afectados de decidir libremente contraer matrimonio (dimensión positiva) o no contraerlo (dimensión negativa), a determinar el momento en que desean materializarlo y obviamente a escoger a la persona con la que hacerlo.

Con todo, posiblemente el aspecto más sobresaliente de la regulación de este derecho, tanto en el CEDH como en la Carta, es el amplio margen de apreciación que queda en manos de los Estados para articular las condiciones concretas del ejercicio de este derecho. Cuestiones como la determinación de la edad mínima para contraer matrimonio o la concreción de los impedimentos legales por motivos de parentesco, falta de capacidad, falta de libertad, poligamia o cualquier otro corresponden a cada uno de los Estados miembros. Incluso la propia legalidad del divorcio se reserva a la esfera estatal.

En efecto, de este precepto no parece que pueda derivarse directamente un derecho al divorcio (TEDH, sentencia de 18 de diciembre de 1986, *Johnston c. Irlanda*, apartados 51-54), si bien tampoco puede derivarse de él su exclusión. Sin embargo, no puede obviarse que el Protocolo número 7 al Convenio, al regular el principio de igualdad entre los esposos, prevé expresamente su vigencia en relación con la disolución del matrimonio: «los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución» (art. 5). No existe, pues, tal derecho al divorcio. Será decisión de cada ordenamiento jurídico nacional determinar su posibilidad y, en caso de existir, las con-

diciones y procedimientos para el mismo. Ahora bien, allá donde tal posibilidad exista deberá respetar las exigencias de igualdad demandadas por el Protocolo.

De lo dicho a propósito del amplio margen de apreciación de los Estados, se deduce claramente que de la formulación del art. 9 no puede establecerse un concepto comunitario de matrimonio. Éste podrá ser diferente según cada legislación nacional. No obstante, sí parece que debería ser una exigencia comunitaria el reconocimiento por el resto de los Estados miembros de los matrimonios celebrados —y legalmente aceptados como tales— en otros Estados miembros. A este respecto, surge una relevante duda a propósito de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Como ya se ha adelantado, el art. 9 ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo. Será la legislación de cada Estado miembro la que lo determine. De hecho, la propia modificación de redacción, al hacer desaparecer la referencia del art. 12 del CEDH al matrimonio entre hombre y mujer, parece dejarlo claro.

Sin embargo, una lectura atenta de las Explicaciones del Praesidium podría conducir a considerar que la Carta en realidad no incluye estas uniones dentro del concepto de matrimonio, sino que más bien las equipara a la hora de fundar una familia. Literalmente establece que «la redacción de este derecho se ha modernizado para abarcar los casos en los que las legislaciones nacionales *reconocen vías distintas a la del matrimonio* para fundar una familia». Parece como si, pese a la nueva redacción, el legislador comunitario siguiera reservando el concepto de matrimonio para las uniones entre hombre y mujer. De hecho, la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha llegado a considerar que el concepto de matrimonio se refiere a la unión de dos personas de diferente sexo (sentencia de 31 de mayo de 2001, *Alemania y Suecia c. Consejo*, Rec., p. I-4319, apartado 34), por lo que las relaciones estables entre homosexuales no se podrían equiparar al matrimonio o las relaciones estables entre personas de diferente sexo (sentencia de 17 de febrero de 1998, *Grant*, Rec., p. I-621, apartados 33-35). Y de hecho esta jurisprudencia se remite expresamente a la emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) al interpretar el art. 12 del CEDH.

No creemos, con todo, que esa interpretación resulte sostenible en la actualidad. En primer lugar, porque la jurisprudencia citada del Tribunal de Justicia es en todo caso anterior a importantes modificaciones legislativas en Estados miembros como Bélgica, Países Bajos o España, encaminadas a considerar la unión entre homosexuales como una manifestación más —con sus matizaciones según cada caso, pero en todo caso evidente al menos en el controvertido caso español— del matrimonio. Y el propio Tribunal dejaba la puerta abierta a un posible cambio al incluir en todo caso que se hacía «en el estado actual de desarrollo del Derecho Comunitario» (sentencia de 17 de febrero de 1998, *Grant*, antes citada) o al considerar que en el momento de dictarse la sentencia de 2001 el concepto de matrimonio en *todos* los Estados miembros se refería a la unión entre personas de diferentes sexos (sentencia de 31 de mayo de 2001, *Alemania y Suecia c. Consejo*, antes citada), situación que como se ha visto ya no se da en la actualidad.

En segundo lugar, porque se trataría de una intromisión de la Unión Europea ajena a las competencias de la misma. La determinación del concepto de matrimonio es una competencia exclusiva de los Estados miembros.

Y, en tercer lugar y no menos importante, porque las propias Explicaciones de la Carta establecen a renglón seguido de la polémica referencia a las «vías distintas al matrimonio para fundar una familia» que «este artículo [9] ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo». A nuestro entender, corresponde, por tanto, a cada Estado decidir libremente extender o no el estatuto propio del concepto de matrimonio a las uniones entre homosexuales. Sin que ello suponga una violación del art. 9. Antes al contrario sería una nueva posibilidad derivada del cambio de redacción del mismo respecto al art. 12 del CEDH.

2.3. *El derecho a fundar una familia*

Indefectiblemente unido al derecho a contraer matrimonio el art. 9 establece el derecho a fundar una familia. En realidad, forman dos caras de una misma moneda. La propia redacción del art. 12 del CEDH deja constancia de que se trata de un único dere-

cho (*ce droit, this right*) con una doble manifestación. Tradicionalmente, la manifestación (casi) única de este derecho se plasmaba en el derecho del matrimonio a tener hijos, incluidos los hijos adoptados por el matrimonio conforme a las legislaciones propias de cada Estado.

A este respecto, surgen de nuevo importantes dudas a propósito del ámbito de aplicación de este derecho. En primer lugar, se plantea si abarca también a parejas estables de diferente sexo que no hayan contraído matrimonio formalmente. En segundo lugar, se cuestiona también si incluiría a parejas estables —o matrimonios en los Estados que lo permitan— del mismo sexo. Y, en tercer lugar, aflora también la duda de si la garantía y protección derivada de este derecho a propósito del correlativo derecho a tener hijos adoptivos incluye a mujeres u hombres individuales que no vivan en pareja estable. Sin duda, existen en la doctrina posiciones restrictivas ampliamente extendidas (Tettinger 2005). En muchos casos, fundadas en una interpretación restrictiva de la formulación del art. 12 del CEDH («el hombre y la mujer tienen derecho a casarse») y de la propia jurisprudencia del TEDH para negar esta posibilidad a los dos primeros casos.

A nuestro entender, no parece ésta tampoco la interpretación más conforme con el nuevo espíritu del art. 9. Para sustentar esta posición podría pensarse en recurrir a la propia jurisprudencia desplegada por el TEDH, a propósito de la protección de la vida familiar del art. 7 del CEDH, para intentar trasladar a la órbita del art. 9 la amplia interpretación que hace de aquélla. No nos parece que deba ser ésa la vía interpretativa más solvente. Más bien, existen argumentos de peso para defender nuevamente que ha de ser la legislación nacional de cada Estado la que concrete en cada caso el ámbito de aplicación personal del derecho a fundar una familia. Del art. 9 no se podrá derivar forzosamente la inclusión de los tres supuestos citados en su ámbito de protección. Pero nada impide que, como establecen las Explicaciones de la Carta, el alcance del concepto *fundar una familia* pueda ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca.

Por otro lado, no puede ignorarse que, en el marco del CEDH, el TEDH está desplegando desde una controvertida sentencia del año 2000 un concepto de familia particularmente amplio (senten-

cia de 13 de julio de 2000, *Elsholz c. Alemania*). Así, en esta sentencia, aunque el supuesto de hecho desencadenante del recurso se refería al derecho de un padre a visitar a un hijo extramatrimonial cuya madre lo impedía, el TEDH se pronunció a favor de considerar incluidas en el concepto de familia del art. 8 del CEDH otras relaciones filiales de facto diferentes al matrimonio *ordinario*. Esta jurisprudencia se ha consolidado en otros asuntos posteriores (sentencia de 26 de febrero de 2004, *Görgüglü c. Alemania*; sentencia de 8 de abril de 2004, *Haase c. Alemania*).

No puede decirse lo mismo del Tribunal de Justicia. Al menos no con la misma intensidad. De hecho, en el esperado asunto *D y Suecia c. Consejo* tuvo ocasión de interpretar este derecho de una forma más acorde con los nuevos tiempos (sentencia de 31 de mayo de 2001, C-122/99 y C-125/99, antes citada) y la desaprovechó, lo cual provocó fuertes críticas en un cierto sector doctrinal (por ejemplo, Caracciolo y Reid 2002, 89-90).

2.4. *La conexión con otros derechos: el mantenimiento de la competencia de los Estados en la materia*

El contenido jurídico de este derecho es, como hemos visto, bien preciso. Sin embargo, su correcta interpretación impide tratarlo de manera aislada, ya que se encuentra en relación muy estrecha con otros preceptos de la Carta. En particular, habrá que ponerlo en conexión con los arts. 7 y 33. Con el primero de los preceptos porque una vez contraído el matrimonio —entendido en el sentido apuntado— o fundada una familia, la Carta garantiza el correlativo derecho al respeto de la vida familiar y del domicilio del mismo. En el bien entendido de que el ámbito personal de actuación del art. 7 es notablemente más amplio que el del art. 9 e incluye cualquier tipo de relación entre personas que convivan en un mismo domicilio. Y con el segundo de los derechos indicados se encuentra también en estrecha relación, porque la Carta protege dentro del título dedicado a los derechos de solidaridad (arts. 27-38) la conciliación de la vida familiar y profesional. En realidad, en el plano general se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social, mientras que en el plano concreto se garantiza que, con el

fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.

Con todo, no conviene perder de vista que el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia es, en sentido propio, un derecho-libertad garantizado con carácter general por la Carta, pero cuya competencia para regular su concreto contenido jurídico y su modalidades de ejercicio es de los Estados miembros. Éstos, como ya hemos tenido ocasión de observar, gozan de un amplio margen de actuación para definir en cada legislación nacional el alcance de este derecho. Tienen, con todo, algunos elementos reglados de relevancia, cuyos contornos concretos vienen definidos fundamentalmente por la jurisprudencia del TEDH. Este Tribunal ha concretado la esencia de ese derecho y después cada Estado la desarrolla como estime conveniente. De hecho, en cuestiones como los matrimonios entre homosexuales, el reconocimiento de los derechos propios de los matrimonios a parejas estables del mismo (o de diferente) sexo o la inclusión del derecho de adopción por parte de personas sin vida en pareja estable encuentran respuesta muy dispar según cada ordenamiento jurídico nacional.

3. LIMITACIONES BÁSICAS

El derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, como cualquier otro derecho de la Carta, no es obviamente ilimitado. En primer lugar, conforme al art. 52.3, al establecerse que su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere el CEDH parece claro que las limitaciones fijadas por el mismo rigen plenamente. Respecto al derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, estos límites los fija el CEDH fundamentalmente en los términos que en cada caso fijen las legislaciones nacionales para su ejercicio («según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho»).

En segundo lugar, las limitaciones habrán de respetar en todo caso el principio de proporcionalidad y adoptarse tan sólo cuando resulten necesarios y respondan realmente a objetivos de interés ge-

neral reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

En tercer lugar, el propio derecho presenta límites negativos propios aceptados por la jurisprudencia del TEDH. Ejemplos evidentes de estos límites serían la restricción de este derecho a los familiares en línea directa o hermanos (sentencia de 7 de agosto de 1996, *Hamer c. Francia*, apartado 62) y todo el elenco de impedimentos legales para acceder a este derecho.

Con todo, tratar la cuestión de los límites de este derecho exige, por muy escueta que sea la referencia, recordar que existen cuestiones conexas que actualmente siguen planteando importantes debates en algunos Estados miembros: derecho de los transexuales a contraer matrimonio y formar una familia, adopción por parte de las parejas homosexuales, control de nacimientos, desarrollo tecnológico en materia genética y de inseminación artificial, utilización del semen de un marido fallecido o un cónyuge que ha dejado de serlo, etc. En concreto, a propósito de la situación de los transexuales también se ha detectado en los últimos años una evolución en la jurisprudencia del TEDH que tiende a incluir también a este grupo en el ámbito de aplicación del art. 8 del CEDH. Ciertamente, en una jurisprudencia anterior se había mostrado reacio a ello (sentencia de 30 de julio de 1998, *Sheffield y Horsham c. Reino Unido*). No obstante, a partir de una importante sentencia de julio de 2002, el TEDH ha dado un completo viraje en la materia y consideró una violación del art. 12 del CEDH la regulación británica que limitaba sustancialmente los derechos de los transexuales (sentencia de 11 de julio de 2002, *I c. Reino Unido*). Resulta curioso que el TEDH cita en su sentencia el artículo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (apartado 100).

De forma paralela, también en el ámbito comunitario la jurisprudencia del TJCE ha experimentado una evolución en idéntico sentido. Así, en una sentencia de 2004 el Tribunal de Justicia aceptó la reclamación de una pensión reclamada por la pareja —obviamente no casada— de una persona que había nacido mujer y tras una operación se había convertido en hombre y a la que el Derecho británico le negaba tal derecho. En su sentencia, el Tribunal de Justicia acogió expresamente la nueva jurisprudencia del TEDH sobre el art. 12 del CEDH, si bien fundó su resolución básicamente en el

principio de igualdad de remuneración entre hombre y mujer del art. 141 del Tribunal de la Comunidad Europea (TCE) (sentencia de 7 de enero de 2004, *K.B c. NHS Pensions Agency*, apartado 25).

En todo caso, éste es un derecho que, a la vista de las escasísimas competencias de la Unión Europea en materias que puedan afectar directamente al mismo, no parece llamado a tener un especial protagonismo en la esfera comunitaria.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La jurisprudencia del TEDH y en menor medida también la del TJCE se ha ido adaptando a los nuevos tiempos con la aceptación de un concepto de familia que nada tiene que ver con la sostenida en el pasado (por ejemplo, sentencia de 13 de junio de 1979, *Marckx*, antes citada, apartado 40). Curiosamente, para llegar a este tipo de interpretación, más acorde con la realidad social actual, el TEDH se ha basado en la nueva redacción que le ha dado la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también va configurando una jurisprudencia más progresista, verbi gratia en el conocido asunto sobre la reclamación de una pensión de viudedad por un hombre que en realidad había nacido como mujer y se había sometido a un cambio de sexo (sentencia de 7 de enero de 2004, *K. B. c. NHS Pensions Agency*, antes citada), pero de manera muy lenta.

En todo caso, parece claro que la nueva redacción dada por la Carta a este derecho proporciona una base jurídica interesante para ir construyendo en el futuro una concepción nueva de los conceptos de matrimonio y familia. De hecho, con independencia del contenido concreto que las legislaciones de cada Estado miembro den a este derecho en uso de su importante margen de apreciación, resulta cada vez más difícil sostener un concepto de matrimonio basado únicamente en la visión tradicional del mismo («el hombre y la mujer tienen derecho a casarse») y por el que la fundación de una familia sólo puede hacerse a partir de este concepto restringido de matrimonio.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRESE IRIONDO, M. N. «Artículo 12: Derecho a contraer matrimonio». En I. Lasagabaster HERTARTE, dir. *Convenio europeo de derechos humanos – Comentario sistemático*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 488-500.
- CARACCIOLLO DI TORELLA, E. y E. REID. «The Changing Shape of the “European Family” and Fundamental Rights». *European Law Review* (2002): pp. 80-90.
- MARAUHN, T. «Eheschliessungs – und Familiengründungsrecht». En S. M. Heselhaus y C. Nowak, eds. *Handbuch der Europäischen Grundrechte*. Múnich: C. H. Beck, 2006, pp. 592-607.
- MCGLYNN, C. «Families and the European Union Charter of Fundamental Rights: Progressive Change or Entrenching the Status Quo?». *European Law Review* (2001): pp. 582-598.
- MEEUSEN, J. «Judicial Disapproval of Discrimination Against Illegitimate Children. A Comparative Study of Developments in Europe and the United States». *American Journal of Comparative Law* (1995), pp. 119-145.
- RENGELING, H. W. y P. SZCZEKALLA. *Grundrechte in der Europäische Union – Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2004.
- TETTINGER, P. J. «Ehe und Familia in der europäischen Grundrechtsordnung». *Europarecht* (2005): pp. 419-440.

ARTÍCULO 10
LIBERTAD DE PENSAMIENTO,
DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN

1. **Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.**
2. **Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 21 y 22.
- TFUE: art. 17.

ANTECEDENTES

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. I-52, II-74.3, II-81.1 y II-82.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 10.

COMENTARIO

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de La Rioja

1. ASPECTOS GENERALES

1.1. *Una libertad clásica consolidada internacionalmente,
pero con concreciones nacionales dispares*

La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión es una de las libertades fundamentales tradicionales en los Estados occidentales. Aparece ya con claridad en los documentos clásicos de derechos fundamentales del siglo XVIII, en concreto en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 (sección 16) y en la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 (art. 10). Es asumida ya como un derecho en algunas constituciones nacionales del siglo XIX, como la Constitución germana de la *Paulskirche*, cuyo contenido concreto se traslada ya a principios del siglo XX a las constituciones modernas, con la Constitución de Weimar de 1919 a la cabeza (art. 137) y tras la Segunda Guerra Mundial a prácticamente todas las constituciones modernas de los Estados miembros de la Unión Europea.

No quiere ello decir en modo alguno que su alcance e interpretación sean idénticos en todos los Estados miembros, especialmente en lo referido al principio de separación Iglesia-Estado. Antes al contrario, dependiendo del concreto desarrollo de este derecho en cada ordenamiento nacional, la determinación de su contenido es muy diferente según cada Estado. Así, en algunos aspectos concretos bien específicos de la libertad religiosa poco tendrá que ver la interpretación que se hace en Francia (Preámbulo, art. 1 de la Constitución de 1958 y art. 10 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789), Países Bajos (art. 99 de la Constitución de 1983) o Alemania (art. 4 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949) o Suecia (art. 2 de la Constitución de 1975) de la que por ejemplo se hace en Polonia (arts. 25, 53 y 85.3 de la

Constitución de 1997). En el caso español, la interpretación de la libertad ideológica, religiosa y de culto del art. 16 de la Constitución Española tampoco ha estado exenta de controversia política y también jurídica (González Rivas 2004), si bien en el plano práctico el Tribunal Constitucional ha desarrollado una jurisprudencia bien definida de las cuatro dimensiones básicas del derecho (Rodríguez Bereijo 1998; López Castillo 2002), cuales son la libertad religiosa y de culto (STC 46/2001, de 15 de febrero), la libertad religiosa (TC 141/2000, de 29 de mayo), la objeción de conciencia (TC 160/1987, de 27 de octubre) y la más amplia de las relaciones entre el Estado español y las confesiones religiosas (TC 24/1982, de 13 de mayo). No en vano, aunque obviamente no sea éste el momento de detenerse en un análisis más pormenorizado, las relaciones entre la Santa Sede y el Estado español, desde el Concordato de 1953 hasta los Acuerdos de 1979, han pesado de forma bien discutible en la interpretación que el Tribunal Constitucional y el propio Estado han hecho en la práctica del art. 16 de la Constitución.

Con todo, por lo que en esta sede interesa, lo realmente relevante a propósito del art. 10 de la Carta es que la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión es una de las libertades fundamentales tradicionales en los Estados occidentales y, lo que es más importante aún, que, con una redacción casi idéntica, se encuentra ya en la Declaración Universal de 1948 (art. 18) y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 18.1). De hecho, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó en 1981 una importante Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación basadas en la religión o en las creencias (Res. 36/55, de 25 de noviembre de 1981).

En el concreto ámbito regional europeo es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950 el que, por su parte, de una manera muy clara ha inspirado la redacción del art. 10 de la Carta. Tal y como expresan las propias Explicaciones del Praesidium, el contenido básico de este derecho se corresponde con el del art. 9 del CEDH: con el párrafo primero del art. 9 del CEDH en lo que se refiere a su contenido fundamental y con el párrafo segundo en lo relativo a las limitaciones del mismo, las cuales no son recogidas de forma expresa por la Carta. Es más, la redacción final

del párrafo primero del art. 10, que regula el contenido esencial de este derecho, es absolutamente idéntica a la del art. 9.1 del CEDH. Sin modificación ni precisión alguna. Sin embargo, en el párrafo segundo del art. 10 se desarrolla con carácter particular la denominada objeción de conciencia y no se incluye ninguna referencia a los límites de este derecho, si bien a tenor de las ya aludidas Explicaciones del Praesidium le resultarán de plena aplicación las limitaciones que sí recoge expresamente el art. 9.2 del CEDH.

1.2. *Los trabajos de la Convención*

La existencia de un consenso jurídico y político sobre el alcance del art. 9 del CEDH facilitó que en el seno de la Primera Convención se aceptase sin gran debate interno y con discusiones realmente breves en los Plenos de 2 y 3 de marzo, 20 y 21 de marzo y 28 a 30 de junio de 2000 la inclusión de esta libertad con una redacción que en su contenido equivale literalmente a la recogida en el citado precepto del CEDH (*in extenso*, Heinig 2001).

En todo momento se persiguió lograr la mayor equivalencia posible entre el CEDH y la Carta. No faltaron, con todo, algunas propuestas, como la presentada por los eurodiputados alemanes Friedrich y Kauffmann o la del británico Goldsmith, que pretendieron dar a este precepto una redacción más breve y lacónica que se limitara a recoger el enunciado del derecho estableciendo únicamente que «toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión» y no incluyera las implicaciones concretas del derecho (CHARTE 4149/00 CONV 13, de 8 de marzo de 2000, art. 14; CHARTE 4284/00 CONV 28, de 5 de mayo de 2000, art. 14). Sin embargo, el texto de compromiso presentado por el Praesidium en junio de 2000 se decantó por una redacción más amplia e incluyó también las modalidades y particularidades de este derecho en redacción idéntica a la del CEDH para salir al paso de cualquier hipotética interpretación que pretendiera en el futuro buscar una más restrictiva de la adoptada por el Convenio Europeo (CHARTE 4360/00 CONV 37, de 14 de junio de 2000, art. 14), aun considerando que en realidad hubiera resultado imposible incluso sin esa redacción amplia (Bausback 2000; Heinig 2001).

2. CONTENIDO ESENCIAL

2.1. *La identidad de contenido con el CEDH*

Tal y como prevén las propias Explicaciones del Praesidium, que no sufrieron modificación alguna en el transcurso de la Segunda Convención, este derecho corresponde al derecho garantizado en el apartado art. 9 del CEDH y, de conformidad con lo previsto en el artículo 52.3 de la Carta «tiene el mismo sentido y alcance». Así, de forma muy semejante a lo que ocurre con la mayor parte de los derechos objeto de estudio en este Capítulo II de la Carta, cobra una particular relevancia la interpretación que a este derecho le ha dado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Esta remisión al ámbito del CEDH cobra en efecto gran importancia en el ámbito de la Unión Europea, si se considera que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) a propósito de este derecho es extremadamente parca. El Alto Tribunal comunitario invocó el derecho fundamental a la libertad religiosa ya en la década de los setenta del siglo pasado en el asunto *Prais c. Consejo*, con ocasión de una demanda planteada contra el Consejo por una candidata a funcionaria de esta institución de creencia judía que debía realizar un examen escrito en un día de carácter festivo para los judíos. Pero lo hizo de manera extraordinariamente lacónica. El Tribunal de Justicia rechazó la demanda con base en el principio general de igualdad de trato, pero reconoció la existencia de este derecho en el ordenamiento comunitario. No obstante, se limitó a enunciarlo con carácter general sin realizar mayor concreción de su contenido, modalidades de ejercicio y límites del mismo (sentencia de 27 de octubre de 1976, *Prais c. Consejo*, 130/75, Rec., p. 1589, apartado 7), por lo que era imprescindible recurrir a la jurisprudencia del TEDH.

De entrada, resulta absolutamente inútil a efectos prácticos la discusión doctrinal a propósito de si se trata de un único derecho con tres manifestaciones concretas —la redacción de «toda persona tiene *derecho* a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión» da argumentos de peso a esta posición— o si, por el contrario, nos encontramos ante tres derechos diferentes de entidad propia.

A efectos sistemáticos y de análisis del precepto sí convendrá obviamente diferenciar el alcance jurisprudencial dado a cada una de las tres dimensiones, más teniendo presente que en fondo todas ellas lo que están protegiendo es lo que se ha venido en denominar «the inviolability of the *forum internum*» (Vermeulen 2006, 752). Más interesante resulta subrayar que en todo caso nos encontramos ante un derecho cuyos destinatarios son cualquier persona con independencia de su nacionalidad y no solamente —como ocurre con algunos derechos recogidos en la Carta, como el derecho a buscar trabajo o establecerse en otro Estado del art. 15.2 o el derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo del art. 39.1— los ciudadanos que ostenten la nacionalidad de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea. Y conforme a una jurisprudencia bien establecida puede tratarse tanto de personas naturales (supuesto común) como también en determinados casos de personas jurídicas como por ejemplo una iglesia o confesión (García Ureta 2004, 330).

El sujeto pasivo de este derecho sería en el caso de la Carta la propia Unión Europea, a diferencia del sujeto pasivo en el ámbito del CEDH que es lógicamente el Estado.

2.2. *La libertad de pensamiento*

La libertad de pensamiento es, como el resto de modalidades de este derecho, una manifestación jurídica de la protección del *forum internum*. Lo que realmente protege el art. 10 no es la manifestación externa de esos pensamientos, ya que ello es objeto de la libertad de expresión y opinión recogidas en el art. 11, sino las convicciones u opiniones mismas que pueda tener un individuo; su *forum internum* con independencia del contenido que puedan tener. Se protege, por tanto, el estadio previo a la expresión externa de los pensamientos. En la jurisprudencia del TEDH esta libertad de pensamiento ha servido por ejemplo para evitar la *indoctrinación* dentro de la escuela (sentencia de 7 de diciembre de 1976, *Kjeldsen*, Serie A 23, apartado 53).

Que sepamos no existe, sin embargo, jurisprudencia que pueda sostener claramente que esta libertad de pensamiento comprende el

derecho a negarse a suministrar información sobre la pertenencia a una religión o la tenencia de una convicción, cuestión esta que en el ámbito de la Unión Europea cobra importancia en el marco de la dimensión externa del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ), ya que entre los datos que pretendían exigir las autoridades norteamericanas a los ciudadanos europeos que vuelen a aeropuertos de ese país se encontraba la obligación de suministrar información en este sentido, y pretendían que así se estableciera en el Acuerdo internacional celebrado al respecto con la Unión Europea.

2.3. *La libertad de conciencia*

También la libertad de conciencia protege el *forum internum* del individuo con independencia de que ésta sea de naturaleza religiosa o no, y obliga al Estado a intentar garantizar que no se den conflictos de conciencia. Pero en este caso, además de esta garantía del fuero interno, también se garantiza la manifestación y realización de esta libertad de conciencia.

El verdadero problema radica obviamente en fijar los contornos de esta libertad de conciencia. Es evidente que el individuo no goza del derecho de acomodar por completo su actuación ordinaria a sus particulares convicciones o exigencias de conciencia. Y, a este respecto, cobrará particular relevancia la cuestión de la objeción de conciencia que la Carta de derechos fundamentales la reviste, a diferencia de lo establecido en el art. 9 del CEDH, de entidad propia, en el párrafo segundo del art. 10.

2.4. *La libertad de religión*

Otra dimensión de este derecho protegida por el art. 10 es la libertad de religión, cuya interpretación y alcance son probablemente los asuntos que más controversia han provocado en la práctica (v. Martínez Torrón 2001). Dentro de la Carta no es el único precepto que afecta a la religión. El mismo Preámbulo del Tratado Constitucional antes y del Tratado de Lisboa después se refieren a la «herencia cultural, religiosa y humanista de Europea», de la que de-

rivan los valores universales de los derechos humanos y que para algunos Estados miembros con Polonia a la cabeza constituyó una referencia insuficiente, ya que reclamaban una inclusión expresa de las *raíces cristianas* de Europa. El art. I-52 del Tratado Constitucional regulaba el estatuto de las iglesias y de las organizaciones no confesionales, exigiendo no sólo que la Unión respete el estatuto reconocido en los Estados miembros a las iglesias, comunidades religiosas u organizaciones filosóficas, sino que incluso reclama a la Unión un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones. Precepto este que el Tratado de Lisboa mantiene en el art. 17 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La propia Carta de Derechos Fundamentales se refiere también a las convicciones religiosas en el art. 14.3, al regular dentro del derecho de los padres a garantizar la educación y enseñanza de sus hijos conforme a estas convicciones religiosas y filosóficas. Igualmente el art. 21.1 prohíbe toda discriminación por razones religiosas y el art. 22 exige a la Unión respetar la diversidad religiosa.

Con todo, la interpretación de esta libertad de religión recogida en el art. 10 ha de orientarse, como la del resto de libertades, al estándar mínimo que marque el CEDH (v. Martínez Torrón 1997), ya que existe una identidad entre este precepto y el art. 9 del CEDH (art. 52.3). En este sentido, la primera cuestión a dilucidar sería la de fijar una definición de religión y de convicciones, máxime en el ámbito de la Unión Europea donde la heterogeneidad religiosa actual es notablemente superior que en los Estados vistos individualmente. Pero esta definición no nos la suministra la jurisprudencia del TEDH, ya que ha evitado elaborarla. Ha optado, más bien, por una vía pragmática de resolución *ad casum*. Sí debería quedar fuera de toda duda que esta eventual definición debería venir dada por unos criterios que en modo alguno pueden venir predeterminados por una religión concreta por muy extendida que esté. Antes al contrario, ha de dar cabida a todas las religiones y confesiones, máxime cuando el Preámbulo del Tratado de Lisboa se refiere a la *herencia religiosa* y no a las *raíces cristianas* de Europa, como deseaba por ejemplo Polonia. Ha de ser, pues, una definición neutra. De entrada, queda fuera de duda que abarca tanto la libertad de tener o aceptar una religión o creencia como la libertad para cambiar de religión e incluso, como se fijó en el asunto *Kokkinakis*, la libertad de no tener

o pertenecer a ninguna religión en el caso de ateos, agnósticos o simplemente escépticos (sentencia de 25 de mayo de 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, apartado 31). De hecho, durante los trabajos de la Convención hubo propuestas para incluir dentro del precepto una referencia expresa a esta garantía negativa de la libertad de religión; no se aceptó para hacer coincidir la redacción de la Carta con la del CEDH, pero quedó patente que el entonces art. II-70 también garantizaba esta dimensión negativa. Esta garantía negativa protegería igualmente la no obligación de tener que emplear forzosamente la forma de un juramento religioso al tomar posesión de un determinado cargo público (sentencia de 18 de febrero de 1999, *Buscarini c. Italia*, apartado 39; sentencia de 8 de junio de 1999, *McGuinness c. Reino Unido*, apartado 2).

Este precepto protege también la libertad de manifestar su religión o convicciones, entendiéndose esta última en un sentido amplio que llega a incluir las visiones minoritarias como el pacifismo (Decisión de la Comisión de 12 de octubre de 1978 *Arrowsmith*) o el vegetarianismo estricto (Vermeulen 2006, 759-760). Esta manifestación libre de la religión o convicciones puede hacerse tanto en público como en privado y se realiza a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. Este listado de manifestaciones posibles que recoge expresamente el art. 10.1 no es un *numerus clausus*.

Se plantean, sin embargo, dudas sobre si las sectas o grupos semejantes caerían bajo el ámbito del art. 10 de la Carta. Desde luego, no lo harían cuando, como quizá sea el caso de la *Iglesia de la Cien-ciología*, en el fondo su fin básico sea de carácter económico y, por tanto, se orientaría más bien hacia los derechos de libertad profesional (art. 15), libertad de empresa (art. 16) o derecho de propiedad (art. 17). También surgen dudas sobre el alcance concreto que ha de concederse a la obligación de los poderes públicos de no entrometerse en la organización interna de una comunidad religiosa. Como quedó de manifiesto en el asunto de la intromisión del gobierno búlgaro en la organización de la minoría musulmana dentro de su país, está claro que es un principio general que deriva de la libertad religiosa (sentencia de 26 de octubre de 2000, *Hassan y Chaush c. Bulgaria*). También en el asunto de Moldavia quedó explícitamente aceptado que el principio de autonomía de las iglesias y

comunidades religiosas deriva de esta libertad religiosa (sentencia de 13 de diciembre de 2001, *Iglesia de Bessarabia c. Moldavia*). Pero está aún lejos de ser cuestión pacífica la de los límites que tiene este deber negativo de los poderes públicos, ya que no parece poder derivarse del art. 9 del CEDH un derecho absoluto de *libre autodeterminación* de las iglesias.

Por otro lado, a efectos jurídicos no tiene relevancia la distinción entre religión y convicciones que se hace en el art. 9.2 al regular las limitaciones a este derecho (véase *infra*), aunque el apartado primero —que es el que mantiene el art. 10— se refiera sólo a la religión.

Por último, conviene señalar que, fruto de este pragmatismo interpretativo de la jurisprudencia europea, no siempre resulta sencilla su delimitación respecto de otras libertades y derechos del CEDH. Buen ejemplo de ello es, por ejemplo, que el derecho de los padres pertenecientes a los Testigos de Jehová a decidir sobre determinadas cuestiones que afectan a sus hijos no derivaría de esta libertad religiosa, sino del derecho a una vida familiar del art. 8 del CEDH (sentencia de 23 de junio de 1993, *Ingrid Hoffmann c. Austria*, apartados 30-36; lo analiza en relación con el art. 14 CEDH). Y obviamente también los supuestos de exteriorización que puedan recaer bajo la libertad de expresión, pudiéndose considerar, a este respecto, que el art. 10 representa una especialidad del principio general recogido en el art. 11.1.

2.5. *La objeción de conciencia*

El párrafo segundo del art. 10 reconoce explícitamente el *derecho a la objeción de conciencia* representando una novedad respecto del art. 9 del CEDH. En realidad, esta novedad apareció en un momento bien avanzado de los trabajos de la Convención (CHARTRE 4470/00 CONV 47 de 14 de septiembre de 2000). Representa, en todo caso, un derecho que va más allá del estándar de protección derivado del CEDH. De hecho, de la jurisprudencia de la Comisión y del TEDH no puede derivarse en modo alguno que el art. 9 del CEDH incluya este derecho a la objeción de conciencia. En este sentido, se ha mantenido una jurisprudencia bastante restrictiva que ha negado por ejemplo la aplicación del art. 9 del CEDH a la objeción

al servicio militar ya que la letra b) del art. 4.3 del CEDH, tras fijar que no se considerará trabajo forzado el servicio militar, ni tampoco la objeción de conciencia añadiendo de manera bien significativa «en los países en los que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima». *Sensu contrario* parece indicarse que no viola el Convenio que un Estado no considere legítima la objeción de conciencia. Obviamente, no cabe tampoco una objeción de conciencia al pago de impuestos o al destino de parte de los impuestos a determinados fines contrarios a su conciencia. Ni tampoco esta libertad tiene por qué abarcar la negativa de un farmacéutico a expender anticonceptivos por motivos de conciencia (sentencia de 2001, *Pichon et Sajous*).

Su inclusión en la Carta supone, pues, un cierto avance. Mas no conviene, sin embargo, sobredimensionar su alcance, ya que la concreción de su regulación se remite a lo que establezcan «las leyes nacionales que regulen su ejercicio». Por tanto, del art. 10.2 resulta difícil extraer un contenido jurídico propio. De la redacción dada al mismo, parece deducirse que queda en manos de los Estados miembros determinar tanto si consideran oportuno garantizar —o no— este derecho como en caso de hacerlo fijar los límites y alcance del mismo.

3. LOS LÍMITES FUNDAMENTALES

Los límites de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión del art. 10 están sometidos a dos tipos de demarcaciones. En primer lugar, a los lógicos límites horizontales de carácter general que derivan de la previsión del art. 52.1, se complementan e interpretan conforme a lo regulado en los arts. 53 y 54 y que rigen con carácter general para todos los derechos y libertades recogidos en la Carta. Y, en segundo lugar, existen también unos límites específicos que, aunque no se recogen expresamente en la Carta, derivan de la remisión que el art. 52.3 hace al prever que en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Comoquiera que en el caso de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión del art. 10 hay

una correspondencia literal con el art. 9.1 del CEDH los límites de este derecho serán también los que derivan del CEDH. En este sentido, el CEDH dedica un apartado propio a los límites (art. 9.2) que en el caso de la Carta no se recogen. En este sentido, el CEDH prevé que esta libertad no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

En la aplicación de estas excepciones es evidente el margen de apreciación que queda en manos de los Estados al aplicarlas, si bien existe ya una amplia jurisprudencia de la Comisión y del TEDH al respecto (García Ureta 2004, 352-353; Vermeulen 2006, 768-770), en la que se suelen tener muy en cuenta las necesidades colectivas a la hora de admitir restricciones a las exigencias de individuos para oponerse a limitaciones decididas por los Estados. Existen variados ejemplos que van desde limitaciones a los sacrificios rituales de animales, basadas en el interés general a las que se oponen determinadas asociaciones de un determinado rito (sentencia de 27 de junio de 2000, *Chaarre Shalom Ve Tsedek c. Francia*, apartados 77-80), hasta la adopción de medidas restrictivas basadas en el orden público para mantener la paz entre facciones religiosas rivales y evitar desórdenes públicos (sentencia de 14 de diciembre de 1999, *Serif*, apartado 45), pasando por la denegación de una autorización para construir un centro de culto por ir en contra de normas generales de planeamiento (sentencia de 24 de junio de 2004, *Vergos*, apartados 37-42). Lo que sí exige el TEDH es que, en todo caso, las limitaciones se justifiquen con precisión y argumentación suficiente para poder controlar adecuadamente que no se trata de interferencias arbitrarias de los poderes públicos en la libertad de pensamiento, conciencia y religión de los particulares. De hecho, el TEDH suele examinar con escrupulosidad las alegaciones empleadas por los Estados para justificar la limitación a este derecho y, en la práctica, tampoco faltan condenas a los Estados por extralimitarse en su margen de apreciación o por no resultar proporcionalidad con el fin perseguido (por ejemplo, sentencia de 26 de septiembre de 1996, *Manoussakis y otros*, apartados 44-53).

A la luz de esta práctica jurisprudencial no parece excesivamente aventurado considerar que, llegado el caso, la interpretación de

las limitaciones en relación con el art. 10 de la Carta dejarán también un notable margen de maniobra al Tribunal de Justicia. Especialmente si consideramos que la interpretación de este tipo de argumentos puede variar notablemente con el paso del tiempo y con la concreta realidad social europea o nacional del momento en que hayan de ser aplicadas.

4. CONSIDERACIONES FINALES: LA INDETERMINACIÓN DE ESTE DERECHO Y EL CRECIENTE POTENCIAL DE CONFLICTOS

La interpretación de la libertad de pensamiento, conciencia y religión lejos de ser un derecho humano cuya delimitación material esté absolutamente cerrada se configura como uno de los ámbitos de la Carta de Derechos Fundamentales llamado a plantear cierta controversia en el futuro. La ausencia de una definición cerrada del mismo, especialmente en lo que se refiere a la libertad de religión, la creciente convivencia entre diferentes ritos y religiones dentro de la sociedad europea y la tendencia de los Estados a mantener su ámbito propio para poder limitar esta libertad por motivos de orden público o interés general augura una litigiosidad segura en los próximos años. Ello, unido al creciente fenómeno de una inmigración con la que llegan personas con convicciones y religiones cada vez más heterogéneas y al riesgo para la seguridad nacional que algunos Estados ven en determinados grupos religiosos radicales, obligará también a la Unión Europea, y antes o después al propio Tribunal de Justicia, a conocer de asuntos relacionados con el art. 10 de la Carta. De hecho, resulta sorprendente que en la práctica el Alto Tribunal comunitario apenas se haya visto confrontado con este derecho más allá del viejo asunto *Prais c. Consejo* de octubre de 1976, ya tratado.

Se trata, además, de cuestiones que resultan especialmente sensibles para los grupos sociales o religiosos afectados. Basta pensar en algunas como la enseñanza de la religión en centros públicos, la prohibición de determinados atuendos de fuerte contenido religioso en recintos públicos o de trabajo, la creciente aparición de sectas con riesgos ciertos para el interés general o el adoctrinamiento político que se puede dar bajo la cobertura de determinados grupos

religiosos radicales para percatarse del potencial del conflicto futuro que subyace bajo estas disposiciones. Y esto agravado por el hecho de que las limitaciones al mismo pueden provenir en el futuro de acciones que adopte la Unión Europea, al amparo de su competencia en materia de ELSJ.

En todo caso, sea como fuere, llegado el caso es improbable que el Tribunal de Justicia optase con carácter general por una vía interpretativa diferente de la desarrollada por el TEDH, por lo que difícilmente podría adentrarse por una senda diferente de la del pragmatismo. Fuerza a una renuncia a establecer definiciones cerradas de los derechos protegidos por el art. 10, con la dosis de indeterminación jurídica que irremediablemente conlleva, pero permite dotar a los conceptos jurídicos de una flexibilidad que es imprescindible para lograr una adecuada aplicación de esta controvertida materia, cuya interpretación es muy dispar según cada ordenamiento jurídico nacional.

BIBLIOGRAFÍA

- BAUSBACK, W. «Religions – und Weltanschauungsfreiheit als Gemeinschaftsgrundrecht». *Europarecht* (2000): pp. 261-273.
- BERMEJO, R. y C. RAMÓN CHORNET. «Reflexiones sobre la libertad de religión en el ámbito europeo». *Ius Canonicum* (1993): pp. 31-46.
- CULLEN, H. «The Emerging Scope of Freedom of Conscience». *European Law Review-Human Rights Survey* (1997): pp. 32-44.
- EVANS, C. *Freedom of religion under the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- GAITANIDES, C. «Gedanken-,Gewissens – und Religionsfreiheit». En S. M.; Heselhaus y C. Nowak, eds. *Handbuch der Europäischen Grundrechte*. Múnich: C. H. Beck, 2006, pp. 805-823.
- GARCÍA PARDO, D. *La protección internacional de la libertad religiosa*. Madrid, 2000.
- GARCÍA URETA, A. «Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión: artículo 9 CEDH». En I. Lasagabaster Herrarte, dir. *Convenio Europeo de Derechos Humanos – Comentario sistemático*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 328-355.
- GONZÁLEZ RIVAS, J. J. «Introducción y contenido constitucional del artículo 16 de la Constitución española: acofensionalidad y laicidad». *Pluralismo religioso y Estado de derecho*. Madrid: Cuadernos De Derecho Judicial XI, 2004, pp. 13-87.
- HEINIG, H. M. «Die Religion, die Kirchen und die europäische Grundrechtscharta. Anmerkungen zu einer Etappe im europäischen Verfassungsprozeß». *Zeitschrift für Evangelisches Kirchenrecht* (2001): pp. 440 y ss.
- LÓPEZ CASTILLO, A. *La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional*. Elcano (Navarra): Aranzadi, 2002.
- MARTÍNEZ TORRÓN, J. «La doctrina jurisprudencial de los órganos de Estrasburgo sobre

- libertad religiosa». *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 1467-1502.
- MARTÍNEZ TORRÓN, J. «The European Court of Human Rights and Religion». En R. O'Dair y A. Lewis, eds. *Current Legal Issues*, t. 4. Oxford, 2001, pp. 185-204.
- RENGELING, H. W. y P. SZCZEKALLA. *Grundrechte in der Europäischen Union – Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2004, pp. 497-518.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A. «La libertad religiosa en el Tribunal Constitucional español». En Martínez Torrón, J. (ed.). *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*. Granada: Comares, 1998, pp. 41-49.
- VACHEK, M. *Das Religionsrecht der Europäischen Union im Spannungsfeld zwischen mitgliedstaatlichen Kompetenzreservaten und Art. 9 EMRK*. Fráncfort-Berlín-Berna-Viena: Peter Lang Verlag, 2000.
- VERMEULEN, B. «Freedom of Thought, Conscience and Religion». En P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn y L. Zwaak, eds. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4.^a ed. Amberes-Oxford: Intersentia, 2006, pp. 751-771.

ARTÍCULO 11
LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.**
- 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 6, 10, 13 y 42.

ANTECEDENTES

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-71.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 11.

COMENTARIO

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de La Rioja

1. ASPECTOS GENERALES

1.1. *La libertad de expresión como libertad irrenunciable
en una sociedad democrática*

La inclusión de la libertad de expresión dentro de la Carta estuvo en todo momento fuera de toda duda. Es una libertad clásica, básica e irrenunciable en cualquier sociedad contemporánea fundada en los principios del Estado democrático de Derecho. Esta libertad hunde sus raíces últimas en el siglo XVIII bajo la forma de libertad de prensa. Así, la Declaración de derechos de Virginia de 1776 la definía como una libertad irrenunciable que sólo puede ser restringida por gobiernos despóticos. En nuestro continente la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 23 de agosto de 1789, incluía también en su art. 11 el derecho a la libre comunicación de pensamientos y opiniones como «un des droits les plus précieux de l'homme» por lo que «tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi».

A partir de ahí, fue retomado sin solución de continuidad por el constitucionalismo contemporáneo. De hecho, todas las constituciones de los Estados miembros de la Unión la recogen con una u otra redacción. También los principales instrumentos internacionales de protección de derechos fundamentales la recogen, con la Declaración Universal de Derechos Humanos a la cabeza (art. 19) y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos por detrás (art. 19); este último, por cierto, con un ámbito de aplicación material notablemente amplio. Con todo, la regulación que va a servir de modelo a la Carta será sin duda el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

En el ámbito comunitario, también el Tribunal de Justicia había considerado que los funcionarios y agentes comunitarios también gozan del derecho a la libertad de expresión, aunque sin citar expresamente el art. 10 del CEDH (sentencia de 13 de diciembre de 1989, *Oyowe*, C-100/88, Rec., p. I-1989, p. 4285, apartado 15). También había tenido además ocasión de pronunciarse al arropo de la libertad comunitaria de prestación de servicios, a propósito de otras cuestiones como las emisiones de televisión (sentencia de 30 de abril de 1974, *Sacchi*, 155/73, Rec., p. 409; sentencia de 18 de junio de 1991, *ERT*, C-260/89, Rec., p. I-2925) o la publicidad (sentencia de 5 de junio de 2000, *Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo*, C-376/98, Rec., p. I-8419). En todo caso, cuando quedaba afectada la libertad de expresión en sentido propio, el Tribunal de Justicia se remitía a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), especialmente en todo lo relativo a los límites (sentencia de 25 de julio de 1991, *Comisión c. Países Bajos*, C-353/89, Rec., p. I-4069, apartado 30; sentencia de 25 de julio de 1991, *Gouda*, C-288/89, Rec., p. I-4007, apartado 23.; sentencia de 3 de febrero de 1993, *Verónica*, C-148/91, Rec. p. I-487, apartado 9), si bien puede constatarse una tendencia a interpretar de forma estricta estos límites (sentencia de 6 de marzo de 2001, *Connolly*, C-274/99 P, Rec., p. I-1611, apartados 40-43).

1.2. *Los trabajos de la Convención*

En este contexto, los trabajos de la Convención se orientaron desde el primer momento hacia la redacción que el art. 10 del CEDH da a esta materia. Así, tras los debates surgidos en la cuarta sesión del Pleno de la Convención de 2 y 3 de marzo de 2000, el Praesidium modificó la redacción de su primera propuesta (CHARTE 4137/00 CONV 8, de 24 de febrero de 2000, art. 11), en el sentido que había reclamado entre otros Rodríguez Bereijo, Altmaier o Altes para acercarla más a la literalidad del art. 10 del CEDH (CHARTE 4149/00 CONV 13, de 8 de marzo de 2000, art. 15). El Praesidium renunció, sin gran crítica del Pleno, a incluir una referencia expresa a los límites de este derecho ya que, fruto de las disposiciones horizontales de la Carta, regirían plenamente los establecidos en el marco del CEDH (art. 10.2). De esta manera, con la redacción

que se le dio en la segunda lectura, el apartado primero del art. 15 de la Carta mantuvo su redacción hasta el final (CHARTE 4284/00 CONV 28, de 5 de mayo de 2000, art. 11), si bien en los plenarios decimotercero (20 y 21 de junio de 2000) y decimosexto (28 y 29 de junio de 2000) volvieron a tratarse aspectos concretos del precepto.

Cuestión diferente fue la inclusión de un segundo párrafo que hiciera referencia expresa a la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo. De hecho, las iniciales propuestas del Praesidium omitían toda referencia al mismo. Fue en la cuarta (2 y 3 de marzo de 2000) y en la quinta sesión del Pleno de la Convención (20 y 21 de marzo de 2000) donde afloraron numerosas propuestas de incluir una referencia expresa a los medios de comunicación (Van den Burg, O'Malley, Altmaier, Frisdrich, etc.). Y de introducir también garantías manifiestas frente a la intromisión de los poderes públicos en la libertad de los medios de comunicación (Braibant) e incluso —especial y curiosamente, pero también comprensible a la vista de su preocupante situación interna, por miembros italianos de la Convención— frente a la concentración de medios (Braibant, Manzella, Rodotà, Paciotti, etc.). Ello provocó una primera reacción del Praesidium proponiendo un segundo párrafo que recogía una garantía del pluralismo y transparencia en referencia a la libertad de prensa e información (CHARTE 4360/00 CONV 36, de 4 de junio de 2000, art. 15.2). Este texto no satisfizo al Pleno, y de las siguientes sesiones surgieron de nuevo numerosas propuestas de modificación contrarias a la indeterminación de la referencia al *pluralismo* y *transparencia* (Meyer), considerando inadecuado el término *transparencia* que debería referirse a la financiación de los medios y no a la libertad en sí (Rodotà) o reclamando un tratamiento diferenciado de los medios audiovisuales (Leinen). Así, el Praesidium eliminó en su nueva propuesta de texto completo de la Carta la referencia a la transparencia, depuró la redacción y se limitó a proclamar una garantía de la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo (CHARTE 4470/00 CONV 47, de 14 de septiembre de 2000, art. 11.2). El texto se mantuvo hasta el final, salvo una modificación de última hora que sustituyó la referencia a *se garantizan* por la más tenue de *se respetan* (CHARTE 4470/1/00 REV 1 ADD 1 CONV 47, de 25 de septiembre de 2000, art. 11.2) que, como cabía esperar, provocó masivas críticas por parte de algunos miembros de la Convención.

2. CONTENIDO BÁSICO

2.1. *La libertad de expresión*

2.1.1. «Ámbito de aplicación personal»

El apartado primero del art. 11 garantiza antes que nada que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión». Este derecho comprende tanto una dimensión activa plasmada en la libertad de opinión y en la libertad de comunicar informaciones o ideas, como una dimensión negativa que se concreta en la libertad de recibir esas informaciones o ideas. La Carta recoge, así, literalmente lo enunciado en el art. 10 del CEDH, por lo que su interpretación habrá de orientarse claramente a lo establecido por el TEDH (art. 52.3), cuya jurisprudencia en esta materia es realmente amplia.

El TEDH ha dejado claro en este sentido que la libertad de expresión es uno de los pilares fundamentales de la sociedad democrática (sentencia de 7 de diciembre de 1976, *Handsyde c. Reino Unido*, apartado 49), lo cual justifica una jurisprudencia que ha interpretado esta libertad de manera bastante amplia. De entrada, respecto al ámbito de aplicación personal, el concepto *toda persona* incluye como es lógico a las personas físicas, pero también a las personas jurídicas (sentencia de 22 de mayo de 1990, *Autronic c. Austria*, apartado 47), lo cual es de relevancia en el ámbito de la Carta por el importante papel que las personas jurídicas juegan en determinados ámbitos del Derecho Comunitario. Surge, a continuación, una primera duda a propósito de si abarca también a los extranjeros. Es evidente que en el ámbito comunitario al referirnos a extranjeros en el sentido del art. 10 no nos referimos a nacionales de un Estado miembro que se encuentren en otro Estado miembro ya que éstos gozan de una situación plenamente equiparada; curiosamente en el asunto *Piermont*, el TEDH pensó que una ciudadana alemana no podía ser considerada extranjera cuando se encontrase en un territorio francés de ultramar, si bien no llegó a pronunciar expresamente el vínculo con el Derecho Comunitario (sentencia de 27 de abril de 1995, *Piermont*). Nos referimos lógicamente a nacionales de Estados terceros. Y, respecto a ellos, el art. 16 del CEDH («ninguna de las

disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser considerada como dirigida a prohibir a las Altas Partes Contratantes restricciones a la actividad política de los extranjeros») permite *sensu contrario* adoptar restricciones a la libertad de expresión del art. 10 del CEDH respecto a estos extranjeros, pero limitadas a la actividad política. No es fácil delimitar con carácter general esta limitación y saber si caben restricciones a la propiedad de medios de comunicación o a la posibilidad de ser director de un medio de comunicación (Lazcano Brotóns 2004, 363). Mas ello es un límite que no afecta al hecho de fondo de que los nacionales de Estados terceros que se encuentren en la Unión también son destinatarios de esta libertad.

Por lo demás, el TEDH ha desarrollado una generosa jurisprudencia sobre el ámbito de aplicación personal con sentencias que expresamente incluyen a funcionarios (sentencia de 14 de marzo de 2002, *De Diego Nafria*, apartado 37), a militares (sentencia de 25 de noviembre de 1997, *Grigoriades*, apartado 45), abogados (sentencia de 20 de mayo de 1998, *Schöpfer*, apartado 33) y que refuerza su virtualidad cuando nos encontramos ante cargos políticos (sentencia de 23 de abril de 1992, *Castells*).

Como peculiaridad de la Carta y a diferencia del CEDH, los destinatarios del derecho protegido en el art. 15.1 no son los Estados miembros, sino, como ocurre también con los demás derechos de la Carta, las instituciones, órganos u organismos de la Unión o, en su caso, los Estados miembros cuando apliquen Derecho de la Unión (art. 51.1).

2.1.2. «Ámbito de aplicación material: la libertad de opinión y la libertad de información»

Para tratar el ámbito de aplicación material de esta libertad conviene diferenciar entre libertad de opinión y libertad de información. La *libertad de opinión* constituye el núcleo clásico de la libertad de expresión y encarna un verdadero derecho subjetivo frente a la Unión. Su contenido ha de ser interpretado en el ámbito comunitario de manera amplia. Comprende cualquier tipo de opinión con independencia de su contenido, tanto si éste es comúnmente aceptado como si resulta chocante, provocador o intranquilizador (sen-

tencia de 7 de diciembre de 1976, *Handsyde c. Reino Unido*, apartado 49). Incluye sin duda opiniones políticas, pero abarca también las de carácter religioso (sentencia de 20 de septiembre de 1994, *Otto Preminger Institut*, apartado 47), artístico (sentencia de 8 de julio de 1999, *Karatas*, apartado 49) o de contenido comercial (Berger 2000; Cohen-Jonathan 1993). Y se refiere tanto al contenido de la opinión propiamente dicho como al medio o forma de exteriorización del mismo.

Obviamente el establecimiento de límites será de muy diferente intensidad según cada caso. En opiniones de naturaleza política vertidos por un político serán muy escasos (sentencia de 25 de noviembre de *Wingrove c. Reino Unido*, apartado 58), mientras que, por ejemplo, en opiniones de naturaleza artística que puedan lesionar otros derechos o la libertad de expresión que ejerza un funcionario podrán ser algo más amplios (sentencia de 26 de septiembre de 1995, *Vogt c. Alemania*). También los mensajes publicitarios podrán ser objeto de mayores limitaciones e incluso prohibiciones, por ejemplo de publicidad política (sentencia de 28 de junio de 2001, *VGT Verein c. Suiza*, apartado 48), de determinadas profesiones liberales (sentencia de 24 de febrero de 1994, *Casado Coca c. España*, apartado 36), etc. Por el contrario, desde la dimensión subjetiva, de forma correlativa los políticos también habrán de soportar un grado de crítica superior a la de los ciudadanos ordinarios (sentencia de 8 de julio de 1986, *Lingens c. Austria*, apartado 42; sentencia de 26 de febrero de 2002, *Dichand c. Austria*, apartado 39).

Pero junto a la libertad de opinión clásica, la libertad de expresión comprende también la *libertad de información*; tanto en su dimensión positiva (comunicar informaciones o ideas) como pasiva (recibir esas informaciones o ideas) y tanto en la dimensión interior de cada Estado como en el territorio de otros Estados del CEDH. La libertad de información encarna en realidad una condición necesaria para que el ciudadano pueda formarse una opinión propia de forma adecuada.

En el ámbito comunitario, esta libertad ha aflorado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ligada casi siempre a las libertades del mercado único. De manera clara, como ya se ha indicado (v. epígrafe 1) y veremos con mayor detalle a propósito de los medios de comunicación radio y televisión (v. epígrafe 2.2), en el marco de

la libertad de prestación de servicios. Mas también en el marco de la libertad de circulación de mercancías se han dado casos en los que ha aflorado con toda nitidez el difícil equilibrio existente entre la libre circulación de mercancías y el derecho fundamental a la libertad de expresión. La sentencia más representativa es probablemente la recaída en 2003 en el asunto *Schmidberger* (sentencia de 12 de junio de 2003, C-112/00, Rec., p. I-5659) en la que se tenía que conciliar la protección de la libertad de expresión —y también del derecho de reunión— derivada de la autorización dada por las autoridades austríacas para que se celebrase una manifestación en el Corredor de Brenner y las exigencias derivadas de la libertad de circulación de mercancías con su correlativa prohibición de obstaculizar su libre tráfico (*in extenso*, Agerbeek 2004, 258-265; González Vaqué 2003, 70-71).

2.2. *La libertad de los medios de comunicación y su pluralismo*

Los medios de comunicación gozan en la actualidad de un protagonismo muy superior al que tenían en 1950 cuando el CEDH estableció la libertad de prensa, y en la práctica se han convertido en un eslabón esencial para materializar de modo efectivo la libertad de expresión e incluso para el adecuado desenvolvimiento de una sociedad democrática. De ahí que la Carta —a diferencia del CEDH— recoja expresamente en el apartado segundo del art. 11 una exigencia de respeto a «la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo». Con ello, la Carta conecta con una tendencia existente en los últimos años, que está configurando un contenido propio a esta libertad de los medios de comunicación y su pluralismo respecto a la general y clásica libertad de expresión.

Esta libertad no diferencia entre los diferentes medios y se articula en torno a un concepto amplio de medios de comunicación. Con ello la Carta evita problemas de delimitación y, en todo caso, incluye los nuevos medios que están surgiendo al arropo del desarrollo tecnológico, superando claramente la clásica libertad de prensa. Se configura, así, en un instrumento jurídico de vanguardia que va más allá de la regulación del CEDH y también de la existente en la mayoría de ordenamientos constitucionales de los Estados miembros.

Ello no quiere decir que el TEDH no hubiera dado en su jurisprudencia pasos claros en esta dirección subsumiendo esta libertad en el enunciado genérico del art. 10 del CEDH (sentencia de 28 de marzo de 1990, *Groppera Radio AG c. Suiza*, apartados 69 y 70); ni que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea no hubiera considerado ya el pluralismo de medios como un derecho comunitario (sentencia de 27 de julio de 1991, *Comisión c. Países Bajos*, antes citada, apartado 30) y como un objetivo que en determinados supuestos justifica una restricción de principios económicos comunitarios (sentencia de 25 de julio de 1991, *Gouda*, antes citada, apartados 22 y 23; sentencia de 26 de junio de 1997, *Familiapress*, antes citada, apartado 18). Pero ahora se explicita por primera vez de manera expresa en la Carta.

Con todo, dada la tenue competencia de la Unión en materia cultural y mediática más allá de la dimensión económica del fenómeno parece claro que esta libertad orienta su sentido más hacia los Estados miembros que hacia la propia Unión, cuya intervención en la materia es muy limitada. Sí que puede, empero, cobrar importancia en el marco del mercado único y sobre todo en relación con el ejercicio de determinadas competencias situadas en la órbita del Derecho de la Competencia, como podría ser el caso del control de las concentraciones de medios inserto en las normas de Derecho derivado que se han dictado al amparo del art. 82 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) (prohibición del abuso de posición dominante en el mercado). De ahí que, en este ámbito, las Explicaciones de Praesidium retomen la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas más que la del TEDH y en relación con la interpretación de esta libertad en el ámbito comunitario establezca que se «basa en particular en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la televisión», ya que ha sido en este ámbito en el que desde la adopción de la controvertida Directiva *televisión sin fronteras* de 1989 (*in extenso*, Martín y Pérez de Nanclares 1995) se ha desarrollado esta discusión. A este respecto, como también establecen las Explicaciones, ha sido, por un lado, el Tribunal de Justicia a través de sentencias como la recaída en el reiteradamente citado asunto *Gouda* (sentencia de 25 de julio de 1991, antes citada) y, por otro lado, los propios Tratados a través del Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros los que han colocado la

cuestión en primera línea de la discusión comunitaria. Igualmente, el considerando 17 de la citada Directiva *televisión sin fronteras* es bien representativo de ello. En este sentido, puede considerarse que existe cierta base para que las instituciones comunitarias se sientan llamadas a interpretar esta libertad como base jurídica para, en el marco de sus competencias y obviamente sin que signifique una ampliación de las mismas (art. 51.2), incorporarla a la regulación que establezca en materia de medios de comunicación. Igualmente, la referencia expresa de las Explicaciones al Protocolo sobre radiodifusión pública da también base para incorporar un dualismo de medios (públicos y privados) a esa regulación [v. Decisión del Consejo de 25 de enero de 1999, *DOC* 30, de 5 de febrero de 1999, p. 1; *COM (1999) 675 final* de 20 de diciembre de 1999].

En otro orden de cosas, no puede pasar desapercibido que, tras la modificación del Praesidium en el último momento de las discusiones de la Convención (CHARTÉ 4470/1/00 REV 1 ADD 1 CONV 47, de 25 de septiembre de 2000), se sustituyó la originaria referencia a la garantía de esta libertad (*se garantizan*) por la más tenue del mero respeto («*se respetan* la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo»). A nuestro entender, esta modificación debe interpretarse en el marco de las competencias comunitarias cuyo alcance material en relación con los medios de comunicación y el pluralismo se limita a la adopción de medidas de apoyo (art. 151.2 TCE) o medidas insertas en competencias preexistentes en el ámbito del mercado único o el Derecho de la Competencia, mientras que la competencia final en materia de medios recae fundamentalmente en los Estados miembros. Así, la garantía de la libertad corresponde en primera línea a los Estados miembros mientras que la Unión habrá de respetarla en las acciones que emprenda al arropo de las bases de competencia (económicas) referidas. En todo caso, sea como fuere, la modificación —como también se dio en el la libertad de empresa del art. 16 al sustituir el *se garantiza* por el *se reconoce la libertad de empresa*— supone una minoración evidente de esta libertad respecto de la Unión. Por ello, una vez más en su interpretación, habrá que atender al nivel de protección que el TEDH ha dado a esta libertad en la subsunción que hace de la misma en su jurisprudencia dentro de la libertad general de expresión del art. 10 del CEDH. Esta jurisprudencia, pese a la falta de referencia expresa

a los mismos en el art. 10, por supuesto, ha incluido también a los medios audiovisuales (radio y televisión) bajo su ámbito material de actuación (sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Informationsverein Lentia c. Austria*, apartados 30-33; sentencia de 28 de marzo de 1990, *Groppera*). Y obviamente, dada la nueva redacción del art. 11 de la Carta, que no fija ninguna diferenciación entre los diferentes medios, también deberían incluirse en el ámbito de esta libertad de la Carta los nuevos medios de comunicación como la televisión por cable o satélite, televisión digital, *pay per view*, Internet, etc.

Por otra parte, en relación con el pluralismo, ya antes de esta referencia expresa en la Carta de Derechos Fundamentales, el Tribunal de Justicia ha exigido dentro de la Unión que las medidas estatales adoptadas con base en este derecho, para favorecer la protección del pluralismo mediático y supongan una restricción de las libertades fundamentales de prestación de servicios o de circulación de mercancías, resulten adecuadas y justificadas por razones de interés general (sentencia de 25 de julio de 1991, *Países Bajos c. Comisión*, apartados 30-35; sentencia de 26 de junio de 1997, *Familiapress*, C-368/95, Rec., p. I-3689, apartado 8; sentencia de 25 de julio de 1991, *Gouda*, antes citada, apartados 22 y 23; sentencia de 5 de octubre de 1994, *TV 10*, C-23/93, Rec., p. I-4795, apartados 10 y 19). Por tanto, el intento de establecer un sistema audiovisual basado en el pluralismo es un objetivo de política cultural y un motivo de interés general, por el que un Estado miembro puede legitimar medidas que supongan una restricción a las libertades fundamentales, siempre que resulten adecuadas y proporcionales (sentencia de 3 de febrero de 1993, *Verónica*, antes citada, apartados 18 y 19).

3. LIMITACIONES FUNDAMENTALES

El hecho de que la libertad de expresión constituya uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática obviamente no significa que tenga un carácter absoluto. El art. 11 de la Carta ha renunciado ciertamente a toda referencia a los mismos. Ello supone en la práctica que, conforme a lo expresamente previsto en las Explicaciones del Praesidium, este derecho tiene, en virtud del art. 52.3, «el mismo sentido y alcance que el garantizado por el CEDH».

Por tanto, las limitaciones que puedan establecerse a este derecho por la Unión no pueden sobrepasar las fijadas en el art. 10.2 del CEDH. Este precepto prevé que el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. Por tanto, en todo lo relativo a las limitaciones de esta libertad se produce una traslación al ámbito comunitario de la jurisprudencia desplegada por el TEDH en el ámbito del CEDH, que opera, en virtud del artículo 52.3, como *lex specialis* frente a los criterios generales de limitación previstos como *lex generalis* en el art. 52.1,

De esta manera, respecto al apartado primero del art. 15 no se plantea ningún problema. Rige sin más la jurisprudencia del TEDH, ampliamente tratada ya por la doctrina (por todos, Lazcano Brotons 2004, 402-432; Van Rijn 2006, 793-813). Y respecto al apartado segundo del art. 15, aunque efectivamente no se corresponde con una regulación semejante en la Carta, no creemos que quepa sin más una remisión al régimen general de limitaciones del art. 52.1. Antes habrá que examinar si su contenido no ha sido subsumido por la jurisprudencia del TEDH en el apartado primero del art. 1 del CEDH. Porque si es así también la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo habrían de regir sus limitaciones conforme a lo establecido por el TEDH por exigencia del art. 52.3. Y a nuestro entender tal es el caso ya que, como hemos mostrado en el apartado anterior, su contenido ha quedado en los últimos años plenamente subsumido en el art. 10.1 del CEDH. El TEDH ha incluido la radio, la televisión o el cine como partes integrantes de la libertad de expresión de este artículo e incluso ha permitido que, con base en el objetivo del pluralismo de medios, puedan establecerse ciertas limitaciones a la libertad de expresión (sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Informationsverein Lentia c. Austria*, antes citada, apartados 32 y 38; sentencia de 28 de marzo de 1990, *Groppera*, antes cita-

da, apartados 69 y 70). Tan es así que las propias Explicaciones del Praesidium consideran que este apartado segundo *precisa* —lo considera un desarrollo del mismo, no una novedad o un contenido diferente— las consecuencias del apartado primero, el cual está expresamente sometido a las limitaciones del CEDH.

Por otra parte, las Explicaciones del Praesidium añaden una referencia más que trata de adaptar estas limitaciones a las peculiaridades comunitarias. Así, establece que esta asunción de la interpretación que el TEDH ha hecho del art. 10.2 del CEDH lo es «sin perjuicio de las restricciones que puede imponer el derecho comunitario de la competencia a la potestad de los Estados miembros de establecer los regímenes de autorización mencionados en la tercera frase del apartado 1 del artículo 10 del CEDH». Es decir, la Unión puede imponer, con base en el Derecho Comunitario de la competencia, limitaciones a la potestad de los Estados para someter las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

En relación con estas limitaciones, antes de concluir este tratamiento conviene recordar que el Tribunal de Justicia ya ha tratado la cuestión en reiteradas ocasiones. Así, como se ha apuntado anteriormente, cuando el Tribunal de Justicia se ha visto confrontado con limitaciones al art. 10 del CEDH basadas en una actuación de un poder público, ha reconocido expresamente que la libertad de expresión «puede ser objeto de las limitaciones previstas en el artículo 10 apartado 2 CEDH» y ha reproducido literalmente su formulación (sentencia de 6 de marzo de 2001, *Connolly*, C-274/99P, Rec., p. I-1611, apartado 40). Pero a renglón seguido ha considerado que «estas limitaciones deben ser siempre objeto de interpretación restrictiva», exigiendo que el adjetivo *necesarias* del art. 10.2 del CEDH implique una *necesidad social imperiosa* y que la restricción en cuestión sea «proporcionada al objetivo legítimo perseguido», así como que los motivos invocados para justificarla sean además *pertinentes y suficientes* (ibíd., apartado 41). En el fondo, el Tribunal de Justicia incorpora a su jurisprudencia lo fijado al respecto con carácter general por el TEDH (sentencia *Vogt c. Alemania*, antes citada, apartado 52; sentencia de 28 de octubre de 1999, *Wille c. Liechtenstein*, apartados 61-63).

A propósito de la adopción de medidas nacionales, el Tribunal de Justicia ha establecido igualmente en esta materia con nitidez y

reiteración en múltiples asuntos que únicamente resultan posibles si «son proporcionadas al objetivo perseguido y que no puede lograrse aplicando medidas que restrinjan en menor medida los intercambios comerciales» (sentencia de 29 de junio de 1997, *Familia-press*, antes citada, apartado 19).

Por último, en relación con la publicidad, el Tribunal de Justicia ha reconocido como límites explícitos otros objetivos comunitarios como la protección de los consumidores (sentencia de 25 de julio de 1991, *Gouda*, antes citada, apartado 27; sentencia de 28 de octubre de 1998, *ARD*, C-6/98, Rec., p. I-7599, apartado 50; sentencia de 23 de octubre de 2003, *RTL Televisión*, C-245/01, Rec., p. I-12489, apartados 70 y 71).

Con todo, la verdadera dificultad radica en la práctica, como se ha puesto de manifiesto con toda rotundidad en el ya citado asunto *Schmidberger* (sentencia de 12 de junio de 2003), en lograr el adecuado equilibrio entre las exigencias derivadas de la libertad de expresión y los postulados propios de las libertades fundamentales del mercado único. A la postre, esta libertad es un límite a las libertades fundamentales de los tratados (Hernández Corchete 2006, 432-435).

4. CONSIDERACIONES FINALES

Nos encontramos, sin duda, ante una de las libertades irrenunciables de cualquier sociedad democrática. La Carta recoge, así, en el art. 11 uno de los derechos básicos que también ha sido considerado por el Tribunal de Justicia como un principio general del Derecho Comunitario, que deriva del art. 10 del CEDH. Y lo ha hecho modernizando la redacción para adaptarla a los nuevos tiempos e introduciendo un apartado nuevo que se hace eco de unos avances tecnológicos que han dejado en el pasado la tradicional *libertad de prensa* e incluye a otros medios de comunicación de nuevo cuño. Igualmente, es un avance la inclusión en la Carta de una referencia al pluralismo.

No han sido, de hecho, escasos los asuntos en los que el Tribunal de Justicia se ha tenido que pronunciar sobre hechos que en el ámbito de la Unión Europea ponían de manifiesto la tensión existente

entre esta libertad de expresión y este pluralismo, por una parte, y la adopción a su arropo de medidas nacionales que encarnan una limitación a las libertades fundamentales del mercado único, especialmente de la libertad de prestación de servicios. En estos casos, el Tribunal de Justicia ha ido perfilando un equilibrio entre el respeto a este derecho fundamental y el adecuado funcionamiento del mercado único que tendrá que, una vez en vigor la Carta de Derechos Fundamentales, ir perfilando mejor en el futuro.

El sector de los medios de comunicación que, sin duda, mayores dificultades ha planteado en la Unión Europea —y probablemente seguirá planteando en el futuro— es el de los medios audiovisuales, especialmente la televisión. La Unión goza, por un lado, de una amplia competencia derivada de la dimensión económica del mismo, que se inserta en la libertad de prestación de servicios y que ha servido para adoptar instrumentos jurídicos relevantes que armonizan las legislaciones nacionales en materias como cuotas para programas europeos o publicidad televisiva y que plantea, en relación con este derecho, controversias constantes a la hora de justificar medidas nacionales que persiguen el mantenimiento del pluralismo interno o la libertad de expresión, pero representan a la vez una limitación de la libertad de prestación de servicios. Además, por otro lado, la Unión dispone de una competencia de mero apoyo a la competencia de los Estados en la dimensión cultural, cuya delimitación en la práctica respecto a la dimensión económica no resulta sencilla.

Por otro lado, empiezan también a no ser infrecuentes los supuestos de concentración de empresas de medios de comunicación que también plantean relevantes interrogantes desde la perspectiva de las competencias de la Unión Europea derivadas del Derecho de la Competencia (art. 82 TCE) y también desde la perspectiva del pluralismo consagrado en este derecho fundamental.

A este enjambre de competencias entrelazadas de la Unión y de los Estados miembros se suma ahora la regulación expresa de un derecho a la libertad de expresión, libertad de medios de comunicación y su pluralismo, que fija el marco en que habrá de desenvolverse el ejercicio que la Unión haga de su competencias. Sus reglas de juego ya las ha establecido el Tribunal de Justicia a partir de la amplia jurisprudencia que el TEDH ha perfilado con base en el art. 10

del CEDH. Pero la cuestión de los límites a este derecho en el marco del mercado único y del Derecho de la Competencia comunitario a buen seguro seguirán ocupando al Tribunal de Justicia en los próximos años.

BIBLIOGRAFÍA

- AGERBEEK, R. «Freedom of Expression and Free Movement in the Brenner Corridor: the *Schmidberger* Case». *European Law Review* (2004): pp. 255-266.
- BERGER, V. «Publicité professionnelle et liberté d'expression». En P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold y L. Wildhaber, eds. *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne – Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2000, pp. 103-114.
- COHEN-JONATHAN, G. «Liberté d'expression et message publicitaire», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* (1993), pp. 69-93.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L. «El difícil equilibrio entre la libre circulación de mercancías y los derechos fundamentales en materia de libertad de expresión y de reunión: la sentencia *Schmidberger*». *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia* 227 (2003): pp. 61-76.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A. «La irrupción en la jurisprudencia del TJCE de los Derechos Fundamentales como límite de las libertades económicas o de cómo vuelve a escena la doctrina Solange». *Revista Española de Derecho Europeo* (2006): pp. 415-436.
- KÜHLING, J. «Kommunikationsfreiheit». En S. M. Heselhaus y C. Nowak, eds. *Handbuch der Europäischen Grundrechte*. Múnich: C. H. Beck, 2006, pp. 648-732.
- LAZCANO BROTÓNS, I. «Artículo 10. Libertad de expresión». En I. Lasagabaster Herrarte, dir. *Convenio europeo de derechos humanos – Comentario sistemático*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 356-443.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. *La directiva de televisión – Fundamento jurídico, análisis y transposición al Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea*. Madrid: Colex, 1995.
- «La política audiovisual europea: especial referencia a la directiva televisión sin fronteras y su reforma». *Cuadernos Europeos de Deusto* 16 (1997): pp. 91-120.
- RENGELING, H. W. y P. SZCZEKALLA. *Grundrechte in der Europäischen Union – Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2004, pp. 519-566.
- VAN RIJN, A. «Freedom of Expression (Article 10)». En P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn y L. Zwaak, eds. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 4.^a ed. Amberes-Oxford: Intersentia, 2006, pp. 773-816.

ARTÍCULO 12
LA LIBERTAD DE REUNIÓN Y ASOCIACIÓN

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que supone el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.**
- 2. Los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 28 y 39.
- TUE (TLisboa): art. 10.
- TFUE: art. 224.

ANTECEDENTES

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-72, II-88, II-89 y III-331.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 12.

COMENTARIO

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de La Rioja

1. ASPECTOS GENERALES

1.1. *La inclusión en la Carta de dos libertades esenciales
típicamente reconocidas en la actual jurisprudencia
del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

Las libertades de reunión y de asociación constituyen en cierto sentido la proyección colectiva de las libertades individuales. Son libertades clásicas de las que ya existe constancia en la conocida Primera Enmienda de la Constitución Americana de 1791, donde, junto a las libertades de prensa, expresión y de religión, se incluye de manera inseparable «the right to the people peaceably to assemble». También la Constitución Francesa de 3 de septiembre de 1791 incluyó en su articulado «la liberté aux citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes, en satisfaisant aux lois de police». La libertad de asociación y su manifestación en forma de derecho a fundar un sindicato es, por el contrario, bastante posterior, situando sus orígenes en los momentos de desarrollo de la sociedad industrial. La primera vez que se incluyó en un texto constitucional fue en la Constitución de Bélgica de 7 de febrero de 1831. Sin embargo, a partir de ahí ambas libertades pasaron a formar parte del bagaje constitucional europeo, y, en la actualidad, todas las constituciones de los Estados miembros las recogen expresamente. También el reconocimiento de los partidos políticos es usual en las constituciones nacionales y, en todo caso, los partidos políticos son el instrumento para conformar la voluntad política de sus ciudadanos en todas las sociedades democráticas occidentales.

Igualmente, los instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales recogen en su articulado estas libertades. Lo hace la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 20 y 23.4) y también el Pacto Internacional para la Protección de los

Derechos Civiles y Políticos (arts. 21 y 22). Pero, sin duda, ha sido el art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) el que ha servido de modelo evidente al redactarse el art. 12 de la Carta.

Esta inclusión es tanto más relevante en el ámbito comunitario si se tiene presente que el Tribunal de Justicia no las había considerado de manera clara en su jurisprudencia. Ciertamente, existen asuntos en los que se había visto confrontado con la cuestión, pero siempre en el marco de las libertades de circulación. Respecto a la libertad de reunión, en el asunto *Schmidberger* había reconocido la existencia de esta libertad como derivación del art. 11 del CEDH, pero no llegó a establecer en ningún momento que se tratase de un derecho propio de la Unión (sentencia de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, C-112/00). En relación con el derecho de asociación, el Tribunal de Justicia consideró su existencia dentro de la Unión en el asunto *Bosmann*, pero sin mayor concreción (sentencia de 15 de diciembre de 1995, C-415/94, Rec., p. I-4921). También ha habido algún pronunciamiento más en materia de funcionarios comunitarios.

1.2. *Los trabajos de la Convención*

La Convención, en efecto, tuvo clara desde el primer momento la necesidad de incluir las libertades de reunión y asociación en la Carta. La redacción de las libertades de reunión y asociación se ancló desde la primera propuesta del Praesidium al tenor del citado art. 11 del CEDH (CHARTE 4137/00 CONV 8, de 24 de febrero de 2000, art. 13). Pero se propuso también un derecho a fundar partidos políticos que se restringía a los ciudadanos de la Unión (CHARTE 4170/00 CONV 17, de 20 de marzo de 2000). Esta última referencia provocó un intenso debate en las sesiones del Pleno de 27 y 28 de marzo y de 3 y 4 de abril de 2000. El posterior documento que presentó el Praesidium en mayo seguía conteniendo el derecho a fundar un partido circunscrito a los ciudadanos comunitarios, si bien, precisaba, ya que el derecho a pertenecer a los mismos recaía en cualquier persona que residiera dentro de la Unión (CHARTE 4284/00 CONV 28, de 5 de mayo de 2000, art. 17); y tampoco introdujo modificaciones de relevancia la propuesta de compromiso posterior (CHARTE 4360/00 CONV 37, de 14 de junio de 2000,

arts. 17 y 24.1). Ello no apaciguó el debate en las sesiones del Pleno que se celebraron del 28 al 30 de junio, y los días 10 y 11 de julio y a la vez afloró la discusión a propósito de si resultaba pertinente incluir también expresamente los límites de estas libertades. Así las cosas, el primer proyecto de redacción íntegra de la Carta modificó sustancialmente las propuestas anteriores, reubicó el precepto en su sede actual, prescindió de introducir referencia a los límites y se dio una redacción que en lo fundamental se mantuvo ya hasta el final (CHARTE 4422/00 CONV 45, de 28 de julio de 2000, art. 12.1).

También la referencia a los partidos políticos a escala europea, recogida en el apartado segundo del art. 12 de la Carta, tuvo sus vaivenes a lo largo de la Convención. Inicialmente, se incluyó tempranamente en las propuestas del Praesidium una propuesta que retomaba la previsión del art. 191 del tratado de la Comunidad Europea (CHARTE 4170/00 CONV 17, de 20 de marzo de 2000, art. B.2). Sin embargo, a la vista de las duras críticas que recibió esta propuesta en la sesión plenaria de 27 y 28 de marzo de 2000, el Praesidium omitió toda referencia a la cuestión en las propuestas posteriores (CHARTE 4284/00 CONV 28, de 5 de mayo de 2000; CHARTE 4360/00 CONV, de 14 de junio de 2000). No obstante, en la propuesta de texto completo de la Carta lo volvió a retomar (CHARTE 4422/00 CONV, de 28 de julio de 2000, art. 12.2) y lo mantuvo sin apenas cambios hasta el final, pese a que las críticas que surgieron en el Pleno de 11 y 12 de septiembre en absoluto arreciaron.

2. CONTENIDO ESENCIAL

2.1. *Las libertades de reunión y de asociación*

El apartado primero recoge casi literalmente la redacción que a estas libertades les da el art. 11 del CEDH, por lo que su interpretación habrá de orientarse, conforme a lo previsto en el art. 52.3 y en las propias Explicaciones del Praesidium, a la interpretación que se le haya dado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Así, el ámbito de aplicación personal de las libertades de reunión y de asociación recae en *toda persona*. No es, pues, en modo al-

guno un derecho circunscrito a los nacionales de Estados miembros. Y en determinados supuestos podrían abarcar también a personas jurídicas, al ejercer una asociación su derecho a ser miembro de otra asociación.

Por su parte, el ámbito de aplicación material contiene por encima de todo el derecho a ejercer libremente esa libertad de reunión o de asociación. Comprende, obviamente, la dimensión positiva (reunirse o asociarse), pero también la dimensión negativa de no poder ser obligado por los poderes públicos a reunirse o asociarse (sentencia de 30 de junio de 1993, *Sigurjonsson c. Islandia*). La diferenciación material entre reunión y asociación radica en el mayor grado de organización y estabilidad temporal que caracteriza a la segunda frente a aquélla.

Conviene destacar igualmente que la garantía de esta libertad se hace con carácter general, ya que expresamente se refiere a *todos los niveles* y a la referencia específica a los ámbitos político, sindical y cívico se explicita claramente que es tan sólo a título de ejemplo («*especialmente* en los ámbitos...»). Abarca, por tanto, cualquier tipo de reunión o asociación, por ejemplo, en materia cultural, social, económica... El elemento esencial es, como ha establecido la doctrina con rotundidad, la persecución de objetivos comunes concretos (Tomuschat 1993). Lo cual no quiere decir que la exigencia de una autorización previa que garantice el adecuado desenvolvimiento de la reunión resulte contraria a este derecho (Decisión de la Comisión de Derechos Humanos de 10 de octubre de 1979, *Rassemblement Jurassien c. Suiza, Decisions and Reports*, 17, 119).

Un requisito exigido a la reunión para que encaje en el ámbito material protegido por esta libertad es que sea *pacífica*. No resulta, sin embargo, sencillo definir el concepto *reunión pacífica* y en la práctica plantea problemas interpretativos de entidad, especialmente en casos de provocaciones previas y de bloqueos o reuniones que interrumpen por ejemplo el tráfico. Esta definición es, como muestra el controvertido asunto *Schmidberger* sobre el bloqueo del Corredor de Brenner (sentencia de 12 de junio de 2003, antes citada), tanto más complicada en el ámbito de la Unión Europea, ya que conlleva un difícil equilibrio entre este derecho de reunión y la libertad de circulación de mercancías exigida por los tratados (González Vaqué

2003, 73-74) y perfilada claramente por el Tribunal de Justicia en asuntos como el recaído en el caso de las fresas españolas (sentencia de 9 de febrero de 1997, *Comisión c. Francia*, C-265/95, p. I-6959).

Otro aspecto material relevante es la referencia expresa de este precepto a los sindicatos como una forma concreta de asociación («el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos»). No es, empero, una novedad de la Carta, ya que el CEDH también lo recoge con una redacción casi idéntica («incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses») y su alcance ha sido adecuadamente perfilado por el TEDH (sentencia de 27 de octubre de 1975, *Sindicato Nacional de la Policía Belga c. Bélgica*). En el ámbito comunitario cobra importancia esta referencia en relación con el ejercicio de determinados derechos sociales recogidos en ella —especialmente el derecho de negociación y acción colectiva (art. 28 de la Carta)—, ya que el CEDH no incluye este tipo de derechos. Más allá del ejercicio de los derechos que le son propios a los sindicatos, carece de relevancia todo esfuerzo doctrinal por diferenciar el concepto de sindicato respecto a otras formas de asociación (asociaciones empresariales, asociaciones de estudiantes...), ya que una vez más la referencia de la Carta a ellos lo es simplemente a título de ejemplo, sin excluir otras formas de asociación *cercanas* a las que les resulta de plena aplicación la protección del art. 12.

Sí puede resultar, sin embargo, de relevancia este precepto en el ámbito comunitario, especialmente si consideramos, una vez más, que los destinatarios de la Carta son las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Y lo será particularmente en relación con los funcionarios comunitarios quienes obviamente también son titulares del derecho de reunión y asociación, incluido el de crear sindicatos o afiliarse a los mismos. Así, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de pronunciarse a propósito del derecho de asociación sindical de los funcionarios comunitarios, pero curiosamente condujo su pronunciamiento al derecho del trabajo y no a la libertad fundamental de asociación como un principio general de Derecho Comunitario (sentencia de 8 de octubre de 1974, *Union Syndicale*, 175/73, Rec., p. 917, apartados 14 y 16; sentencia de 11 de mayo de 1989, *Maurissen and Union syndicale*, C-193/87 y C-194/87, Rec.,

p. I-95, apartados 13 y 21). Una vez que la Carta sea jurídicamente vinculante, se supone que podría basarse en la libertad de reunión y asociación reconocidos en el art. 12.1.

En otro orden de cosas, en relación con el derecho a formar parte de los sindicatos, el Derecho Comunitario derivado ha hecho en alguna ocasión referencia al mismo. Así, el Reglamento 1612/68, de 15 de octubre de 1968, sobre la libertad de circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad previó en su art. 8 el derecho de los trabajadores a ser tratados sin discriminación en lo relativo a la pertenencia a sindicatos y al ejercicio de los derechos sindicales (*DO L 257*, p. 2).

Por último, en parecido sentido a los sindicatos, los partidos políticos también son asociaciones en la acepción del art. 12.1, con independencia de que después se les conceda un apartado propio para referirse a los que tengan escala europea.

2.2. *Los partidos políticos a escala europea*

El párrafo segundo del art. 12.1 no contiene en realidad ningún derecho fundamental. Sí conlleva un alto valor simbólico y deja de manifiesto la relevancia que en el ámbito de la Unión se les pretende dar como vehículo esencial para conformar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión. Obviamente, esta referencia cobra toda su importancia en relación con las elecciones al Parlamento Europeo y, más en concreto, con el derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos europeos en dichas elecciones que garantiza el art. 39 de la Carta. De hecho, conecta con el Derecho originario ya existente en la Unión. En efecto, el art. 191 del TCE, que fue añadido por el Tratado de Maastricht, prevé ya en la actualidad que estos partidos políticos a escala europea «contribuyen a la formación de la conciencia europea y a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión» (Hix 1997). No pasa desapercibido a este respecto que el art. 12.2 de la Carta no ha incluido la referencia del art. 191 del TCE a que estos partidos políticos a escala europea «constituyen un importante factor para la integración europea».

Con todo, bien mirado, la inclusión en la Carta de esta referencia específica podría llegar a cobrar cierta relevancia jurídica en

eventuales supuestos de limitaciones a la actividad futura de los partidos políticos a escala europea en su condición de *lex specialis* en relación con la libertad de asociación y reunión generales del apartado primero. Especialmente si en el futuro el Consejo hace uso de la atribución de competencia que le brinda el art. 191.2 del TCE y establece un estatuto de los partidos políticos a escala europea. En tal caso, dichos partidos gozarían obviamente de la protección que brinda a las asociaciones en general el párrafo primero del art. 12.

Por último, conviene llamar la atención también sobre la inexistencia de un concepto preciso de «partidos políticos a escala europea». No parece, sin embargo, posible incluir en este concepto a los actuales grupos parlamentarios en que se organiza internamente el Parlamento Europeo.

3. LIMITACIONES BÁSICAS

Las limitaciones que se aplican a las libertades de reunión y asociación son, en primera línea, las que derivan del art. 52.3. Como quiera que el art. 12.1 contiene libertades que corresponden a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Los límites serán, pues, los que expresamente derivan del art. 11.2 y de la jurisprudencia que el TEDH ha hecho de ellos.

Por tanto, el ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, 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 libertades ajenos. El CEDH prevé también la posibilidad de imponer restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.

A propósito de estos límites, el TEDH tiene ya una amplia jurisprudencia éstos han sido objeto de amplio estudio doctrinal (Heringa, Van Hoof 2006, 839-840), resultando en estos momentos —también para España— especialmente destacada la delicada

cuestión de la prohibición de partidos políticos cuando concurren los requisitos exigidos por el art. 11.2 del CEDH (Lasagabaster Herrarte 2004, 461-482; Rollnert Liern 2000, 141-142). En relación con el derecho de asociación sindical, ha destacado también la cuestión de la afiliación obligatoria exigida en algunos Estados para acceder a determinados puestos de trabajo —las llamadas cláusulas de *closed shop*— que conecta con la existencia de una dimensión negativa de estos derechos (derecho a no ser obligado a pertenecer a una determinada asociación) y de la que la jurisprudencia del TEDH (sentencia de 13 de agosto de 1981, *Young, James y Webster*; sentencia de 20 de abril de 1993, *Sibson c. Reino Unido*) ha sido considerada en ocasiones como no muy rotunda (Wildhaber 1983; O'Higgins 1981).

En el ámbito estrictamente comunitario, se puede plantear la interesante cuestión de la interacción entre estas limitaciones y las libertades de circulación de los factores de producción. Es evidente, como ha mostrado el ya citado asunto *Schmidberger*, que la libertad de reunión representa un límite claro a la libertad de circulación de mercancías entre los Estados miembros de la Unión. Pero, en cierto sentido, también cabe en determinados supuestos que las libertades de circulación también marquen un cierto límite a la libertad de reunión.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La libertad de reunión tal y como se configura en la Carta de los Derechos Fundamentales no plantea como tal problemas serios de interpretación. Es una libertad cuyo contenido jurídico ha sido perfilado por el TEDH de manera bastante ajustada y, conforme al art. 52.3, esa interpretación se traslada también a la Carta. Sin embargo, en su aplicación en el contexto de la Unión Europea sí puede plantear problemas de interpretación específicos cuando entra en colisión con libertades fundamentales del mercado único. En concreto, como muestra una incipiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no resulta sencillo en determinados supuestos lograr el adecuado equilibrio entre la garantía efectiva del derecho de reunión y la libertad de circulación de mercancías que exige el Tratado.

Por lo que respecta a la libertad de asociación, también garantizada de manera efectiva por la jurisprudencia del TEDH, el problema fundamental de interpretación que plantea en la actualidad es el relativo a la prohibición de determinadas asociaciones o partidos políticos. Hasta ahora ésta ha sido una cuestión que se circunscribía únicamente al ámbito de los Estados, ya que era a ellos a quienes les correspondía en exclusiva decidir tal prohibición respetando el marco fijado por el CEDH; y a tal efecto existe ya una jurisprudencia que no es escasa. Pero, tras los atentados del 11-S y la creciente intervención de la Unión al amparo de las competencias que se le atribuyen en el marco del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, empieza a trasladarse también a la Unión ese problema. Decisiones como las adoptadas al elaborarse un listado de asociaciones consideradas terroristas y, por lo tanto, privadas del derecho de asociación recogido en el art. 12 de la Carta son un primer ejemplo relevante de esta problemática.

De hecho, la falsa dialéctica libertad *versus* seguridad que está surgiendo en las sociedades occidentales, y cuya decantación se está inclinando claramente a favor del segundo de los polos, está teniendo graves consecuencias limitadoras de determinados derechos fundamentales, especialmente en el derecho a la libertad del art. 6, pero también en otros como el derecho a la vida privada (art. 7), el derecho a la protección de datos (art. 8) o la protección en casos de expulsión de extranjeros (art. 19). Pero, en realidad, también proyecta ciertos riesgos de ampliación de los límites del derecho de asociación y reunión frente a los que la Unión Europea y en especial el Tribunal de Justicia deberían, llegado el caso, mostrarse especialmente atentos.

BIBLIOGRAFÍA

- BARNARD, C. e I. HARE. «The Right to Protest and the Right to Export: Police Discretion and the Free Movement of Goods». *The Modern Law Review* (1997): pp. 394-411.
- GARCÍA ROCA, J. «La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas». *Revista Española de Derecho Constitucional* (2002): pp. 295-334.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L. «El difícil equilibrio entre la libre circulación de mercancías y los derechos fundamentales en materia de libertad de expresión y de reunión: la sentencia *Schmidberger*». *Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia* 227 (2003): pp. 61-76.

- HATJE, A. «Parteiverbote und Europarecht». *Deutsches Verwaltungsblatt* (2005): pp. 261-269.
- HERINGA, A. W. y F. van HOOF. «Freedom of Association and Assembly (Article 11)». En P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn y L. Zwaak, eds. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. 4.^a ed. Amberes-Oxford: Intersentia, 2006, pp. 817-840.
- HIX, S. *Political Parties in the European Union*. Nueva York: McMillan, 1997.
- HUBER, P. «Die politischen Parteien als Partizipationsinstrument auf Unionsebene», *Europarecht* (1999): pp. 579-596.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. «Libertad de reunión y de asociación». En I. Lasagabaster Herrarte, dir. *Convenio europeo de derechos humanos – Comentario sistemático*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 444-487.
- MANN, T. «Versammlungsfreiheit/Vereinigungsfreiheit». En S. M. Heselhaus y C. Nowak, eds. *Handbuch der Europäischen Grundrechte*. Múnich: M. H. Beck, 2006, pp. 771-804.
- O'HIGGINS, P. «The closed shop and the European Convention on Human Rights». *Revue des Droits de l'Homme* (1981): pp. 22-27.
- RENGELING, H. W. y P. SZCZEKALLA. *Grundrechte in der Europäischen Union – Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2004, pp. 567-582.
- ROLLNERT LIERN, G. «Libertad ideológica y libertad de asociación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Cuadernos Constitucionales de la cátedra Fadrique Ceriol* 33. Valencia, 2000, pp. 131-153.
- TOMUSCHAT, C. «Freedom of Association». En R. S. J. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold, eds. *The European System for the Protection of Human Rights*. Dordrecht: Kluwer Law International, 1993, pp. 493-513.
- WILDHABER, L. «Der closed shop in Strassbur». En AA. VV. *Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag*. Zürich: Polygraphischer Verlag, 1983, pp. 349-359.

ARTÍCULO 13
LIBERTAD DE LAS ARTES Y DE LAS CIENCIAS

Las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: art. 11.
- TFUE: arts. 179 -190.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 163-173 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. I-14.3, II-71, II-73, III-248-255, III-280 y III-282.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 13.

COMENTARIO

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de La Rioja

1. ASPECTOS GENERALES

La libertad de las artes y las ciencias, y muy particularmente la libertad de investigación, es un derecho que, de manera progresiva, va teniendo acogida en las diferentes Constituciones de los Estados miembros. Bien es cierto que con un alcance y regulación muy dispar según los casos. Tampoco los instrumentos internacionales ofrecen un panorama homogéneo. No existe como tal en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), si bien la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) lo ha subsumido de forma muy sustancial dentro de la más general libertad de expresión del art. 10 del CEDH. El Pacto Internacional para la Protección de los Derechos Civiles y Políticos nada establece sobre la libertad de investigación, y en relación con la libertad de las artes se limita a fijar una referencia de pasada dentro de la libertad de expresión (art. 19.2). Muy semejante es también la situación en el Pacto Internacional para la Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que también es citado *en passant* (art. 15). Por último, por lo que más nos interesa en esta sede, en el ámbito comunitario tampoco ha sido acogido este derecho por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, donde la cuestión de las artes y las ciencias ha aparecido de forma muy tangencial en asuntos sobre funcionarios (sentencia de 27 de junio de 1973, *Kley c. Comisión*, Rec., p. 679) o unida al mercado interior (sentencia de 11 de julio de 1974, *Guillot c. Comisión*, Rec., p. 791), mas sin formular en ningún momento este derecho, ni de forma directa ni indirecta.

En este contexto, el contenido del art. 13 de la Carta planteó desde los primeros trabajos de la Convención una dificultad para encontrarle su adecuada ubicación sistemática. En las primeras versiones se incluía como un apartado más dentro del derecho a la educación (CHARTE 4137/00 CONV 8, de 24 de febrero de 2000,

art. 12.4). Posteriormente se dividió el contenido del mismo y las cuestiones de las artes y la investigación se situaron en el ámbito de la libertad de expresión quedando en la esfera del derecho de educación la libertad para crear centros educativos (CHARTE 4149/00 CONV 13, de 8 de marzo de 2000, arts. 15 y 16). Un argumento a favor de esta división lo suministraba el CEDH, que efectivamente sitúa las dos primeras manifestaciones en la órbita del art. 10 sobre libertad de expresión. Y un segundo argumento provenía también de las legislaciones nacionales cuya regulación en varios Estados también obedece a esta división. Nada decían estas primeras versiones a propósito de la libertad de cátedra que, en el fondo, era considerada también una manifestación específica de la más general libertad de expresión.

Posteriormente, en la quinta sesión del Pleno de la Convención empezaron a surgir propuestas que, como la de Neiser, propugnaban dotar a estos derechos de entidad propia en un artículo específico, mientras otros como Braibant sostenían el carácter superfluo de estas referencias y la consiguiente conveniencia de que quedaran subsumidos en la libertad de expresión sin ni siquiera citarlos. También se planteó una fuerte discusión en torno a los límites de la libertad de investigación, especialmente a propósito de los interrogantes que para algunos plantea la biotecnología y la investigación genética.

Esta discusión se mantuvo hasta la decimotercera sesión del plenario donde volvió a discutirse sobre los límites de la libertad de investigación, si bien ahora se llegó a un consenso a favor de su inclusión. De esta manera, la primera propuesta del Praesidium de un texto completo de la Carta incluyó un precepto propio que de manera lapidaria establecía que «la investigación es libre» (CHARTE 4422/00 CONV 45, de 28 de julio de 2000, art. 13). Sobre esta base, la decimosexta sesión del Pleno de la Convención respaldó esta inclusión y abogó por extender su contenido a las artes («las artes y la investigación científica son libres»), con lo que junto a la posterior propuesta del Praesidium de incluir también la libertad de cátedra con una redacción más tenue («se respeta la libertad de cátedra») llegó hasta la versión final (CHARTE 4470/00 CONV 47, de 14 de septiembre de 2000, art. 13; CHARTE 4470/1/00 REV 1 CONV 47, de 21 de septiembre de 2000, art. 13).

2. LAS ARTES

La Carta inserta, pues, una referencia explícita a las artes («las artes son libres») que resulta desconocida en el CEDH. Este último omite toda referencia expresa a las artes en su articulado, si bien el TEDH, en una jurisprudencia plenamente asentada, las ha considerado como una de las manifestaciones de esta libertad de expresión del art. 10 del CEDH. Así, en el asunto *Müller* se pronunció expresamente al respecto a propósito de unas pinturas al considerar que esta libertad protegía tanto la producción de la pintura como su exhibición (sentencia de 25 de mayo de 1988, *Müller c. Suiza*). Posteriormente, en otros asuntos de la década de los noventa también consideró incluidas en esta manifestación de las artes las producciones cinematográficas (sentencia de 20 de septiembre de 1994, *Otto Preminger Institut c. Austria*; sentencia de 25 de noviembre de 1996, *Wingrove c. Reino Unido*). Esta jurisprudencia será de utilidad a la hora de interpretar el alcance del art. 13, si bien en la práctica convendría también tener presente que el TEDH se ha mostrado en relación con las artes menos estricto que en el resto de manifestaciones de la libertad de expresión a la hora de interpretar el alcance de las limitaciones permitidas en el art. 10.2. De hecho, en los tres casos citados el TEDH justificó las medidas de los Estados para restringir este derecho. En el primero de los casos porque las pinturas contenían elementos sexuales que justificaban la destrucción promovida por Suiza por motivos de moral y orden público, mientras que en los otros dos casos este derecho colisionaba con la libertad religiosa. Esta interpretación ha merecido en algún caso severas críticas de la doctrina (Wachsmann 1994).

Por lo que respecta al ámbito comunitario, la cuestión de *las artes* ha tenido cierto protagonismo, mas siempre desde la perspectiva de su dimensión económica. Desde época bien temprana —muy anterior a la incorporación de la competencia de cultura al Tratado de la Comunidad Europea (TCE) a través del Tratado de Maastricht (art. 151 TCE)—, el Tribunal de Justicia había considerado el comercio de obras de arte dentro de la libertad de circulación de mercancías (sentencia de 11 de julio de 1968, *Comisión c. Italia*, 7/68, Rec., p. 633, p. 642) y a partir de ahí, con las excepciones y reglas

previstas al respecto, la plena aplicación en su caso de las normas sobre prestación de servicios, la consideración de acuerdos sobre precios de libros como un acuerdo colusorio del art. 81 del TCE o el control por parte de la Comisión de las ayudas públicas concedidas al sector del cine. Pero ha estado ausente todo tratamiento de la dimensión del arte como libertad en el sentido que ahora recoge la Carta.

La inclusión de esta libertad en la Carta representa, pues, un avance que proyecta al ámbito comunitario de las artes el complemento que reclamaba la solitaria dimensión económica existente hasta ahora. No es, sin embargo, previsible que esta inclusión vaticine futuros conflictos en el ámbito comunitario. La competencia de la Unión en la materia es únicamente de fomento y apoyo a la «creación artística y literaria» (art. 151.2 *in fine*), por lo que las violaciones de la libertad de las artes por parte de las instituciones comunitarias resultan difícilmente imaginables. En la práctica, estas medidas de apoyo son en muchos casos presupuesto para el adecuado ejercicio de la libertad de las artes (Britz 2004, 5).

En fin, la delimitación del concepto *artes* plantea en el art. 15 problemas muy semejantes a los surgidos en el ámbito del CEDH o de los Estados miembros (Ress 1998, 11). Es difícil establecer en la práctica lo que es arte de lo que no lo es. Es controvertido concretar si la publicidad o, por ejemplo, la pornografía encajan en la noción de arte o, por el contrario, quedan fuera. Es además un concepto claramente subjetivo y, en todo caso, cambiante con el tiempo. Probablemente, convendrá inclinarse por una interpretación amplia del mismo, si bien en caso de conflicto cobrará importancia la cuestión de los límites al mismo más que la definición en sentido estricto. Obviamente, por lo que se refiere al ámbito de esta libertad en la Carta, regirán los límites impuestos con carácter general por el art. 52.1. Por lo que respecta a la exigencia específica derivada del art. 52.3, no nos parece que pueda ser de gran utilidad en el ámbito comunitario. Como hemos indicado, los límites desarrollados por el TEDH plantean serios problemas de interpretación en torno a conceptos tan indeterminados y cambiantes, según los Estados y las culturas, como la moral. En todo caso, estos límites habrán de ser interpretados dentro de la Unión de manera estricta.

3. LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

Más sencillo de delimitar es *prima facie* el concepto de *investigación*. El Derecho de la Unión no suministra tampoco ninguna definición de manera expresa. Pero, al arropo de la atribución de competencia a favor de la Comunidad que existe en los tratados constitutivos desde el Acta Única Europea (arts. 163-173 TCE), se ha desplegado en los últimos años una cierta actividad comunitaria que facilita esta labor. Así, por ejemplo, el último de los Programas Marco que ha estado en vigor hasta 2006 incluía en su exposición de motivos una referencia explícita al respeto de los derechos fundamentales por parte de la actividad investigadora desplegada al amparo de este programa (Decisión 1513/2002/CE, *DO L* 232, de 29 de agosto de 2002, p. 1, considerando 17). En el mismo sentido el actual VII Programa marco prevé igualmente que las actividades de investigación apoyadas por él «deben respetar los principios éticos fundamentales, entre ellos los que se recogen en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (Decisión 2006/1982/CE, *DO L* 412 de 30 de diciembre de 2006, p. 1, considerando 30 y art. 6). Dejan pues claro que la investigación tiene, con independencia del concepto por el que se quiera optar, límites por motivos éticos. No en vano, en el marco de la competencia de investigación de la Unión, existe un Grupo Europeo sobre Ética de la Ciencia y las Nuevas Tecnologías cuyos dictámenes informan a las instituciones comunitarias a la hora de ejecutar este Programa. En este mismo orden de cosas, el VII Programa marco recoge también expresamente su preocupación por que contribuya al fomento de otros objetivos también relacionados con derechos recogidos en la Carta, como son, por ejemplo, la protección del medio ambiente del art. 37 (considerando 29) o la adopción de medidas para promover el papel de las mujeres en la ciencia, para lograr la igualdad entre hombres y mujeres del art. 23 (considerando 31).

En todo caso, debe quedar claro que el concepto de investigación contenido en el art. 15 es un concepto amplio que abarca no sólo la investigación promovida por los poderes públicos, sino por supuesto también la investigación desarrollada por iniciativa privada. Comprende la investigación básica y la investigación aplicada, la

desarrollada dentro de centros de investigación ad hoc y la emprendida fuera de ellos, etc. Conviene, con todo, diferenciarla del concepto de libertad de cátedra que trataremos de manera particular en el epígrafe siguiente.

En relación con la interpretación que de este derecho existe en los diferentes Estados miembros y la virtualidad que, llegado el caso, pudiera tener el art. 52.4, parece claro que, a la luz de los trabajos de Derecho Comparado realizados en los últimos tiempos (*in extenso* Battaglini, 1999), existe aún cierta disparidad de estándares de interpretación en diferentes ordenamientos constitucionales nacionales y, por ende, una enorme dificultad para poder hablar de un derecho común a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros.

Por lo que respecta a la interpretación que de este derecho ha realizado el TEDH y al estándar mínimo que, conforme al art. 52.3, pueda significar para determinar el alcance del art. 15 en el ámbito comunitario, destaca en los últimos tiempos la limitación que el respeto a la dignidad humana puede representar en algunos campos para la libertad de investigación. En concreto, esta cuestión surgió de manera puntual en el particular asunto de los supuestos insultos que determinadas investigaciones podrían representar en Francia para las personas que pertenecieron a la resistencia durante la invasión nazi (sentencia de 29 de junio de 2004, *Chauvy c. Francia*). Pero sin duda aflora con toda su virulencia en el delicado ámbito de la investigación biomédica con embriones y células madre (sentencia de 8 de julio de 2004, *Vo c. Francia*). En este último caso, la jurisprudencia que vaya estableciendo el TEDH puede encarnar un marco de referencia que en casos muy concretos podría tener relevancia dentro de la Unión —y, por tanto, en la interpretación futura del art. 13— en relación con investigaciones que pudiera promover el Programa marco en materia de biomedicina. Ciertamente, el VII Programa marco excluye expresamente la financiación de actividades de investigación orientadas a la clonación humana con fines reproductivos o a la modificación genética de los seres humanos que podrían hacer que tales modificaciones fuesen genéticas (art. 6.2). Pero es evidente que la delimitación en la práctica respecto a investigaciones financiadas dista mucho de ser pacífica, ya que sí permite por ejemplo la financiación de investigación sobre células madre humanas si se dan

ciertas condiciones (art. 6.3) que, por otra parte, se enuncian de forma extremadamente vaga y, en el fondo, remiten a la situación jurídica existente en cada Estado miembro («dependiendo tanto del contenido de la propuesta científica como del marco jurídico de los Estados miembros»).

4. LA LIBERTAD DE CÁTEDRA

Aunque en la práctica el lugar de desenvolvimiento de la investigación pueda coincidir, en el caso de las universidades, con la libertad de cátedra (*liberté académique, academic freedom, akademische Freiheit*) investigación científica y libertad de cátedra son dos manifestaciones diferentes entre sí. Esta última es un derecho individual en manos de los académicos que les garantiza una independencia frente a sus destinatarios (alumnos) y sobre todo frente a la eventual injerencia de los poderes públicos. Es una libertad claramente emparentada con la libertad de expresión que merece una especial protección en el ámbito académico.

Pese a merecer un apartado propio, la libertad de cátedra no excluye, per se, la investigación de su ámbito de aplicación. Antes al contrario es, pese a su tratamiento específico en el inciso anterior, un componente más de esta libertad de cátedra. En este sentido, es una libertad claramente conectada con el principio de autonomía universitaria que, aunque no encuentra acogida expresa en la Carta, sí merece protección constitucional en buena parte de los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros como un derecho subjetivo, por ejemplo en el art. 20.1 a de nuestra Constitución de 1978 (igualmente, art. 5.3 de la Ley Fundamental de Bonn, art. 17.1 de la Constitución de Austria; art. 16.1 de la Constitución de Grecia, art. 33 de la Constitución de Italia, art. 42.1 de la Constitución de Portugal, art. 16.3 de la Constitución de Finlandia, art. 73 de la Constitución de Polonia, etc.). En otros Estados miembros no aparece expresamente en su Constitución, pero sí han tenido desarrollo constitucional (Reino Unido) o legislativo. A nuestro entender, y en todo caso ante la ausencia de desarrollo jurisprudencial expreso por parte del Tribunal de Justicia, podrían existir dudas acerca de su consideración evidente como un principio común a las

tradiciones constitucionales de los Estados miembros. De ahí que, dada la disparidad de contenidos y falta de una concepción unívoca de este derecho en los diferentes Estados miembros, pueda resultar problemática o incluso inviable una interpretación conforme a lo previsto en el art. 52.4. A la vez, obviamente, el art. 15 no será óbice para que los Estados miembros puedan mantener su actual concepción de este derecho, máxime tratándose de un ámbito que en lo sustancial se desenvuelve en un ámbito competencial de los Estados ajeno a la Unión.

En este sentido, tampoco el CEDH ofrece una jurisprudencia que resulte especialmente útil. Ciertamente el TEDH ha considerado la libertad de cátedra (*liberté académique*) en algunas sentencias insertándola dentro del ámbito de aplicación de la libertad de expresión del art. 10 del CEDH (sentencias de 24 de junio de 1998, *Hertel c. Suiza*; de 28 de octubre de 1999, *Wille c. Liechtenstein*). Pero a nuestro entender dista aún mucho de poder hablarse de una verdadera doctrina jurisprudencial al respecto, especialmente en todo lo relativo a sus límites.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Nos encontramos, pues, ante una libertad de corte clásico que resulta irrenunciable en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Sin embargo, su virtualidad práctica en el actual estadio de desarrollo del proceso de integración europea es muy limitada. La Unión dispone ciertamente de una competencia en materia de cultura (fomento de la «creación artística y literaria») y en materia de investigación, pero es muy limitada y circunscrita básicamente a la dimensión económica de las artes y la investigación. No es, pues, en absoluto previsible que esta competencia desplace en un futuro inmediato a la competencia fundamental que radica en manos de los Estados miembros y, por ende, tampoco parece probable que la dimensión de esta libertad como un derecho fundamental interfiera notablemente en la dimensión económica de la actividad artística. Posiblemente sí algo más en la cuestión de la investigación.

Por otro lado, nos encontramos ante un derecho cuyo contenido material está, en todo caso, en pleno movimiento. En la actuali-

dad, los interrogantes éticos y morales que plantea la investigación en el ámbito de la biomedicina y la genética, así como la colisión que puede darse con otros derechos fundamentales, como la dignidad humana o la libertad religiosa, hacen prever una jurisprudencia que, especialmente en el ámbito del CEDH, debería ir marcando con mayor nitidez los límites de este derecho. El VII Programa marco puede ser una primera fuente de conflictos. Pero en el futuro habrá con seguridad otras.

BIBLIOGRAFÍA

- BATTAGLINI, A., Ulrich KARPEN y Francesco MERLONI, ed. *The Independence of Science in Europe*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.
- BRITZ, G. «Die Freiheit der Kuns in der europäischen Kulturpolitik». *Europarecht* (2004): pp. 1-26.
- HARATSCH, A. «Kunstfreiheit». En S. M. Heselhaus y C. Nowak, eds. *Handbuch der Europäischen Grundrechte*. Múnich: C. H. Beck, 2006, pp. 691-732.
- PSYCHOGIOPOULOU, E. «EC Competition Law and Cultural Diversity: the Case of the Cinema, Music and Book Publishing Industries». *European Law Review* (2005): pp. 838-861.
- RENGELING, H. W. y P. SZCZEKALLA. *Grundrechte in der Europäische Union – Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2004, pp. 583-593.
- RESS, G. «Die Kunst als Gegenstand des Europäischen Gemeinschaftsrechts». En H. Jung, ed. *Das Recht und die schönen Künste*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 9-29.
- WACHSMANN, P. «La religion contre la liberté d'expression. Sûr un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme. L'arrêt Otto Preminger Institut du 20 septembre 1994». *Revue Universelle des Droits de l'Homme* (1994): pp. 441 y ss.
- WAGNER, H. ed. *Rechtliche Rahmenbedingungen für Wissenschaft und Forschung*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.

ARTÍCULO 14
DERECHO A LA EDUCACIÓN

1. **Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente.**
2. **Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria.**
3. **Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: art. 24.
- TFUE: arts. 165 y 166.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 149 y 150 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. I-17, II-74, III-282 y III-283.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 14.

COMENTARIO

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de La Rioja

1. ASPECTOS GENERALES

1.1. *Un derecho asentado, pero de controvertido alcance material*

El derecho a la educación podría ser considerado en la actualidad como un derecho plenamente asentado en la tradición constitucional europea. Desde la perspectiva nacional, prácticamente todas las constituciones de los Estados miembros acogen de una u otra forma este derecho en su seno. Su alcance concreto es, sin embargo, bien diferente según cada Estado. Algunas lo configuran como un derecho individual y subjetivo a la educación (art. 74.1 de la Constitución de Portugal, art. 34 de la Constitución de Italia o art. 23 de la Constitución de Luxemburgo). Otras constituciones garantizan también el derecho a la formación permanente (art. 16.2 de la Constitución de Finlandia, art. 16.2 de la Constitución de Grecia). En algunos casos se precisa el carácter gratuito del acceso al nivel educativo obligatorio (art. 27.4 de la Constitución Española, art. 76.1 de la Constitución de Dinamarca, art. 42.4 de la Constitución de Irlanda). Y en algún caso se incluye también dentro del ámbito material de este derecho la responsabilidad de los padres en la educación religiosa de sus hijos (art. 27.3 de la Constitución Española, art. 42.1 de la Constitución de Irlanda, art. 7.2 de la Ley Fundamental de Bonn, art. 24.1 de la Constitución de Bélgica).

Desde la perspectiva internacional, también los instrumentos jurídicos sobre protección internacional de derechos humanos incluyen casi siempre este derecho. Lo hacen de manera clara el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13) y, entre otros, también la Convención de Naciones Unidas, de 10 de noviembre de 1989, sobre los derechos de los niños (art. 28.1). En el ámbito europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no lo incluye en su listado de derechos, pero sí lo hace el

art. 2 del Protocolo Adicional número 1 al mismo. Pero limitado por acción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a diferencia de lo que ocurrirá con la Carta de Derechos Fundamentales, a la enseñanza elemental (Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 6 de enero de 1993, Yanasik).

Dentro de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia no ha establecido hasta el momento —que sepamos— la existencia de un derecho a la educación en sentido propio. Ciertamente existen algunos asuntos muy puntuales en los que la cuestión educativa ha aflorado en la jurisprudencia comunitaria, pero siempre unido a las libertades del mercado único. Relevantes ejemplos de ello son casos de discriminación por razón de la nacionalidad derivados de la imposición de cargas (*minerval*) diferentes a los estudiantes extranjeros, por ejemplo, en la enseñanza superior artística de Bélgica (sentencia de 13 de febrero de 1985, *Gravier*, 293/83, Rec., p. 593, apartados 14 y 15), de la existencia de cupos para estudiantes extranjeros en universidades belgas (sentencia de 3 de mayo de 1994, *Comisión c. Bélgica*, C-74/93, Rec., p. I-1593, apartado 13), la concesión de ayudas a hijos de emigrantes italianos en Alemania para cursar la enseñanza secundaria (sentencia de 3 de julio de 1974, *Casagrande*, 9/74, Rec., p. 773) o el alcance del derecho a residir en territorio de un Estado miembro para seguir cursos de enseñanza general por parte de hijos de un trabajador migrante que ya ha abandonado ese país (sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast*, C-413/99, Rec., p. I-7091). Y tampoco puede derivarse la existencia de este derecho de las atribuciones competenciales existentes en los tratados. En modo alguno de la competencia que, desde el Tratado de Maastricht, dispone la Comunidad Europea en materia de educación, ya que se trata de una competencia complementaria cuyo alcance material se limita únicamente a la adopción de medidas de apoyo y complemento a la acción de los Estados (art. 149.1 TCE). Tampoco puede derivarse de la competencia en materia de formación profesional que, aunque sí permite la elaboración de una política comunitaria que refuerce y complete las acciones de los Estados, sigue dejando en manos de los Estados miembros la responsabilidad última en todo lo relativo al contenido de la misma (art. 150.1 TCE). De hecho, cabría preguntarse acerca de la conveniencia de incluir en la Carta un derecho de esta naturaleza cuando

en la práctica la competencia de la Unión en esta materia es tan limitada (Callies 2003, 456-457).

1.2. *Los trabajos de la Convención*

No es de extrañar, pues, que con estos antecedentes la Convención discutiera con intensidad la formulación más adecuada para este derecho. Se discutió, entre otros aspectos, su ubicación sistemática —una libertad o un derecho económico—, los efectos jurídicos del derecho a la educación, la eventual incorporación del derecho a la formación profesional, el acceso a la enseñanza superior o la libertad de creación de centros docentes, así como la conveniencia de establecer también en ese mismo precepto un derecho de los padres a determinar la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas.

En este sentido, el primer proyecto del Praesidium abordaba directamente estas cuestiones con una propuesta de artículo con cuatro apartados (CHARTE 4137/00 CONV 8, de 24 de febrero de 2000, art. 12), que en la cuarta sesión del Pleno de la Convención (1 y 3 de marzo de 2000) fue ampliamente discutido en todos sus extremos y en algunos casos muy criticado. Tampoco faltó fuerte crítica a la siguiente propuesta presentada por el Praesidium (CHARTE 4149/00 CONV 13, de 8 de marzo de 2000), aflorando de nuevo en el Pleno de 10 y 21 de marzo nuevas críticas a la compatibilidad del derecho a la educación con la competencia complementaria de la Unión, el derecho de los padres a determinar la educación de los hijos por motivos religiosos o el carácter gratuito de la enseñanza obligatoria. Sí se consiguió consenso respecto a la conveniencia de regular en un único precepto el derecho a la educación y el derecho a la formación profesional. Este último consenso lo acogió la siguiente propuesta del Praesidium (CHARTE 4284/00 CONV 28, de 5 de mayo de 2000, art. 16.1) con la inclusión conjunta de un derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente. El Praesidium se resistió hasta junio de 2000 a incluir la libertad de creación de centros docentes (CHARTE 4360/00 CONV 37, de 14 de junio de 2000, art. 16.1).

Con ello, en la decimotercera sesión plenaria se atenuaron notablemente las críticas, lo cual permitió que la primera propuesta del

Praesidium de un texto completo incluyera en un mismo apartado del precepto planteado la libertad de creación de centros y el derecho de los padres a determinar la educación de los hijos conforme a sus convicciones, a la vez que mantenía en lo básico la redacción del alcance material del derecho a la educación y el acceso a la formación profesional y permanente, así como la medida inclusión de la facultad de recibir gratuitamente enseñanza obligatoria dentro de este derecho (CHARTE 4422/00 CONV 45, de 28 de julio de 2000, art. 14). Esta redacción no fue objeto de críticas en las sesiones plenarios restantes (11 y 12 de septiembre y 25 y 26 de septiembre de 2000) y mantuvo su texto básico hasta la versión definitiva (CHARTE 4487/00 CONV 50, de 28 de septiembre de 2000, art. 14).

2. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y EL ACCESO A LA FORMACIÓN PROFESIONAL Y PERMANENTE

La primera dificultad que surge a la hora de interpretar el apartado primero del art. 15 de la Carta es la conocida cuestión relativa a la diferenciación conceptual entre educación y formación profesional. Las Explicaciones a la Carta no ayudan demasiado a trazar la línea divisoria entre ambos conceptos, ya que simplemente se remite a lo regulado por el art. 2 del Protocolo Adicional número 1 («A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción»), que nada ayuda en este sentido, y a recordar que se ha considerado «conveniente ampliar este derecho a la formación profesional y continua» conforme a lo que ya establecía el punto 15 de la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y el art. 10 de la Carta Social. Este último se refiere al derecho de formación profesional e incluye en cuatro párrafos bastante detallados los compromisos que asumen los Estados en la materia: asegurar y favorecer la formación técnica y profesional de todas las personas; asegurar o favorecer un sistema de aprendizaje y formación de los jóvenes; asegurar o favorecer servicios apropiados y fácilmente accesibles para la formación de los trabajadores adultos, así como servicios especiales para la reconversión profesional de los trabajadores adultos; y alentar la plena utilización de los servicios previstos mediante la reducción o supresión del pago de cualquier gravamen, la concesión de una asistencia fi-

nanciera cuando proceda, la inclusión dentro de las horas normales de trabajo del tiempo dedicado a los cursos de formación y la garantía de eficacia del sistema de aprendizaje de los trabajadores.

Tampoco la jurisprudencia del TEDH al respecto resulta de gran ayuda. En primer lugar, está constreñida por la formulación negativa del art. 2 de Protocolo Adicional, en el sentido de garantizar un derecho de acceso a los establecimientos existentes en un momento dado y a la posibilidad de obtener el reconocimiento oficial de los estudios realizados (Lasagabaster Herrarte 2004, 635). De ella no se deriva forzosamente que los Estados «ensure at their own expense, or subsidize, education of a particular type, but merely implies for those who are under the jurisdiction of one of the Contracting States the right to avail themselves of the means of instruction existing at a given time. Therefore, its primary objective is to guarantee a right of equal access to the existing educational institutions» (Vermeulen 2006, 896). En segundo lugar, en la jurisprudencia del TEDH, especialmente en el asunto lingüístico belga, el contenido concreto del derecho a la educación puede variar notablemente de un Estado a otro y también de un momento a otro (sentencia de 23 de julio de 1968, Serie A, apartados 3-5; sentencia de 7 de diciembre de 1975, *Kjeldsen*, antes citada, apartado 52), y no incluye obligación alguna respecto a la educación, por lo que difícilmente puede resultar de utilidad para establecer la distinción en cuestión. Y en tercer lugar la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo ha limitado este derecho a la enseñanza elemental y no a la superior (Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 13 de marzo de 1975, *X c. Reino Unido*, E 5962, Decisions and Reports 2, 50; Decisión de 19 de mayo de 1977, *Estudiantes extranjeros c. Reino Unido*, E 7661/76, Decisions and Reports 9, 185).

Quizá sí resulte de mayor utilidad la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ya que el Alto Tribunal comunitario ha desplegado con base en el antiguo art. 128 del TCE un concepto propio de formación profesional. Así, consideró como tal «toda forma de enseñanza que prepara para la obtención de una cualificación requerida para el ejercicio de una profesión, oficio o empleo con independencia de la edad y nivel de formación requeridos, incluso aunque el programa incluya una parte de educación general» (sentencia de 13 de febrero de 1985, *Gravier*, antes citada,

apartado 30). Y también ha incluido expresamente la enseñanza universitaria dentro de este concepto, incluso aunque se trate de estudios universitarios cuyo título no confiera una capacitación concreta para ejercer una profesión, oficio o empleo (sentencia de 2 de febrero de 1988, *Blaizot*, 24/86, Rec., p. 379, apartados 19 y 20). En este sentido, nada parece haber cambiado la introducción por el Tratado de Maastricht de una diferenciación entre educación (art. 149 TCE) y formación profesional (art. 150 TCE) ya que esta última se orienta a la dimensión del mercado de trabajo empleada por el Tribunal de Justicia, mientras que aquélla parece ser un concepto más amplio y global adoptado desde una perspectiva cultural y educativa general. Por otro lado, comoquiera que las Explicaciones de la Carta no se refieren en ningún momento a la regulación del TCE en la materia, podría considerarse que el derecho a la educación comprende el derecho a la instrucción al que se refiere el Protocolo Adicional y que las Explicaciones cita expresamente, mientras que la formación profesional y permanente comprendería todos los demás estadios de la educación, incluida la educación universitaria y la educación continua de adultos en el sentido del ya citado art. 10 de la Carta Social Europea.

En todo caso, la competencia para regular el concreto sistema nacional de educación sigue en manos de los Estados miembros, quienes además conservan también plena competencia en todo lo relativo al contenido y la organización (arts. 149 y 150 TCE). El contenido de este derecho es, pues, de naturaleza básicamente negativa. Una vez que existe un determinado sistema educativo en un concreto Estado miembro, éste debe dejar abierto su acceso a todos de manera que los sistemas de selección que establezca cada Estado no resulten discriminatorios (derecho de acceso sin discriminación). De manera correlativa, en su dimensión positiva, existe en cierto sentido un derecho de elección del tipo de educación, aunque siempre dentro de los límites no discriminatorios fijados por cada Estado. Por el contrario, no cabe deducir ningún tipo de derecho a exigir al Estado el mantenimiento de un determinado tipo de escuela.

Por último, por lo que respecta a la titularidad de este derecho, parece claro, en primer término, que en el caso de los menores el ejercicio corresponde a quienes ostenten la patria potestad. No obstante, a medida que avance su edad se podrían ir poniendo de ma-

nifiesto conflictos de relevancia en caso de divergencias notables entre la posición de padres e hijos. Obviamente, esta afirmación extingue sus efectos cuando se alcanza la mayoría de edad y, por tanto, no se extiende a los estudios universitarios. Por otro lado, en segundo término, también ha de considerarse titulares de este derecho a quienes no ostenten la nacionalidad de un Estado miembro pero residan dentro de la Unión (*toda persona*). De hecho, se trata de un derecho que hasta ciertos límites —que en realidad fijan los Estados miembros respetando el margen dejado por las Directivas en materia de inmigración dictadas al amparo del Título IV del TCE— proyecta también sus efectos para los hijos de inmigrantes que se encuentren en situación de ilegalidad dentro de la Unión.

3. LA GRATUIDAD DE LA ENSEÑANZA OBLIGATORIA

De lo regulado en el apartado 1 de este art. 14 no se deduce en modo alguno un derecho a que la enseñanza sea gratuita. Simplemente se deriva un derecho a que el acceso a la misma no sea discriminatorio porque sí violaría ese primer apartado el hecho de que las tasas o el pago establecido resultasen discriminatorios. Por ello, el apartado segundo supone una profundización de interés en la materia. Exige, en efecto, la gratuidad de la enseñanza, si bien limitada a la enseñanza obligatoria.

En relación con este derecho, conviene hacer cuatro precisiones elementales. En primer lugar, habrá que establecer qué se entiende por gratuidad. Especialmente si comprende también la gratuidad de los materiales de clase o los costes de transporte. Es una cuestión que queda abierta, pero que a la vista de las regulaciones nacionales actuales no parece apuntar hacia una respuesta en sentido afirmativo.

En segundo lugar, habrá que determinar también qué se entiende por enseñanza obligatoria. No se determina en la Carta y tampoco se ha hecho en el marco del CEDH, donde únicamente se ha establecido que, en relación con el derecho alegado por los padres a educar ellos mismos a sus hijos en el hogar, la existencia de una enseñanza obligatoria es compatible con el CEDH (Decisión de 6 de marzo de 1984, *Family H c. Reino Unido*, 10233/83, Decisions and Reports 37, p. 108). Por tanto, por enseñanza obligatoria en el sentido

de la Carta podría entenderse la enseñanza impartida a niños o jóvenes que para una determinada edad resulta en un concreto Estado miembro obligatoria conforme a su legislación nacional.

En tercer lugar, conviene precisar también que este derecho no excluye en modo alguno la existencia de escuelas privadas de pago. Como precisan las Explicaciones del Praesidium, el principio de gratuidad «implica que, para la enseñanza obligatoria, todos los niños tengan la posibilidad de acceder a un centro que practique la gratuidad». No impone, por tanto, «que todos los centros, incluidos los centros de formación profesional y de formación permanente, y en particular los privados, que dispensen dicha enseñanza sean gratuitos». Es más, ni siquiera prohíbe «que determinadas formas específicas de enseñanza puedan ser de pago, si el Estado adopta las medidas necesarias destinadas a conceder una compensación financiera».

Y, en cuarto lugar, del apartado segundo del art. 14 se deriva, en el marco comunitario, el deber de que la Unión respete este principio de gratuidad de la enseñanza obligatoria cuando desarrolle sus políticas de formación al amparo de las (escasas) competencias que le atribuyen los tratados constitutivos. Aunque no hubiera resultado necesario por resultar innecesario y hasta redundante, las Explicaciones del Praesidium dejan claro de manera expresa que este deber de respeto del principio por parte de la Unión ha de hacerse «sin que, naturalmente, ello cree nuevas competencias».

4. LA LIBERTAD DE CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES

El apartado tercero del art. 14 recoge también como contenido de este derecho la libertad de creación de centros docentes. Esta libertad conecta con una clásica discusión a propósito de si el derecho a la educación comprende tan sólo el derecho a recibir educación o si también abarca el derecho a ofrecer educación, por ejemplo, una educación privada al lado de la educación pública existente. En el marco del CEDH, parece deducirse de la escasa jurisprudencia existente, que el TEDH no parece excluir que del art. 2 del Protocolo Adicional número 1 pudiera deducirse esta posibilidad (sentencia de 7 de diciembre de 1976, *Kjeldsen*, apartado 50). No obstante, la discusión se torna baladí desde el momento en que sí queda claro que el

supuesto derecho a crear una escuela privada no conlleva en modo alguno la obligación del Estado afectado a garantizar la posibilidad de dicha creación (Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 1995, *Lermen*, Decisions and Reports 82-A, p. 41).

La Carta da en este sentido un paso adelante: garantiza efectivamente el derecho a crear centros docentes de manera expresa. Pero se somete a dos límites muy relevantes. El primero es la exigencia de respeto de los principios democráticos, cuya indeterminación en la práctica es patente. Y el segundo es la remisión a las leyes nacionales que regulen su ejercicio, lo cual deja un apreciable margen de apreciación en manos de los Estados, si bien debería excluir cualquier norma nacional que excluyera de raíz toda posibilidad de creación de centros docentes privados.

Por otro lado, además de las correspondientes referencias a las limitaciones de su ejercicio con arreglo a los citados principios democráticos y la regulación de cada legislación nacional, las Explicaciones del Praesidium precisan que esta libertad de creación de centros docentes públicos o privados se garantiza como uno de los aspectos de la libertad de empresa. Viene a ser, pues, una *lex specialis* del general derecho de libertad de empresa consagrado en el art. 16 como *lex generalis* (v. *infra* art. 16).

5. EL DERECHO DE LOS PADRES A GARANTIZAR LA EDUCACIÓN DE LOS HIJOS CONFORME A SUS CONVICCIONES

Por último, en esta misma línea de establecer la existencia de enseñanza privada en la Unión, el recién citado apartado tercero del art. 14 incluye un controvertido derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas. Y lo somete a los mismos límites que el derecho a la creación de centros docentes.

En la práctica, la interpretación de este precepto plantea importantes dudas en su aplicación. De entrada, el concepto de *convicciones* dista mucho de resultar unívoco en los diferentes Estados. El TEDH ha tratado de ofrecer en el asunto *Campbell* un concepto de convicciones filosóficas entendidas como todas aquellas convicciones que resultan respetuosas con la sociedad democrática y no son

incompatibles con la dignidad humana (sentencia de 25 de febrero de 1982, apartado 36). Mientras que en el asunto *Valsamis* hizo lo propio respecto al concepto de convicciones religiosas al tratar la posición de los Testigos de Jehová (sentencia de 18 de diciembre de 1996, *Valsamis*, apartado 26). Pero, a nuestro entender, el TEDH establece más lo que no son convicciones filosóficas o religiosas que un verdadero concepto de las mismas. Y la práctica jurisprudencial ha mostrado además las dificultades que plantean temas como la obligación de recibir una determinada educación sexual en la escuela (sentencia de 7 de diciembre de 1975, *Kjeldsen*, antes citada), los límites del uso de la disciplina en la enseñanza y el derecho a los padres a oponerse al uso de castigos corporales por motivos de convicciones filosóficas (sentencia de 25 de febrero de 1982, *Campbell*, antes citada), la obligatoriedad de acudir a desfiles militares o celebración de eventos de carácter nacional (sentencia de 18 de diciembre de 1996, *Valsamis*), el deseo de los padres de sustituir la enseñanza reglada oficial por una enseñanza en el domicilio suministrada directamente por ellos, etc.

A ello habrá que sumar también, a la hora de fijar los límites concretos de este derecho, las dudas que en todo caso derivan del art. 52 y que, dada la indeterminación en la formulación del art. 14.3, serán superiores a las que ya de por sí plantea con todos los demás artículos de la Carta.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Se trata, en suma, de un derecho de enunciado sencillo en la garantía de la educación y el acceso a la formación profesional y permanente, pero concreción enormemente complicada, particularmente en todo lo que atañe a la posición de las escuelas privadas y el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones.

De hecho, con independencia de la concepción que cada cual tenga respecto de este derecho, cabría preguntarse inicialmente sobre la conveniencia de incluir un derecho de este tipo dentro de la Carta cuando la competencia de la Unión en materia educativa y de formación profesional es extremadamente tenue, correspondiendo

en todo caso a los Estados miembros la concreción de su contenido jurídico. Lo es en la situación actual (arts. 149 y 150 TCE) y lo hubiera sido con el Tratado Constitucional (art. III-282 y 283) y, caso de entrar en vigor, lo será también con el Tratado de Lisboa (arts. 165 y 166 TFUE). Por otro lado, una vez aceptada su pertinencia, cabría preguntarse igualmente acerca de la ubicación sistemática de este derecho. Dado su contenido concreto quizás podría considerarse más adecuado haberlo incluido dentro de los derechos sociales bajo el epígrafe Solidaridad que bajo el de Libertades por el que se ha optado. Al menos el apartado primero del mismo que, en todo caso, constituye el núcleo central del mismo.

En todo caso, su contenido va más allá del estricto contenido negativo derivado del art. 2 del Protocolo Adicional número 1 al CEDH.

BIBLIOGRAFÍA

- CALLIES, C. «Art. 17: Eigentumsrecht». En Ehlers, ed. *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*. Berlín: De Gruyter, 2003, pp. 462-478.
- DELBRÜCK, J. «The Right to Education as an International Human Right». *German Yearbook of International Law* (1992): pp. 92 y ss.
- GROÙE WENTRUP, A. *Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten — Eine Untersuchung am Beispiel von Art. 14 und Art. 16 EuGRCh*, Berlín, 2004.
- KISS, A. C. «La protection internationale du droit de l'enfant à l'éducation». *Revue des Droits de l'Homme* (1973): pp. 467-486.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. «Derecho a la instrucción». En I. Lasagabaster Herrarte, dir. *Convenio Europeo de Derechos Humanos — Comentario sistemático*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 634-649.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. «Otras competencias comunitarias (II): educación, cultura y salud pública». En M. López Escudero y J. Martín y Pérez de Nanclares, coords. *Derecho Comunitario Material*. Madrid: McGraw Hill, 2000, pp. 323-338.
- ODENDAHL, K. «Recht auf Bildung». En S. M. Heselhaus y C. Nowak, eds. *Handbuch der Europäischen Grundrechte*. Múnich: C. H. Beck, 2006, pp. 1082-1101.
- RENGELING, H. W. y P. SZCZEKALLA *Grundrechte in der Europäischen Union — Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2004, pp. 594-600.
- UNCETABARRENECHEA LARRABE, J. «La educación en el proceso de integración europea: hacia la progresiva definición de una política comunitaria». *Cuadernos Europeos de Deusto* 24 (2002), pp. 127-158.
- VERMEULEN, B. «The Right to Education (Article 2 of Protocol No 1)». En P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn y L. Zwaak, eds. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4.^a ed. Amberes-Oxford: Intersentia, 2006, pp. 895-910.

ARTÍCULO 15
LIBERTAD PROFESIONAL
Y DERECHO A TRABAJAR

- 1. Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada.**
- 2. Todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro.**
- 3. Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 16, 17 y 27-35.
- TFUE: arts. 45-62.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 39-55, 137 y 140 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-75, III-133-136, III-137-143, III-144-150, III-209 y 210.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 15.

COMENTARIO

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de La Rioja

1. ASPECTOS GENERALES

La libertad profesional y el derecho de trabajo se encuentran insertos en la Carta de Derechos Fundamentales dentro del apartado correspondiente a las libertades (art. 15), pero su contenido material tiene un fuerte componente económico y social. En realidad, los derechos plasmados en el apartado primero (derecho a trabajar y la libertad profesional) podrían ser considerados en sus enunciados generales como una libertad en sentido clásico, pero la concreción de su ejercicio va a estar estrechamente ligada con otras disposiciones del Derecho originario. En concreto, a las libertades fundamentales del mercado único cuando, como es el caso del apartado segundo de este precepto, nos encontremos ante personas que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro y con las normas de política social cuando, como ocurre con el párrafo tercero, se trate de personas con nacionalidad de un país tercero. En todo caso, este derecho conforma, junto a la libertad de empresa (art. 16) y el derecho de propiedad (art. 17), una triada de derechos de naturaleza económica que resulta especialmente relevante para las empresas y cuya regulación discurre de forma muy afín en los tres casos.

Esta peculiaridad sobrevoló claramente los trabajos de la Convención. En la primera fase de sus trabajos, la garantía de la libertad profesional y el derecho de trabajar se ubicaba sistemáticamente dentro del capítulo de los derechos económicos y sociales y contenía una remisión a la regulación del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) en materia de libertad de circulación (CHARTRE 4192/00 CONV 18, de 27 de marzo de 2000). Sin embargo, a la largo de la séptima reunión del Pleno de la Convención (3 y 4 de abril de 2000) fue muy criticada la ubicación sistemática de este derecho, y varios miembros de la Convención demandaron su inclusión dentro del título dedicado a las libertades. También provocó buen número de

críticas —por ejemplo, en las intervenciones de Meyer, Braibant o Altes— la remisión expresa a las disposiciones de los tratados en materia de libertad de circulación, ya que podría llamar a equívoco y podría ser entendida como una limitación de este derecho. Fruto de esta primera fase de discusión, en la nueva propuesta presentada por el Praesidium, en mayo de 2000, sobre los derechos sociales únicamente se recogió la demanda de eliminar esta última remisión (CHARTE 4316/00 CONV 34, de 16 de mayo de 2000, art. 32).

A lo largo de una segunda fase de discusión a partir de esta propuesta del Praesidium se plantearon propuestas a favor de regular con precisión a renglón seguido de la libertad de empresa el derecho de trabajo, así como de acercar la redacción del precepto a la existente en la Carta Social (CHARTE 4372/00 CONV 39, de 16 de junio de 2000, art. 32). Sobre esta base, en la propuesta de compromiso que volvió a presentar el Praesidium en julio de 2000 (CHARTE 4383/00 CONV 41, de 3 de julio de 2000, art. 31) acogió buena parte de las propuestas, si bien no fue hasta la primera propuesta de un texto completo de la Carta cuando se trasladó su ubicación hasta el título relativo a las libertades (CHARTE 4422/00 CONV 45, de 28 de julio de 2000, art. 15). Con todo, la libertad de empresa mantuvo su vinculación con el derecho de trabajo y con la concepción que subyacía también a la Carta Social (art. 1.2) de considerar ambas dimensiones del derecho (libertad de empresa y derecho de trabajo) como dos medios de obtener los recursos económicos necesarios para vivir. La propuesta limitó, no obstante, este derecho a los ciudadanos de la Unión Europea, lo que provocó críticas masivas en la sesión 16 del Pleno de la Convención de 11 y 12 de septiembre de 2000, por lo que en la nueva propuesta del Praesidium recobró su amplitud inicial y modificó la redacción del mismo para, apartándolo de elementos como el señalado a propósito de ser medio para procurarse los medios de vida precisos, le dio una redacción que, salvo modificaciones posteriores muy puntuales (CHARTE 4470/CONV 47 REV 1 ADD1, de 25 de septiembre de 2000 y CHARTE 4487/00 CONV 50, de 28 de septiembre de 2000), resultó definitiva (CHARTE 4470/00 CONV 47, de 14 de septiembre de 2000, art. 15).

Por otro lado, por lo que se refiere al principio de no discriminación de los nacionales de terceros países recogido en el apartado ter-

cero de este art. 15, en las primeras propuestas tenía entidad propia con un precepto ad hoc (CHARTE 4227/00 CONV 26, art. XVIII; CHARTE 4373/00 CONV 34, de 16 de mayo de 2000, art. 40; CHARTE 4383/00 CONV 41, de 3 de julio de 2000, art. 38) y no se incluyó en este artículo hasta la primera propuesta de texto completo de la Carta (CHARTE 4422/00 CONV 45, de 28 de julio de 2000, art. 15.3). También fue objeto de amplia discusión la concreción del ámbito de aplicación personal que se debería dar a este principio hasta llegar a la redacción final («nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros») que se introdujo en la nueva propuesta del Praesidium de septiembre de 2000 (CHARTE 4470/00 CONV 47, de 14 de septiembre de 2000 y CONV 47/1/00 REV 1 ADD 1, de 25 de septiembre de 2000).

2. CONTENIDO ESENCIAL

2.1. *La libertad profesional y el derecho a trabajar*

El derecho a la libertad profesional que recoge el apartado primero del art. 15 ha sido reconocido por el Tribunal de Justicia desde la década de los setenta del siglo pasado a partir de la sentencia recaída en el asunto *Nold* (sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold*, 4/73, Rec., p. 491, apartados 12 a 14) y lo ha mantenido de manera reiterada hasta la actualidad (sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Hauer*, 44/79, Rec., p. 3727; sentencia de 8 de octubre de 1986, *Keller*, 234/85, Rec., p. I-2897). Tal reconocimiento derivaba, como ha sido habitual también con un buen número de derechos incluidos ahora en la Carta, de su consideración como principios generales del Derecho Comunitario, que proceden de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Posteriormente, en conocidos casos como el asunto *Bosman*, el Tribunal de Justicia derivó también de la libertad de circulación de trabajadores típica del mercado único el objetivo de «facilitar a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio comunitario» (sentencia de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec, p. I- 4921, apartado 94).

Con todo, si se analizan con cierta minuciosidad los concretos asuntos en los que el Tribunal de Justicia ha constatado una violación de este principio de libertad profesional, se ve que ha servido fundamentalmente para interpretar actos comunitarios de Derecho derivado, especialmente reglamentos (sentencia de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, 5/88, Rec., p. 2609, apartado 19, un reglamento en materia agrícola; sentencia de 10 de julio de 1991, *Neu*, C-90/90 y C-91/90, Rec., p. I- 3617, apartado 13, un reglamento en materia láctea; sentencia de 26 de noviembre de 1996, *T-Port*, C-68/95, Rec., p. I-6065, apartado 37, un reglamento en materia de Organización Común de Mercados) y no para constatar una violación como tal de este derecho. Por ello, pese a la incorporación de las libertades fundamentales al apartado segundo del art. 15, resulta un avance de relevancia que la Carta plasme con carácter general y de manera expresa este derecho en el apartado primero del precepto. Máxime si consideramos que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no contiene ninguna garantía expresa de la libertad profesional y, por tanto, en la práctica la escasa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) existente en la materia (TEDH, sentencia de 24 de marzo de 1985, *Barthold c. Alemania*, Serie A 90, apartado 38; sentencia de 24 de febrero de 1994, *Casado Coca c. España*, Serie A 285, apartado 36) se ha dictado al amparo de la libertad de expresión (art. 10 CEDH) o del derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo Adicional núm. 1).

La redacción de este primer apartado del art. 15 de la Carta se inspira también, como expresamente reconocen las Explicaciones del Praesidium, en el art. 2.1 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 y en el apartado 4 de de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989.

La primera de las dimensiones de este derecho es la relativa al derecho a trabajar («toda persona tiene derecho a trabajar»). Con ello no se funda en modo alguno un derecho subjetivo de los ciudadanos comunitarios a que los poderes públicos de la Unión Europea les garanticen un puesto de trabajo, por lo que no se trata de un derecho social propiamente dicho sino de una libertad. Y de ahí su ubicación sistemática final dentro de la Carta fuera del título de Solidaridad. El contenido esencial de este derecho ha de ser entendido, pues, en el

sentido de que la Unión Europea o los Estados cuando apliquen el Derecho Comunitario no podrán emprender acciones que impidan o dificulten sustancialmente el acceso o ejercicio de un trabajo por parte de los nacionales de los respectivos Estados miembros. Esta interpretación es además acorde con la concepción que de este derecho existe en la Carta Social Europea (art. 1.2), en los instrumentos internacionales (art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y las propias constituciones de los Estados miembros que recogen un derecho semejante, ninguno de los cuales —más allá de los matices y diferente alcance según los casos— recoge un derecho subjetivo a un puesto de trabajo.

La segunda de las dimensiones de este derecho es la que hace referencia a la libertad profesional (derecho «a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada»). El concepto de profesión no ha sido definido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien de una interpretación sistemática de la misma podríamos considerarla como una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia ejercida de manera estable a cambio de una remuneración que reclama en todo caso una interpretación amplia y que en su concepción está ligada a una evidente dimensión económica de su ejercicio. Esta libertad comprende básicamente el derecho a la libre elección y libre ejercicio de la profesión en cuestión. Así, la dimensión negativa de este derecho incluye la prohibición de obligar a un ciudadano comunitario a ejercer una profesión en contra de su voluntad. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido, por ejemplo, el derecho a elegir libremente a los socios (sentencia de 10 de julio de 1991, *Neu*, antes citada, apartado 13) o la libertad del trabajador a elegir a su empleador y, por tanto, el derecho a no ser obligado a trabajar para un empleador que no haya elegido libremente, por ejemplo, en supuestos de traspaso de empresas (sentencia de 16 de diciembre de 1992, *Katsikas*, C-132/91, Rec., p. I-6577, apartado 32).

Por último, en relación con este derecho queda claro que su ámbito de aplicación personal se circunscribe a todas las personas («toda persona tiene derecho a») y no sólo a quienes ostenten la nacionalidad de un Estado miembro. Por otra parte, a nuestro entender, nada impide tampoco considerar que comprende tanto a personas físicas como a personas jurídicas.

2.2. *Concatenación con las libertades fundamentales del mercado único*

La regulación de estos dos derechos en el art. 15 encuentra clara imbricación con otros derechos recogidos en la Carta. Así, con carácter particular, existen otros derechos que acogen de modo concreto e indirecto la libertad de profesión, cuando afecte por ejemplo a los medios de comunicación (art. 11.2), a las artes o las ciencias (art. 13) o incluso la libertad de empresa (art. 16). También en relación con el derecho de la propiedad (art. 17) se plantearán zonas grises de delimitación.

No obstante, la regulación del art. 15 queda fundamentalmente concatenada con las libertades fundamentales del mercado único. En efecto, la redacción del apartado segundo («todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro») supone una incorporación de las actuales libertades de circulación de trabajadores (arts. 32-39 TCE), la libertad de establecimiento (arts. 43-48 TCE) y la libre prestación de servicios (arts. 49-55 TCE). La interpretación de este apartado segundo del art. 15 vendrá así totalmente condicionada por la regulación que el propio Tratado realice de estas libertades fundamentales. Ello es así porque, en aplicación de lo previsto en el art. 52.2, cuando los derechos reconocidos en la Carta se mencionan en otras partes del Derecho originario habrán de ejercerse en las condiciones y dentro de los límites definidos por él. Por tanto, comoquiera que la regulación de las libertades de circulación de trabajadores, de prestación de servicios y de establecimiento en el TCE —o en el TFUE si entrara en vigor el Tratado de Lisboa— es bien concreto y teniendo en cuenta que la consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto es también amplia y perfectamente delimitada, en la práctica no queda casi espacio para un ámbito de aplicación material propio o diferente del art. 15.2.

En este sentido, al trasladar la regulación del Derecho originario y la aplicación judicial de la misma al art. 15.2, destaca por encima de todo que muy difícilmente podrá abstraerse del presupuesto básico de tratarse de una prestación transfronteriza de un nacional de un Estado miembro —un trabajador, un prestador de servicios o una persona física o jurídica que desee hacer uso de la libertad de

establecimiento— en el territorio de otro Estado miembro; con las matizaciones que el Tribunal de Justicia ya ha perfilado, especialmente en materia de prestación de servicios. Tampoco podrá abstraerse la interpretación que se haga del art. 15.2 del presupuesto de que el ámbito de aplicación personal en lo básico se circunscribe únicamente a quienes ostenten nacionalidad de un Estado miembro de la Unión y no —como es el caso del apartado primero de este mismo precepto— a todas las personas.

2.3. *El principio de no discriminación de los extranjeros*

El último apartado del art. 15 establece que los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tendrán derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaran los ciudadanos de la Unión. Según prevén expresamente las Explicaciones a la Carta este principio está basado, en primer término, «en el cuarto guión del apartado 3 del artículo 137 del Tratado CE». Aunque nada precisa al respecto, dado el momento de redacción de estas Explicaciones, se entiende que se trata de la versión del TCE en la redacción que le dio el Tratado de Amsterdam que, en la actualidad tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Niza, corresponde en realidad al art. 137.1, letra g del TCE. Éste prevé en concreto una atribución de competencia a la Comunidad en materia de política social para adoptar acciones que, para conseguir los objetivos sociales fijados en el Tratado (art. 136 TCE), apoyen y complementen la acción de los Estados miembros en la regulación de las «condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad». En segundo término, este principio contenido en el art. 15 está basado también en el punto 4 del art. 19 de la Carta Social Europea, firmada el 18 de octubre de 1961 y ratificada por todos los Estados miembros. Este precepto garantiza en concreto a esos trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio «un trato no menos favorable que a sus propios nacionales», en todo lo referente a «remuneración y otras condiciones de empleo y trabajo; afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas que ofrezcan los convenios colectivos; alojamiento».

De ello se deduce claramente que en esta materia resulta de aplicación el art. 52.2. Así, dado que este derecho se menciona y se desarrolla expresamente en la política social, parece suponer *prima facie* una incorporación de las normas constitucionales que afecten a los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros al contenido del art. 15.3. Esta conclusión debería, con todo, ser matizada en este caso. En primer lugar, la norma del Tratado que se refiere expresamente al contenido específico del art. 15 es una norma de atribución de competencia a la Unión (art. 153 TFUE). En segundo lugar, se trata de una competencia muy tenue. En realidad, es una competencia para complementar y apoyar la acción de los Estados miembros conforme a unos objetivos generales en materia de política social que están fijados de manera muy genérica e igualmente tenue (art. 151 TFUE). Y, en tercer lugar, del art. 153.1, letra g, no se deduce, a nuestro entender, ningún tipo de derecho subjetivo en sentido propio. Habrá que estar, más bien, al desarrollo que las instituciones de la Unión hagan de esta (tenue) atribución de competencia a través del Derecho derivado para poder concretar en la práctica el alcance real del principio reconocido en el art. 15.

Con todo, una vez realizada esta matización conforme a la interpretación derivada del alcance real del art. 52.3, no puede ignorarse que su inclusión en la Carta habrá de tener un particular significado a la hora de desarrollar la Unión la competencia que se le atribuye en la materia. En este sentido, el ámbito de aplicación personal del art. 15.3 presupone tres elementos. En primer lugar, ha de tratarse de trabajadores de países terceros, y resulta evidente que sigue quedando en manos de cada Estado el exclusivo derecho a convertirlos en nacionales propios —y quedar, por tanto, fuera del ámbito de este precepto y convertirse en ciudadanos europeos con el estatuto de derechos propio que ello representa— con los criterios de concesión de nacionalidad que estime oportunos. En segundo lugar, ha de disponer de autorización para trabajar en el territorio del Estado en cuestión, siendo igualmente claro que quedan fuera los inmigrantes ilegales y que sigue siendo competencia de cada Estado miembro determinar los criterios que considere oportunos para conceder la correspondiente autorización o permiso de trabajo. Y, en tercer lugar, no incluye a los familiares de los referidos tra-

bajadores, a diferencia de lo que ocurre en la Carta Social Europea donde la protección en esta materia comprende a «los trabajadores migrantes y sus familias» (art. 19).

Por otro lado, el contenido material del derecho contenido en el art. 15.3 se refiere al disfrute de unas condiciones de trabajo equivalentes a aquellas que disfrutaban los nacionales del Estado miembro en cuestión. No pasa desapercibido, a este respecto, que la Carta ha optado por dos conceptos indeterminados como *condiciones de trabajo*, y, sobre todo, *condiciones equivalentes* y no por un taxativo principio de igualdad de trato con los trabajadores comunitarios. Si a ello sumamos que, caso de aplicar la regulación del Tratado de Lisboa conforme a lo previsto en el reiteradamente citado art. 52.2, resulta que el art. 153.5 del TFUE prevé de manera lapidaria que la atribución de competencia en materia social allí recogida «no se aplicará a las retribuciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal», resulta más que probable que los Estados miembros —o al menos algunos Estados miembros— se aferren a una interpretación restrictiva del concepto de *condiciones de trabajo equivalentes* con fundamento en la propia Carta. Caso de prosperar tal interpretación del art. 15.3 más de uno podría preguntarse si no se trata más bien de un derecho que en la práctica gozará de un contenido jurídico propio más que limitado y en todo caso en manos de los Estados.

Por último, las Explicaciones del Praesidium hacen referencia a la especial posición de los marinos con nacionalidad de terceros Estados en las tripulaciones de buques con pabellón de un Estado miembro de la Unión, estableciendo que su contratación quedará regulada por el Derecho Comunitario y por los ordenamientos y prácticas nacionales.

3. LIMITACIONES BÁSICAS

Como cualquier otro derecho fundamental, el contenido del art. 15 no tiene en modo alguno carácter absoluto. El derecho a trabajar y la libertad profesional pueden obviamente ser sometidos a determinadas limitaciones siempre que cumplan los requisitos generales fijados en el art. 52.2. Así, deberá ser establecida por ley, ha-

brá de respetar el contenido esencial de este derecho, deberá cumplir el principio de proporcionalidad, deberá ser necesaria y tendrá que responder efectivamente a un objetivo de interés general.

Por otro lado, con carácter específico este derecho también puede verse limitado por la necesidad de protección de otros derechos o libertades como, por ejemplo, los relativos al medio ambiente (art. 37), la protección de la salud (art. 35), la protección de los consumidores (art. 38) o la protección de la propiedad intelectual (art. 17.2). En este caso, lógicamente, el resultado final de la limitación al derecho a trabajar y a la libertad profesional habrá de resultar proporcionada en sus efectos y deberá buscar un equilibrio entre los intereses subyacentes a los diversos derechos en colisión.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Los derechos a trabajar y a la libertad profesional se han ubicado dentro de la Carta en el título correspondiente a las libertades y es probable que sistemáticamente resulte adecuado por lo que se refiere a los enunciados generales del apartado primero del art. 15. Pero es evidente que la concreción de su ejercicio tiene una dimensión económica y social evidente y obviamente viene totalmente condicionada por la regulación que ya existe en el Derecho Comunitario, que el Tratado Constitucional recogía en la Parte III y que el Tratado de Lisboa incluye dentro del que será el TFUE. Así, el contenido jurídico real de estos derechos queda totalmente condicionado por las libertades fundamentales de circulación de trabajadores, establecimiento y prestación de servicios, cuando nos encontremos ante personas que ostentan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión (art. 15.2) y por la más difuminada política social cuando estemos ante trabajadores legales con nacionalidad de un país tercero (art. 15.3).

Así las cosas, la principal diana de las críticas debería probablemente ser el supuesto derecho de equivalencia de las condiciones laborales de los trabajadores de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros con las de los ciudadanos nacionales. Es un derecho expresamente formulado por el art. 15.3, pero la interpretación que del mismo habrá de ha-

cerse a partir de las disposiciones horizontales de la Carta, y muy especialmente del art. 52.2, encarna un riesgo evidente de vaciamiento casi total del contenido jurídico de este derecho. Una interpretación restrictiva del art. 15.3, como la que parece facilitar el referido art. 52.2 y las propias Explicaciones de la Carta, convertiría a este derecho en poco más que un *brindis al sol* o, para decirlo de manera algo más ajustada a Derecho, una declaración de buenas intenciones que simplemente contiene objetivos cuya materialización y concreción siguen quedando en manos de los Estados.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNSDORFF, N. «Artikel 15». En J. Meyer, ed. *Charta der Grundrecht der Europäische Union*, 2.ª ed. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2006, pp. 227-237.
- BORRMANN, A. *Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht. Eine rechtsvergleichende Studie*. Berlín: Duncker & Humboldt, 2002.
- NOWAK, C. «Berufsfreiheit und das Recht zu arbeiten». En S. M. Heselhaus y C. Nowak, eds. *Handbuch der Europäischen Grundrechte*. Múnich: C. H. Beck, 2006, pp. 824-865.
- RENGELING, H. W. y P. SZCZEKALLA. *Grundrechte in der Europäische Union – Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2004, pp. 602-621.
- SCHWARZE, J. «Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Konzept des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents – Zugleich eine Untersuchung der Grundprobleme des europäischen Wirtschaftsrechts», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (2004): pp. 135-140.
- URIARTE TORREALDAY, R. «Propiedad, libre empresa y trabajo: los derechos económicos en la Constitución española y en el proyecto constitucional europeo», *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo* (2005): pp. 333-372.
- WUNDERLICH, N. *Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.

ARTÍCULO 16
LIBERTAD DE EMPRESA

Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 15 y 17.
- TFUE: arts. 101-109.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 4.1 y 81-89 TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. I-3.2, II-75, II-76, II-77 y III-161-169.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 16.

COMENTARIO

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de La Rioja

1. ASPECTOS GENERALES

La libertad de empresa es otro de los derechos incluidos en la Carta que, junto al de libertad profesional y al derecho de propiedad, pro-

tegen la posición jurídica de las empresas dentro del ordenamiento jurídico comunitario. En este caso, la libertad de empresa es un derecho que en el ámbito comunitario ha sido reconocido desde hace más de cuatro décadas por el Tribunal de Justicia bajo la forma de libertad a ejercer una actividad económica o mercantil desde el asunto *Nold* (sentencia de 14 de mayo de 1974, 4/73, Rec., p. 491, apartado 14) y desarrollado después en su jurisprudencia posterior (sentencia de 27 de septiembre de 1979, *Eridania*, 230/78, Rec., p. 2749, apartados 20 y 31), así como también bajo la forma de la libertad contractual (sentencia de 16 de enero de 1979, *Sukkerfabriken Nykoebing Limiteret*, 151/78, Rec., p. 1, apartado 19; sentencia de 5 de octubre de 1999, *España c. Comisión*, C-240/97, Rec., p. I-6609, apartado 99).

No encuentra, por el contrario, acogida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ni en los principales instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de derechos fundamentales. Sí aparece, sin embargo, de manera explícita en diversas constituciones nacionales de Estados miembros como sería el caso, además de la nuestra (art. 38), el de Grecia (art. 5.1), Irlanda (art. 45.3), Italia (art. 41), Luxemburgo (art. 11), Portugal (art. 61.1) o Eslovaquia (art. 35).

Durante los trabajos de la Convención, la libertad de empresa estuvo totalmente ausente de las primeras fases del trabajo. Hubo que esperar hasta la primera propuesta del Praesidium de una redacción completa de la Carta de julio de 2000 para encontrar una inclusión explícita de la libertad de empresa (CHARTE 4422/00 CONV 45, de 28 de julio de 2000, art. 16). Para llegar a ello diversos miembros de la Convención habían recomendado su inclusión y habían criticado la excesiva decantación de la Carta en materia económica hacia el trabajo por cuenta ajena en detrimento de un cierto olvido de la actividad por cuenta propia (sesiones 14 y 15 del Pleno de 10 y 11 de julio de 2000 y de 17 y 18 de julio de 2000). Esta redacción inicial se limitaba a reconocer de forma lacónica la libertad de empresa y se mantuvo tras las sesiones del Pleno de septiembre, a pesar de provocar muy diversas intervenciones críticas (CHARTE 4470/00 CONV 47, de 14 de septiembre de 2000; CHARTE 4470/00 REV 1 CONV 47, de 21 de septiembre de 2000). Sin embargo, en la versión definitiva el Praesidium introdujo una relevante reserva a este derecho en el sentido de precisar el reconocimiento del ejercicio de la libertad de em-

presa, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales (CHARTE 4470/1/00 REV 1 ADD1 CONV 47, de 25 de septiembre de 2000), además de precisar su alcance en las correspondientes Explicaciones (CHARTE 4471/00 CONV 48, de 20 de septiembre de 2000).

2. CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA: CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL A PARTIR DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Como ya se ha indicado, el contenido básico de la libertad de empresa, recogida en el art. 16 de la Carta, se encuentra estrechamente ligado a la libertad profesional (art. 15) y al derecho de propiedad (art. 17). Su inclusión en la Carta reconoce así, a diferencia de lo que ocurre en otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, la importante posición que ostentan las empresas dentro del ordenamiento comunitario. Tanto las libertades fundamentales del mercado (especialmente la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios) como sobre todo el Derecho de la Competencia (prohibición de acuerdos colusorios, prohibición del abuso de posición dominante en el mercado, control comunitario de la concesión de ayudas públicas) tienen a estas empresas como destinatarios últimos de ellos y suponen en buena medida la imposición de importantes restricciones a su actividad económica. Pero la inclusión expresa en la Carta de esta libertad no supone en modo alguno una ruptura con la situación actual en vigor. Antes al contrario, como reconocen explícitamente las Explicaciones de la Carta, «este artículo se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia por la que se ha reconocido la libertad de ejercer una actividad económica o mercantil [...] y la libertad contractual», así como también «en los apartados 1 y 2 del artículo 4 TCE, que reconoce la libre competencia».

El contenido básico de la libertad de empresa se determina, pues, conforme a la jurisprudencia desplegada por el Tribunal de Justicia desde la década de los setenta y se asienta sobre la base fundamental del principio de una economía abierta y de libre competencia reconocido por los tratados constitutivos (art. 4.1) *in fine*, TCE)

y desarrollado por las normas sobre competencia (arts. 81-89 TCE). El concepto de empresa ha de entenderse como un concepto comunitario en el sentido también precisado por el Tribunal de Justicia en el ámbito del Derecho de la Competencia y concebida la misma como «cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación» (sentencia de 23 de abril de 1991, *Höffner y Elser*, C-41/90, Rec., p. I-1979, apartado 21). En la jurisprudencia comunitaria la ausencia del objetivo de obtener beneficios económicos no ha hecho desaparecer por sí sola la consideración de empresa. Así, han merecido la calificación de empresas que ejercen una actividad económica entidades gestoras de sistemas obligatorios de Seguridad Social que tienen además subordinación a una finalidad no lucrativa, el desarrollo de actividades de carácter social y la sujeción a una normativa estatal que prevé exigencias de solidaridad. Tal ha sido el caso, por ejemplo, de entidades gestoras de un seguro de vejez complementario que ejercía una actividad económica en competencia con compañías de seguros de vida (sentencia de 16 de noviembre de 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance y otros*, C-244/94, Rec., p. I-4013, apartados 17 y 22), un fondo de pensiones complementario basado en un sistema de afiliación obligatoria y con un mecanismo de solidaridad para la determinación del importe de las pensiones (sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, Rec., p. I-5751, apartados 81 y 84 a 87) o incluso cajas del seguro obligatorio alemán de enfermedad (sentencia de 16 de marzo de 2004, *AOK Bundesverband y otros*, C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01, Rec., p. I-2493, apartado 49). No obstante, sí parece que la búsqueda del beneficio económico ha de ser por regla general una característica propia del concepto de empresa subyacente al art. 16.

A propósito del ámbito material al que estamos haciendo mención, conviene destacar que la redacción del precepto ha optado por la versión más tenue (*se reconoce la libertad de empresa*) en lugar de por la más intensa (*se garantiza*).

El ámbito de aplicación personal de esta libertad parece concretarse en principio en toda persona, pese a que no se diga explícitamente. Si se hace una interpretación sistemática consecuente con la realizada en el paralelo derecho reconocido en el art. 15 debería in-

cluir a las personas jurídicas y también a empresas de países terceros, en el bien entendido de que su ejercicio concreto —como veremos en el epígrafe siguiente— vendrá condicionado por la regulación que estas empresas extranjeras reciban por el Derecho de la Unión, especialmente en materia de derecho de establecimiento y libre prestación de servicios.

3. CONDICIONES DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA:
REMISIÓN AL DERECHO DE LA UNIÓN
Y DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Además de las limitaciones generales derivadas de las disposiciones horizontales de la Carta en materia de ejercicio de los derechos (art. 52.1) o de interpretación en armonía con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, cuando los derechos provengan de ellas (art. 52.4), teniendo en cuenta las legislaciones nacionales (art. 52.6), el propio art. 15 somete el ejercicio de la libertad de empresa a una importante limitación. Prevé expresamente que el reconocimiento de la libertad se hace de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. También las Explicaciones de la Carta inciden en esta consideración acompañando tal consideración del significativo adverbio *naturalmente*.

Esta remisión al Derecho de la Unión y de los Estados miembros no es privativa de esta libertad. Hay al menos otros tres derechos de la Carta que también incluyen una remisión a las legislaciones nacionales suplementaria a la previsión del art. 52.4. Es el caso del derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia (art. 9), el derecho a la objeción de conciencia (art. 10.2), así como la libertad de creación de centros docentes y el derecho de los padres a garantizar la educación y enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas (art. 14.3). En todo caso, por lo que específicamente respecta a la libertad de empresa, es evidente que el Derecho de la Unión impone frecuentemente límites a la libertad de empresa con la intención de perseguir otros objetivos fijados en los tratados constitutivos. Se dan básicamente en el ámbito del Derecho de la Competencia. Pero no sólo en él. Por poner sólo un ejemplo reciente, el llamado Reglamento relativo al registro, la

evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH) (Reglamento 1907/2006, DO L 396, de 30 de diciembre de 2006, p. 1) impone serios límites a la libertad de empresa del sector químico europeo. Se supone que cumpliendo los requisitos exigidos por el art. 52.1, relativos a perseguir un objetivo de interés general reconocido por la Unión como es la protección del medio ambiente, éstos resultan necesarios y proporcionales.

Así las cosas, el contenido de la libertad de empresa no sólo vendrá establecido por el Derecho de la Unión, sino también por las legislaciones nacionales. Ello puede provocar, a nuestro entender, problemas interpretativos de entidad, además de representar un cierto riesgo para la aplicación homogénea de este derecho en el marco de la Unión. Con todo, a pesar de esta remisión a las legislaciones y prácticas nacionales, parece claro que eventuales limitaciones a este derecho que introduzcan los Estados, en aplicación del Derecho Comunitario, habrán de respetar en todo caso los requisitos fijados con carácter general por el art. 52.1.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Nos encontramos, pues, ante otro de los derechos incluidos en la Carta que, junto al de libertad profesional y el derecho de propiedad, protegen la posición jurídica de las empresas dentro del ordenamiento jurídico comunitario. Se encuentra inserto también dentro del título dedicado a las libertades, mas, como ocurría con la libertad profesional y el derecho a trabajar, no es tampoco una libertad de corte clásico. Es un derecho de naturaleza claramente económica cuya inclusión en la Carta probablemente encuentra justificación en la existencia de un buen número de normas y actos comunitarios que tienen como destinatarios a las empresas y que, en buena medida, encarnan restricciones a la actividad económica que le es propia. Éste es el caso especialmente en el ámbito del Derecho de la Competencia, pero también de otros.

Sin embargo, la Carta no se limita a reconocer la existencia de esta libertad («se reconoce la libertad de empresa»), como en realidad se hacía en todas las versiones del precepto hasta el último momento (CHARTRE 4470/1/00 REV 1 ADD1 CONV 47, de 25 de sep-

tiembre de 2000). La Carta somete su ejercicio a una reserva suplementaria («de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales») que nos parece redundante e innecesaria. A nuestro entender, hubiera resultado suficiente el mero enunciado de la libertad, dadas las limitaciones que en todo caso ya permite con carácter general el art. 52.

En todo caso, acoge una regulación que sigue una línea tradicional y no modifica sustancialmente la situación jurídica construida hasta ahora por el Tribunal de Justicia en el marco de las libertades fundamentales del mercado único y el Derecho de la Competencia (Schwarze 2004, 140).

BIBLIOGRAFÍA

La bibliografía indicada en el comentario del art. 15 resulta en buena medida también aplicable a este precepto.

GROBE WENTRUP, A. *Die Europäische Grundrechtecharta im Spannungsfeld der Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten – Eine Untersuchung am Beispiel von Art. 14 und Art. 16 EuGRC*. Berlín, 2004.

SCHWARZE, J. «Der Grundrechtsschutz für Unternehmen in der Europäischen Grundrechtecharta». *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (2001): pp. 517-524.

— «Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Konzept des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents – zugleich eine Untersuchung der Grundprobleme des europäischen Wirtschaftsrechts». *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (2004): pp. 135-140.

ARTÍCULO 17
DERECHO A LA PROPIEDAD

1. **Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general.**
2. **Se protege la propiedad intelectual.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: art. 16.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 292 del TCE.
- Tratado por el que establece una Constitución para Europa: art. II-77.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 17.

COMENTARIO

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de La Rioja

1. ASPECTOS GENERALES

1.1. *Del inicial concepto absoluto a la actual función social de la propiedad*

El concepto de propiedad está en la actualidad fuertemente arraigado en la vida ordinaria de las sociedades occidentales, pero su contenido y definición ha variado notablemente a lo largo de la historia. De hecho, bajo el concepto de propiedad ha subyacido en cada momento histórico una diferente concepción de la misma que ha sufrido una larga evolución hasta llegar a nuestros días. En todo caso, con una u otra concepción, la noción de propiedad existe desde la Antigüedad. Originariamente se justificaba en la teoría de la ocupación y así se recoge ya en Roma en obras de Cicerón (*De officiis*, I, 20) proyectando su concepción hasta la Edad Media a través de la concepción teológica de santo Tomás de Aquino. Tras su emancipación del corsé de la teología, en el siglo XVII se desarrollan las teorías que, como las de Hugo Grocio, legitiman la propiedad en la existencia de una suerte de contrato basado en el Derecho natural que justifica el título de propiedad (*De iure belli ac pacis*, II, capítulo segundo). Posteriormente, la Ilustración trajo consigo un desarrollo de esta concepción en el sentido de encomendar al Estado la tarea de garantizar la propiedad privada del individuo.

Sobre esta base la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 consideró la propiedad *inviolable y sagrada* (art. 17) e igualmente la *Bill of Rights* norteamericana de 1791 la incluyó en su articulado con la exigencia de garantizar su existencia (art. V). Posteriormente, la codificación basó buena parte de los códigos civiles nacionales en el concepto mismo de propiedad y en una exclusión de terceros en su disfrute que con matizaciones ha llegado en su sustancia hasta nuestros días. Así en la actualidad se

garantiza constitucionalmente en todos los Estados miembros de la Unión Europea, si bien se somete este derecho a límites específicos que derivan de la moderna concepción del Estado de Derecho como un Estado social que, como ocurre con el art. 33 de nuestra Constitución de 1978, exige incorporar a este derecho las exigencias de la *función social* de la propiedad. Se trata, en cierto sentido, de un mantenimiento del concepto burgués clásico de propiedad individual, tamizado por determinados postulados sociales mínimos que serían una leve concesión o incluso una cierta reacción defensiva frente a los postulados radicales que, tras la revolución de octubre de 1917 en Rusia, proponían la abolición de la propiedad privada como fase final de un régimen comunista que, una vez acabada la Segunda Guerra Mundial, trató de imponerse en la Europa oriental dominada por la Unión Soviética.

En este contexto, no resultó sencillo incluir en los instrumentos internacionales surgidos en el período de la guerra fría una garantía explícita del derecho de propiedad. La Declaración Universal de Derechos Humanos sí la incluyó expresamente en su articulado (art. 17). No se hizo, sin embargo, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos que no contiene ninguna referencia expresa al mismo. Incluso el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 4 de noviembre de 1950 carece en su articulado de una garantía de la propiedad, ya que durante su discusión afloraron posiciones ideológicas dispares que hicieron imposible un acuerdo sobre el contenido mínimo que debería conllevar el derecho de propiedad. Sin embargo, el 20 de marzo de 1952, se firmó en París el Primer Protocolo Adicional al CEDH que sí garantiza el derecho de propiedad.

Por otro lado, en el ámbito de la Comunidad Europea quedaba fuera de toda duda que ésta se fundaba en una concepción económica y política que, a diferencia de lo que ocurría al otro lado del *Telón de Acero*, se fundaba estrechamente en el concepto de propiedad privada. Ciertamente, el articulado dejaba claro desde su redacción originaria que la regulación concreta de la propiedad era cosa de los Estados miembros, de forma que el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) «no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros» (art. 295 TCE). Pero el uso que las instituciones comunitarias han hecho de buena parte de sus competencias (especialmente en materias como el Derecho de la Com-

petencia, las libertades de circulación, el régimen de la propiedad intelectual, el régimen de liberalización de servicios, el estrecho control de las ayudas públicas, etc.) ha dado lugar a un amplio entramado de disposiciones comunitarias que en la práctica condicionan notablemente el régimen de propiedad que establezcan los Estados miembros. Con independencia de que, como ha establecido el propio Tribunal de Justicia, el derecho de propiedad sea también un derecho propio del ordenamiento comunitario que deriva de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Así, desde el asunto *Hauer* de 1979 (sentencia de 13 de diciembre de 1979, 44/79 *Hauer*, Rec., p. 3727), el Tribunal de Justicia había considerado el derecho de propiedad como un derecho fundamental propio también del ordenamiento comunitario común a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Esta doctrina se ha mantenido en una jurisprudencia constante hasta nuestros días (sentencia de 11 de julio de 1989, 265/87 *Schröder*, Rec., p. 2263; sentencia de 13 de julio de 1989, 5/88 *Wachauf*, Rec., p. 2633; sentencia de 29 de abril de 1999 *Standley*, C-293/97, Rec., p. I-2603, apartado 54; y sentencia de 10 de diciembre de 2002, C-491/01, *British American Tobacco*, Rec., p. I-11453, apartado 149).

No puede considerarse, sin embargo, que el Tribunal de Justicia haya desarrollado una verdadera dogmática del derecho de propiedad. Tras la inclusión de este derecho en la Carta, éste ha sido invocado ya en varias ocasiones por los Abogados Generales, aunque todavía no haya entrado formalmente en vigor (AG Mischo, sentencia de 10 de julio de 2003, C-20 y C-64/00, *Booker Aquaculture e Hydro Seafood*, Rec., p. I-7415, apartados 125-127; AG Ruiz-Jarabo, sentencia de 5 de noviembre de 2002, C-208/00, *Überseering BU*, Rec., p. I-9922, apartado 59; AG Geelhoed, sentencia de 12 de diciembre de 2002, *British American Tobacco*, C-491/01, Rec., p. I-11461, apartado 259; y AG Jacobs, sentencia de 12 de mayo de 2005, *Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia*, C-347/03, apartado 94). Incluso en alguna ocasión muy puntual también el Tribunal de Primera Instancia al tratar un asunto de marca comunitaria ha invocado el art. II-77 (sentencia de 3 de mayo de 2006, T-439/04, *Eurohyppo*, apartado 21).

1.2. *Los trabajos de la Convención*

Con base en este contexto, en el seno de la Convención quedó claro desde un principio que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea debía incluir una garantía expresa del derecho de propiedad. Así, en la primera propuesta presentada por el Praesidium se incluía una formulación que prácticamente trasladaba al ámbito comunitario el art. 1 del Primer Protocolo Adicional del CEDH (CHARTE 4137/00 CONV 8, de 24 de febrero de 2000, art. 16) y provocó un amplio e intenso debate en la sesión del plenario de 27 y 28 de marzo de 2000. Surgieron propuestas de mejora de redacción (Meyer). Se planteó la conveniencia de incluir alguna referencia a la función social de la propiedad (Meyer y Herzog) o al concepto de interés público (Rodotà). Se debatió con intensidad sobre la cuestión de la indemnización en casos de expropiación (Neisser y Brauner), manifestándose la mayoría de los intervinientes en sentido contrario (Solé Tura, Rodríguez Bereijo, Rack, etc.). Y no faltaban quienes propugnaban atenerse a lo previsto en el art. 1 del Protocolo Adicional (Goldsmith). Al final se impuso la posición mayoritaria de *modernizar* la redacción de 1952. Quedó igualmente claro al final que el derecho de propiedad debía comprender también la propiedad intelectual. Fruto del debate habido en esta sesión de finales de marzo de 2000, el propio presidente Herzog repartió durante la sesión una nueva versión del entonces art. 16 que acogía buena parte de las propuestas señaladas y que fue asumida en la segunda propuesta del Praesidium (CHARTE 4284/00 CONV 28, de 5 de mayo de 2000, art. 20). Con esta propuesta, como explicita la propia justificación a este precepto realizada por el Praesidium, se aparta de la redacción del Protocolo Adicional, pero no de la naturaleza y esencia del mismo.

No obstante, esta segunda propuesta de redacción de este derecho también provocó buen número de propuestas de modificación (CHARTE 4332/00 CONV 35, de 25 de mayo de 2000) que dieron lugar a una tercera versión del precepto (CHARTE 4333/00 CONV 36, de 4 de junio de 2000). Se aceptó, por ejemplo, la conveniencia de incluir también una referencia explícita al hecho de la herencia (derecho a legar los bienes). Esta versión se mantuvo hasta la redacción fi-

nal prácticamente sin modificaciones (CHARTE 4423/00 CONV 46, de 31 de julio de 2000, art. 17; CHARTE 4470/00 CONV 47, de 14 de septiembre de 2000, art. 17), a pesar de que durante el Pleno 28 de junio de 2000 volvieron a surgir numerosas propuestas de reforma.

Así las cosas, la redacción de este precepto, aunque modernizada y adaptada a los nuevos tiempos, corresponde en lo sustancial al art. 1 del Protocolo Adicional.

2. CONTENIDO ESENCIAL

2.1. *La identidad de contenido con el Protocolo Adicional número 1*

El contenido del art. 17 de la Carta se corresponde básicamente con lo previsto en el art. 1 del Protocolo Adicional número 1 al CEDH. Éste prevé en concreto que «toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas». Por tanto, conforme a lo expresamente previsto en las Explicaciones del Praesidium, la redacción por la que ha optado la Carta se ha modernizado pero, conforme a lo exigido por el art. 52.3, «este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el garantizado en el CEDH, no pudiendo sobrepasarse las limitaciones previstas en este último». Especial novedad es sobre todo la referencia a la propiedad intelectual en el apartado segundo del art. 17.

Los destinatarios del derecho de propiedad del art. 17 son, conforme a lo previsto en el art. 51.1, las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como los Estados miembros cuando apliquen Derecho de la Unión. Puede, por tanto, tener también relevancia para los Estados miembros cuando, por ejemplo, establezcan limitaciones a las libertades de circulación. No se deriva, sin embargo, ningún tipo de obligación para los particulares del art. 17.

En la práctica, se plantea con carácter general el problema de la delimitación del derecho de propiedad del art. 17 respecto a la libertad de empresa (art. 16) y la libertad profesional (art. 15.1). De hecho, no es infrecuente que se den conjuntamente. El Tribunal de Justicia parece renunciar a realizar una clara delimitación entre ellos, y no son escasos los supuestos en que aplica conjuntamente el derecho de propiedad y la libertad de empresa (por ejemplo, sentencia de 17 de julio de 1997, *SAM Schiffahrt*, C-248/95 y C-249/95, Rec., p. I-4475, apartados 72-75). Tampoco ha resultado, por otra parte, especialmente problemática la convivencia entre el derecho de propiedad desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) desde el asunto *Hauer* y la previsión del art. 295 del TCE. Este precepto no ha condicionado en modo alguno el desarrollo de la doctrina del Tribunal de Justicia a propósito del derecho de propiedad ni mucho menos ha servido para que los Estados miembros pudiesen adoptar a su amparo medidas nacionales que representasen una violación de las normas comunitarias sobre el mercado único, en particular la libertad de circulación de mercancías (sentencia de 18 de febrero de 1992, *Comisión c. Reino Unido*, Rec., p. I-829, apartado 18).

2.2. *El ámbito de aplicación material: el controvertido concepto de propiedad*

El art. 17 no suministra ningún concepto o definición de propiedad. Se limita, como por otra parte es lógico, a atribuir a toda persona el derecho de disfrute de la propiedad de los bienes que le pertenezcan. El punto de partida de esta garantía es, por tanto, el concepto de propiedad que rija en los ordenamientos jurídicos nacionales, si bien habrá de ser interpretado de manera amplia (AG Lenz, Rec. 1984, p. 3881, en p. 3912). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ofrece ninguna definición de propiedad, sino que ha ido resolviendo los diversos casos de que ha conocido de manera casuística. Así ha considerado incluido dentro del derecho de propiedad los rendimientos del trabajo de un arrendatario y las inversiones realizadas (sentencia de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, antes citada, apartado 19) o los derechos derivados de un contrato de *lea-*

sing sobre una aeronave (sentencia de 30 de julio de 1996, *Bosphorus*, Rec., p. I-3953, apartados 19 y 27). Sin embargo, no han considerado incluidas en este derecho de propiedad las cuotas de mercado de los operadores que comercializaban plátanos antes de la introducción de una Organización Común de Mercados (OCM) (sentencia de 5 de octubre de 1994, *Alemania c. Consejo*, Rec., p. I-4973, apartado 79), los intereses comerciales (sentencia de 18 de marzo de 1980, *Valsabbia*, Rec., p. 907, apartados 88-90) o el derecho a comercializar una ventaja, como las cantidades concedidas en el marco de una OCM, que no precede ni de bienes propios ni de la actividad profesional del interesado (sentencia de 22 de octubre de 1991, *Georg von Deetzen*, Rec., p. I-5119, apartado 27). Incluso ha habido casos en los que el Tribunal de Justicia ha dejado abierta la cuestión de si las prestaciones de la seguridad social a favor de un particular (sentencia de 19 de junio de 1980, *Vittorio Testa*, Rec., p. 1979, apartado 17) o una expectativa concreta de renta futura (sentencia de 7 de febrero de 1991, *Rönfeldt*, Rec., p. I-323) entran dentro del concepto de propiedad. Con todo, sí puede considerarse con carácter general que lógicamente el derecho de propiedad garantizado en el art. 17 se limita a aquellos bienes que hayan sido adquiridos legalmente y no incluye por tanto la mera posesión fáctica de los mismos. Y no distingue entre bienes muebles o inmuebles.

El derecho de propiedad incluye también la propiedad intelectual. La Convención incluyó expresamente una referencia a la misma en el apartado segundo del art. 17 cuya razón de ser es, en palabras de las Explicaciones del Praesidium, debida «a su creciente importancia y al derecho comunitario derivado» (AG Jacobs y AG Ruiz Jarabo Colomer, antes citados). De hecho, la Comunidad Europea ha aprobado, en efecto, diversos actos jurídicos en materia de propiedad intelectual (Directiva 2004/48/CE, *DO L* 157, de 30 de abril de 2004, p. 45) y derechos de autor (Directiva 2006/115/CE, *DO L* 376, de 27 de diciembre de 2006, p. 28), a la vez que se están elaborando también propuestas para introducir medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual [*COM (2006) 168 final*]. También existen diversos asuntos en los que el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre la materia, en ocasiones con base en la referencia a la protección de la propiedad industrial y comercial a que se refiere el art. 30 del TCE, pro-

tegiendo también este tipo de propiedad (por ejemplo, sentencia de 20 de octubre de 1993, *Phil Collins*, Rec., p. I-5145, apartados 20-22; sentencia de 31 de octubre de 1974, *Centrafarm*, 15/74, Rec., p. 1147, apartado 9). Pero, en otras ocasiones, el Tribunal de Primera Instancia ha reconocido expresamente la existencia del derecho del art. 17 de la Carta, en concreto en el marco de un recurso interpuesto contra una resolución de la Oficina de Armonización Interior reactiva al registro de un signo como marca comunitaria, si bien lo ha hecho para considerar los límites del mismo en relación con la marca comunitaria (sentencia de 3 de mayo de 2006, *Eurohypo*, antes citada, apartado 21). Esta propiedad intelectual abarca tanto la propiedad literaria como el derecho de patentes y marcas y los llamados derechos conexos.

El concepto de propiedad subyacente al derecho del art. 17 de la Carta es, en todo caso, de gran amplitud. Además de los bienes referidos en el marco del art. 1 del Protocolo Adicional al CEDH, el TEDH ha incluido también la clientela (sentencia de 26 de junio de 1986, *Van Marle c. Países Bajos*, Serie A 101, p. 13, apartado 41) y el llamado *goodwill* (sentencia de 7 de julio de 1989, *Tre Trätörer AB c. Suecia*, Serie A 159, apartado 53) de una empresa o hasta las acciones de su capital social (sentencia de 8 de julio de 1986, *Lithgow c. Reino Unido*, Serie A 102, apartado 107). Es, con todo, un concepto que sigue planteando en el marco del CEDH problemas de interpretación (Lasagabaster Herrarte 2004, 609-615).

1.3. *La protección jurídica de la propiedad: la garantía del derecho*

La protección jurídica que se concede en el art. 17 respecto a los bienes que encajan en el concepto de propiedad es, en primera línea, la garantía de disfrute de los mismos. Sin embargo, el precepto concreta en un sentido amplio esta garantía incluyendo expresamente el derecho a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Puede, en definitiva, disponer libremente de esos bienes siempre que no entre en colisión con alguna de las limitaciones que puedan existir sobre el mismo.

El derecho de disfrute (*a disfrutar de la propiedad de los bienes*) se presume que es por el propio propietario. El derecho de uso (*dere-*

cho a usarlos) puede ser por sí mismo o por un tercero al que se ceda ese uso y puede tratarse, por ejemplo, de un derecho de explotación comercial de un parque de arcones congeladores (TPI, sentencia de 23 de octubre de 2003, T-65/98 *van den Bergh Foods Ltd*, Rec., p. II-4653, apartado 171). El derecho de disposición (derecho a *disponer de ellos*) lo es también en un sentido amplio (sentencia de 29 de febrero de 1996, *Francia e Irlanda c. Comisión*, C-296/93, Rec., p. I-795). Y, por último, también incluye el derecho a disponer de los referidos bienes a través de las normas sucesiones (derecho a *legarlos*). Obviamente, la puesta en práctica de esta garantía ha de hacerse respetando los procedimientos y condiciones que en cada caso establezcan los ordenamientos nacionales o, dado el caso, el Derecho Comunitario.

Por último, conviene tener presente que los titulares de esta garantía son todas las personas con independencia de su nacionalidad. Por tanto, no sólo los ciudadanos de la Unión por ostentar nacionalidad de alguno de sus Estados miembros. Y comprende no sólo a las personas físicas, sino también —como deriva del propio art. 1 del Protocolo Adicional al CEDH y ha reconocido en el ámbito comunitario el Tribunal de Justicia— a las personas jurídicas (sentencia de 28 de abril de 1998, *Metronome Musik*, C-200/96, Rec., p. I-1953, apartados 21-29; sentencia de 10 de julio de 2003, *Broker Aquaculture*, C-20/00, antes citada, apartados 2 y 67-93).

3. LOS LÍMITES FUNDAMENTALES

El derecho de propiedad, al igual que el resto de derechos, no es de carácter absoluto. Por ello, la Carta de Derechos Fundamentales en la cuestión de los límites del derecho de propiedad se apoya en una jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ya está plenamente consolidada. El Alto Tribunal comunitario considera que este derecho no constituye «prerrogativas absolutas, sino que debe tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio de tales derechos, en particular [por lo que se refiere al derecho de propiedad], en el ámbito de una organización común de mercados, siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objeti-

vos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intención desmesurada e intolerable que lesione la propia esencia de esos derechos» (sentencia de 10 de julio de 2003, *Booker Aquaculture*, antes citada, apartado 68). En esta línea la Carta establece dos supuestos diferentes de limitación del derecho de propiedad previsto en el art. 17. Por un lado, 1) la limitación del uso de la propiedad manteniendo la esencia del derecho y, por otro lado, 2) la privación de la propiedad. Sin embargo, en la práctica esta diferenciación resulta, como también ocurre en el marco del Protocolo Adicional al CEDH, de gran complejidad técnica (Lasagabaster Herrarte 2004, 615) y con frecuencia controvertida.

3.1. *La regulación del uso de la propiedad*

El inciso tercero del art. 17.1 prevé que el uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general. Se trata de medidas establecidas por ley que permiten o prohíben el uso de determinados bienes para lograr que el uso de la propiedad privada no resulte contrario a los principios del interés general. Ejemplos de este tipo de medidas nos los proporciona ya la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales del Consejo de Europa, y podrían ser, entre otras muchas, la no concesión de una licencia de edificación (decisión de la Comisión de 9 de mayo de 1988, *Skärby c. Suecia*, 12258/86), la no concesión de una autorización para abrir una empresa (sentencia de 7 de julio de 1989, *Tre Traktörer c. Suecia*, antes citada, apartado 55) o la confiscación de determinados bienes utilizados para un acto contrario a Derecho (sentencia de 24 de octubre de 1986, *Agosi c. Reino Unido*, Serie A 108, apartados 47-49). En todo caso, esta restricción del uso habrá de cumplir al menos cuatro requisitos ineludibles que han de darse con carácter acumulativo.

En primer lugar, este tipo de restricciones que afectan al uso de los bienes ha de *regularse mediante ley*, que en todo caso deberá fijar los criterios con una concreción suficiente. No supone una violación de este principio de legalidad el que la propia ley autorice a que la concreción de determinados aspectos o modalidades de la

misma se desarrolle mediante normas de rango reglamentario, siempre y cuando la ley contenga las líneas generales con precisión suficiente. En el fondo, este requisito exigido con carácter especial por el art. 17.1 resulta redundante puesto que ya es exigido con carácter general en el precepto de la Carta que regula el alcance y limitaciones de los derechos de la Carta (art. 52.1).

En segundo lugar, han de *perseguir un interés general*. En el ámbito comunitario en que ha de desenvolverse la Carta, habrá que acreditar que la medida en cuestión busca un interés general comunitario que forzosamente ha de insertarse en el cuadro de objetivos y fines de la Unión Europea. Ejemplos relevantes de este interés general comunitario pueden ser la consecución del mercado interior (sentencia de 10 de julio de 2003, *Booker Aquaculture*, antes citada, apartado 78), la protección de los derechos de autor (sentencia de 28 de abril de 1998, *Metronome Music*, antes citada, apartados 22 a 25), la consecución de objetivos de la política agrícola común o de otras políticas comunitarias, incluso en el marco de la antigua Comunidad Europea del Carbón y del Acero (sentencia de 9 de diciembre de 1982, *Metallurgiki Halyps*, Rec., p. 4261, apartado 13). De hecho, bien mirado, la mayoría de las OCM conllevan restricciones al uso de la propiedad agraria en pro de un interés general comunitario que se plasma en los objetivos de la política agrícola común establecidos en el art. 33 del TCE y en sus normas de desarrollo.

En tercer lugar, la medida en cuestión *ha de resultar necesaria* para conseguir el fin de interés general comunitario reseñado (sentencia de 11 de julio de 1989, *H. Schröder*, antes citada, apartado 15) y de manera correlativa ha de respetar además *el principio de proporcionalidad*. Es lo que el TEDH ha considerado en una jurisprudencia muy consolidada como «a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim thought to be realised» y que el TJCE ha desarrollado ampliamente en el ámbito comunitario a partir del art. 5 del TCE. Sin duda, el requisito de la proporcionalidad será que brinde al Tribunal de Justicia un anclaje importante para controlar que la medida adoptada por la Unión para restringir el uso de un bien por resultar necesaria para conseguir el interés general comunitario no viola el art. 17 ya que el resto de elementos conllevan un amplio margen de actuación a favor de la Unión que no siempre resultan sencillos de fiscalizar.

En relación con este requisito, surge la cuestión de si éste, exigido por el art. 17, se deriva forzosamente la exigencia de una indemnización que compense la restricción en el uso del bien que conlleva para su titular. Algunos ordenamientos internos así lo reclaman, mas de la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia no puede derivarse en el estado actual de desarrollo del Derecho Comunitario tal exigencia. Antes al contrario, aunque usualmente las restricciones que establecen las instituciones comunitarias para restringir el uso de un bien con el objetivo de defender el interés general suelen conllevar algún tipo de compensación, en el ya citado asunto de la obligación de destruir determinadas partidas concretas de pescado para erradicar una concreta enfermedad, el TJCE consideró compatible con el derecho de propiedad el que la Comunidad Europea no previera ninguna compensación económica para las personas afectadas, incluso en el supuesto de que los afectados no resultasen responsables de la enfermedad (sentencia de 10 de julio de 2003, *Booker Aquaculture*, antes citada, apartado 85).

Y, en cuarto y último lugar, la limitación en cuestión deberá *respetar el contenido esencial* del derecho de propiedad. No es un requisito que aparezca expresamente regulado en el art. 17, pero deriva de la regulación general del alcance y limitación de los derechos de la Carta que establece el art. 52.1. Y también de la propia jurisprudencia del TJCE que establece desde el asunto *Hauer* que el derecho de propiedad puede ser objeto de restricciones siempre y cuando ni constituyan «una intervención desmesurada e intolerable en las prerrogativas del propietario, que vulneren la esencia misma del derecho de propiedad» (sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Hauer*, antes citada, apartado 23; sentencia de 11 de julio de 1989, *H. Schröder*, antes citada, apartado 15). Serían, pues, medidas contrarias al inciso tercero del art. 17.1 medidas limitativas que dejarán irreconocible el derecho de propiedad. En tal caso, más que ante un caso de limitación del uso de la propiedad nos encontraríamos en un supuesto de privación del derecho de propiedad que tiene precisamente un tratamiento específico y diferenciado.

3.2. *La posibilidad de privación del derecho de propiedad*

En efecto, el inciso segundo del art. 17.1 establece la posibilidad de privación de un bien propiedad de una persona por causa de utilidad pública en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. Se trata, por tanto, no de una limitación del uso de un determinado bien, como ha sido el caso visto en el apartado anterior, sino del más intenso supuesto de limitación, cual es la total privación del derecho de propiedad. Tal posibilidad no constituye en modo alguno una novedad de la Carta, sino que existe en todos los ordenamientos internos de los Estados miembros y también en el Protocolo Adicional al CEDH. Así lo ha dejado patente la jurisprudencia del TEDH en diversas ocasiones (sentencia de 19 de diciembre de 1989, *Mellacher c. Austria*, Serie A 169, apartado 44; sentencia de 2 de agosto de 2001, *Elia c. Italia*, apartado 54), incluso en casos de nacionalizaciones (sentencia de 8 de julio de 1986, *Lithgow c. Reino Unido*, Serie A 102, apartado 107) o de privaciones del derecho de propiedad que derivan de una obligación de transferir un determinado bien (sentencia de 21 de febrero de 1990, *Hakansson y Stursson c. Suecia*, Serie A 171, apartado 44).

Con todo, conviene tener presente al considerar la virtualidad de esta posibilidad en el ámbito comunitario que, en principio, la Unión carece de competencia para emprender por sí misma expropiaciones, ya que, en virtud del ya citado art. 295 del TCE, ello es competencia propia de los Estados. Ello no quiere decir, empero, que esta posibilidad carezca de relevancia en el ámbito comunitario ya que, en la práctica, la adopción de determinadas acciones en el marco de las políticas comunitarias puede conducir de facto a consecuencias jurídicas muy cercanas a la privación del derecho de propiedad. Y así lo ha considerado ya el propio Tribunal de Justicia antes de la entrada en vigor de la Carta (TPI, sentencia de 29 de enero de 1998, *Dubois*, Rec., p. II-129, apartado 57; v. también sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Hauer*, antes citada, apartado 19).

En todo caso, los requisitos que fija el art. 17 para que la privación del derecho de propiedad sea conforme a Derecho son también cuatro. En primer lugar, *ha de estar previsto en la ley* («en los casos y con-

diciones previstos en la ley»). Como en el caso de la limitación del uso se trata de un requisito específico que con carácter general ya viene exigido por el art. 52.1 y que, en todo caso, ha sido objeto de amplia precisión en el marco del Protocolo Adicional al CEDH.

En segundo lugar, tan sólo podrá justificarse la privación del derecho de propiedad por motivos de utilidad pública («más que por causa de utilidad pública»). Este requisito ha sido interpretado por el TEDH de manera amplia y obviamente deja en manos de los poderes públicos un apreciable margen de apreciación (sentencia de 21 de febrero de 1986, *James c. Reino Unido*, Serie A 98, apartados 41-46). A este respecto, el principal problema se plantea en la práctica cuando se trata de privaciones del derecho de propiedad que se realizan por un motivo de utilidad pública pero produce a la vez un beneficio a un tercero, como sería el caso en supuestos de gestión de servicios de interés general encomendados por el Estado a una empresa privada. Son compatibles con el art. 17.1 siempre que quede suficientemente acreditada la finalidad de utilidad pública (ibíd., apartados 45 y 46).

En tercer lugar, la privación del derecho de propiedad en cuestión ha de cumplir también el principio de proporcionalidad en idéntico sentido al indicado a propósito de la limitación del uso (ibíd., apartados 50 y 51). No lo precisa expresamente el art. 17.1, pero sí lo exige con carácter general el art. 52.1, así como el propio TCE y la jurisprudencia del TJCE.

Y, en cuarto lugar, esta privación del derecho de propiedad ha de conllevar una *indemnización* («a cambio de una justa indemnización por su pérdida»). Esta exigencia resulta lógica y, aunque no lo prevea expresamente el Protocolo Adicional, deriva claramente de la jurisprudencia del TEDH y del Derecho existente en la materia en todos los Estados miembros. Incluso, como precisó con rotundidad en la década de los ochenta el abogado general sir Gordon Slynn, deriva también del propio ordenamiento comunitario, si se diera el caso de que una acción comunitaria condujera de facto a una privación del derecho de propiedad (conclusiones del AG, *Biovilac*, Rec. 1984, p. 4057, en p. 4091). No obstante, en casos muy excepcionales y por causas extraordinarias, el TEDH parece considerar la posibilidad de que pueda darse una privación del derecho de propiedad sin necesidad de indemnización (sentencia de 23 de noviembre de 2000, *Ex rey de Grecia*, apartado 98; sentencia de 21 de febrero

de 1986, *James c. Reino Unido*, antes citada, apartado 51), lo cual en principio no nos parece compatible con la rotunda redacción que, a diferencia del Protocolo Adicional, contiene el art. 17. Por otro lado, esta indemnización ha de hacerse *en un tiempo adecuado* (*paid in good time, en temps utile, rechtzeitig*) que la Carta no precisa, si bien la lógica y una interpretación analógica de los regímenes de privación de propiedad existente en los Estados miembros debería situarla, con carácter general en un momento temporal anterior a la privación efectiva de la propiedad en cuestión. Por último, el montante de esta indemnización debe ser justo (*de una justa indemnización*). Obviamente la concreción de lo que ha de entenderse por una *cantidad justa* deja en manos de los poderes públicos una vez más un apreciable margen de apreciación que, aunque no pueda identificarse automáticamente con el valor de mercado del bien afectado, sí deberá resultar suficiente (sentencia de 21 de febrero de 1986, *James c. Reino Unido*, antes citada, apartado 56; sentencia de 9 de diciembre de 1994, *Holy Monasteries*, apartado 71). En la práctica, la apreciación de lo que ha de entenderse por *justa indemnización* vendrá fuertemente condicionado por las concretas circunstancias de cada caso.

4. CONSIDERACIONES FINALES

No cabe duda de que el derecho de propiedad es un derecho cuya regulación concreta en cualquier instrumento jurídico resulta controvertida. Bajo él subyacen más que en cualquier otra libertad del Título II de la Carta concepciones dispares según sea el ordenamiento que lo regule. Las condiciones y modalidades de su ejercicio vienen condicionadas por regulaciones nacionales de Derecho Patrimonial que presentan notables disparidades según cada Estado miembro. Y, en el marco del CEDH, la jurisprudencia de sus órganos jurisdiccionales resulta aún insuficiente, con lagunas relevantes en temas básicos y claramente inferior a la existente a propósito de otros derechos y libertades. Además, en la práctica, es a veces tarea nada sencilla el diferenciar incluso si nos encontramos ante un supuesto de limitación del derecho de propiedad o ante un caso de expropiación de facto. En este ámbito se opera casi siempre con

conceptos jurídicos indeterminados (concepto de bienes, causa de utilidad pública, en un tiempo razonable, justa indemnización, interés general, etc.) que dejan en manos de los poderes públicos amplio margen de apreciación, cuyo control jurisdiccional no es muy proclive a elaborar una dogmática general al respecto.

Esta tarea resulta aún más compleja si tratamos de interpretar el alcance del art. 17 en el ámbito comunitario porque, en principio, la Unión —como destinataria de las disposiciones de la Carta— no dispone de competencia alguna en la materia y es, en todo caso, asunto de los Estados miembros (art. 295 TCE). No se le escapa, sin embargo, a nadie que la creciente actividad de la Unión en materias como el Derecho de la Competencia o políticas como la de agricultura o protección de consumidores inciden de forma muy relevante en el contenido básico del derecho de propiedad. Por ello, será una vez más el Tribunal de Justicia el que en los próximos años esté llamado a desarrollar su escasa jurisprudencia en la materia, la cual en lo básico se ha limitado a constatar poco más que el evidente hecho de que nos encontramos ante un derecho que resulta común a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Le corresponderá, por tanto, adaptar la también escasa jurisprudencia del TEDH y la dispar concepción de los respectivos tribunales nacionales a propósito del derecho de propiedad a la peculiar situación de la Unión en la materia.

BIBLIOGRAFÍA

- BARNES, J. y GUICHOT, E. «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la propiedad privada». En J. Barnes, dir. *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado*. Madrid: Tecnos, 1995, pp. 124-150.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Las garantías de la expropiación según el Derecho europeo». *Documentación Administrativa* 222 (1991): pp. 23-40.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. «Protección de la propiedad – Artículo 1 Protocolo adicional al Convenio». En I. Lasagabaster Herrarte, dir. *Convenio Europeo de Derechos Humanos – Comentario sistemático*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 605-633.
- PADELLETTI, M. L. «Article 1». En S. Bartole, B. Conforti y G. Raimondi, eds. *Comentario alla Convenzione Europea per la Tutela di diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Milán: CEDAM, 2001, pp. 801-827.

ARTÍCULO 18
DERECHO DE ASILO

Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 1, 4 y 19.
- TFUE: art. 78.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 63.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-78.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 18.

PROTOCOLOS Y DECLARACIONES RELACIONADOS

- Protocolo núm. 24 sobre asilo a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.

COMENTARIO

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de La Rioja

1. ASPECTOS GENERALES

1.1. *La peculiaridad del derecho de asilo*

La cuestión del asilo es probablemente una de las cuestiones más complejas y a la par más relevantes del actual desarrollo del proceso de integración europea dentro de lo que se conoce como Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ). La determinación de su contenido exige concatenar una variedad de ordenamientos jurídicos (Derecho Internacional, Derecho Comunitario, Derecho Constitucional de los Estados miembros, normas administrativas de desarrollo...) con tratamiento jurídico del asilo no siempre coincidente. Pero, en todo caso, su puesta en práctica por parte de la Unión afecta a un ámbito muy delicado de la esfera del individuo que reclama un especial cuidado a la hora de evitar violaciones de derechos fundamentales. Y, por tanto, justifica plenamente su inclusión en la Carta como un derecho de entidad propia que se ve, a su vez, completado por el paralelo derecho a no ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que se corra un grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, a tortura o a tratos inhumanos o degradantes que se recoge en el art. 19.

El derecho de asilo no es, sin embargo, uno de los derechos clásicos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950. Tampoco se encuentra en los Pactos Internacionales para la Protección de los Derechos Civiles y Políticos o sobre Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En realidad, en la comunidad internacional no puede hablarse de la existencia de un derecho subjetivo al asilo. Antes al contrario, lo único que rige es un anticuado concepto de refugiado fijado en el contexto jurídico-político de la guerra fría por la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados —completada pos-

teriormente con el Protocolo de 31 de enero de 1967—, así como un correlativo derecho a no ser expulsado a un Estado que no sea considerado seguro (art. 1 en relación con el art. 33 de la Convención).

Sin embargo, en el ámbito comunitario no constituye una verdadera novedad su inclusión en la Carta de Derechos Fundamentales. Desde la reforma de los tratados constitutivos realizada por el Tratado de Amsterdam, la cuestión del asilo encontraba ya acogida en el Derecho originario comunitario dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia (arts. 2 TUE y 61 TCE), así como la atribución de una competencia propia a la Comunidad Europea para adoptar las medidas necesarias en materia de asilo, con arreglo a la citada Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el estatuto de los refugiados u otros tratados pertinentes que pudieran resultar de aplicación a la materia (art. 63.1 TCE).

1.2. *Los trabajos de la Convención*

En los debates de la Primera Convención no fue cuestión controvertida la conveniencia de incluir el derecho de asilo en la Carta de Derechos de la Unión Europea. La discusión fue extraordinariamente breve y contó con escaso número de intervenciones (6.^a sesión de la Convención de 27 y 28 de marzo de 2000; 13.^a sesión de la Convención de 28 a 30 de junio de 2000). La explicación se encuentra en el consenso existente sobre la necesidad regulación del asilo, al menos en el grado y medida exigidos ya por los convenios internacionales en la materia a los Estados miembros. De hecho, al menos 14 de los 27 Estados miembros (Alemania, Austria, Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Polonia, Portugal, República Checa y Rumanía) cuentan ya en sus constituciones nacionales con un precepto dedicado a la materia.

No obstante lo dicho, hay que precisar que el grado de protección es bien dispar según cada ordenamiento constitucional. Más aún en aquellos ordenamientos en los que se ofrece una mayor intensidad de la protección jurídica concedida al refugiado (art. 16A de la Ley Fundamental de Bonn, arts. 50-129A de la Constitución Federal de Austria), se detecta, sin embargo, una cierta tendencia

restrictiva. De otra parte, existen disposiciones constitucionales, como es el caso español, que únicamente se limitan a remitir al desarrollo legislativo que se haga de la cuestión en el marco de las normas internacionales (art. 13 de la Constitución Española).

Sí fue, sin embargo, objeto de cierto debate en el seno de la Convención el tenor concreto del derecho en cuestión. En las primeras versiones iniciales, este derecho se recogía en un precepto único que regulaba conjuntamente el asilo con la protección en casos devolución, expulsión y extradición (CHARTE 4137/00 CONV 8, de 24 de febrero de 2000). Hacía también referencia expresa a los titulares del derecho, concretándolos en nacionales de Estados terceros (CHARTE 4137/00 CONV 8). El citado precepto no precisaba en exceso el alcance material de la protección derivada de este derecho. Al final, tras no pocas propuestas de modificación (CHARTE 4284/00 CONV 28, de 5 de mayo de 2000, art. 21.1; CHARTE 4333/00 CONV 36, de 4 de junio de 2000, art. 21 apartado 1; CHARTE 4360/00 CONV 37, de 14 de junio de 2000, art. 21.2; CHARTE 4422/00 CONV 45, de 28 de julio de 2000, art. 19.1; CHARTE 4470/00 CONV 47, de 14 de septiembre de 2000, art. 19; y CHARTE 4470/1/00 REV 1 CONV 47, de 21 de septiembre de 2000, art. 19.1), este artículo quedó definitivamente separado del de protección en caso de devolución, expulsión y extradición (art. 19) y redactado como la formulación propia de una garantía objetiva que ni limitaba en lo personal el círculo de posibles demandantes del asilo ni ampliaba en lo material la protección ya existente en los convenios internacionales, muy particularmente el de Ginebra de 1951 (CHARTE 4360/00 CONV 37).

Por otro lado, una modificación que introdujo la Segunda Convención y la Conferencia Intergubernamental de 2004 fue la de sustituir la remisión al Tratado de la Comunidad Europea (TCE) que hizo la primera («... y de conformidad con el TCE») por una referencia a la propia Constitución Europea que realizó la segunda («y de conformidad con la Constitución»). Ello resultaba totalmente lógico y consecuente con la derogación del TCE (art. IV-437) y la refundación de la Unión (art. IV-438) que conllevaba el Tratado Constitucional. Obviamente con el Tratado de Lisboa, caso de que entre en vigor, esta afirmación ha perdido su sentido y se adaptará a la nueva situación jurídica.

Por último, antes de analizar de manera más concreta el alcance y contenido de este derecho, conviene tener presente que el hecho de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no contenga ninguna disposición que garantice explícitamente este derecho al asilo no significa en modo alguno que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no haya podido deducir de otros preceptos una protección en la materia muy semejante. Así, del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH) el Tribunal de Estrasburgo ha deducido una taxativa prohibición de expulsión de un demandante de asilo a un Estado tercero en el que pueda sufrir tortura, que en su contenido resulta similar a la consecuencia jurídica que deriva del Convenio de Ginebra al que remite la Carta. También de otros preceptos como los relativos al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) o el derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH), el Tribunal de Estrasburgo ha tomado posición a propósito del asilo. Por el contrario, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no puede decirse que hasta la fecha haya desarrollado una jurisprudencia propia en la materia, si bien es previsible que, a medida que vayan desplegando sus efectos los actos jurídicos que se han ido adoptando en relación con el asilo, vayan surgiendo paralelamente litigios.

2. CONTENIDO ESENCIAL: LA EXISTENCIA DE UN MARCO JURÍDICO COMPLEJO Y DIVERSO

2.1. *La existencia de un marco jurídico diverso: convenios internacionales y Derecho Comunitario*

El derecho de asilo del art. 18 es, en efecto, uno de los derechos más complejos a la hora de precisar el alcance jurídico concreto del mismo. Exige concatenar, como ya se ha indicado, una pluralidad de ordenamientos jurídicos con un tratamiento de la cuestión no siempre coincidente y, en todo caso, con estándares de protección muy dispares; tanto en la dimensión material de los derechos derivados del mismo para los demandantes de asilo como en la dimensión formal a propósito de los procedimientos nacionales existentes en cada Estado para tramitar las respectivas demandas de asilo. In-

cluso en el estricto marco comunitario van a existir tres Estados miembros (Reino Unido, Irlanda y Dinamarca) a los que actualmente no resultan de aplicación las acciones adoptadas por la Unión Europea en materia de asilo.

En el caso de la Carta, la protección jurídica que presta el art. 18 al demandante de asilo se circunscribe en realidad a la que deriva de la Convención de Ginebra de 1951 en la redacción que le dio el Protocolo de Nueva York de 1967. La redacción dada al precepto no deja lugar a la duda. Por una parte, se garantiza con carácter general el derecho de asilo («se garantiza el derecho de asilo»), pero a renglón seguido, sin ningún tipo de concreción suplementaria sobre su contenido jurídico propio, fija, en primer lugar, la Convención como su marco natural de interpretación («dentro de las normas de la Convención de Ginebra»). Por tanto, el estudio del contenido jurídico propio de este derecho dentro de la Carta habrá de tener forzosamente en cuenta el concepto y alcance que la misma dé al derecho de asilo (v. epígrafe 2.2). Igualmente, en segundo lugar, se remite también al propio ordenamiento comunitario, lo cual obviamente sitúa como marco suplementario de interpretación las normas de desarrollo que adopten las instituciones comunitarias con base en las competencias que les atribuyen los tratados (epígrafe 2.3). Con ello, además de marcar el ámbito interpretativo fijado por el propio ordenamiento comunitario, se está reconociendo la posibilidad fijada con carácter general en el art. 52.3 *in fine* de que el Derecho de la Unión pueda conceder una protección más extensa de la que estrictamente deriva del específico marco iusinternacional. Mas, en todo caso, en el actual estado de desarrollo de este derecho, ni del marco internacional ni del marco comunitario podrá deducirse la existencia de un derecho subjetivo al asilo (epígrafe 2.4).

2.2. *El marco general: el derecho de asilo en el Derecho Internacional*

2.2.1. «El marco jurídico básico de la Convención de Ginebra: el concepto de refugiado y el derecho al *non refoulement*»

La Convención de Ginebra configura, en efecto, el marco general en el que ha de interpretarse el contenido jurídico del derecho

de asilo dentro de la Carta. En este sentido, será fundamentalmente la práctica de los Estados signatarios de la Convención la que determine la interpretación de la misma. Ello, unido al frecuente uso de conceptos jurídicos indeterminados, deja un amplio margen de apreciación en sus manos, cuya consecuencia más evidente es la existencia de notables divergencias interpretativas entre los Estados signatarios, incluso entre los Estados miembros de la Unión Europea. Ciertamente, también pueden jugar un cierto papel interpretativo órganos internacionales como el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) cuyo *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado* resulta especialmente útil, si bien no conviene olvidar que no se le ha concedido a ACNUR ningún poder de interpretación auténtica. En todo caso, a pesar de la indeterminación interpretativa existente a propósito de buen número de cuestiones, la Convención de Ginebra es, sin duda alguna, el marco de referencia principal del derecho de asilo recogido en la Carta. Con todo, esta referencia no es verdaderamente una novedad, ya que también lo previeron antes el Convenio de Dublín (art. 2), el Convenio de Aplicación de Schengen (art. 28) y el propio TCE (art. 63.1).

A este respecto, los dos elementos más relevantes que aporta la Convención de Ginebra a la interpretación del derecho de asilo recogido en el art. 18 son el concepto de refugiado y el contenido jurídico propio del mismo. Así, en relación con el concepto de refugiado y dejando de lado las polémicas doctrinales a propósito de la distinción jurídica entre los términos *asilo* y *refugiado*, conviene concretar los cuatro requisitos exigidos con carácter cumulativo por la Convención de Ginebra para que concurra el concepto legal de refugiado:

1) Tratarse de un *extranjero o un apátrida que se encuentre fuera de su país*. En el caso habitual es la nacionalidad el vínculo lógico de determinación, mientras que en el atípico supuesto de los apátridas el vínculo (inexistente) de la nacionalidad se sustituye por el de la residencia habitual, de manera que se les requiere que se hallen fuera del país donde hubieran tenido su residencia habitual. Además del elemento físico de haber traspasado la frontera de su país, sea por abandono ilegal del de origen o sea por circunstancias que so-

brevienen cuando ya se encuentra en el extranjero, se requiere, por tanto, una acreditación de nacionalidad que en los supuestos de carencia de documentos adecuados no siempre resulta tarea sencilla. Queda fuera la figura de los desplazados internos, ya que en las palabras del *Manual de procedimientos y criterios* de ACNUR «no hay excepciones a esta regla» (apartado 88).

II) Existencia de *fundados temores de ser perseguido* si regresa a su país (*well founded fear; craignant avec raison, Begründete Verfolgungsfurch*). Este requisito provoca la consabida polémica sobre si la concreción de esos fundados temores precisa un análisis completamente objetivo, o si se precisa recurrir también a ciertos elementos subjetivos inherentes a la credibilidad del temor, así como sobre el alcance del concepto de persecución. Aunque en la Convención no se defina el concepto de persecución, la interpretación del mismo no parece que deba diferir de la que se haga de la «amenaza para la vida o la libertad» de la que habla el principio de *non refoulement* (art. 33). Sin embargo, no resulta posible establecer un listado de motivos.

A este respecto, surge igualmente una polémica sobre si ha de exigirse una aplicación personal individual. Así, mientras la mayoría doctrinal se decanta afirmativamente, excluyendo por tanto a los refugiados en masa, otros autores consideran errónea tal interpretación (Martín y Pérez de Nanclares 2002, 222). Por último, la persecución ha de ser directa o indirectamente imputable a las autoridades del Estado, esto es, a agentes del Estado en cuestión o a ciertos sectores de la población local «si es deliberadamente tolerado por las autoridades o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo» (*Manual de procedimientos de criterios y procedimientos de ACNUR*, apartado 65). Esta interpretación está, sin embargo, muy lejos de ser pacífica entre los Estados miembros de la Unión Europea. De hecho, mientras existen tribunales nacionales, como los daneses, holandeses o británicos, que entienden que bastaría a estos efectos con acreditar una incapacidad del Estado, otros muchos tribunales nacionales, como los alemanes, austríacos, belgas o franceses, exigen una complicidad del Estado. También es divergente la interpretación dada a la posibilidad del *refugio interno alternativo*, esto es, en el supuesto de que el riesgo de persecución exista sólo en una parte del país algu-

nos tribunales nacionales deniegan directamente la concesión de la condición de refugiado, como es el caso del Reino Unido, mientras que otros entran a examinar si la alternativa interna es realmente segura y razonable.

III) Las causas de ese temor fundado de persecución han de concretarse, probablemente, como fruto del contexto de posguerra diferente del actual en el que surgió la Convención, en *motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas*, con la correlativa exclusión de los refugiados de facto desplazados como consecuencia de conflictos civiles, desastres naturales, violaciones masivas de derechos fundamentales o simples motivos económicos. Evidentemente, de todas las causas es la determinación del concepto de grupo social la que entraña mayores dificultades de concreción incluyendo con carácter residual persecuciones por motivos de sexo (especialmente el grupo social de las mujeres en determinadas culturas) u orientación sexual (por ejemplo, los colectivos homosexuales en determinados países). Con todo, sí parece preciso reclamar la necesidad añadida de vulneración de derechos de los miembros de ese grupo más allá de la mera pertenencia. En el ámbito europeo, existen divergencias interpretativas notables en torno, por ejemplo, a si el concepto de causa de la persecución debe incluir a los objetores de conciencia al servicio militar. A este respecto, mientras los tribunales holandeses y franceses tienden a reconocerlo, los alemanes, austríacos y británicos lo deniegan.

IV) Debe existir una situación de desprotección, sea claramente objetiva (*no pueda acogerse a la protección de su país*) o fundadamente subjetiva (a causa de sus fundados temores *no quiera acogerse a la protección de tal país*), lo que en el último caso conlleva frecuentemente serias dificultades de prueba respecto del supuesto conflicto personal existente entre la persona en cuestión y el Estado.

Por otro lado, desde una perspectiva negativa quedan excluidos de la anterior definición tres grupos de personas: personas que se encuentren recibiendo atención o asistencia de algún órgano u organismo de las Naciones Unidas para los refugiados; aquellas personas que, pese a no tener la nacionalidad del país en el que han fija-

do su residencia, éste les reconozca los derechos y obligaciones propios a la posesión de la nacionalidad de tal país; aquellos criminales que hayan cometido un delito especialmente grave, sea un grave delito común cometido fuera del país de refugio, antes de ser admitido en él como refugiado, o sea por actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

En suma, el ámbito de aplicación personal derivado de la Convención de Ginebra se asienta sobre una evidente concepción individualista del concepto de refugiado y deja en manos de los Estados el procedimiento para fijar la existencia de los criterios de determinación de las condiciones de refugiado. Todo lo cual provoca, a pesar de las directrices de ACNUR, prácticas nacionales radicalmente dispares.

Con todo, lo realmente remarcable de la Convención de Ginebra es el estatuto jurídico que se concede a quienes reúnan los requisitos vistos anteriormente y con ellos la condición de refugiado. Éste consiste únicamente en la prohibición de expulsión y de devolución que se conoce como *non refoulement* (art. 33). Así, ningún Estado podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social, o de sus opiniones políticas.

Si con la redacción actual del art. 63 del TCE quedaba todavía alguna duda al respecto, ahora con la Carta parece evidente que la Convención de Ginebra ha sido incorporada como tal en el ordenamiento comunitario. Marca, en todo caso, el estándar mínimo de protección del derecho. Todo ello con independencia de que las instituciones comunitarias puedan darle un perfil propio en las acciones que adopten en uso de la competencia que le atribuyó al respecto el Tratado de Amsterdam.

2.2.2. «Otros tratados internacionales relevantes: especial referencia al CEDH»

Aunque no se cite expresamente en el art. 18, parece claro que los tratados internacionales protectores de los derechos fundamentales que afecten a la materia son un límite a la intervención comunitaria.

De hecho, la omisión del art. 18 es contrarrestada con la referencia explícita «a los demás tratados pertinentes», a la que sí se refiere expresamente la atribución de competencia a la Unión en materia de asilo que se recoge en el Tratado de Lisboa (TFUE), a renglón seguido de exigir que el desarrollo de esta competencia se ajuste a la Convención de Ginebra. Probablemente, es fruto de las propuestas surgidas en el seno de la Convención, como las de Hayer o Golssmith, en el sentido de o bien eliminar la referencia en la Carta a «otros tratados pertinentes» por ser demasiado vaga o bien precisarla de manera concreta (13.ª sesión de la Convención de 28 a 30 de junio de 2000), máxime si como también apreció Altmaier en la misma sesión del plenario de la Convención no todos los Estados miembros habían ratificado algunos de los tratados internacionales que podrían resultar relevantes en materia de asilo (13.ª sesión de la Convención).

En todo caso, no hay duda de que, también en virtud de la propia Carta (art. 52), al menos el CEDH sí representa un marco complementario al de la Convención de Ginebra para la interpretación del derecho de asilo recogido en el art. 18. Ciertamente, el CEDH no contiene expresamente un derecho al asilo. Sin embargo, la interpretación que el TEDH ha hecho de la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH) afecta sustancialmente a este derecho, ya que ha prohibido con toda claridad la expulsión de extranjeros a un país respecto del que existan motivos suficientes para creer que la persona en cuestión tendría un fundado riesgo de ser sometida a tortura, tratos inhumanos o degradantes o cualquier otra pena. Este principio se recogió por primera vez en el conocido asunto *Soering*, con ocasión del riesgo derivado de una extradición de un ciudadano alemán detenido en el Reino Unido al Estado norteamericano de Virginia donde el afectado corría el riesgo de que se le aplicara la pena de muerte por el asesinato de los padres de su novia (sentencia de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, Serie A, 161, apartado 11). Posteriormente, el principio citado ha sido desarrollado en una variada jurisprudencia que engloba diferentes supuestos de expulsión o deportación de demandantes de asilo (sentencia 20 de marzo de 1991, *Cruz Varas c. Suecia*, Serie A, 201, apartados 69-70; sentencia de 30 de octubre de 1991, *Vilvarajah c. Reino Unido*, Serie A, 215, apartados 102-103; sentencia de 27 de agosto de 1992, *Vivayanathan y Pusparajah c. Francia*, Serie A, 241-B), hasta configurar una jurisper-

dencia especialmente generosa en la materia que ha llegado hasta nuestros días (más recientemente, sentencia de 6 de marzo de 2001, *Hilal c. Reino Unido*, 45276/99, apartados 59 a 61; sentencia de 12 de octubre de 2006, *Mubilanzila Makeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*).

Con esta jurisprudencia se ofrece, aunque sea indirectamente, una garantía de protección plasmada en la no expulsión muy semejante a la ya vista del art. 33 de la Convención de Ginebra. En realidad, bien podría pensarse que en la práctica el art. 3 del CEDH ofrece una protección superior a la del art. 33 de la Convención de Ginebra, ya que ofrece también protección en los supuestos de riesgo de persecución no imputable al Estado y ya que la prohibición de expulsiones colectivas previstas en el art. 4 del Protocolo número 4 resulta también de aplicación respecto de los denominados refugiados de facto.

Por otro lado, aunque no sea posible detenernos con detalle en ello, la garantía procesal del derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH) también ha servido al TEDH de base jurídica para —normalmente en conjunción con el art. 3 CEDH— garantizar este derecho en procesos donde suele estar en juego la expulsión.

2.3. *El marco comunitario: el desarrollo del asilo por las instituciones comunitarias*

2.3.1. «La posibilidad de protección más intensa en el ámbito comunitario: las acciones ya adoptadas por la Unión en materia de asilo»

Con independencia del contenido jurídico derivado directamente del art. 18, es bien conocido que su concreción exige en buena medida un desarrollo normativo por parte de las instituciones, además de que obviamente el Derecho de la Unión puede conceder una protección más intensa (art. 52.3). En realidad, para la adopción de buena parte de esas medidas, los tratados constitutivos ya prevén en la actualidad competencia suficiente en el art. 63 del TCE. Con independencia de que, como veremos en el epígrafe siguiente (2.3.2), el Tratado de Lisboa apuntala y refuerza esta competencia. En este sentido, las Explicaciones del Praesidium dejan

patente de forma clara que el texto de este artículo se basa en el art. 63 del TCE, por lo que, para concretar de forma adecuada el alcance material del derecho de asilo recogido en el art. 18, resulta imprescindible conocer *grosso modo* la regulación que la Comunidad Europea ya ha adoptado en desarrollo del contenido jurídico derivado de la Convención de Ginebra.

En efecto, el avance fundamental del Tratado de Amsterdam consistió precisamente en la atribución a la Comunidad Europea de competencia suficiente para adoptar en esta materia actos jurídicos vinculantes (reglamentos, directivas, decisiones) en materia de asilo en diversos ámbitos: criterios y mecanismos para determinar el Estado responsable de examinar una solicitud de asilo presentada en alguno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país; normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo; normas mínimas para la concesión del estatuto de refugiado; y normas mínimas para los procedimientos para conceder o retirar el estatuto de refugiado. Por otro lado, además de en materia de asilo, la Comunidad Europea dispone también de competencia para dictar medidas relativas a la protección temporal de las personas desplazadas, el fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas, etc.

Así, con base en esta atribución de competencia en materia de asilo, la Unión Europea ha dado importantes pasos con la aprobación de normas para la determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo —comunitarización del Convenio de Dublín— (Reglamento 1560/2003, *DO L* 222, de 5 de septiembre de 2003, p. 3; Reglamento 343/2003, *DO L* 50, de 6 de febrero de 2003, p. 1; Reglamento 407/2002, *DO L* 62, de 5 de marzo de 2002, p. 1), la determinación de la identidad personal y la ruta de viaje a través del sistema Eurodac (*DO L* 316, de 15 de diciembre de 2000) y su reglamento de desarrollo (*DO L* 62, de 5 de marzo de 2002), la definición de requisitos mínimos comunes para la recepción de solicitantes de asilo (Directiva 2003/9/CE, *DO L* 31, de 6 de febrero de 2003), la regulación de los procedimientos de asilo (Directiva 2005/85/CE, *DO L* 326, de 13 de diciembre de 2005, p. 13), la protección temporal en caso de afluencia masiva de desplazados necesitados de protección internacional (Directiva 2001/55/CE, *DO L* 212, de 7 de agosto de 2001) o el estableci-

miento de normas para el reparto de cargas entre los Estados miembros a través de la creación de un Fondo Europeo para Refugiados (Decisión 2000/596/CE, *DO L* 252, de 6 de octubre de 2000, p. 12; Decisión 2004/904/CE, *DO L* 381, de 28 de diciembre de 2004, p. 52) o de los programas ARGO (Decisión 2002/463/CE, *DO L* 161, de 19 de junio de 2002, p. 11) y AENEAS (Reglamento 491/2004, *DO L* 80, de 18 de marzo de 2004, p. 1). Se trata, en todo caso, de un proceso aún no concluido que ha de desarrollarse conforme a los criterios establecidos en el llamado Programa de La Haya [*DOC* 53 de 3 de marzo de 2005, p. 1; *COM (2005) 184 final*, de 10 de mayo de 2005; *COM (2006) 333 final*, de 28 de junio de 2006] aprobando en los próximos años un buen número de acciones (Plan de acción, *DOC* 198, de 12 de agosto de 2005, p. 1) con el horizonte de lograr en 2010 un verdadero *sistema europeo común de asilo* [*COM (2007) 301 final*, de 6 de junio de 2007].

Al margen de estas acciones encaminadas a desarrollar el contenido de la institución del asilo por la Unión Europea, conviene también tener presente, como recuerdan las Explicaciones del Praesidium, que existen disposiciones en los Protocolos relativos al Reino Unido y a Irlanda, anejos al Tratado de Amsterdam, así como a Dinamarca para determinar en qué medida estos Estados miembros aplican el Derecho Comunitario en la materia y en qué medida este art. 18 les resulta aplicable en relación con las acciones de desarrollo ya aprobadas por la Unión. Dicho brevemente y sin mayor ánimo de concreción, con carácter general estas disposiciones no resultan de aplicación a estos Estados (sobre su alcance concreto, Martín y Pérez de Nanclares 2002, 111-115).

2.3.2. «El potencial de nuevas acciones al amparo del Tratado de Funcionamiento»

La novedad principal derivada del Tratado de Lisboa radica en que el contenido jurídico concreto del derecho de asilo del art. 18 ha sido reforzado de manera sustancial. Ello deriva del desarrollo normativo que las instituciones puedan hacer de su competencia en materia de asilo y también de la posible protección más intensa que pueda darle la Unión a este derecho (art. 52.3). Así, con el Tratado

de Lisboa, la materia pasará a considerarse en su integridad una competencia compartida de la Unión y lo que en la actualidad es una posibilidad de adoptar únicamente *normas mínimas* en la materia se ha tornado en competencia suficiente para desarrollar un verdadero *sistema común de asilo*.

Este nuevo sistema, aunque es heredero de la actual regulación derivada del art. 63 del TCE, resulta notablemente más ambicioso. En lugar de referirse a la adopción de «normas mínimas para la concesión del estatuto de refugiado a nacionales de terceros países», atribuye competencia suficiente para lograr «un estatuto uniforme de asilo a favor de nacionales de terceros países, válido en toda la Unión». En lugar de la adopción de «normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas», se habla de un «estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional» y de «un sistema común para la protección temporal de personas desplazadas, en caso de llegada masiva». En vez de referirse a la adopción de «normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado» se adoptarán *procedimientos comunes*. También se sustituye la referencia a las «normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros» por la más amplia referencia a «normas relativas a la acogida de los solicitantes de asilo o protección temporal», aunque sin llegar en este caso a referirse a un sistema común de acogida. Se mantiene, eso sí, la alusión a la fijación de los «criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro que asume la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país» sin apenas variación, salvo la inclusión añadida de *la protección subsidiaria* (Martín y Pérez de Nanclares 2005, 866-888).

En suma, el potencial principal de las nuevas acciones al amparo del Tratado de Lisboa es, como señala la Comisión en su reciente Libro Verde sobre la cuestión [COM (2007) 301 final, de 6 de junio de 2007], la consecución de un verdadero *sistema común de asilo* que en la actualidad es imposible de conseguir con una atribución de competencia bastante más limitada que tan sólo permite la adopción de *normas mínimas*. De esta forma, la Comisión ha fijado el año 2010

como fecha para lograr este sistema común de asilo que debería servir para lograr «un nivel de protección más elevado y una mayor uniformidad de la protección en todo el territorio de la UE y garantizar un mayor grado de solidaridad entre los Estados miembros de la UE» [COM (2007) 301 *final*, antes citado, p. 3]. Es decir, un ambicioso desarrollo del art. 18 a partir de la posibilidad abierta por el art. 52.3 y los límites de competencia fijados de manera concreta por el TFUE.

2.4. *La inexistencia de un derecho subjetivo al asilo*

En todo caso, sea con un desarrollo del art. 18 fundamentado en la adopción de *normas mínimas* en materia de asilo o lo sea en la búsqueda de un verdadero *sistema común de asilo*, una primera cuestión previa que sigue surgiendo al interpretar el alcance material del derecho de asilo recogido en la Carta de Derechos Fundamentales es determinar si el precepto en cuestión realmente representa un derecho subjetivo al asilo. Esta posibilidad está siendo objetivo de cierto debate doctrinal, pero del marco general iusinternacional y comunitario descritos no puede sacarse más que una primera conclusión clara: no existe en modo alguno un derecho subjetivo al asilo.

Varios argumentos de peso avalan esta posición. En primer lugar, los debates en el seno de la Convención y la evolución de redacción que experimentó el precepto hasta su redacción impersonal final («se garantiza el derecho de asilo») inclinan claramente la balanza de la discusión hacia esa conclusión. De hecho, durante los trabajos de la Convención se presentaron propuestas, como la de Duff o la de Van den Burg, encaminadas a insertar expresamente en la Carta un verdadero derecho individual al asilo y reclamable judicialmente para lo cual en el caso de Van de Burg se propuso incluso eliminar la remisión explícita a la Convención de Ginebra (13.^a sesión de la Convención de 28 a 30 de junio de 2000). Ninguna de las propuestas logró progresar.

En segundo lugar, la concreción del alcance material del derecho de asilo ha de hacerse en el marco de la Convención de Ginebra («dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra»)

y de esta Convención de ninguna manera se deriva un derecho subjetivo al asilo. Antes al contrario, en la práctica han fracasado todos los intentos habidos a favor de poder sacar adelante un texto que garantizara explícitamente tal derecho subjetivo.

En tercer lugar, la determinación del alcance material de este derecho, como hemos visto, se realiza también en el marco del propio Derecho Comunitario originario. Y tampoco existe ningún otro precepto del Tratado de Lisboa que permita intuir una posición contraria. De hecho, la regulación del asilo en el TFUE se limita a atribuir una competencia de carácter compartido a la Unión para desarrollar una política común de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Además, precisa, de modo muy semejante a como lo hace el propio art. 18, que esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra citada y a los demás tratados internacionales en la materia (TFUE).

Y, en cuarto lugar, la regulación de este derecho en la Carta y la propia competencia compartida de la Unión, existente en materia de asilo, nada cambia en el fondo en el hecho de que la decisión final sobre la concesión del estatuto de refugiado sigue en manos exclusivas de los Estados miembros. Les corresponde, pues, a ellos la decisión de poder ampliar la protección derivada de la Carta y, por ende, de la Convención de Ginebra para si desean regular en su ámbito interno un verdadero derecho subjetivo al asilo más allá de lo que exige el marco internacional y comunitario. En realidad, ninguno lo ha hecho y más bien la corriente va en sentido contrario. Aquellos Estados que como Alemania tenían en su ordenamiento constitucional un precepto que daba pie a una interpretación cercana a la existencia de un verdadero derecho subjetivo al asilo han sido reformados para impedir claramente esa posibilidad (art. 16 A de la Ley Fundamental de Bonn tras la Ley de reforma, de 28 de junio de 1993, *BGBI*, I, p. 1002).

El art. 18 conlleva, pues, el deber de los Estados miembros de reconocer el estatuto de refugiado a quienes reúnan los requisitos del art. 1 de la Convención, cuyo contenido jurídico se plasma básicamente en el derecho al *non refoulement*, a la no expulsión a un Estado que no pueda considerarse seguro, en el sentido ya señalado del

art. 33 de la Convención. Obviamente como derivación obvia de este deber básico, también formará parte del contenido jurídico mínimo exigido por la Convención, mientras el refugiado permanezca en el territorio del Estado miembro en cuestión, una serie de exigencias mínimas en materia de estancia y movimiento dentro del referido Estado. Igualmente, como derivación directa de ello habrá de entenderse el derecho a un procedimiento interno en el que pueda constatarse la existencia o no de las condiciones exigidas para acceder al estatuto de refugiado.

Por otro lado, con carácter complementario, la concesión del estatuto de refugiado conlleva también la garantía mínima de otros derechos también recogidos en la Convención, como son los derechos respecto a la adquisición de bienes muebles o inmuebles (art. 13), el empleo remunerado (art. 17) o el acceso a una educación (art. 22) y asistencia públicas (art. 23). Estos derechos son precisamente los que, conforme a lo previsto en el Tratado de Lisboa en materia de asilo, podrán regularse en el ámbito comunitario para establecer un estatuto uniforme de asilo que desarrollará la normativa comunitaria ya existente en materia de asilo y se verá también complementado por otras normas para regular las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo y la cooperación con terceros países para gestionar adecuadamente los flujos de personas que solicitan asilo.

3. LA CUESTIÓN DE POSIBLES DEMANDAS DE ASILO POR CIUDADANOS COMUNITARIOS: UNA CUESTIÓN YA (CASI) SUPERADA

Durante largo tiempo ha sido objeto de intenso debate doctrinal la cuestión de si nacionales de un Estado miembro podrían presentar demandas de asilo en otro Estado miembro de la Unión Europea. De hecho, en la práctica de los Estados no han faltado casos en los que se había aceptado por parte de las más instancias judiciales de algún Estado miembro una demanda de asilo presentada por ciudadanos de otro Estado miembro, en la que se alegaba persecución política. El desencadenante fue a todas luces la negación de Bélgica a extraditar a España a dos nacionales españoles acusados de pertenecer a la banda terrorista ETA en los asuntos *García Arranz*

y *Moreno Ramajo* (Bribosia 1998, 189-194). También en el seno de la Primera Convención se trabajó expresamente la cuestión (6.ª sesión de la Convención de 27 y 28 de marzo de 2000).

Del *iter legislativo* que recorrió la elaboración del art. 18 en el seno de la Primera Convención podría pensarse que la modificación de la redacción inicial que circunscribía expresamente el derecho de asilo a los nacionales de Estados terceros (CHARTE 4137/00 CONV 8), por una referencia genérica final que excluye cualquier referencia al ámbito personal («se garantiza el derecho de asilo»), permitiría acoger una interpretación en sentido afirmativo a la posible presentación de demandas de asilo de ciudadanos de un Estado miembro ante otro Estado miembro de la Unión Europea. A nuestro entender, nada estaría más lejos de la realidad. A los muchos argumentos ya existentes con anterioridad (Bribosia 1998, 190; Martín y Pérez de Nanclares 2002, 261-268), bastaría recordar que actualmente todos los Estados miembros se han reconocido entre sí como Estados seguros en el sentido de la Convención de Ginebra.

De hecho, el Tratado de Lisboa poco cambia la situación que trajo consigo el Tratado de Amsterdam. Las Explicaciones del Praesidium dejan patente de manera lapidaria que «este artículo [18] respeta el Protocolo sobre el asilo anejo al Tratado CE», es decir, el Protocolo sobre asilo a nacionales de Estados miembros de la Unión Europea. El citado Protocolo establece en su artículo único «que los Estados miembros constituyen recíprocamente países de origen seguros a todos los efectos jurídicos y prácticos en relación con asuntos de asilo» y fundamenta esta consideración en el grado de protección de los derechos y libertades fundamentales por parte de los Estados miembros. En consecuencia, fija como principio general que la solicitud de asilo efectuada por un nacional de un Estado miembro no podrá tomarse en consideración o ser declarada admisible para su examen por otro Estado miembro. Sí recoge, empero, tres excepciones bien concretas, dos de ellas bastante lógicas y una última más preocupante. En primer lugar, en el caso de que el Estado miembro del que es nacional el solicitante de asilo haya hecho uso de la posibilidad de adoptar medidas de excepción a las obligaciones derivadas del CEDH, en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, en el sentido que

fija el propio art. 15 del CEDH. En segundo lugar, si en caso de puesta en marcha del procedimiento de suspensión de derechos de un Estado miembro por riesgo claro de violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los derechos humanos (art. 7 TUE). En tercer lugar, y a nuestro entender criticable, si un Estado miembro así lo decidiera unilateralmente. Es decir, en el fondo se *cuela* una excepción que desvirtúa gravemente el principio general. Por mucho que exija la garantía suplementaria de informar «inmediatamente al Consejo» y establezca la presunción «de que es manifiestamente infundada», el citado Protocolo no limita en el fondo la facultad última de toma de decisión por parte del Estado miembro afectado. Ello resulta tanto más preocupante en relación con el particular caso de Bélgica, si tenemos presente que en una Declaración de este Estado al Protocolo en cuestión queda meridianamente clara su voluntad de realizar «un examen individual de cualquier solicitud de asilo presentada por un nacional de otro Estado miembro».

Con todo, fuera de los supuestos excepcionales de carácter general y de la particular posición de Bélgica, no cabe en el marco comunitario la aceptación por parte de un Estado miembro de una solicitud de asilo presentada por un ciudadano de otro Estado miembro. Ciertamente, esta posición puede chocar desde el estricto punto de vista del Derecho Internacional contra la concepción de considerarla como una interpretación restrictiva contraria a la Convención de Ginebra que exigiría un examen individualizado de cada demanda de asilo. Con todo, seguimos considerando —dicho con palabras de Carrera Hernández escritas antes de la introducción del citado Protocolo— que el proceso de integración europea debería «hacer jurídicamente imposible la admisión a trámite de una demanda o solicitud de asilo presentada por un ciudadano de la Unión en otros Estados miembros diferentes al de su nacionalidad» (1995, 857). Por no entrar en la virtualidad que la euroorden podría tener también en esta materia.

4. CONSIDERACIONES FINALES: HACIA UN SISTEMA COMÚN DE ASILO PARA LA UNIÓN

El derecho de asilo recogido en la Carta no representa en sí mismo ninguna protección suplementaria de la que ya se deriva del Derecho Internacional (Convención de Ginebra y CEDH) o del propio Derecho Comunitario en vigor (acciones aprobadas con base en el art. 63.1 TCE). Más bien encarna un mantenimiento del *statu quo* que representa un equilibrio entre las posturas aparecidas en los debates de la Convención, encaminadas a introducir un verdadero derecho subjetivo individual y exigible judicialmente (Duff, Van den Burg) y las posturas que, como las de Griffiths o Korthals Altes, propugnaban una eliminación del derecho de asilo y sustitución por una simple protección del derecho a presentar una solicitud de asilo (13.ª sesión de la Convención de 8 a 30 de junio de 2000). Sí puede encarnar, sin embargo, un acicate para impulsar a las instituciones comunitarias a que desarrollen la amplia atribución competencial de que gozan en la materia en el nuevo TFUE para adoptar actos jurídicos que configuren un nivel de protección superior al establecido por la anticuada Convención de Ginebra o al menos para cubrir algunas de sus lagunas más importantes. La Convención de Ginebra se redactó conforme a las exigencias de un contexto político de guerra fría muy concreto y, en la actualidad, en modo alguno responde adecuadamente a algunos de los problemas fundamentales que plantea la institución del asilo. Es opinión extendida que ha quedado desfasada, pero hasta el momento han fracasado todos los intentos de actualización, en especial los que se emprendieron en la década de los setenta del siglo pasado (Martín Arribas 2000, 105-107).

En este sentido, el nuevo marco normativo derivado del Tratado de Lisboa brinda a la Unión resortes competenciales suficientes para regular, entre otros aspectos, tanto un sistema común de asilo en sentido propio como un estatuto verdaderamente uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional o la regulación de un sistema común para la protección temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva, que actualmente no encuentran protección por la Convención de Ginebra. Esta po-

sibilidad encarna en sí misma un avance sustancial respecto al actual Derecho Comunitario, ya que éste únicamente atribuye competencia a la Comunidad Europea para adoptar *normas mínimas* en la materia (art. 63.2 TCE) y no un verdadero estatuto uniforme. Permitiría además limar o hacer desaparecer algunas de las inconsistencias que perviven en materia de asilo dentro del régimen jurídico comunitario (Battjes 2005, 88-89).

Es más, pese a la parquedad de la formulación de la Carta y la obvia inexistencia de un derecho subjetivo europeo al asilo en sentido propio, el art. 18 está llamado a jugar un papel relevante en aquellos ordenamientos nacionales cuya Constitución no recoge expresamente una disposición en la materia o, como es el caso español, incluso en los que también la incluyen (STC 53/2002, de 27 de febrero).

En suma, la acción conjunta del derecho al asilo del art. 18 y de la competencia compartida de la Unión en materia de asilo representan un cierto avance respecto a la regulación actual y encarnan un importante potencial de desarrollo comunitario para mejorar tanto el estatuto jurídico de quienes cumplan los requisitos de la Convención de Ginebra para acceder a la condición de refugiados como de quienes, sin cumplirlos, encajen en alguna de las modalidades de protección subsidiaria o de protección temporal de las personas desplazadas en casos de afluencia masiva. Más general que ver si en la dialéctica libertad *versus* seguridad la creciente inclinación del fiel de la balanza a favor de la seguridad llega a anular en la práctica el potencial que en sí mismo encarna el art. 18.

BIBLIOGRAFÍA

- BATTJES, H. «The Common European Asylum System: The First Stage». En J. Carlier y P. de Bruycker, dir. *Immigration and Asylum Law of the EU: Current Debats – Actualité du Droit Européen de l’Immigration et de l’asile*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 27-89.
- BRIBOSIA, H. «Le Protocole sur le droit d’asile pour les ressortissants des États membres de l’Union européenne». En Y. Lejeune, coord. *Le Traité d’Amsterdam – Espoirs et déceptions*. Bruselas: Bruylant, 1998, pp. 189-194.
- CARRERA HERNÁNDEZ, F. J. «El derecho de asilo de los ciudadanos de la Unión en el interior de la UE». *Revista de Instituciones Europeas* (1995): pp. 837-858.
- MARTÍN ARRIBAS, J. J. *Los estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*. Madrid: Dykinson, 2000.
- «El derecho de asilo y la protección en caso de devolución, expulsión y extradición en

la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea». En A. Herrero de la Fuente, dir. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: una perspectiva pluridisciplinar*. Zamora: Fundación Rei Alfonso Henriques, 2003, pp. 137-171.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. *Inmigración y asilo en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2002.

— «El nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia en el proyecto de Constitución para Europa». *Soberanía del Estado y Derecho Internacional – Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, t. II. Sevilla, 2005, pp. 857-877.

— «El espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Lisboa». *Boletín de las Cortes Generales* (2007).

VALLE GÁLVEZ, A. del. «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado de Lisboa». En Martín y Pérez de Nanclares, coord. *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Madrid: Iustel-AEPDIRI, 2008, pp. 417-435.

ARTÍCULO 19
PROTECCIÓN EN CASO DE DEVOLUCIÓN,
EXPULSIÓN Y EXTRADICIÓN

- 1. Se prohíben las expulsiones colectivas.**
- 2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 1 y 18.

ANTECEDENTES

- Tratado por el que establece una Constitución para Europa: arts. II-79 y III-267.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 19.

COMENTARIO

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de La Rioja

1. ASPECTOS GENERALES

La garantía de protección en casos de devolución, expulsión y extradición, así como la prohibición de las expulsiones colectivas recoge

das en el art. 19 se encuentran estrechamente relacionadas con el derecho de asilo garantizado en el art. 18. De hecho, en el proceso de elaboración de este precepto en el seno de la Primera Convención las primeras versiones lo situaban dentro del artículo dedicado al asilo (CHARTE 4137/00 CONVENT 8, de 24 de febrero de 2000, art. 17.2; CHARTE 4284/00 CONVENT 28, de 5 de mayo de 2000). Sin embargo, tras los debates de pleno en las sesiones octava y decimotercera pasó a adquirir autonomía propia. Por otro lado, el derecho recogido en el art. 19 es también una manifestación más del principio más general de dignidad del ser humano.

Como aspectos más sobresalientes de los debates de la Primera Convención en cuestiones materiales destacan quizá tres elementos. En primer lugar, el Reino Unido sostuvo que la cuestión de la expulsión no debería ser objeto de regulación en la Carta porque se trata de una competencia propia de los Estados miembros y debería dejarse, por tanto, a ellos la concreción de su ejercicio conforme a las normas internacionales que regulan la materia. En segundo lugar, una vez aceptada la pertinencia de incluir este derecho en la Carta, se planteó también la conveniencia de recoger expresamente una excepción en su regulación que acogiera la posibilidad de permitir expulsiones colectivas en supuestos excepcionales a cambio de introducir una referencia explícita a la protección de las minorías. Y, en tercer lugar, también parecía pertinente para algunos que el precepto incluyera una concreción del ámbito de aplicación personal del precepto con una referencia explícita a la condición de extranjeros en relación con las personas susceptibles de aplicar este derecho. Obviamente ninguna de las tres propuestas logró prosperar (CHARTE 4137/00 CONVENT 8, art. 17.2; CHARTE 4284/00 CONVENT 28, art. 21.2).

2. CONTENIDO ESENCIAL

2.1. *Prohibición de las expulsiones colectivas*

El contenido de este derecho deberá orientarse, en virtud de lo exigido por la propia Carta, hacia la protección que de este derecho se hace en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos

(CEDH) y el grado de protección que se le conceda en el ámbito comunitario en ningún caso podrá ser inferior al que se le conceda por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En este sentido, la prohibición de las expulsiones colectivas no encuentra ninguna concordancia directa en el articulado del CEDH, pero sí en el Protocolo número 4. Como indican las propias Explicaciones del Praesidium, el apartado 1 de este artículo tiene el mismo significado y alcance que el art. 4 del Protocolo Adicional número 4 al CEDH, en lo referente a las expulsiones colectivas. Su objetivo es garantizar que cada decisión se base en un examen concreto y que no se pueda decidir mediante una sola medida la expulsión de todas las personas que tengan la nacionalidad de un Estado determinado. A la luz de la jurisprudencia del TEDH —de relevancia al interpretar este precepto (art. 52)— esta taxativa prohibición afecta tanto a la adopción de la decisión de expulsión como a la ejecución de la misma (TEDH, sentencia de 5 de febrero de 2002, *Conka c. Bélgica*, 51564/99, apartado 56).

No obstante, como recordó durante la Convención Goldsmith aunque sin oponerse a su inclusión, el Reino Unido no ha ratificado este Protocolo (13.^a sesión de la Convención de 28 a 30 de junio de 2000).

Por otro lado, durante los debates de la Convención hubo propuestas, como las de Altmaier, Ofner, Nessder o Mombaur, para ampliar este derecho incluyendo uno más amplio de derecho de protección a las minorías (13.^a sesión de la Convención, antes citada).

2.2. *Protección en casos de devolución, expulsión y extradición*

El apartado segundo del art. 19 de la Carta recoge una clara prohibición de devolución, expulsión o extradición a un Estado en el que el afectado corra un grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. En este sentido, su contenido jurídico es un desarrollo específico de la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes que con carácter general recoge el art. 4 de la propia Carta.

El art. 19.2 viene a representar una suerte de *lex specialis* respecto a la *lex generalis* del art. 4. En menor medida, también es una cier-

ta concreción del más general derecho a la integridad de la persona del art. 3 o incluso el derecho a la vida del art. 2.

Por otro lado, la protección concedida en casos de devolución, expulsión y extradición encuentra una correspondencia clara en el sistema del CEDH. Como concretan las Explicaciones del Praesidium, el apartado segundo del art. 19 incorpora la jurisprudencia del TEDH relativa al art. 3 del CEDH, en particular la recaída en los asuntos *Soering* (sentencia de 7 de julio de 1989) o *Ahmed contra Austria* (sentencia de 17 de diciembre de 1996), citados por las propias Explicaciones del Praesidium. En el primero de los casos el TEDH, que marcó un hito en la materia, consideró que la expulsión de un extranjero a un Estado tercero, en concreto al Estado de Virginia en Estados Unidos, en el que la entrada en el *corredor de la muerte* por ser condenado a muerte representaba un violación del art. 3 CEDH (Zühlke, Pastille 1999). Por otro lado, de la sentencia del TEDH, recaída después en el asunto *Ahmed c. Austria*, se deriva entre otros aspectos que la protección dada por el art. 19 rige también en el caso de que el riesgo grave de ser sometido a pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes provenga de grupos internos y no sólo de autoridades públicas integradas en el Estado (sentencia de 17 de diciembre de 1996, antes citada).

Aunque estos dos asuntos conforman la doctrina esencial del TEDH en la materia, existen, con todo, algunos asuntos más en los que el TEDH ha ido precisando con mayor concreción el alcance material del citado art. 3 del CEDH en este concreto aspecto (por ejemplo, sentencia 5 de febrero de 2002, *Conka c. Bélgica*; sentencia de 8 de noviembre de 2002, *Sulejmanovic c. Italia*). No obstante, la jurisprudencia existente no resulta todavía realmente abundante.

Aun así, en la práctica, de la jurisprudencia del TEDH puede establecerse claramente una delimitación del concepto de tortura, pero no tanto una distinción conceptual entre tratos inhumanos y tratos degradantes ya que el Tribunal de Estrasburgo cuando desenvuelve su interpretación por debajo del nivel más grave de la tortura, suele limitarse a constatar la existencia de su violación sin adentrarse en una delimitación material entre ambos conceptos (Santamaría Arinas 2004, 68). Ello obviamente no ha sido óbice para que existan serios intentos doctrinales para establecer dicha distinción (Sudre 1984).

En otro orden de cosas, en el asunto *Hilals*, el TEDH dejó también claro que para la determinación de la existencia de un riesgo de malos tratos en el país al que el afectado sería devuelto, expulsado o extraditado no sólo hay que tomar en consideración la situación general del país en cuestión sino también los antecedentes personales y políticos del afectado (sentencia de 6 de marzo de 2001, *Hilals*). A este respecto, la existencia de la obligación que deriva para el Estado en cuestión del art. 3 del CEDH no depende de la fuente del riesgo de que, caso de manifestarse la expulsión, se dé un trato inhumano o degradante (Vermeulen 2006, 430). Por otro lado, la exigencia de prueba por parte del TEDH sigue siendo elevada, lo que en el pasado ha provocado importantes críticas doctrinales (Vermeulen 2006, 428; Chueca Sanco 1998, 45-58). Así, por ejemplo, en el asunto *Nsona*, el TEDH consideró que no concurría un trato inhumano pese a que la devolución de un menor de nueve años a Zaire duró siete días y parte de ellos estuvo solo y sin acompañamiento (sentencia de 28 de noviembre de 1996, *Nsona*, apartado 99). En cualquier caso, con independencia del nivel de exigencia particular impuesta por el TEDH, se trata de una *violación en potencia* —el Estado en cuestión violaría el art. 3 si dadas las circunstancias concretas del particular o generales del país procede a expulsarlo, devolverlo o extraditarlo al país en cuestión— que «dota al artículo 3 de una eficacia preventiva absolutamente excepcional» en el sistema europeo de protección de derechos humanos (Santamaría Arinas 2004, 74).

2.3. *La existencia de un derecho subjetivo*

A diferencia de lo que ocurre con otros derechos recogidos en la Carta, como por ejemplo el emparentado derecho de asilo del art. 18, el art. 19 sí concede al particular afectado un derecho subjetivo que puede hacer valer judicialmente frente al Estado que adopte la decisión en cuestión.

Obviamente, su aplicación requiere que no haya consumado la expulsión, por lo que en este caso, como ha tenido presente el TEDH en su jurisprudencia, resulta capital la posibilidad de adoptar medidas cautelares en tanto se sustancie el procedimiento ante el TEDH, lo cual no significa que, como ocurre también con el resto de

derechos fundamentales, la jurisprudencia del TEDH a partir del asunto *Cruz Varas* sea considerada por muchos como insuficiente.

3. LÍMITES FUNDAMENTALES

El derecho recogido en el art. 19 de la Carta no parece que pueda ser sometido a las excepciones generales previstas en el art. 52.1. No podrán realizarse, pues, expulsiones colectivas por motivos de interés general ni por la necesidad de protección de otros derechos y libertades de los demás. Mucho menos podrá ser devuelto, expulsado o extraditado un extranjero a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, tortura o tratos inhumanos por los referidos motivos de interés general. En realidad, a la luz de la jurisprudencia del TEDH, ni siquiera en el supuesto de que la persona afectada haya cometido un delito podrá limitarse este derecho (sentencia de 17 de diciembre de 1996, *Ahmed c. Austria*, apartados 41 y 41; sentencia de 2 de mayo de 1997, *D c. Reino Unido*, apartados 47 y 48). El TEDH ha descrito el art. 3 como una prohibición «in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment», y ha hecho referencia explícita a la ausencia de limitaciones expresas a este precepto (Zühlke, Pastille 1999, 759). De hecho, al analizar los límites del art. 19 no puede pasarse por alto que, en el marco del CEDH, el art. 3 es enumerado en el art. 15 del CEDH y por tanto protegido de derogación, incluso en tiempos de situaciones de emergencia nacional. Por si quedara alguna duda, la sentencia del TEDH, recaída en el ya citado asunto *Soering*, incluyó expresamente una referencia a que en esta materia el art. 3 no resulta derogable por el art. 15 del CEDH (sentencia de 7 de julio de 1989, *Soering*, apartado 88). Posteriormente, esta referencia ha sido reiterada sin fisuras en asuntos posteriores que han afectado a la extradición (*Ahmed c. Alemania*, antes citada, apartado 40).

En realidad, el único motivo existente para limitar el derecho de este artículo 19 es si concurren los condicionantes para que pueda operar el art. 15 del CEDH.

No es esta sede adecuada para discutir si este hecho permite hablar de una cierta superioridad de determinados derechos funda-

mentales respecto a otros, pero sí se puede dejar patente la rigurosidad extrema que exige el TEDH a la hora de interpretar la cuestión de los límites de este derecho fundamental.

Por otra parte, la reconducción de esta materia en el ámbito del CEDH al art. 3 (especialmente a través de los citados asuntos *Soering*, *Chahal* y *Ahmed*) no es óbice para que este derecho se interprete también de manera equilibrada en relación con otros derechos. El TEDH no ha renunciado a que esta materia pueda ser también objeto de otros derechos, como el de libertad y seguridad (art. 5 CEDH), el derecho a un juicio equitativo (art. 6 CEDH) o el derecho a una vida familiar (art. 8 CEDH). Mucho menos le corresponderá, por tanto, hacerlo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando tenga que interpretar en el concreto ámbito comunitario del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia el alcance del art. 19.

De la jurisprudencia del TEDH, emanada especialmente en materia de torturas, se deduce que rige incluso en casos de terrorismo o crimen organizado. Inicialmente, el TEDH manifestó serias dudas al respecto (sentencia de 18 de enero de 1978, *Irlanda c. Reino Unido*). Pero desde 1992 ha dejado clara su posición (sentencia de 27 de agosto de 1992, *Tomasi*) y la ha mantenido en una jurisprudencia constante (sentencia de 30 de enero de 2001, *Dulas*, apartado 52). A partir de ella, quizá podría trasladarse también por analogía esta misma posición al ámbito del art. 19.2.

4. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho de protección en casos de devolución, expulsión y extradición recogido en el art. 19 de la Carta se encuentra, como se ha visto, en muchos de sus aspectos claramente emparentado con el derecho de asilo del art. 18. Su autonomía deja patente, no obstante, la importancia y relevancia propia que la Carta desea concederle.

En el fondo, bajo este derecho subyacen en la práctica las tensiones políticas y sociales que el fenómeno de la inmigración ilegal está planteando en los Estados miembros de la Unión Europea. La lucha contra esta inmigración ilegal es un objetivo lógico de la política de inmigración que desarrolla la Unión, pero en modo alguno

debería hacerse a costa de sacrificar derechos que en los casos de devolución, expulsión o extradición deben ser considerados como irrenunciables en cualquier Estado de Derecho.

Este derecho, mejor que ningún otro, refleja la contradicción interna que en ocasiones puede existir entre el interés del Estado para expulsar o extraditar y el interés individual del afectado de defender su concreta posición jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

La bibliografía citada en el comentario del art. 18 también resulta en buena medida aplicable a esta materia.

- CARLEIR, J. Y. «La détention et l'expulsion collective des étrangers». *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* (2003): pp. 177-222.
- CASSESE, A. «Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment». En J. McDonlad, F. Matscher y H. Petzold, dirs. *The European System for the protection of Human Rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993, pp. 225-261.
- CHUECA SANCHO, A. *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*. Zaragoza: Egado, 1998.
- FENNELLY, N. «The European Union and Protection of Aliens from Expulsion». *European Journal of Migration and Law* (1999), pp. 313-328.
- FORTEAU, H. *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme dans le droit interne des États membres. L'impact des garanties européennes contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants*. París, 1996.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, R. *El control internacional de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos y degradantes*. Granada: Universidad de Granada, 1998.
- SANTAMARÍA ARINAS, R. «Artículo 3: Prohibición de la tortura». En I. Lasagabaster Herrarte, dir. *Convenio europeo de derechos humanos – Comentario sistemático*. Madrid, 2004, pp. 50-70.
- SUDRE, F. «La notion des «peines et traitements inhumains ou dégradants» dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour Européens des Droits de l'Homme». *Revue Générale de Droit International Public* (1984).
- VERMEULEN, B. «Freedom from Torture and other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Article 3)». En P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn y L. Zwaak, eds. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4.^a ed. Ambers-Oxford: Intersentia, 2006, pp. 405-441.
- ZÜHLKE, S. y PASTILLE, C. «Extradition and the European Convention». *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* (1999), pp. 749-784.