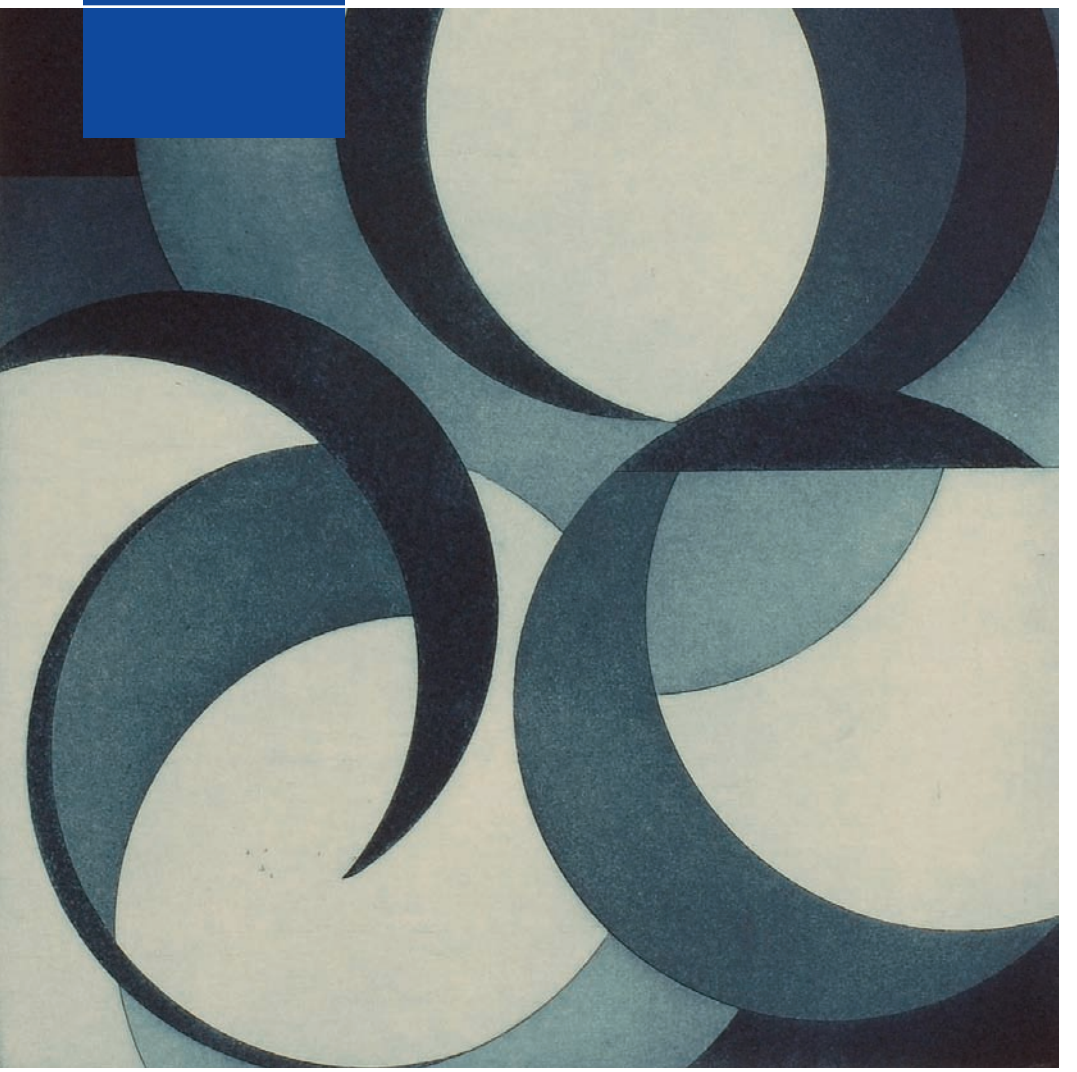
CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Comentario artículo por artículo

Araceli Mangas Martín (Dir.)

Fundación BBVA



CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

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

Fundación BBVA

La decisión de la Fundación BBVA de publicar el presente libro no implica responsabilidad alguna sobre su contenido ni sobre la inclusión, dentro de esta obra, de documentos o información complementaria facilitada por los autores.

No se permite la reproducción total o parcial de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión por cualquier forma o medio, sea electrónico, mecánico, reprográfico, fotoquímico, óptico, de grabación u otro sin permiso previo y por escrito del titular del *copyright*.

DATOS INTERNACIONALES DE CATALOGACIÓN

López Escudero, Manuel
Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea : comentario artículo por artículo / Manuel López Escudero, José Martín y Pérez de Nanclares, José Manuel Sobrino Heredia ; dirigido por Araceli Mangas Martín ; coordinado por Luis N. González Alonso. –1.ª ed. – Bilbao : Fundación BBVA, 2008.
931 p. ; 24 cm
ISBN: 978-84-96515-80-2
1. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2. Comentario de ley 3. Europa I. Martín y Pérez de Nanclares, José II. Sobrino Heredia, José Manuel III. Mangas Martín, Araceli IV. González Alonso, Luis N. V. Fundación BBVA, ed.
342.7 (0.072) (4)

Primera edición, 2008

© los autores, 2008

© Fundación BBVA, 2008
Plaza de San Nicolás, 4. 48005 Bilbao

IMAGEN DE CUBIERTA: © Mar PRAT, 2008
Sin título, 2006
Aguatinta y aguafuerte, 760 x 560 mm
Colección de Arte Gráfico Contemporáneo
Fundación BBVA - Calcografía Nacional

ISBN: 978-84-96515-80-2

DEPÓSITO LEGAL: M-56.731-2008

EDICIÓN Y PRODUCCIÓN: Atlántida Grupo Editor

COMPOSICIÓN Y MAQUETACIÓN: Disegraf, S. L.

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN: Rógar, S. A.

Impreso en España - *Printed in Spain*

Los libros editados por la Fundación BBVA están elaborados sobre papel con un 100% de fibras recicladas, según las más exigentes normas ambientales europeas.

Í N D I C E

Agradecimientos 27

Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales

Araceli Mangas Martín 29

1. Los derechos fundamentales en los tratados fundacionales 31
2. El largo camino de la protección judicial 33
3. El apoyo de las instituciones a la protección judicial de los derechos humanos 44
4. Tentativas de elaboración de un texto propio de derechos humanos y de adhesión al CEDH 48
5. La proclamación de los valores y principios de la sociedad europea en el Tratado de Amsterdam 53
6. Una Carta de Derechos Fundamentales como instrumento del tópico inevitable: la *constitucionalización* de la Unión Europea 54
7. La Primera Convención: la elaboración de la Carta de Niza de los Derechos Fundamentales 57
8. La (Segunda) Convención para el Futuro de Europa y la Carta de Niza. El fracasado Tratado Constitucional de 2004 60
9. El Tratado de Lisboa y la segunda proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de 2007 64
10. Estructura de ventanas o de doble nivel: las Explicaciones de la Carta 68
11. La adhesión de la Unión Europea al CEDH. El valor de la Carta de los Derechos Fundamentales desde

su primera proclamación hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa 70

Preámbulo 77
José Manuel Sobrino Heredia
1. Consideraciones generales 81
2. Evolución del texto 85
3. Alcance y contenido 91
   3.1. Trascendencia jurídica del Preámbulo 92
   3.2. Contenido y estructura del Preámbulo 94
Bibliografía 104

TÍTULO I
Dignidad

Artículo 1. Dignidad humana
José Manuel Sobrino Heredia
1. Consideraciones generales 107
   1.1. Quién y en qué marco debe respetar la dignidad humana 108
   1.2. La base jurídica de la protección de la dignidad humana 113
2. Evolución del texto 121
3. Alcance y contenido 122
   3.1. La dignidad como fundamento de los derechos humanos y derecho humano autónomo 122
   3.2. Indefinición de la dignidad 124
   3.3. La identificación de la dignidad como *dignidad humana* y no como *dignidad de la persona humana* 124
   3.4. La aceptación de la protección de la dignidad como excepción de orden público a efectos de las disposiciones del Tratado relativas al mercado interior 125
Bibliografía 126

Artículo 2. Derecho a la vida
José Manuel Sobrino Heredia 127
1. Consideraciones generales 128
   1.1. Diferencias y similitudes entre el art. 2 de la Carta y el art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) 128

1.2. Derecho a la vida y abolición de la pena de muerte 131
1.3. La labor del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) 137
2. Evolución del texto 143
3. Alcance y contenido 143
3.1. La importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea 143
3.2. Pero, también, las limitaciones de la aplicación de esta jurisprudencia en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea 144
Bibliografía 145

Artículo 3. Derecho a la integridad de la persona
José Manuel Sobrino Heredia 146
1. Consideraciones generales 147
1.1. El derecho a la integridad de la persona en la Carta y en otros textos internacionales 147
1.2. La estructura del art. 3 151
1.2.1. Consentimiento libre e informado de la persona afectada 151
1.2.2. Prohibición de prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas 153
1.2.3. Prohibición de prácticas que conviertan el cuerpo humano, o partes del mismo, en objeto de lucro 154
1.2.4. Prohibición de la clonación reproductora de seres humanos 154
2. Evolución del texto 157
3. Alcance y contenido 158
3.1. La relación entre el derecho a la integridad y otros derechos protegidos en la Carta 159
3.2. Las prácticas eugenésicas 161
3.3. Efectos actuales de la disposición examinada 161
Bibliografía 162

Artículo 4. Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes
José Manuel Sobrino Heredia 164
1. Consideraciones generales 165
1.1. La relación entre el art. 4 de la Carta y el art. 3 del CEDH 165
1.2. El alcance de la prohibición y la naturaleza del derecho protegido 166
2. Evolución del texto 167
3. Alcance y contenido 168
3.1. Los criterios de interpretación 169
3.2. La responsabilidad del Estado 172
3.3. El marco de la Unión Europea 174
Bibliografía 176

Artículo 5. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado
José Manuel Sobrino Heredia
1. Consideraciones generales 178
1.1. Diferencias y similitudes entre el art. 5 de la Carta y el art. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) 179
1.2. Naturaleza de los derechos protegidos 180
2. Evolución del texto 181
3. Alcance y contenido 182
3.1. La prohibición de la esclavitud y de la servidumbre 182
3.2. La prohibición de constreñir a una persona a realizar un trabajo forzado u obligatorio 185
3.3. La prohibición de la trata de seres humanos 187
Bibliografía 191

TÍTULO II
Libertades

Artículo 6. Derecho a la libertad y a la seguridad
José Martín y Pérez de Nanclares
1. Aspectos generales 195
2. El contenido jurídico del derecho de libertad y seguridad: dos caras de una misma moneda 198

2.1. La libertad 198
2.2. La seguridad 201
3. Los límites del derecho de libertad y seguridad 203
3.1. Los límites derivados del CEDH 203
3.2. Los límites derivados del Derecho de la Unión 205
4. Consideraciones finales: sobre la problemática dialéctica libertad versus seguridad 206
Bibliografía 207

Artículo 7. Respeto de la vida privada y familiar
José Martín y Pérez de Nanclares
1. Aspectos generales: la inclusión en la Carta de un derecho humano básico 209
2. Contenido esencial 211
2.1. Objetivos fundamentales 211
2.2. Derecho al respeto de la vida privada 213
2.3. Derecho al respeto de la vida familiar 215
2.4. Derecho al respeto del domicilio 215
2.5. Derecho al respeto de las comunicaciones 217
3. Limitaciones fundamentales 217
4. Consideraciones finales: la creciente virtualidad de este derecho en el ámbito comunitario 219
Bibliografía 221

Artículo 8. Protección de datos de carácter personal
José Martín y Pérez de Nanclares 223
1. Aspectos generales 224
1.1. La progresiva incorporación de la protección de datos al ámbito comunitario 224
1.2. Los trabajos de la Convención 227
2. Contenido esencial 229
2.1. Novedad del derecho y correlación parcial con el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) 229
2.2. El ámbito de aplicación 231
2.3. El tratamiento de los datos 233
2.4. El derecho de acceso del particular a los datos recogidos que le afecten 236
2.5. El control de una autoridad competente 237

3. Limitaciones básicas 237
4. Consideraciones finales 241
Bibliografía 242

Artículo 9. Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia
José Martín y Pérez de Nanclares
1. Aspectos generales 244
2. Contenido esencial: la remisión a las legislaciones nacionales para concretar el ejercicio 246
2.1. Reproducción del contenido del CEDH: la modernización de la redacción del art. 12 del CEDH 246
2.2. El derecho a contraer matrimonio: la controversia a propósito de los matrimonios entre homosexuales 247
2.3. El derecho a fundar una familia 249
2.4. La conexión con otros derechos: el mantenimiento de la competencia de los Estados en la materia 251
3. Limitaciones básicas 252
4. Consideraciones finales 254
Bibliografía 255

Artículo 10. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión
José Martín y Pérez de Nanclares 256
1. Aspectos generales 257
1.1. Una libertad clásica consolidada internacionalmente, pero con concreciones nacionales dispares 257
1.2. Los trabajos de la Convención 259
2. Contenido esencial 260
2.1. La identidad de contenido con el CEDH 260
2.2. La libertad de pensamiento 261
2.3. La libertad de conciencia 262
2.4. La libertad de religión 262
2.5. La objeción de conciencia 265
3. Los límites fundamentales 266
4. Consideraciones finales: la indeterminación de este derecho y el creciente potencial de conflictos 268
Bibliografía 269

Artículo 11. Libertad de expresión y de información

José Martín y Pérez de Nanclares 271
1. Aspectos generales 272
   1.1. La libertad de expresión como libertad irrenunciable en una sociedad democrática 272
   1.2. Los trabajos de la Convención 273
2. Contenido básico 275
   2.1. La libertad de expresión 275
      2.1.1. Ámbito de aplicación personal 275
      2.1.2. Ámbito de aplicación material: la libertad de opinión y la libertad de información 276
   2.2. La libertad de los medios de comunicación y su pluralismo 278
3. Limitaciones fundamentales 281
4. Consideraciones finales 284
Bibliografía 286

Artículo 12. La libertad de reunión y asociación

José Martín y Pérez de Nanclares 287
1. Aspectos generales 288
   1.1. La inclusión en la Carta de dos libertades esenciales tibiamente reconocidas en la actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 288
   1.2. Los trabajos de la Convención 289
2. Contenido esencial 290
   2.1. Las libertades de reunión y de asociación 290
   2.2. Los partidos políticos a escala europea 293
3. Limitaciones básicas 294
4. Consideraciones finales 295
Bibliografía 296

Artículo 13. Libertad de las artes y de las ciencias

José Martín y Pérez de Nanclares 298
1. Aspectos generales 299
2. Las artes 301
3. La investigación científica 303
4. La libertad de cátedra 305
5. Consideraciones finales 306
Bibliografía 307

Artículo 14. Derecho a la educación

José Martín y Pérez de Nanclares 308
1. Aspectos generales 309
   1.1. Un derecho asentado, pero de controvertido alcance material 309
1.2. Los trabajos de la Convención 311
2. El derecho a la educación y el acceso a la formación profesional y permanente 312
3. La gratuidad de la enseñanza obligatoria 315
4. La libertad de creación de centros docentes 316
5. El derecho de los padres a garantizar la educación de los hijos conforme a sus convicciones 317
6. Consideraciones finales 318
Bibliografía 319

Artículo 15. Libertad profesional y derecho a trabajar

José Martín y Pérez de Nanclares 320
1. Aspectos generales 321
2. Contenido esencial 323
   2.1. La libertad profesional y el derecho a trabajar 323
   2.2. Concatenación con las libertades fundamentales del mercado único 326
   2.3. El principio de no discriminación de los extranjeros 327
3. Limitaciones básicas 329
4. Consideraciones finales 330
Bibliografía 331

Artículo 16. Libertad de empresa

José Martín y Pérez de Nanclares
1. Aspectos generales 332
2. Contenido esencial de la libertad de empresa: construcción jurisprudencial a partir del Derecho de la Competencia 334
3. Condiciones del ejercicio de la libertad de empresa: remisión al Derecho de la Unión y de los Estados miembros 336
4. Consideraciones finales 337
Bibliografía 338

Artículo 17. Derecho a la propiedad

José Martín y Pérez de Nanclares 339
1. Aspectos generales 340
   1.1. Del inicial concepto absoluto a la actual función social de la propiedad 340
   1.2. Los trabajos de la Convención 343
2. Contenido esencial 344
   2.1. La identidad de contenido con el Protocolo Adicional número 1 344
   2.2. El ámbito de aplicación material: el controvertido concepto de propiedad 345
   2.3. La protección jurídica de la propiedad: la garantía del derecho 347
3. Los límites fundamentales 348
   3.1. La regulación del uso de la propiedad 349
   3.2. La posibilidad de privación del derecho de propiedad 352
4. Consideraciones finales 354
Bibliografía 355

Artículo 18. Derecho a asilo

José Martín y Pérez de Nanclares 356
1. Aspectos generales 357
   1.1. La peculiaridad del derecho de asilo 357
   1.2. Los trabajos de la Convención 358
2. Contenido esencial: la existencia de un marco jurídico complejo y diverso 360
   2.1. La existencia de un marco jurídico diverso: convenios internacionales y Derecho Comunitario 360
   2.2. El marco general: el derecho de asilo en el Derecho Internacional 361
      2.2.1. El marco jurídico básico de la Convención de Ginebra: el concepto de refugiado y el derecho al *non refoulement* 361
      2.2.2. Otros tratados internacionales relevantes: especial referencia al CEDH 365
   2.3. El marco comunitario: el desarrollo del asilo por las instituciones comunitarias 367

2.3.1. La posibilidad de protección más intensa en el ámbito comunitario: las acciones ya adoptadas por la Unión en materia de asilo 367
2.3.2. El potencial de nuevas acciones al amparo del Tratado de Funcionamiento 369
2.4. La inexistencia de un derecho subjetivo al asilo 371
3. La cuestión de posibles demandas de asilo por ciudadanos comunitarios: una cuestión ya (casi) superada 373
4. Consideraciones finales: hacia un sistema común de asilo para la Unión 376
Bibliografía 377

Artículo 19. Protección en caso de devolución, expulsión y extradición
José Martín y Pérez de Nanclares
1. Aspectos generales 379
2. Contenido esencial 380
2.1. Prohibición de las expulsiones colectivas 380
2.2. Protección en casos de devolución, expulsión y extradición 381
2.3. La existencia de un derecho subjetivo 383
3. Límites fundamentales 384
4. Consideraciones finales 385
Bibliografía 386

TÍTULO III
Igualdad

Artículo 20. Igualdad ante la ley
Araceli Mangas Martín 389
1. Consideraciones generales 390
2. Significado y alcance 391
Bibliografía 395

Artículo 21. No discriminación
Araceli Mangas Martín 396
1. Consideraciones generales 397
2. El principio general de no discriminación 398

2.1. Titulares del derecho ... 398
2.2. Sujetos obligados ... 399
2.3. Discriminaciones prohibidas ... 399
2.4. Finalidad del precepto y relación con el art. 13 del TCE (19 TFUE) ... 400
3. Principio de no discriminación por razón de la nacionalidad ... 403
3.1. Titulares del derecho ... 403
3.2. Sujetos obligados ... 404
3.3. Alcance ... 404
Bibliografía ... 408

Artículo 22. Diversidad cultural, religiosa y lingüística
Araceli Mangas Martín ... 409
1. Consideraciones generales ... 410
2. Alcance y significado ... 411
Bibliografía ... 412

Artículo 23. Igualdad entre mujeres y hombres
Araceli Mangas Martín ... 414
1. Consideraciones generales: la contribución del Tribunal de Justicia ... 415
2. Las consecuencias del caso *Defrenne:* el desarrollo normativo del derecho a la igualdad ... 417
3. La igualdad entre mujeres y hombres como derecho fundamental; la transversalidad ... 421
4. La noción de sexo discriminado ... 423
5. Análisis del contenido material del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres. De la igualdad salarial a un principio general de igualdad de trato ... 425
5.1. Protecciones especiales (embarazo y maternidad) ... 428
5.2. Excepciones a la igualdad de trato ... 431
5.3. Discriminaciones a varones ... 433
5.4. Discriminaciones indirectas ... 434
6. Las medidas positivas de discriminación: igualdad en la meta ... 437
Bibliografía ... 439

Artículo 24. Derechos del niño
Araceli Mangas Martín 441
1. Consideraciones generales 442
2. La protección general de la infancia en el Derecho Comunitario 444
3. Las protecciones especiales para la infancia: derecho al bienestar material y afectivo 448
4. El interés superior del niño 451
Bibliografía 453

Artículo 25. Derechos de las personas mayores
Araceli Mangas Martín 454
1. Consideraciones generales 455
2. Significado y alcance de la protección especial 456
Bibliografía 458

Artículo 26. Integración de las personas discapacitadas
Araceli Mangas Martín 459
1. Consideraciones generales 460
2. Significado y alcance de la protección especial 461
Bibliografía 468

TÍTULO IV
Solidaridad

Artículo 27. Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa
Manuel López Escudero 473
1. El acervo comunitario en materia de información y consulta de los trabajadores 476
1.1. La participación consultiva 476
1.2. La participación representativa 480
2. La aportación del art. 27 484
Bibliografía 487

Artículo 28. Derecho de negociación y de acción colectiva
Manuel López Escudero 489
1. El derecho de negociación colectiva 490

2. El derecho de acción colectiva 496
Bibliografía 502

Artículo 29. Derecho de acceso a los servicios de colocación
Manuel López Escudero 504
1. Fuentes de inspiración: los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Carta Social Europea 505
2. Normativa y jurisprudencia de la Unión Europea sobre los servicios de colocación 507
3. Elementos destacables del art. 29 510
Bibliografía 512

Artículo 30. Protección en caso de despido injustificado
Manuel López Escudero 513
1. El contexto jurídico internacional 514
2. El *acquis* comunitario relativo al despido 519
   2.1. Protección contra los despidos colectivos 519
   2.2. Información y consulta previa a los trabajadores antes del despido 522
   2.3. Protección contra el despido en aplicación de los principios de igualdad de trato y de no discriminación 523
3. Exégesis del art. 30 526
Bibliografía 528

Artículo 31. Condiciones de trabajo justas y equitativas
Manuel López Escudero 529
1. El contexto jurídico internacional donde se enmarca el art. 31 530
2. La normativa comunitaria actual sobre el derecho a condiciones de trabajo justas y equitativas 536
   2.1. Normativa comunitaria sobre protección de la salud y la seguridad en el trabajo 537
   2.2. Normativa comunitaria referente a la protección de la dignidad en el trabajo 541
   2.3. Normativa sobre el tiempo de trabajo 541
3. Exégesis del art. 31 543
Bibliografía 546

Artículo 32. Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo
Manuel López Escudero 548
1. El marco jurídico internacional y el Derecho derivado de la Unión Europea 549
2. La prohibición del trabajo infantil 554
3. La regulación del trabajo juvenil 557
Bibliografía 560

Artículo 33. Vida familiar y vida profesional
Manuel López Escudero 561
1. Los precedentes internacionales 563
2. La protección de la familia 567
3. El derecho a la conciliación de la vida personal y familiar 570
3.1. El derecho a la protección contra despidos relacionados con la maternidad 571
3.2. El derecho a un permiso de maternidad pagado y el derecho a un permiso parental 573
Bibliografía 576

Artículo 34. Seguridad social y ayuda social
Manuel López Escudero 577
1. Los textos internacionales de referencia 578
2. El art. 34 y el acervo comunitario en materia de seguridad social y ayuda social 581
3. El derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales 585
4. El derecho a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales en los supuestos de ejercicio de libre circulación de personas en la Unión Europea 588
5. El derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda 591
Bibliografía 592

Artículo 35. Protección de la salud
Manuel López Escudero 594
1. El acceso a la prevención y a la atención sanitarias 597

2. La protección de la salud humana en las políticas y acciones de la Unión Europea ... 602
Bibliografía ... 605

Artículo 36. Acceso a los servicios de interés económico general
Manuel López Escudero ... 607
1. Los servicios de interés general en el actual Derecho de la Unión Europea ... 608
2. La aportación del art. 36 ... 614
Bibliografía ... 619

Artículo 37. Protección del medio ambiente
Manuel López Escudero ... 621
1. El acervo comunitario en materia de protección medioambiental ... 624
2. El alcance del art. 37 ... 627
Bibliografía ... 631

Artículo 38. Protección de los consumidores
Manuel López Escudero ... 633
1. El desarrollo de las competencias comunitarias en materia de consumo ... 635
2. El alcance del art. 38 ... 639
Bibliografía ... 641

TÍTULO V
Ciudadanía

Artículo 39. Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo
Araceli Mangas Martín ... 645
1. Consideraciones generales ... 646
2. La adaptación al nuevo marco jurídico ... 647
3. Significado general del derecho reconocido ... 649
4. Los titulares del derecho de sufragio. Las declaraciones unilaterales del Reino Unido ... 652
Bibliografía ... 656

Artículo 40. Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales
Araceli Mangas Martín 657
1. Consideraciones generales 658
2. La adaptación al nuevo marco jurídico 660
3. Significado y alcance del derecho. Titularidad y modalidades de ejercicio 661
Bibliografía 663

Artículo 41. Derecho a una buena administración
Luis N. González Alonso 664
1. Introducción 665
2. La configuración del derecho a una buena administración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea 666
3. Significado y alcance del derecho a una buena administración 670
Bibliografía 677

Artículo 42. Derecho de acceso a los documentos
Luis N. González Alonso 678
1. Introducción 679
2. Transparencia y democracia: el derecho de acceso a los documentos en su contexto 680
3. El ámbito de aplicación del derecho de acceso a los documentos 685
   3.1. La extensión del derecho de acceso al conjunto del sistema institucional de la Unión 686
   3.2. Los beneficiarios del derecho de acceso a los documentos 690
4. Derecho de acceso: ¿a los documentos o a la información? 692
5. Hacia una nueva regulación del ejercicio del derecho de acceso a los documentos 695
Bibliografía 698

Artículo 43. El Defensor del Pueblo Europeo
Luis N. González Alonso 700
1. Consideraciones generales 701
2. La adaptación al nuevo marco jurídico 703
3. Las propuestas rechazadas por la Convención sobre el Futuro de Europa 707
Bibliografía 710

Artículo 44. Derecho de petición
Araceli Mangas Martín 712
1. Consideraciones generales 713
2. Significado y alcance del derecho 715
Bibliografía 717

Artículo 45. Libertad de circulación y de residencia
Araceli Mangas Martín 718
1. Consideraciones generales 719
2. La relación entre el derecho fundamental y la competencia comunitaria 721
3. Significado y alcance del derecho 723
4. La extensión del derecho de libre circulación y residencia a la familia del ciudadano de la Unión. El derecho de reagrupación familiar 727
5 La extensión del derecho de libre circulación y residencia a los nacionales de terceros Estados 728
Bibliografía 729

Artículo 46. Protección diplomática y consular
Araceli Mangas Martín 731
1. Consideraciones generales 732
2. La adaptación al nuevo marco jurídico 732
3. Significado y alcance del derecho 734
Bibliografía 736

TÍTULO VI
Justicia

Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial
Manuel López Escudero 739
1. El derecho a la tutela judicial efectiva 741
1.1. La tutela judicial efectiva ante los jueces nacionales 743
1.2. La tutela judicial efectiva en los procedimientos ante el TJCE 748
2. El derecho a un proceso justo 749

3. El derecho a la asistencia jurídica gratuita 754
Bibliografía 757

Artículo 48. Presunción de inocencia y derechos de la defensa
Manuel López Escudero 759
1. La presunción de inocencia 761
2. Los derechos de la defensa 764
2.1. Derecho a la participación efectiva en el proceso 765
2.2. Derecho a defenderse de manera adecuada 766
2.3. Derecho a interrogar a los testigos 767
2.4. Derecho a no incriminarse 769
2.5. Derechos de defensa en la jurisprudencia del TJCE 771
Bibliografía 776

Artículo 49. Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas
Manuel López Escudero 777
1. El principio de legalidad de los delitos y de las penas 779
1.1. El párrafo primero del art. 49: cuestiones de interpretación 779
1.2. La jurisprudencia del TJCE sobre el principio de legalidad 783
2. Principio de legalidad penal y Derecho Internacional 788
3. El principio de proporcionalidad de las penas 790
Bibliografía 790

Artículo 50. Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción
Manuel López Escudero 791
1. La jurisprudencia del TJCE sobre el *ne bis in idem* 794
2. Alcance del art. 50 en el contexto del ELSJ 800
Bibliografía 804

TÍTULO VII

Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta

Artículo 51. Ámbito de aplicación

Araceli Mangas Martín 809

1. Consideraciones generales 810
2. Los obligados por la Carta de los Derechos Fundamentales (art. 51.1) 811
   - 2.1. Instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea 812
   - 2.2. Los Estados miembros. La importancia del art. 10.2 de la Constitución Española 813
   - 2.3. La distinción entre derechos y principios 819
3. Derechos fundamentales y distribución de competencias 820

Bibliografía 825

Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios

Araceli Mangas Martín 826

1. Consideraciones generales 828
2. La fase de Convención y la fase de la CIG 830
3. Los límites a los derechos y libertades: alcance de los derechos reconocidos en la Carta 832
4. Coherencia y continuidad jurídica entre la Carta y el resto del Derecho de la Unión 837
5. La apertura al CEDH: la compatibilidad entre la Carta y el Convenio 838
6. La convivencia de los estándares constitucionales y europeos de protección de los derechos fundamentales 839
7. La delgada línea roja entre principios y derechos 846
8. El valor de las Explicaciones actualizadas de la Carta 848

Bibliografía 850

Artículo 53. Nivel de protección

José Martín y Pérez de Nanclares 852

1. Aspectos generales 853
2. Contenido básico: el principio de *non regression* 856
3. Mantenimiento pleno del principio de primacía del Derecho Comunitario: la no afección de las competencias comunitarias 859

4. Mantenimiento pleno de la jurisprudencia del TEDH: la no afección de los convenios internacionales de protección de los derechos humanos 861
5. Mantenimiento pleno del ámbito de competencias de los Estados miembros: la no afección de las constituciones nacionales 863
6. Consideraciones finales: sobre la necesaria cooperación entre los tribunales de los tres ordenamientos implicados 866
Bibliografía 868

Artículo 54. Prohibición del abuso de derecho
Manuel López Escudero 870
1. El abuso de derecho en el CEDH de 1950 872
2. El abuso de derecho en la Unión Europea y la incidencia del art. 54 876
Bibliografía 879

Anexo documental: Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (*DO* C 303, de 14 de diciembre de 2007) 881

Índice alfabético 923

Nota sobre los autores 929

AGRADECIMIENTOS

Los autores de la obra expresamos nuestra gratitud, de forma muy especial, a la Fundación BBVA por la confianza en el valor añadido de nuestro proyecto de investigación al elegirlo para su patrocinio en 2005 y por los medios puestos a nuestra disposición, incluida la cuidada publicación del trabajo respetando la forma y método de *Comentario artículo por artículo,* tan poco usual entre la literatura jurídica española, pero bien conocida del entorno académico europeo.

Para quien ha asumido la labor de dirección de esta obra ha sido una experiencia reconfortante saber que, más allá de banderías académicas, cinco profesores universitarios españoles, pertenecientes a tres grupos universitarios de investigación distintos y a cuatro universidades diferentes, son capaces de colaborar estrechamente en beneficio de la innovación y del progreso del conocimiento científico.

Salamanca, septiembre de 2008

INTRODUCCIÓN

EL COMPROMISO CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Araceli Mangas Martín
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

1. Los derechos fundamentales en los tratados fundacionales

Cuando se fundaron las Comunidades Europeas en los años cincuenta del pasado siglo xx, sus Estados fundadores no incluyeron en los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) ningún compromiso formal de respeto a los derechos humanos por parte de las instituciones europeas creadas en dichos tratados cuando ejercieran las competencias normativas que les atribuían; tampoco se preveía una obligación expresa del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de garantizar su respeto. Esa laguna ha venido suscitando desde los años setenta del pasado siglo la reivindicación de unos límites a la acción de las instituciones y organismos públicos europeos con el fin de garantizar un espacio público y privado de libertad para la ciudadanía de los Estados miembros de la Unión Europea y para cualquier ser humano que se pueda encontrar en el territorio de los Estados miembros.

La explicación habitual sobre esa laguna recuerda que, tanto en 1951 (fundación de la extinta Comunidad Europea del Carbón y del Acero) como en 1957 (fundación de las otras dos Comunidades Europeas, antigua CEE y Euratom), casi nadie se podía imaginar que los objetivos de los Tratados de París y de Roma iban a conducir a un proceso de integración tan complejo y diverso en el que las instituciones han regulado de forma extensa y profunda diversas y sensibles materias. Esa competencia normativa de la Unión Europea puede afectar a los derechos fundamentales de todo ser humano y, más

aún, a los derechos de la ciudadanía de la Unión protegidos por las constituciones nacionales y los convenios internacionales.

Pero tampoco se puede decir que las versiones fundacionales fueran ajenas a toda protección de los derechos humanos. En parte por la filosofía subyacente a los tratados fundacionales que tenían como objetivo expreso, en palabras de su preámbulo, «la salvaguardia de la paz y de la libertad», objetivo que no puede alcanzarse sin el respeto a los derechos fundamentales. Y, en parte, porque el sistema contenía, diseminados a lo largo de los tratados y del Derecho derivado, derechos económicos y sociales o prohibiciones de no discriminación de quienes llevaban a cabo actividades económicas: derechos de los trabajadores, de los prestatarios de servicios, de los usuarios, de las personas físicas y jurídicas que se establecían en Estados miembros distintos al de origen, etc.

Los tratados fundacionales se referían de forma dispersa a algunos derechos fundamentales de todo ser humano que debían ser respetados por todas las autoridades, como la igualdad de retribución salarial entre mujeres y hombres (el *histórico* art. 119 CEE), cuyo fundamento el Tribunal de Justicia identificó ya casi en los años ochenta con el respeto a los derechos humanos, más allá de su finalidad inicial de respeto a la leal competencia entre empresas. Otros derechos de los ciudadanos que estaban ligados a la vida económica eran el de no discriminación por razón de la nacionalidad, o el de libre circulación y derecho de establecimiento, diversos derechos sociales, la protección del secreto profesional o el derecho de propiedad. Pero no había un sistema articulado y completo de derechos fundamentales del ser humano y de la ciudadanía.

Sin embargo, los objetivos últimos de los tratados fundacionales —la integración política, por ejemplo— permitieron ir tejiendo una protección judicial de los derechos humanos dispensada por el Tribunal de Justicia. Esta protección no se basaba, en modo alguno, en que fuera una competencia transferida la protección de los derechos humanos, sino en el hecho de que las diferentes competencias materiales atribuidas por los Estados deben ser ejercidas por las instituciones respetando las mismas obligaciones en cuanto a los derechos humanos que tenían los Estados antes de su atribución a las Comunidades Europeas. Los Estados no pueden desligarse de tales obligaciones por una transferencia o atribución de competencias materia-

les, ni los Estados miembros podrían desvincular a las instituciones comunitarias de su obligado respeto a los derechos fundamentales.

Esa *Dogmática* de la que carecían los tratados comunitarios ha ido apareciendo progresivamente. No ha sido sólo el Tratado de Amsterdam de 1997 ni tan siquiera desde el Tratado de Maastricht de 1992. Los cimientos de la Dogmática se han forjado por otros actores al margen de los Estados miembros.

2. El largo camino de la protección judicial

La labor judicial del TJCE introdujo la protección de los derechos fundamentales como elemento fundamental en el sistema jurídico-político comunitario. La aportación jurisprudencial al, mal denominado, proceso de *constitucionalización* ha sido determinante para proveer a la *constitución material comunitaria* de la Dogmática de la que carecía.

El Tribunal de Justicia ha sido, sin duda, la institución que más ha contribuido a garantizar de modo eficaz el respeto a los derechos fundamentales. Cuando se presentaron los primeros casos ante el Tribunal comunitario, sus primeras decisiones fueron titubeantes o tímidas sobre su competencia para conocer sobre la violación de derechos fundamentales, por cuanto se dudaba si era una esfera transferida al Derecho Comunitario y amparada por él. Pero no tardó mucho el Tribunal de Justicia en tejer una doctrina jurisprudencial en torno a la protección de los derechos fundamentales, convencido de la necesidad de fortalecer la unidad y primacía del Derecho Comunitario. Se reivindicaba así la comunitarización de los derechos fundamentales frente a eventuales pretensiones de las jurisdicciones nacionales de reclamar el conocimiento de presuntas violaciones por parte de las instituciones comunitarias a derechos reconocidos en las diferentes constituciones y amparados por diversos sistemas de garantía.

La primera ocasión en que el Tribunal tuvo que pronunciarse fue en el asunto *Stork* en 1959, en el que unas empresas alemanas acusaban a la Alta Autoridad de haber violado preceptos de la Ley Fundamental alemana. El Tribunal no entró a examinar la presunta violación alegando «que no tiene que pronunciarse sobre las reglas de

Derecho interno», pues implicaría la subordinación del Derecho Comunitario a un ordenamiento de un Estado miembro.[1] De nuevo, en los asuntos *Comptoirs de vente* de 1960,[2] el Tribunal y las partes plantearon mal la cuestión al entender que el Tribunal tendría que proteger un derecho tal como aparece en un sistema constitucional, por lo que el Tribunal, como juez de la legalidad de los actos de las instituciones, se declaró incompetente «para garantizar el respeto de las reglas de Derecho interno, incluso constitucional, en vigor en uno u otro Estado miembro», negando expresamente que existiera un principio general de Derecho Comunitario que protegiera el derecho fundamental invocado. El Tribunal perdió entonces una buena oportunidad de abrir su doctrina a la protección de los derechos fundamentales basada en los principios generales del Derecho, a pesar de que el abogado general Lagrange se lo proponía con acierto en sus conclusiones. No se trataba de aplicar directamente las reglas de Derecho interno, sino «solamente inspirarse en ellas para ver, eventualmente, la expresión de un principio general de Derecho susceptible de ser tomado en consideración para la aplicación del Tratado».[3]

El Tribunal de Justicia, según el entonces art. 164 del antiguo Tratado de la CEE (220 TCE/17 TUE modificado por el Tratado de Lisboa), garantiza «el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado». Parece evidente que en ese *respeto del Derecho* se incluye el respeto a los principios generales del Derecho comunes a los Estados miembros. En la medida en que el respeto a los derechos fundamentales es contenido común de las constituciones de los Estados miembros, esos derechos se inscriben en los principios generales del Derecho comunes a los Estados miembros que son fuente del Derecho Comunitario.

El Tribunal se hizo eco, todavía tímidamente, de aquella interpretación de su Abogado General en el asunto *Stauder* de 1969 al decir que «la disposición litigiosa no revela ningún elemento suscepti-

---

[1] TJCE, sentencia de 4 de febrero de 1959, *Stork c. Haute Autorité*, 1-58, Rec. 1958-59, p. 63.

[2] TJCE, sentencia de 15 de julio de 1960, *Comptoirs de vente du Charbon de la Ruhr c. Haute Autorité*, 36, 37, 38 y 40-59, p. 890. Una de las empresas demandantes, Nold, alegaba que la Alta Autoridad había violado el art. 14 de la Ley Fundamental alemana, que garantiza el derecho de propiedad privada, al organizar la venta en común del carbón.

[3] Ibíd., p. 910.

ble de poner en causa los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del Derecho Comunitario, cuyo respeto asegura el Tribunal».[4] La concepción de los derechos fundamentales como principio general del Derecho procede de la doctrina del Conseil d'Etat francés. El Tribunal de Justicia, al acoger esta idea de apertura y flexibilidad, abrió una vía de largo alcance para todo juez que tenga que confrontar cualquier norma con los derechos fundamentales y deducir de ellos limitaciones de las atribuciones. Esa vía se mantiene todavía hoy en los Tratados (art. 6 TUE y del TUE modificado tras el Tratado de Lisboa; en adelante TUE de Lisboa), a pesar de que la Carta concrete tales derechos o remita a otros textos convencionales a través de las Explicaciones que forman parte de la Carta. El respeto a los derechos y libertades fundamentales como principio general de Derecho no tiene concreción, es indeterminado, por lo que permite una amplia apertura y utilización en vía judicial para inspirar su acción de control o freno al poder normativo sin poder derivar de esa identificación entre Derecho y principios generales el apoderamiento de competencias.

El Abogado General del caso *Stauder* fue más allá que el Tribunal y se pronunció por la existencia de unos principios comunes en el Derecho Constitucional de los Estados miembros que son fuente del Derecho Comunitario. Esto no significa que el Tribunal tenga que aplicar normas constitucionales sobre derechos fundamentales, sino hacer suyas «las nociones cualitativas comunes de los derechos constitucionales nacionales».[5]

Aunque el Tribunal no aludió expresamente en la sentencia *Stauder* a los principios generales comunes a los Estados miembros en tanto que extraídos de sus sistemas constitucionales, el Tribunal parece deliberadamente dispuesto a separarse de su doctrina anterior, como lo demostró un año más tarde en el asunto de la *Internationale Handelsgesellschaft*.[6] En aquella ocasión el Tribunal se pronun-

---

[4] TJCE, sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, 29-69, p. 425. El demandante atacó una decisión de la Comisión sobre venta de mantequilla a precio reducido a beneficiarios del régimen de asistencia social con divulgación de su nombre, porque a su entender violaba derechos fundamentales protegidos por la Ley Fundamental. Para el Tribunal de Justicia la decisión no imponía la identificación nominal de los beneficiarios.

[5] Así lo proponía el abogado general Roemer, ibíd., p. 428.

[6] TJCE, sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11-70,

ció sin miramientos sobre el respeto que merecen al Derecho Comunitario los derechos fundamentales distinguiendo los dos problemas básicos que en esta materia se plantean.

En primer lugar, reafirmó la primacía absoluta del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno, incluso constitucional, por lo que la invocación de violaciones realizadas, ya a los derechos fundamentales tal como son formulados, por la Constitución de un Estado miembro, ya a los principios de una estructura constitucional nacional, no podrían afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto sobre el territorio de ese Estado. El examen de la validez de los actos de las instituciones sólo puede ser apreciado a la luz del Derecho Comunitario reiterando el respeto a los principios de unidad y autonomía de ese ordenamiento.[7]

El segundo de los problemas que distinguió entonces es si en el Derecho Comunitario existe una garantía análoga a la protección ofrecida de manera diversa por las Constituciones de los Estados miembros; a lo que responde que, «en efecto, el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales de Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal» y, en consecuencia, la salvaguardia concreta de esos derechos se inspirará en «las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros». El Tribunal precisó entonces que no todos los derechos fundamentales se verían afectados sino sólo aquellos que encajan en «la estructura y objetivos de la Comunidad».[8]

De esa doble distinción se extraía que el Tribunal, en su misión de garantizar el respeto a los derechos fundamentales, no iba a examinar la conformidad de la norma comunitaria con una determinada Constitución, ni iba a tomar como contenido de esos derechos que había que proteger una concreta prescripción constitucional. No va a aplicar normas constitucionales en cuanto tales, sino las nociones cualitativas comunes a esos ordenamientos. Esas tradiciones constitucionales comunes nos llevarán a la determinación de los de-

---

pp. 1125 y ss. (este caso había de dar lugar a la sentencia controvertida del Tribunal Constitucional alemán de 29 de mayo de 1974). En aquella misma fecha, el Tribunal, en el asunto *Köster* (25-70, p. 1176), reiteró que el respeto a los derechos fundamentales está garantizado en el ordenamiento jurídico comunitario.

[7] Ibíd., p. 1135.

[8] Ibíd.

rechos fundamentales protegidos por el Derecho Comunitario mediante un sistema en el que lo que importa no es la coincidencia de derechos enunciados y protegidos en cada ordenamiento constitucional, sino, más bien, la calidad de la solución y, como señalara en la época Ganshof van der Meersch, teniendo en cuenta que esos derechos aparecen en los principios generales despojados de sus contingencias nacionales.[9]

Justo es reconocer que esta jurisprudencia favorable a la protección de los derechos fundamentales se inició como reacción defensiva a la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de Alemania (Auto de 18 de octubre de 1967)[10] y de Italia (sentencia *Frontini* de 27 de diciembre de 1973),[11] que amenazaban la primacía absoluta y la autonomía del Derecho Comunitario. La Corte Constitucional alemana expresó su reserva en el sentido de que, si apreciase en el futuro la posibilidad de que existieran violaciones a los derechos fundamentales de la Ley Constitucional alemana, aceptaría recursos de inconstitucionalidad contra normas europeas. Se preguntaba hasta qué punto el Estado podía desvincular a las instituciones comunitarias de su sometimiento a los derechos fundamentales en la atribución del ejercicio de derechos de soberanía, cuando al Estado en el ejercicio de sus poderes le era jurídicamente imposible desentenderse de su respeto. Por el contrario, la Corte Constitucional italiana no dudaba de la garantía segura y amplia de protección de los derechos en el sistema comunitario, pero se reservaría el control sólo en el caso, más que límite, casi impensable de que las instituciones hiciesen un uso o una interpretación aberrante de sus poderes.

En el asunto *Nold*[12] de 1974 el Tribunal de Justicia de la Comunidad sistematizó y consolidó su doctrina en esta materia, a sabiendas además de que el asunto *Internationale Handelsgesellschaft* había

---

[9] W. J. Ganshof van de Merrsch, «L'ordre juridique des Communautés européennes et le Droit International», *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International,* 1975, vol. III, p. 169.

[10] El texto de la sentencia puede verse en *Revue Trimestrielle de Droit Européen,* 1968, pp. 202 y ss.

[11] El texto de la sentencia puede verse en *Revista di Diritto Europeo,* 1974, núm. 1, pp. 13 y ss.

[12] TJCE, sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold c. Comisión*, 4-73, pp. 491 y ss.

sido admitido en la Corte Constitucional de Alemania y estaba a punto de emitirse sentencia. Para el Tribunal de Justicia el respeto a los derechos humanos forma parte del Derecho Comunitario en calidad de *principio general del Derecho* que vincula a las instituciones y a los Estados miembros cada vez que apliquen el Derecho de la Unión.

Se confirmaba, pues, que los estándares constitucionales nacionales forman parte del Derecho Comunitario que el Tribunal va a proteger. El Tribunal añadió, en esa ocasión, otro marco jurídico que desde entonces tiene en cuenta en su misión de protección de esos derechos «[…] los instrumentos internacionales relativos a la protección de los Derechos…, a los que los Estados miembros han cooperado o adherido, pueden suministrar igualmente indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho Comunitario».[13]

Se concretaban los parámetros normativos del principio general de Derecho, para tener una referencia o catálogo, en los convenios internacionales que vinculan a los Estados miembros, en especial el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) —adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, así como sus protocolos posteriores[14]— y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Por tanto, las disposiciones constitucionales de España y de otros Estados miembros no son ajenas al Derecho de la Unión, por lo que los estándares constitucionales de protección de derechos fundamentales de la Constitución Española (como las de los otros Estados miembros) deben ser respetados por las normas comunitarias. Resulta obvio decirlo pero no podemos perder derechos ni protección por la integración europea.

El Tribunal recordaba su doctrina expuesta en los casos anteriormente citados, advirtiendo que «no admitirá medidas incompatibles con los Derechos Fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados». Ahora bien, los derechos

---

[13] Ibíd., p. 508.

[14] Entró en vigor el 3 de septiembre de 1953; España lo ratificó el 29 de septiembre de 1979 y entró en vigor para España el 4 de octubre de 1979. Comprende 14 protocolos, aunque el decimocuarto aún no ha entrado en vigor. Tras las enmiendas del Protocolo número 11 al conjunto del Convenio, véase el texto refundido en el *BOE* de 6 de mayo de 1999 y corrección de errores en el *BOE* de 12 de junio de 1999.

fundamentales que aparecen en las constituciones son en algunos casos derechos intangibles, prerrogativas absolutas que no admiten, en sí mismos, límite alguno (derecho a la vida, prohibición de torturas…), pero hay otros que en «todas las Constituciones de los Estados miembros […] lejos de aparecer como prerrogativas absolutas, deben ser considerados en vistas de la función social de los bienes y actividades protegidos». En el orden comunitario la aplicación de ciertos límites vendrían «justificados por los objetivos del interés general perseguidos por la Comunidad».

A pesar de la sentencia *Nold,* la Corte Constitucional de Alemania adoptó la sentencia *Solange I* de 29 de mayo de 1974,[15] en la que, si bien no se constataba la violación de derechos fundamentales por una norma comunitaria, era en sí misma una violación del Derecho Comunitario al aceptar entrar en su control de compatibilidad. En esa sentencia el Tribunal Constitucional alemán reprochaba que en ese momento el Derecho Comunitario no poseía instrumentos normativos ni judiciales para garantizar una protección de los derechos similar a la de la norma constitucional alemana, exigiendo una serie de condiciones (*en tanto* no hubiera elecciones al Parlamento Europeo dotado de competencias legislativas, *en tanto* no hubiera compromiso con los derechos fundamentales mediante un catálogo) para no llevar a cabo el control de compatibilidad del Derecho Comunitario con las garantías constitucionales alemanas.

A pesar de la conmoción que causó la decisión de la Corte alemana, la doctrina *Nold* del Tribunal de Justicia europeo se vio respaldada por las otras instituciones europeas[16] y por jurisprudencia posterior, como la sentencia *Hauer* de 1979. La demandante, señora Liselotte Hauer, había solicitado al Land de Renania-Palatinado una autorización para plantar viñedos en un terreno del que era propietaria. Aunque la autoridad regional había rechazado su petición por inadecuación de los terrenos aplicando una ley alemana, cuando se impugnaba ese acto nacional entró en vigor el Reglamento comunitario 1162/1976, de 17 de mayo de 1976, que prohibía tem-

---

[15] El texto de la sentencia puede verse en *Cahiers de Droit Européen*, 1975, núm. 1-2, pp. 149 y ss.

[16] Destaca la *Declaración Común* del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión de 5 de abril de 1977, *DO* C 103, de 27 de abril de 1977, p. 1.

poralmente toda plantación nueva de viñedos. El *Verwaltungsgericht* de Neustadt planteó en reenvío prejudicial de interpretación ante el Tribunal de la Comunidad varias cuestiones, entre las que interesa la relativa a la garantía de los derechos fundamentales en el orden jurídico-comunitario, dado que existía una duda sobre su compatibilidad con derechos garantizados en la Ley Fundamental (derecho de propiedad y al libre ejercicio de actividades profesionales). El Tribunal de Justicia de la Comunidad, en su sentencia, reafirmó: «[…] la cuestión relativa a un atentado de los derechos fundamentales por un acto institucional de las Comunidades no puede ser apreciado más que en el marco del Derecho Comunitario mismo. La introducción de criterios de apreciación particulares, procedentes de la legislación o del orden constitucional de un Estado miembro determinado, por el hecho de atentar a la unidad material y a la eficacia del Derecho Comunitario, tendría por efecto, irremisiblemente, quebrar la unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad».[17]

Además, el Tribunal de la Comunidad repite literalmente los argumentos esgrimidos en sus sentencias más importantes en la materia como *Internationale* y *Nold,* anteriormente citadas, y no oculta su satisfacción al decir que esa jurisprudencia ha sido reconocida por el resto de las instituciones comunitarias en la Declaración Común de 5 de abril de 1977. De esta sentencia cabe destacar el tratamiento que se da a los límites a los derechos fundamentales en función de los objetivos de la Comunidad, teniendo en cuenta el CEDH y las disposiciones de varias constituciones de Estados miembros que cita y compara para deducir la legalidad de las restricciones al derecho de propiedad.[18]

Con esa buena disposición para la protección de los derechos y libertades fundamentales, el Tribunal recibió numerosos asuntos sobre derechos humanos en los años ochenta (y desde entonces hasta ahora). Así, además de las importantes sentencias ya citadas, hay que destacar, como asuntos relevantes en aquellos años setenta y ochenta en los que se forjaba su doctrina protectora, por ejemplo, el asunto *Prais,* en relación con el principio de no discriminación en

---

[17] TJCE, sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Hauer*, 44-79, p. 3744.
[18] Loc. cit., pp. 3744-3751.

razón de la religión; constató en esa ocasión que la Comisión no había discriminado a la demandante en un concurso de acceso a la función pública por el hecho de profesar una determinada religión.[19] El Tribunal se preocupó en los asuntos *Uberschar*, *Durberck* y *Edeka*[20] del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. En los asuntos *Testa, Maggio* y *Vitali*[21] se ocupó de los derechos de carácter social. En la sentencia *Van Landerwick* desestimó alegaciones, que se referían al respeto a ciertas garantías procesales.[22] La protección de la intimidad de las personas morales fue la imputación que sostuvo la parte demandante contra la Comisión en la sentencia *National Panasonic*[23] y en *A.M. & Europe c. Comisión*[24] estimó la existencia de violación del secreto profesional en una actuación de la Comisión. En el asunto *Razzouk*, el Tribunal anuló una decisión de la Comisión que negaba una pensión de viudedad a un consorte de funcionaria comunitaria porque violaba un derecho fundamental de no discriminación por razón de sexo.[25]

También en esos años los Estados miembros invocaron la protección de los derechos fundamentales frente a la Comisión. Así, la República Federal de Alemania alegó violaciones de la Comisión como medio de defensa contra la aplicación de un Reglamento de la Comisión sobre vinos de calidad producidos en regiones determinadas que imponía ciertas restricciones al derecho de propiedad que, a su juicio, no estaban justificadas por el interés general. Sin embargo, el Tribunal falló, en 1986, que, a la vista de los objetivos de

---

[19] TJCE, sentencia de 27 de octubre de 1976, *Prais*, 130-75, pp. 1589 y ss.

[20] TJCE, sentencias de 8 de octubre de 1980, *Uberschär*, 810-79; 15 de julio de 1982, *Edeka*, 245-81; 1 de abril de 1982, *Durberck*, 11-8. Fundados en el principio de no discriminación en razón de la nacionalidad se impugnaron en aquellos años, con suerte diversa, normas estatales en estos asuntos: TJCE, sentencias de 5 de marzo de 1980, *Pecastaing*, 98-79; 29 de octubre de 1980, *Boussac*, 22-80; 14 de julio de 1981, *Sergius Oebel*, 155-80; 14 de enero de 1982, *Reina*, 65-8.

[21] TJCE, sentencia de 19 de junio de 1980, *Testa, Maggio* y *Vitali*, 41-71 y 121/79, pp. 1979 y ss.

[22] TJCE, sentencia de 29 de octubre de 1980, *Van Landerwick*, 209 a 215 y 218-78, pp. 3125 y ss.

[23] TJCE, sentencia de 26 de junio de 1980, *National Panasonic*, 136-79, pp. 2033 y ss.

[24] TJCE, sentencia de 18 de mayo de 1982, *A.M. & Europe c. Comisión*, 155-79, pp. 1575 y ss.

[25] TJCE, sentencia de 20 de marzo de 1984, *Razzouk et Beydoun* c. *Comisión*, 75 y 117-82, 8, pp. 1509 y ss.

interés general de las disposiciones en cuestión, tales restricciones no entrañaban ninguna limitación indebida al ejercicio de los derechos fundamentales.[26]

Hay que precisar que también en ocasiones el Tribunal de Justicia ha construido su sentencia centrada en torno al respeto de los derechos fundamentales de carácter social o económico (conferidos por el orden jurídico comunitario o por las constituciones de los Estados miembros), cuando los demandantes imputaban presuntas violaciones a particulares (por ejemplo, empresas) o a los Estados cuando se situaban en el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario, en procedimientos en vía prejudicial,[27] que de constatarse, en base a los elementos que se desprendan de la sentencia en interpretación del Tribunal comunitario, significaría que habría existido violación al Derecho Comunitario (por ejemplo, discriminación por razón de sexo o de la nacionalidad). Su respeto se impone, además de a las instituciones comunitarias, a los Estados y a los particulares.

Así, en las sentencias *Defrenne*, *Macarthys*, *Worringhan and Humphrys*, *Jenkins*, *Garland*, *Burton y Marshall,* el Tribunal tuvo que juzgar actuaciones de empresas y en algún caso de Estados que, según las demandantes, no respetaban el derecho a no ser discriminadas por razón de sexo, que, aparte de su eventual exigencia constitucional, es un predicado básico del Derecho Comunitario.[28]

Era bien evidente que desde los años setenta el Tribunal de Justicia mostraba una especial sensibilidad hacia las alegaciones fundadas en la protección de derechos fundamentales, tanto en el contexto de actuaciones nacionales (en las relaciones horizontales y verticales) como en el contexto de las actuaciones de las institucio-

---

[26] TJCE, sentencias de 18 de septiembre de 1986, *Comisión* c. *Alemania*, 116-82; 8 de octubre de 1986, *Ministerio público de Friburgo* c. *E. Keller*, 234-85.

[27] A veces el procedimiento era el recurso por incumplimiento presentado por la Comisión contra el Estado infractor: así, ya en aquella época el Tribunal condenó a Alemania por haber dificultado la defensa de los derechos de las personas eventualmente lesionadas por medidas discriminatorias en razón del sexo al no transponer correctamente la Directiva 76/207(sentencia de 21 de mayo de 1985, *Comisión* c. *Alemania*, 248-83).

[28] TJCE, sentencias de 8 de abril de 1976, *Defrenne*, 43-75; 27 de marzo de 1980, *Macarthys*, 129-79; 11 de marzo de 1981, *Worringhan and Humphrys,* 69-80; 31 de marzo de 1981, *Jenkins*, 96-81; 9 de febrero de 1982, *Garland*, 12-81; 16 de febrero de 1982, *Burton*, 19-81; 26 de febrero de 1986, *Marshall*, 152-84, etc.

nes comunitarias. Teniendo en cuenta el decidido propósito del Tribunal de proteger los derechos fundamentales en el amplio marco de los principios generales del derecho y habiendo precisado los parámetros normativos (las tradiciones constitucionales comunes y los instrumentos internacionales, en tanto que principios generales del derecho comunes a los Estados miembros) que servirán de marco jurídico de referencia para todas las instituciones, Estados miembros y ciudadanía, era comprensible que el mismo Tribunal Constitucional alemán reconociera en su sentencia *Solange II* de 1986 que, a pesar de la ausencia de un catálogo codificado de derechos propio de la Comunidad, la protección por parte del Tribunal de Justicia en esos años permitía dar un giro a sus reproches *(en tanto que)* y constatar que *mientras* hubiera esa protección comunitaria declinaría asumir el control de compatibilidad.[29]

Luego, en ausencia de un texto propio, el Tribunal de Justicia europeo viene exigiendo a las instituciones comunitarias, so pena de nulidad del acto comunitario, que respeten los derechos fundamentales tal como se reconocen en las constituciones nacionales y en los Convenios de los que son parte los Estados miembros en calidad de principios generales del Derecho.[30] Desde mediados de los años setenta y en la actualidad, disponemos —gracias a la labor judicial del Tribunal de Justicia— de unos estándares normativos —independientemente de la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales—, en materia de derechos fundamentales que no pueden ser desconocidos por el Derecho derivado y que pueden ser objeto de sanción judicial.

---

[29] En efecto, un giro a su jurisprudencia se consumó en la sentencia de *Solange II,* de 22 de octubre de 1986, en la que se declaraba que se abstendría de verificar la conformidad del Derecho Comunitario con los derechos fundamentales de la Constitución alemana *en tanto que* las comunidades europeas y su Tribunal aseguren una protección eficaz de los derechos fundamentales como ya lo venían haciendo. El texto de la sentencia puede verse en *Revista de Instituciones Europeas,* 1987, núm. 3, pp. 881 y ss.; y comentario de G. C. Rodríguez Iglesias, «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986», ibíd., pp. 667 y ss.

[30] Por poner un ejemplo más reciente en el que el Tribunal recuerda que sigue aplicando los convenios internacionales sobre derechos humanos en tanto que principios generales del Derecho Comunitario: sentencias de 27 de junio de 2006, *Parlamento/Consejo*, C-540/03; 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH y Avides Media AG*, C-244/06.

No ha habido desprotección en los ámbitos de competencia atribuidos en los tratados ya que ni las instituciones comunitarias ni los Estados miembros pueden adoptar normas contrarias a los derechos humanos y libertades fundamentales, anulando aquellas normas comunitarias que violaban derechos humanos o declarando la infracción del Estado miembro que los violase en ámbitos de competencia comunitaria. El Tribunal de Justicia ha ejercido, ejerce y seguirá ejerciendo el control judicial sobre los actos de las instituciones y de los Estados cuando aplican actos comunitarios[31] de conformidad con su jurisprudencia *Nold* y, en su caso, con la Carta de los Derechos Fundamentales.

Pero aun así el proceso de constitucionalización de una dogmática apenas si comenzaba y de una forma poco transparente para la ciudadanía, especialmente en el continente, acostumbrada a que las constituciones contengan una parte bien sistematizada de los derechos y deberes de los ciudadanos y los derechos fundamentales de toda persona.

A falta de un catálogo propio, esa apertura del Tribunal de Justicia hacia las tradiciones constitucionales nacionales y los convenios internacionales de los que sean parte los Estados miembros fue saludada muy favorablemente por el resto de instituciones comunitarias e indirectamente por los propios Estados miembros y la doctrina.

3. El apoyo de las instituciones a la protección judicial de los derechos humanos

La formalización de ese apoyo fue la citada Declaración Común, adoptada solemnemente el 5 de abril de 1977 por las tres instituciones que participan en el proceso de decisión: Comisión, Parlamento y Consejo.[32] Los representantes de la ciudadanía, los de los Estados miembros y la institución supranacional hicieron suya la jurisprudencia del Tribunal en el caso *Nold*, la reprodujeron literalmente y se comprometieron cada uno por sí mismo a respetar y continuar res-

---

[31] Sería interminable la lista de sentencias de los últimos años en las que el Tribunal mantiene su compromiso con el respeto a los derechos fundamentales conforme a los parámetros de la sentencia *Nold*. Véase una selección, a título de ejemplo, en las notas 33 a 51.

[32] Citada en nota 16.

petando los derechos humanos cada vez que propongan o decidan una norma comunitaria: reconocen que siempre han estado y seguirán estando sometidos al principio del respeto del Derecho y que éste comprende el respeto no sólo a las reglas de los tratados y del Derecho derivado, sino también a «los principios generales del Derecho y en particular a los derechos fundamentales, principios y derechos sobre los que se funda el derecho constitucional de los Estados miembros», por lo que tendrán en cuenta los derechos fundamentales «que resultan en particular de las Constituciones de los Estados miembros, así como del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales».

Esta Declaración política, de valor cuasiconstitucional en el contexto de los tratados de la época, daba un espaldarazo por parte de los Estados y la ciudadanía al control ejercido por el Tribunal comunitario sobre los actos de las instituciones y de los Estados, confiriendo *mayor legitimación al poder judicial* en el campo de la protección de los derechos humanos, como reconoció la Comisión. Ese apoyo reconfortó al Tribunal comunitario, a la ciudadanía y a los operadores jurídicos al confirmarse que los poderes públicos europeos y nacionales se someten a unos límites y que deben respetar la esfera privada y pública de la ciudadanía.

Desde los años setenta quedaba configurado el respeto a los derechos fundamentales como un criterio de *legalidad* que limita la actividad comunitaria. Lo que faltaba era configurar la protección de los derechos humanos como un criterio de *legitimación* democrática del proceso mismo.

La labor del Tribunal de Justicia de la Unión ha seguido siendo encomiable en todos estos años al controlar y hacer respetar derechos (además de los citados de libertad religiosa, no discriminación por razón de la nacionalidad[33] o de sexo[34]), como el de la dig-

---

[33] Por ejemplo, entre otras muchas, sentencias de 1 de febrero de 2001, *Dennis Mac Quen y otros c. Grandvision Belgium*, C-108/96; 20 de septiembre de 2001, *Rudy Grzelczik*, C-184/99; 25 de julio de 2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie; ASBL (MRAX) c. Etat belge*, C-459/99; 2 de octubre de 2003, *C. García Avello c. Estado Belga*, C-148/02; 15 de marzo de 2005, *Dany Bidar c. London Borough of Ealing*, C-209/03.

[34] Por ejemplo, entre decenas y decenas, en las sentencias de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, C-177/88; 14 de julio de 1994, *Carol WEBB c. EMO Air Cargo* C-31/93; 30 de abril de 1998, *Evelyne Thibault*, C-136/95; 3 de febrero de 2000, *Silke-Karin Mahlburg c. Land*

nidad humana,[35] la libertad de expresión,[36] libertad de asociación,[37] libertad de manifestación,[38] tutela judicial efectiva y proceso justo,[39] derecho a la defensa y a un juicio contradictorio,[40] respeto a la vida privada y familiar y, por ello, a la reagrupación familiar;[41] protección de la infancia,[42] secreto médico,[43] inviolabilidad del domicilio,[44] el derecho de propiedad,[45] derechos de propiedad intelectual,[46] no discriminación en las prestaciones sociales a favor de los trabajadores inmigrantes,[47] protección frente al despido de un

---

Mecklenburg-Vorpommern, C-207/98; 10 de febrero de 2000, *Deutsche Post c. Elisabeth Sievers y otras*, C-270/97 y C-271/97; 26 de junio de 2001, *Brunnhofer*, C-381/99; 4 de octubre de 2001, *María Luisa Jiménez Melgar c. el Ayuntamiento de Los Barrios*, C-438/99; 29 de noviembre de 2001, *Griesmar*, C-366/99; 17 de septiembre de 2002, *Lawrence y otros*, C-320/00; 18 de marzo de 2004, *Merino Gómez*, C-342/01; 1 de febrero de 2005, *Comisión c. Austria*, C-203/03; 3 de octubre de 2006, B. F. Cadman y *Health & Safety Executive*, C-17/05; 6 de diciembre de 2007, *Ursula Voss c. Land Berlin*, C-300/06; 26 de febrero de 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner, OHG*, C-506/06, etc. Más jurisprudencia sobre no discriminación por razón de sexo puede verse en esta misma obra en el comentario al art. 23 de la Carta.

[35] TJCE, sentencia de 9 de octubre de 2001, *Países Bajos c. PE y Consejo de la UE*, C-377/98.

[36] TJCE, sentencias de 18 de junio de 1991, *ERT*, C-260/89; 26 de junio de 1997, *Vereinigte Familapress*, C-368/95 y 6 de marzo de 2001, *Connolly*, C-274/99; 12 de septiembre de 2006, *Laserdisken*, C-479/04.

[37] TPI, sentencia de 2 de octubre de 2001, *Martínez y otros c. PE*, asuntos acumulados T-222, 327 y 329/99.

[38] TJCE, sentencia de 12 de junio de 2003, *E. Schmidberger, Internationales Transporte und Planzüge c. Austria*, C-112/00.

[39] TJCE, sentencias de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, 222/84; 1 de abril de 1987, *Dufay c. Parlamento, 257/85;* 15 de octubre de 1997, *Unectef c. Heylens*, 222/86; 12 de julio de 2005, *Alliance for Natural Health y otros*, C-154/04 y C-155/04; 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05;

[40] TJCE, sentencia de 13 de febrero de 1979, *Hoffman-La Roche c. Comisión*, 85/76; 28 de marzo de 2000, *Krombach c. Bamberski*, C-7/98; 2 de mayo de 2006, Eurofood, C-341/04.

[41] TJCE, sentencias de 17 de abril de 1997, *Kadiman, C-351/95*; 31 de mayo de 2001, *D. c. Consejo*, C-122 y 125/99; 11 de julio de 2002, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, C-60/00; 19 de octubre de 2004, *Secretary of State for the Home Department c. Catherine Zhu y Lavette Chen*; 11 de diciembre de 2007, C-291/05, *Eind*; 20 de mayo de 2008, Bosmann, C-352-06.

[42] Por ejemplo, sentencias de 16 de junio de 2005, *Maria Pupino*, C-105/03; 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH y Avides Media AG*, C-244/06.

[43] TJCE, sentencia de 8 de abril de 1992, *Comisión c. Alemania*, C-62/90.

[44] TJCE, sentencia de 26 de junio de 1980, *National Panasonic*, 136/79; 18 de mayo de 1989, *Comisión c. Alemania*, 249/86.

[45] TJCE, sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Hauer*, 44/79.

[46] Entre muchas, sentencias de 12 de septiembre de 2006, *Laserdisken*, C-479/04; 29 de enero de 2008, *Productores de Música de España (Promusicae) y Telefónica de España, SAU*, C-275/06.

[47] TJCE, sentencias de 3 de julio de 1974, *Casagrande;* 15 de enero de 1986, *Pinna*, 41/84; 12 de mayo de 1998, *Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, C-85/96.

transexual[48] y su derecho al matrimonio tomando en consideración su nuevo sexo,[49] no discriminación por razón de la edad,[50] etc.

La valoración de conjunto del esfuerzo de todas las instituciones comunitarias para someterse al respeto a los derechos fundamentales es altamente positiva y, en especial, por parte del Tribunal de Justicia que ha ido elaborando y asumiendo con firmeza una función eficaz de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. El Tribunal había cerrado así una grieta por la que algunos Estados y, en especial, las jurisdicciones constitucionales podían intentar escapar, en un terreno particularmente sensible a la opinión pública, a la exacta observancia de los principios de la primacía y de la aplicación uniforme del Derecho Comunitario.

Esta jurisprudencia tan progresiva del Tribunal de Justicia siguió siendo acogida y apoyada por las instituciones y por los juristas en los años ochenta y siguientes hasta el punto de que el Acta Única Europea (1987) incluye aquella afirmación jurisprudencial del caso *Nold* en su preámbulo y, poco después, el Tratado de Maastricht (1992) la proclamaba explícitamente en su articulado (antiguo art. F, más tarde art. 6). Los tratados reconocían el fundamento ideológico de la integración en el principio del respeto a los derechos fundamentales, tal como lo había formulado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La simbiosis entre el acervo jurisprudencial y el reconocimiento en el Tratado era perfecta. Y se mantiene hoy.

Aquel precepto del Tratado de Maastricht se completaba poco después por la reforma del Tratado de Amsterdam (1997) al art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE), proclamando la existencia de unos principios comunes de la Unión Europea con sus Estados miembros, entre el que se encuentra el principio del respeto a los derechos humanos. Se añadió una importante precisión: que su respeto es una condición para el ingreso en la Unión (art. 49 TUE) y,

---

[48] TJCE, sentencia de 30 de abril de 1996, *P c. S y Cornwall County Council*, C-13/94.

[49] TJCE, sentencia de 7 de enero de 2004, *K. B. c. National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, C-117/01. Es recomendable, particularmente, la lectura de las Conclusiones del abogado general Dámaso Ruiz Jarabo.

[50] TJCE, sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm,* C-144/04; 16 de octubre de 2007, *Félix Palacios c. Cortefiel Servicios SA,* C-411/05 y de 23 de septiembre de 2008, *Birgit Bartsch y Bosch und Siemens Hausgeräte,* C-427/06.

no menos trascendente, que en caso de infracción grave y persistente se podrá sancionar al Estado infractor (art. 7 TUE).[51]

Pero los Tratados de Maastricht y Amsterdam no añadieron más precisión que ese reconocimiento expreso por el Derecho originario de la jurisprudencia *Nold,* en relación con el compromiso de respetar los derechos fundamentales. La constitucionalización jurisprudencial y convencional debía completarse con una doble vinculación complementaria, objetiva y transparente:

— mediante la adhesión de las Comunidades Europeas al convenio elaborado en el marco del Consejo de Europa (el Convenio Europeo de Derechos Humanos —CEDH— de 1950), y
— elaboración por las propias Comunidades Europeas de un texto normativo propio.

4. Tentativas de elaboración de un texto propio de derechos humanos y de adhesión al CEDH

Un catálogo de derechos propio añadiría transparencia y clarificaría el marco jurídico de la protección judicial. Pero la protección judicial era adecuada, flexible y al menos suficiente. Aunque había satisfacción por la protección judicial, a finales de los años setenta se reveló otra línea paralela a la judicial que propugnaba la adhesión formal de la Comunidad Europea al Convenio de Roma de 1950 para solucionar ese vacío de un catálogo concreto donde se enuncien cada uno de los derechos fundamentales que las instituciones deben respetar en el ejercicio de sus poderes. La eventual adhesión de la Comunidad al Convenio de Roma despertó un enriquecedor debate institucional y doctrinal con decididas posiciones a favor de la misma, entre las que destacaron la de W. J. Ganshof van der Meersch y el Memorándum de la Comisión.[52]

---

[51] Estos preceptos se mantienen en el TUE tras la reforma del Tratado de Lisboa (arts. 2, 6.3, 7 y 49).

[52] Entre los documentos y doctrina más relevantes que suscitaron el debate: «Memorandum concernant l'adhésion des Communautés européennes á la Convention de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», presentado por la Co-

Sin embargo, no tuvo apoyos entre los Estados en aquellos años. Además, el Tribunal de Justicia no tuvo reparos en invocar y comparar las normas comunitarias con el Convenio Europeo en tanto que concreción del *principio general de derecho* de protección de derechos humanos.

Situación distinta hubiera sido si en los tratados se hubiera reconocido competencia normativa a las instituciones en materia de derechos humanos. Cuando en virtud de los tratados hay una atribución específica de competencias en favor de las instituciones comunitarias, el Tribunal se ha mostrado a favor de la obligatoriedad para la Comunidad de convenios internacionales que regulaban anteriores competencias estatales en base al antiguo art. 234 del Tratado CEE (principio del mantenimiento de las obligaciones existentes, art. 307 TCE/351 TFUE). Así, en la sentencia *International Fruit*, sobre la vinculación de la Comunidad al GATT (General Agreement on Tariffs and Trade; Acuerdo general sobre comercio y aranceles), declaraba que habiendo asumido la Comunidad competencias transferidas por los Estados, éstos «mostraron su voluntad de vincularla por las obligaciones contraídas en virtud del Acuerdo General […] por lo que […] las disposiciones de este Acuerdo tienen por efecto vincular a la Comunidad». En la sentencia *Kramer* era aún más diáfano: «en la medida en que asume competencias de los Estados está limitada por las mismas reglas que se imponen a éstos».[53] La pertenencia a la Comunidad no libera a los Estados miembros de sus obligaciones internacionales anteriores.

---

misión, suplemento del *Bulletin* CE 2/79; W. Ganshof van der Meersch, ob. cit., pp. 174-180; M. Sorensen, «Punti di contatto tra la Convenzione europea dei diritto dell'uomo ed il diritto delle Comunitá europee», *Rivista di Diritto Europeo*, 1978, pp. 163-172; L. Ferrari Bravo, «Problemi tecnici dell'adesione delle Comunitá europee alla Convenzione europee dei diritti dell' uomo», *Rivista di Diritto Europeo*, 1979, núm. 4, pp. 347-359; G. Sperduti, «Le rattachement des Communautés européennes á la Convention de Rome sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», *Revue du Marché Commun*, 1980, pp. 170-173; M. A. Dauses, «La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1984, núm. 3, pp. 401-424.

[53] TJCE, 12 de diciembre de 1972, *International Fruit*, 21 a 42-72; 16 de marzo de 1983, *SPL y Michelin*, 267, 268 y 269-81 y *Singer et Geigy*, 290 y 291-81; 14 de julio de 1976, *Kramer*, 3, 4 y 6-76; 19 de noviembre de 1975, *Nederlandsche Spoorwegen*, 38-75; 14 de octubre de 1980, *Burgoa*, 812-79.

Ahora bien, los Estados no han atribuido, específicamente, a las instituciones de la Comunidad competencias sobre regulación y protección de los derechos fundamentales (ni tan siquiera lo prevé el Tratado de Lisboa de 2007 ni la fracasada Constitución Europea de 2004), por lo que no podría hablarse de sustitución propiamente dicha; pero, como observaba entonces J. V. Louis, aunque no hayan sido objeto de una atribución de competencias a la Comunidad, esa atribución es «susceptible de influir en su ejercicio», por lo que en opinión del citado autor «vinculan a las Instituciones de la Comunidad y forman parte integrante del orden jurídico comunitario los acuerdos que se refieran a los Derechos Fundamentales».[54]

El Tribunal de Justicia nunca consideró formalmente al Convenio de Roma como un acuerdo vinculante para la Comunidad, pero tuvo y tiene en cuenta ese Convenio así como otros instrumentos internacionales como parámetro para la protección de los derechos fundamentales, al examinar la compatibilidad de un acto comunitario con las disposiciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos; también en ocasiones tuvo en cuenta las concepciones comunes a las constituciones de los Estados miembros.

En los años ochenta se abandonó o se dejó de lado la idea de la adhesión el Convenio Europeo de Derechos Humanos y se intentó también elaborar un texto propio.

Precisamente, en relación con un texto propio, no se debe dejar de mencionar el constante compromiso del Parlamento Europeo; su primera tentativa de dotar de una tabla propia de derechos la constituye la Declaración de los derechos y libertades fundamentales aprobada el 12 de abril de 1989.[55] Destaca de esa resolución, en particular, el compromiso de la Unión Europea con la libertad y *seguridad* de *todo* individuo (art. 2); la prohibición de toda discriminación por razón de raza, pertenencia a una minoría nacional o social, lengua, religión… (art. 3.2); el derecho al respeto y a la protección de la identidad, el respeto a la esfera privada y vida familiar, derecho a un trabajo en condiciones justas (arts. 6, 13),

---

[54] J. V. Louis, «Mise en oeuvre des obligations internationales de la Communauté dans les ordres juridiques de la Communauté et de ses Etats membres», *Revue Belge de Droit International,* 1977, núm. 1-2, p. 131.

[55] *DO* C 120, de 16 de mayo de 1989, pp. 51 y ss.

etc. Esta Resolución no tuvo demasiado impacto pero al menos el Parlamento Europeo cumplió con su obligación política de elaborar un texto propio.

Tales progresos, a pesar de ser muy relevantes, no satisfacían la idea de configurar los derechos humanos como criterio de legitimación del proceso mismo de integración. A ese objetivo respondía la doble aspiración de la adopción de un texto normativo propio y de adhesión de la Unión Europea al CEDH para someter a las instituciones europeas a un *control judicial externo,* al igual que se someten al control del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo los tribunales supremos y constitucionales de nuestros Estados.

Pero tras el paso de los años y numerosos trabajos de la doctrina europea, volvió con fuerza en los años noventa el debate sobre la adhesión al CEDH. Ante las dudas jurídicas que suscitaba, por fin, el Consejo aceptó solicitar un dictamen al Tribunal de Justicia en vistas a la adhesión de la Comunidad al citado Convenio.

El TJCE estimó en su Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, que no había base jurídica que permitiese la adhesión, dado que ninguna disposición de los tratados confieren a las instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito, y que la adhesión al CEDH, que *tendría una envergadura constitucional,* sobrepasaría los límites del art. 308 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE; art. 352 TFUE). El Tribunal no se pronunció sobre la compatibilidad de la adhesión al CEDH con el Tratado, y en particular con el principio de autonomía del Derecho Comunitario, y con las competencias del Tribunal, pero exigió que dicha adhesión únicamente pudiera realizarse a través de una modificación del Tratado que incluyera tal competencia.

Dejando a un lado las justificadas críticas que mereció el Dictamen, lo cierto es que negó competencia a las Comunidades Europeas para adherirse al CEDH, salvo que se hiciera una reforma del Derecho originario atribuyendo de forma concreta dicha competencia para permitir tal adhesión.[56]

---

[56] Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Véase, por todos, el comentario de C. Escobar Hernández, «Comunidad europea y

Ya pasó el momento de analizar críticamente aquel Dictamen, pero es más que evidente que no era tanto un problema de competencia normativa expresa de las Comunidades Europeas en materia de derechos fundamentales como de obligación de respeto a un sistema de libertades y garantías. Ni las Comunidades Europeas ni los Estados miembros son *competentes* para respetar los derechos fundamentales: la cuestión central es que ambos están obligados a respetarlos. Es cierto que el respeto a los derechos humanos es una obligación para todo Estado miembro de la Unión Europea, en tanto que tal, exigible por el resto de Estados miembros y por las instituciones de la Unión Europea. Al fin y al cabo, el respeto al pluralismo político, el imperio del Derecho y el respeto a los derechos fundamentales eran y son condiciones para la adhesión de cualquier Estado europeo a las Comunidades Europeas desde los años cincuenta en su fundación. Es más, entonces, se era mucho más exigente que lo ha sido la Unión en relación con los Estados adheridos en la gran ampliación de 2004 y 2007.

Tras este Dictamen arreció la presión a favor de un catálogo propio de derechos humanos. También es cierto que los Estados miembros al adoptar los Tratados de Amsterdam (1997) y de Niza (2000), posteriores al Dictamen negativo del Tribunal de Justicia, no aceptaron atribuir la competencia expresa para la adhesión y mucho menos aún dar competencia a las instituciones para regular sobre derechos fundamentales. Luego, la *constitución comunitaria* carecía de un compromiso político con un sistema *propio* de derechos y libertades fundamentales que obligase a las instituciones comunitarias y a los Estados miembros en la construcción del sistema comunitario. Faltaba una declaración *propia* de derechos y libertades que fijase unos límites a los poderes públicos y garantizase un espacio público y privado de libertad a los nacionales de los Estados miembros y a cualquier ser humano que se encuentre en el territorio de éstos.

La Conferencia Intergubernamental (CIG) de 1996 no aceptó modificar los tratados en el sentido insinuado por el Tribunal co-

---

Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿el fin de una vieja polémica?», *Revista de derecho comunitario europeo,* 1996, núm. 3, pp. 817 y ss.

munitario y tampoco acordó establecer un catálogo propio de derechos fundamentales al que se sujetaría su obligación ineludible. Pero tampoco se fue de la *pequeña historia* de la integración sin dejar huella en el proceso lento, progresivo y constante de contribuir al andamiaje del compromiso con los derechos fundamentales.

5. La proclamación de los valores y principios de la sociedad europea en el Tratado de Amsterdam

En efecto, el art. 6.1 del TUE, precepto incluido por el Tratado de Amsterdam de 1997, establece que el respeto a los derechos humanos y a los principios de la libertad, la democracia y el Estado de Derecho son principios comunes a la Unión Europea y a sus Estados miembros. Este precepto revela que el TUE, en su calidad de norma fundamental, articula un pacto político-social entre pueblos y Estados (que siguen siendo soberanos e independientes, dotados del derecho de libre determinación) y expresa los valores que nos unen al exigir expresamente que la Unión se base en los comunes vínculos jurídicos de sus Estados miembros con los principios mencionados.

La construcción europea no se limita, pues, a los objetivos económicos, sino que su objetivo es crear un espacio de paz, como ha reiterado en numerosas ocasiones el Parlamento Europeo, por lo que el compromiso con los derechos humanos no se circunscribe a la relación jurídica convencional entre el Estado parte del CEDH y las instituciones propias del CEDH o de otros tratados internacionales (por ejemplo, el Convenio sobre Protección de Minorías o el Estatuto de los Refugiados).

Como espacio de paz, la obligación del respeto a los derechos humanos y a su activa promoción es una obligación jurídica comunitaria (art. 6.1) y una condición esencial del éxito del proyecto europeo, por lo que es un requisito expreso de ingreso e, implícito, de permanencia de pleno derecho en la entidad política comunitaria: todo ser humano que habite en la Unión Europea, cualquiera que sea su nacionalidad, ha de ser considerado beneficiario de ese valor universal y común, cual es el respeto a los derechos humanos en todo el territorio de los Estados de la Unión Europea.

El TCE, tal como se reformó por el Tratado de Amsterdam de 1998, dio un paso concreto en orden a la protección de algunos derechos fundamentales al reconocer que el Consejo de la Unión Europea puede adoptar normas para impedir las discriminaciones que no respetan la común dignidad de todo ser humano: las que son debidas a su raza, etnia, sexo, lengua, religión, discapacidad, orientación sexual, etc. (art. 13 TCE).[57] Se trata, pues, del reconocimiento de una obligación general asumida como propia y garantizada en el seno comunitario.

El malestar producido en medios sensibles a los derechos humanos, incluidos algunos Estados nórdicos, por el Dictamen 2/94 que cerraba la vía a la adhesión al Convenio Europeo, junto al hecho de que con ocasión del Tratado de Amsterdam no se lograra consenso para atribuir competencia para tal adhesión ni apenas se discutiese la posibilidad de una carta propia, fue haciendo mella en varios gobiernos.

6. Una Carta de Derechos Fundamentales como instrumento del tópico inevitable: la *constitucionalización* de la Unión Europea

A raíz de la adopción del Tratado de Amsterdam en 1998 han venido arreciando las voces de quienes estimaban que la Unión Europea se encaminaba desde entonces hacia un *proceso de constitucionalización* política. Se partía sesgadamente de la falsa creencia de que la Unión Europea ha estado muy poco estructurada políticamente y que carecía de objetivos políticos y de la dinámica de todo proceso político. Entienden que sólo en los últimos años, especialmente desde que una nueva ola de estudiosos se ha sumado al estudio de este viejo fenómeno, han ido forjándose nuevos instrumentos políticos que vertebran la Unión Europea y que se están iniciando los pasos y el debate que la puede llevar a definir el modelo político.

Desde hace decenas de años la doctrina europeísta viene afirmando que la integración europea estaba dotada de una constitu-

---

[57] En este sentido, la Comunidad Europea aprobó una Directiva que desarrollaba la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico (Directiva 2000/43/CE, *DO* L 180, de 19 de julio de 2000, p. 22).

ción material. Por tanto, el sistema de la integración no era un sistema asilvestrado, al margen de toda sistematización de objetivos políticos y de una completa articulación mediante instrumentos jurídicos. Decenas de años antes de que algunos descubrieran la Unión Europea, ésta ya había pasado por la roturación que da el Derecho a cualquier grupo social organizado políticamente.

La integración europea siempre se ha articulado mediante un conjunto de normas bien precisas y completas que articulan el ejercicio de las competencias por unas instituciones con atribuciones sustantivas importantes y de trascendencia jurídica, económica y social para los ciudadanos y las empresas. Además, siempre ha dispuesto de un sistema de protección jurisdiccional frente a los actos de las instituciones comunitarias. Antes nadie negaba que en ese conjunto normativo fundamental anidaba un proyecto político de convivencia entre Estados y pueblos soberanos e independientes.

Hablar de constitución material con un valor convenido ha sido una práctica científica y jurisprudencial consciente desde hace decenas de años y no una mera concesión retórica.

Ahora bien, los tratados constitutivos ni en el pasado, ni ahora, ni en un futuro cercano serán una constitución. El tiempo ha demostrado, como ya señalamos en 2002, que el Consejo Europeo de Laeken (diciembre de 2001) *había jugado de farol* al incluir expresamente entre sus interrogantes la opción de una constitución y que esta opción se incluía para dar solución a la falta de comprensión y transparencia de la quincena de tratados. El Consejo Europeo ha mantenido, tanto en 2001 en la Declaración de Laeken como en sus Conclusiones de junio de 2007, al cerrar la crisis constitucional con su Mandato, que «… el concepto constitucional… consistía en derogar todos los tratados vigentes y sustituirlos por un texto único denominado "Constitución"».

Pero la doctrina comunitarista y la jurisprudencia no se habían enredado con ese término y se había estimado que se podía decir que el conjunto de tratados era una *constitución material* con un valor convenido. En efecto, materialmente una constitución es la norma fundamental en una sociedad unida por determinados valores morales, políticos y culturales en la que se organizan los poderes, se establecen las garantías jurisdiccionales y se acuerdan unos objetivos de paz, libertad, bienestar, seguridad, que deben guiar la acción de los poderes establecidos.

Mientras que los tratados fundacionales desde los años cincuenta ya reflejaban varios de los elementos de una *constitución material* (una parte orgánica y un sistema de protección jurisdiccional), en el sistema de los tratados fundacionales y hasta los años noventa apenas los valores aparecían tácitamente reflejados en el Preámbulo de los tres tratados; entonces, la Dogmática era imperceptible, no la había realmente. Pero, en cambio, las otras dos partes clásicas de una constitución se satisfacían y se satisfacen con holgura en el sistema político comunitario, máxime ahora con la nueva sistematización del conjunto introducida por las reformas aportadas por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

En efecto, ya desde su fundación en los años cincuenta la parte orgánica de los tratados era y es un ejemplo de precisión y de ingenio político: la paridad institucional, el sistema de contrapesos, la iniciativa exclusiva en manos de una institución independiente, la moción de censura sobre la Comisión, la confluencia de varias instituciones en un mismo poder ejecutivo y legislativo, el diálogo y más tarde el *triálogo* entre las instituciones, un órgano judicial, etc. Todo estaba y está precisado con detalle en los tratados. Y se ha ido mejorando en sucesivas reformas con un reequilibrio del sistema para dar acogida a la imparable demanda de mayor democracia mediante la participación del Parlamento Europeo en el proceso legislativo.

Además de una parte orgánica, ha habido y hay una parte en la constitución material dedicada a la protección jurisdiccional de los derechos y al control del ejercicio de las competencias atribuidas y de compatibilidad de las normas. Precisamente, para exigir a las instituciones dotadas de poder normativo que, al utilizar sus poderes, respeten las competencias que les han sido atribuidas, así como los procedimientos y los límites competenciales establecidos en el Derecho originario, en definitiva, para asegurar que respetarían la *constitución comunitaria* en su actividad interna y externa, para ello se previeron procedimientos como los de nulidad y omisión. Al reconocer a favor del TJCE el monopolio del control de legalidad interna y externa, se estableció un sistema de control concentrado de constitucionalidad que confirma el valor o rango *constitucional material* del Derecho originario comunitario.

7. La Primera Convención: la elaboración de la Carta de Niza de los Derechos Fundamentales

El origen inmediato de la Carta de Niza hay que situarlo en ese malestar al que hacíamos referencia anteriormente. El Consejo Europeo, reunido en la ciudad alemana de Colonia el 3 y 4 de junio de 1999, tomó la decisión de elaborar una Carta de Derechos Fundamentales y definió los tres grupos o categorías de derechos que debería contener:

— derechos de libertad e igualdad y derechos procesales fundamentales, tal como se recogen en el CEDH y resultan de las tradiciones constitucionales comunes (los derechos civiles y políticos);
— derechos de la ciudadanía europea, reservados a los ciudadanos europeos; y
— también se deberían tener en cuenta los derechos económicos y sociales.

Los redactores de la Carta disponían, pues, de unas directrices en buena parte genéricas, pero limitativas del contenido y estructura. Esos tres ejes de articulación del conjunto de derechos eran y son ampliamente aceptados por la gran mayoría de la doctrina y se encuentran en un extenso número de textos constitucionales modernos y en textos convencionales generales sobre derechos humanos.

El Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001 en cuanto tal, en esta materia, no supuso un avance reseñable en el camino de construcción de una Dogmática europea. Pero simultáneamente a la negociación de dicho Tratado se gestó la Carta de los Derechos Fundamentales, mediante un método de debate y de redacción más abierto a los medios políticos y sociales que en las clásicas conferencias intergubernamentales.

La Carta no fue discutida, pues, por una conferencia diplomática como ha sido habitual en la práctica comunitaria europea. El debate y la redacción fueron abiertos a la sociedad y transparentes: se discutió en el seno de una asamblea o *Convención* formada por poco más de medio centenar de parlamentarios nacionales, eurodiputados y represen-

tantes de los gobiernos nacionales y de las instituciones y órganos comunitarios. También tuvieron acceso a los debates, a presentar informes y propuestas, las organizaciones más diversas de la sociedad civil.

Para entender mejor el alcance de la Carta de Niza, es importante señalar que en aquellos años, 1999 a 2002, la Carta se presentaba como un instrumento de reforma del sistema político a medio plazo *(constitucionalización del Derecho originario)* y como elemento impulsor del sentimiento común de pertenencia, con el fin de fortalecer la identidad de la Unión Europea: definir nuestro patrimonio colectivo de valores y derechos, que sirvan a su vez de fundamento a las políticas comunitarias. Era un elemento de *legitimidad* democrática del sistema. La elaboración de esta Carta fue un factor determinante del impulso del debate en torno a elaboración de la Constitución Europea que finalmente embarrancó en 2005.

En general, la labor de la Convención consistió en codificar el conjunto de derechos ya admitidos reafirmando el derecho existente: fue un trabajo de revelación de derechos. Fue un trabajo de síntesis que aglutinó derechos civiles, políticos, algunos de carácter económico y social procedentes de las constituciones nacionales, del propio Derecho de la Unión Europea y de tratados internacionales; en especial, es un resumen del CEDH.[58]

La Carta tiene 54 artículos y su formulación es sencilla y concisa. Pretende fijar los fundamentos más elementales en materia de derechos humanos y que sean fácilmente comprensibles y asimilables por todos los que vivan en la Unión.

El 7 de diciembre de 2000 se ponía fin en Niza, de forma solemne, al proceso de redacción de la Carta de los Derechos Fundamentales,[59] al estampar su firma los presidentes del Parlamento Eu-

---

[58] Como señalara P. Pescatore, el antiguo juez del TJCE, es un *remake* abreviado del Convenio Europeo, enriquecido con algunos derechos económicos, sociales y administrativos, que no tienen intrínsecamente nada de fundamentales. Echa en falta que, a la cosecha de derechos plagiados de otros documentos internacionales, no añadieran otros para asegurar de verdad un alto nivel de protección, como pretendían los redactores de la Carta, y reprocha que se evitara incluir la protección de los particulares contra los excesos de los actores sociales como los partidos políticos, los sindicatos, la prensa y los *mass media*, pero estima que hacer eso les hubiera requerido algo de imaginación y coraje («Guest editorial: Nice-Aftermath», *Common Market Law Review*, 2001, vol. 38, p. 267).

[59] El primer texto de la Carta de los Derechos Fundamentales se publicó en el *DO* C 364, de 18 de diciembre de 2000. Pero el texto definitivo, que ha sido proclama-

ropeo (Nicole Fontaine), del Consejo (Jaques Chirac) y de la Comisión (Romano Prodi).

De la Carta se pueden resaltar los compromisos de la Unión Europea y de sus Estados miembros con todo ser humano: respeto y protección de su dignidad, derecho a la seguridad, a la vida privada y familiar, derecho a la educación obligatoria, a la educación y enseñanza conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas, a condiciones de trabajo equivalentes a los ciudadanos de la Unión Europea, derecho al asilo, confinamiento, expulsión y extradición con límites (regla de *non refoulement),* no discriminación en tanto que seres humanos, igualdad hombre-mujer, protección especial de los niños, concretos derechos laborales, etc.

Pero la CIG que elaboró el Tratado de Niza no aceptó incluir la Carta de los Derechos Fundamentales entre los contenidos del Tratado. Sólo aparecía una referencia en la Declaración número 23 remitiendo a un nuevo debate y futura CIG el interrogante de su valor jurídico.

La Declaración número 23 anexa al Tratado de Niza, preveía promover un gran debate sobre el futuro de Europa en su promesa de un nuevo Tratado en el horizonte de 2004. En el año 2001 hubo una primera *fase de reflexión abierta.* A esa fase le sucedió una segunda *fase de debate estructurado* que el Consejo Europeo de Laeken concretó mediante una nueva Convención sobre el Futuro de Europa; ahora bien, la Convención actuaba con un mandato del Consejo

---

do de nuevo, debe consultarse en *DO* C 303, de 14 de diciembre de 2007. Sobre este texto se hace el comentario artículo por artículo en esta obra.

En general, sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, tal como se elaboró en Niza en 2002, véase J. A. Carrillo Salcedo, «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de derecho comunitario europea*, núm. 9, 2001, pp. 7 y ss.; A. Fernández Tomás, «La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: un nuevo hito en el camino de la protección», *Gaceta jurídica de la UE y de la competencia*, núm. 214, julio-agosto de 2001, pp. 15 ss.; R. Alonso García, «La Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea», *Gaceta jurídica de la UE y de la competencia*, núm. 209, septiembre-octubre de 2000, pp. 3 y ss.; A. Mangas Martín, «Carta de los Derechos Fundamentales y ciudadanía de la Unión Europea», *Estudios de derecho internacional en homenaje al prof. Ernesto J. Rey Caro*, t. II, Córdoba-Argentina, Editora Córdoba 2002, pp. 985-995; A. Rodríguez Bereijo, «La Carta de los Derechos Fundamentales», *Noticias de la UE*, núm. 192, enero 2001, pp. 9 y ss.; A. Vitorino, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2000, núm. 3, p. 502; M. Pi Llorens, *La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Barcelona, 2001.

Europeo (Laeken, 14 y 15 de diciembre de 2001), por voluntad de los Estados y no de la ciudadanía.

8. La (Segunda) Convención para el Futuro de Europa y la Carta de Niza. El fracasado Tratado Constitucional de 2004

La Declaración número 23 identificaba entre los cuatro problemas pendientes de solucionar para el año 2004 (los otros tres, simplificación de los tratados, participación de los parlamentos nacionales, delimitación de competencias) el de la inserción o no de la Carta de los Derechos Fundamentales en los tratados, adquiriendo así un valor vinculante incontestable y para que pudiera ser entonces invocada por los ciudadanos frente a las autoridades públicas comunitarias y nacionales.

Por ello, la Convención para el Futuro de Europa (la *Segunda,* pues la primera fue la que elaboró la Carta) decidió crear un Grupo de Trabajo (Grupo II) para que examinase varias cuestiones: la inserción de la Carta, la adhesión al CEDH y el acceso al Tribunal de Justicia para la defensa de los derechos humanos.

La Convención sobre el Futuro de Europa desarrolló sus trabajos entre febrero de 2002 y julio de 2003, fecha en la que adoptó el texto de proyecto del «Tratado por el que se crea una Constitución para Europa» que, a partir de octubre de ese mismo año, debatió y modificó la CIG hasta su adopción formal el 29 de octubre de 2004.[60] La composición de la Convención Europea para el Futuro de Europa estaba formada por:

---

[60] La bibliografía sobre el Tratado Constitucional es inmensa: F. Aldecoa Luzárraga, «Comentarios al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, ¿Qué es? ¿Un Tratado o una Constitución?», *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, Madrid, Real Instituto Elcano, 2004, pp. 19-85; E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol (dirs.), *Comentarios a la constitución europea*, 3 vols., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; J.-V. Louis, «Le projet de Constitution: continuité ou rupture», *Cahiers de Droit Européen*, 2003, núm. 3-4, pp. 215 y ss.; A. Mangas Martín, *La constitución europea*, Madrid, Intel, 2005; «La Conferencia intergubernamental de 2004: balance de un trabajo bien hecho», *Revista general de derecho europeo*, 2004, núm. 5 (www.iustel.com); «El modelo institucional de la UE en el proyecto de tratado constitucional», *Soberanía del estado y derecho internacional- homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Servicio de Publicaciones de las Universidades de Córdoba y Málaga, 2005, t. II, pp. 805-824; O. de Schutter

— una notable representación de los parlamentos nacionales (dos por cada Estado miembro o candidato a la ampliación —56 en total—), más 16 miembros del Parlamento Europeo;
— representantes de los presidentes de los gobiernos de los Estados miembros y candidatos —28 en total—, y dos representantes de la Comisión.

El Consejo Europeo nombró, a su vez, al presidente (Valéry Giscard d'Estaing) y dos vicepresidentes de la Convención, quienes junto a nueve miembros de la Convención formaban el *Praesidium*. Otras instituciones y órganos auxiliares enviaron observadores a la Convención.

Como en la primera Convención que elaboró la Carta de los Derechos Fundamentales, esta segunda aunaba la doble legitimidad que orienta siempre el proceso europeo, la intergubernamental y la democrática, nacional y europea, con la presencia de parlamentarios nacionales y europeos junto a representantes personales de los gobiernos (muchos de ellos ministros de Asuntos Exteriores). Y, en paralelo, se alentó la formación de un foro de la sociedad civil para que expresara también sus opiniones.

La Convención organizó sus trabajos a través de grupos. La Carta de Niza de 1999 fue endosada al Grupo II, presidido por el comisario de Justica e Interior, bien reconocido por su gran prestigio, Antonio Vitorino. Sobre el contenido sustantivo, el Grupo II acordó no alterar ni la estructura ni la redacción de la Carta; era para ellos un documento cerrado que recogía el consenso de la primera Convención. Entendía el Grupo de Trabajo que era un texto emblemático y recomendaba su inclusión como texto jurídico obligatorio. A partir de esa opción respetuosa con el contenido global de la Carta, proponía resolver algunas cuestiones más o menos técnicas: como el Tratado Constitucional tendría su propio Preámbulo, dudaban sobre la suerte del Preámbulo de la propia Carta. Este problema se resolvió, avanzada la Convención, cuando

---

y P. Nihoul (coord.), *Une Constitution pour l'Europe: réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruselas, Lacier, 2004; J. Vidal Beneyto, *El reto constitucional europeo*, Madrid, Dykinson, 2005; J. Ziller, *La nouvelle constitution européenne*, París, La Déconverte, 2004; *La constitución de la Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

se decidió estructurar el Tratado constitucional en cuatro partes, y la Carta ocuparía la Parte II conservando su propio Preámbulo (arts. 61-114 de la fracasada Constitución de 2004). También se querían añadir algunas precisiones que afectaron principalmente a las disposiciones horizontales relativas a la interpretación y aplicación de la Carta.[61]

Sobre la primera cuestión (su ubicación en el Tratado Constitucional y su fuerza vinculante), barajó media docena de opciones (*adjuntar* la Carta como declaración solemne; hacer una referencia indirecta a la Carta en el Tratado; hacer una referencia directa en el texto del Tratado o en el Preámbulo; que fuera un protocolo anejo; o incluir la totalidad de su articulado en el nuevo Tratado). Sólo las dos últimas daban valor vinculante a la Carta; el grupo se inclinó por las dos últimas y las recomendó al Pleno, pues garantizaban el carácter vinculante y la naturaleza constitucional de los derechos fundamentales.

Otra cuestión fue adaptar las referencias a las Comunidades Europeas y al TUE, o la estructura adoptada en Niza por capítulos. Cuestiones menores que se resolvieron con esas adaptaciones técnicas sin tocar el contenido de la Carta ni el conjunto de su redacción, con alguna mínima excepción que veremos luego. Posteriormente, al decidir la CIG que la numeración fuera correlativa en todas las partes, cambió la numeración de la Carta: inicialmente en el texto original de Niza eran 54 artículos[62] (del 1 al 54); en el fracasado Tratado Constitucional seguían siendo 54 artículos, pero su numeración era del II-61 al II-114.

También se planteó entonces el problema de las repeticiones o reiteraciones; la Segunda Convención, al incluir en la Parte I del Tratado Constitucional fracasado las normas básicas o la arquitectura fundamental, no pudo eludir un par de preceptos dedicados a enmarcar el respeto a los derechos fundamentales y especialmente presentar una síntesis de los derechos de la ciudadanía de la Unión

---

[61] Véanse, entre otros, los documentos siguientes: el Informe del Grupo II CONV 354/02; CONV 116/02; CONV 528/03, pp. 12-13; CONV 674/03.

[62] Tras el Tratado de Lisboa, al conferirle valor obligatorio pero sin incluirla en la estructura formal de los Tratados de la Unión Europea o de Funcionamiento, vuelve a tener la numeración original de 2001 (Preámbulo más arts. 1-54).

(eran en aquella versión los arts. I-9 y 10), derechos que se reiteran con más detalle en la Carta[63] (que era la Parte II de la fallida Constitución Europea). Lo mismo sucedía con el Título VI (arts. I-45 a 52; hoy Título II, disposiciones sobre los principios democráticos del TUE revisado por el Tratado de Lisboa, arts. 9-12 TUE) que proclama las bases *de la vida democrática de la Unión* y produce ciertas reiteraciones con la Carta de Niza. Pero se aceptó como inevitable la reiteración para hacer hincapié en los «componentes claves del particular modo de vida democrática de la Unión» y que «también pertenecen a los derechos *genuinamente* fundamentales».[64] Y es más importante señalar que la Convención y luego la CIG de 2004 añadieron a la Carta de Niza algunos párrafos de gran alcance en las llamadas cláusulas transversales u horizontales.

En definitiva, al margen de esas precisiones, el articulado de la Carta de Niza fue confirmado por la Convención que redactó el fallido Tratado Constitucional incorporándola a dicho Tratado como su Parte II.

En la Parte I de la Constitución se establecía, en el precepto marco o de cabecera, que los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales son los reconocidos por la Unión (art. I-9.1). Pero, además de los enunciados en la Carta, mantenía el acervo jurisprudencial de la sentencia *Nold* de 1974, antes aludida, en el sentido de que el respeto a los derechos humanos es un principio general del ordenamiento de la Unión Europea por lo que los patrones jurídicos constitucionales e internacionales seguirán también formando parte el Derecho de la Unión (art. I-9.3). La Convención rechazó, con acierto, algunas propuestas de supresión de ese párrafo, que cumple un cometido objetivo, y no sólo de homenajear justamente la labor judicial como método de protección durante casi medio siglo en la Unión Europea. Algunos con-

---

[63] Como dijo el *Praesidium* de la Convención, «tales derechos (o al menos algunos de ellos, como la libertad de circulación o los derechos de voto de los ciudadanos de la UE en el país de residencia) son específicos de la Unión y, por definición, no pueden garantizarse a nivel nacional, lo que los distingue de los demás derechos de la Carta, como por ejemplo la libertad de expresión, de religión, etc., que son análogos a los derechos fundamentales protegidos en las constituciones nacionales» (CONV 726/03, p. 3).

[64] CONV 726/03, p. 3.

vencionales proponían su supresión porque, a su vez, deseaban que no figurase ya, al tener un instrumento propio, la adhesión al CEDH. En algún caso pretendían redactarlo de otra forma suprimiendo sólo la frase relativa a que las tradiciones constitucionales y convenios internacionales forman parte como principios generales del Derecho (Borrell). Posiblemente, en este caso, les animaba la idea de la simplificación de la redacción, pero ese párrafo del Tribunal tiene ingenio y sabiduría jurídica[65] (v. epígrafes 9 y 11).

Además de su carácter obligatorio, la segunda gran novedad que introducía el fracasado Tratado Constitucional era que se facultaba a la Unión para adherirse al CEDH de 1950, en el bien entendido de que dicha adhesión no alteraba las competencias de la Unión Europea. No le confería competencias normativas en materia de derechos. Las dos novedades positivas las ha heredado el Tratado de Lisboa.

9. El Tratado de Lisboa y la segunda proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de 2007

Tras los referendos negativos de Francia y Holanda, otros muchos Estados expresaron ya sin ambages su rechazo al proyecto de Tratado y al conmemorarse los cincuenta años de los Tratados de Roma, en la Declaración de Berlín de 25 de marzo de 2007, se firmó su acta de defunción definitiva.

Una nueva conferencia intergubernamental se abrió en la reunión del Consejo Europeo de junio de 2007, bajo presidencia alemana, para redactar, conforme a un mandato preciso, numerosas modificaciones al TUE y al TCE (que al extinguirse la Comunidad en beneficio de la Unión, pasa a denominarse *Tratado de Funcionamiento de la Unión).*

Un día antes de la firma solemne en Lisboa, el 12 de diciembre de 2007, de nuevo se proclamó de forma enfática por las tres instituciones que participan del poder normativo en el seno del Parla-

[65] CONV 574/1/03 REV 1, anexo, p. 58.

mento Europeo.[66] Era un texto que eliminaba algunas de las adaptaciones que hizo la Segunda Convención (por ejemplo, todas las alusiones a la Constitución Europea).

El Tratado de la Unión Europea, tras su reforma en Lisboa de 13 de diciembre de 2007, reconoce a la Carta de los Derechos Fundamentales de Derecho el mismo valor jurídico que a los tratados (art. 6.1 TUE), por tanto valor obligatorio, habiendo sido de nuevo readaptada al Tratado de la Unión Europea. Este texto definitivo de 12 de diciembre de 2007 es el que toma como referencia esta obra para su comentario artículo por artículo.

La CIG de 2007 no sólo se limitó a readaptar las referencias al TUE, sino que aprovechó para defenderse de ciertos contenidos o posibles interpretaciones en un largo art. 6 del TUE.

De forma defensiva, se remachan contenidos que están en la Carta, pero que se reiteran dos veces más por si acaso: el hecho de que la Carta sea un texto vinculante y garantice determinados derechos frente a los Estados e instituciones y organismos comunitarios no le confiere competencias normativas en tales ámbitos a la Unión. La Carta no puede ser base jurídica para regular sobre tales derechos ni altera las competencias ni los cometidos de la Unión Europea que sólo pueden verse fundadas en los Tratados de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión y sus protocolos anexos (párrafo segundo del art. 6.1 TUE y Declaración anexa núm. 1). Algo que no es nuevo y ya contiene el art. 51.2 de la Carta.

También se ubica en tan importante precepto del Tratado de la Unión la información sobre la existencia de unas *Explicaciones*[67] que se realizaron en la Primera Convención que redactó la Carta en 2000, readaptadas en 2004 y de nuevo readaptadas por la CIG de 2007. Informa de la existencia de esas *Explicaciones* al tiempo que ordena que los derechos, libertades y principios enunciados

---

[66] La redacción final fue aprobada por el Parlamento Europeo el 29 de noviembre de 2007 [P6_TA-prov (2007)0573] A6-0445(2007). Había que eliminar todas las referencias a la Constitución y que la proclamaran de nuevo las tres instituciones (publicada en el *DO* C 303, de 14 de diciembre de 2007).

[67] Las Explicaciones, tal como han sido adoptadas por la Conferencia Intergubernamental de 2007, se incluyen como anexo a esta obra.

en la Carta tendrán que ser interpretados con arreglo a las disposiciones horizontales de la Carta (Título VII) y teniendo debidamente en cuenta las *Explicaciones* en las que se detalla el origen de cada precepto de síntesis de la Carta, y con ello se delimita su alcance, sus límites y excepciones (v. epígrafe 11).

El nuevo art. 6 del TUE no se limita a introducir la Carta como un sustitutivo de los parámetros aceptados por todos desde 1974 y codificados por el Tratado de Maastricht; la protección de los derechos y libertades en la Unión Europea tiene otros parámetros evolutivos. Con acierto, como hiciera el Tratado Constitucional, mantiene el acervo jurisprudencial de la importantísima sentencia *Nold* de 1974, varias veces citada: el respeto a los derechos humanos sigue siendo un principio general del ordenamiento de la Unión Europea por lo que los patrones jurídicos constitucionales e internacionales seguirán también formando parte del Derecho de la Unión (art. 6.3) y, de nuevo, se reitera esta concepción abierta y evolutiva en la Declaración número 1 (primer párrafo).

En efecto, con esa apertura, primero, el Tribunal de Justicia y, más tarde, los tratados desde el de Maastricht, al darle forma explícita en el Derecho positivo, abren la protección de los derechos humanos a su evolución. Así, los poderes públicos europeos y nacionales no sólo deben atenerse a la Carta de Niza, no quedan encerrados los derechos humanos en ese sólo (y parco) instrumento normativo. Al contrario, con ese sabio párrafo del art. 6.3 (antigua sentencia *Nold*) se garantiza la imbricación y apertura a las constituciones nacionales y a los convenios internacionales de derechos humanos, y así el Tribunal de Justicia recurrirá a más fuentes de protección.

Por otra parte, la inclusión de la Carta de los Derechos Fundamentales como texto vinculante en el marco amplio del Derecho originario representó la mayor diferencia con el Reino Unido durante el Consejo Europeo de junio de 2007.

La presidencia alemana presentó como solución de compromiso su exclusión *in extenso* del articulado mismo en el seno del Tratado de la Unión o del de Funcionamiento, a cambio de que tuviera fuerza vinculante; el precio a pagar es doble. Primero, entra por la puerta trasera mediante una referencia cruzada en el art. 6.1 del TUE, pero al menos le confiere *el mismo valor que los*

Tratados. Plena fuerza vinculante. Todos satisfechos. La fórmula ingeniosa ya había sido propuesta por el Parlamento Europeo en 2000 con ocasión del Tratado de Niza.[68] Todo y siempre, paso a paso en la Unión.

Pero también su inclusión como derecho obligatorio tuvo que pagar otro precio. Se le reconoce obligatoriedad a la Carta de los Derechos Fundamentales para las instituciones y los Estados, incluido el poder judicial, pero para que se aceptara esa obligatoriedad hubo que aceptar el segundo peaje: la excepción británica y repentina, tras el verano, excepción polaca que se recoge en el Protocolo número 4 al TUE.[69] Lo insultante de este segundo peaje no es la doble excepción, sino que el Reino Unido, tras conseguir edulcorar el contenido del Tratado de Lisboa para todos, exigió a mayores la excepción sobre la Carta para su aplicación.

Los jueces de ambos Estados acogidos a la excepción no podrán examinar si las leyes y actos de esos Estados respetan o no la Carta, «salvo en la medida en que Polonia y el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional» (art. 1.2 del Protocolo núm. 4). Igualmente, si una disposición de la Carta se refiere a prácticas y legislaciones nacionales, sólo se aplicará en Polonia y el Reino Unido en la medida en que los derechos o principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas de Polonia y del Reino Unido (art. 2). Fueron concesiones criticables pero al menos en 25 Estados se podrá invocar y aplicar plenamente.

Es evidente que rompe la identidad de valores y arroja la duda de la Carta como instrumento de legitimidad.[70] No se respeta la intan-

---

[68] El Parlamento Europeo propuso entonces que si la Carta de Niza no se incorporaba al Tratado de Niza al menos fuera mencionada en el entonces art. 6.2 del TUE («La Unión respetará la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo…»). Dio lugar a un debate en aquella CIG, pero la división fue tal que no pudo ser aceptada la propuesta (CONFER 4804/00, 16 de noviembre de 2000). Finalmente, en 2007 esto ha sido aceptado.

[69] Véase A. Fernández Tomás, «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia», en J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *El tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional,* Madrid: Instel, 2008, pp. 119 y ss.; A. Pastor Palomar, «La regla *inclusio unius exclusio alterious* y la Carta de los Derechos Fundamentales: Polonia, Reino Unido y otros», ob. cit., pp. 159 y ss.

[70] Véase J. Baquero Cruz, «What's left of The Charter? Reflections on law and Politi-

gibilidad de la Carta como instrumento pleno e igual en los 27 Estados miembros y esa fractura puede hacer daño más simbólico entre la ciudadanía que real. La excepción *(opt out)* es más espectacular o mediática que real y jurídica. Claro que nadie debe deducir que en el Reino Unido o en Polonia pueda haber *barra libre* para las violaciones a los derechos humanos.

10. Estructura de ventanas o de doble nivel: las Explicaciones de la Carta

Ya se ha señalado que, en general, la labor de la Convención que redactó la Carta en el año 2000 consistió en codificar el conjunto de derechos ya admitidos, reafirmando el derecho existente y que no fue un trabajo innovador de reconocimiento de nuevos derechos. Se ha dicho hasta la saciedad que fue un trabajo de *revelación* de derechos existentes.

Por ello, la Carta es un texto breve y de redacción clara; es un texto intencionadamente sencillo y casi lacónico. Indica los contenidos más elementales de cada derecho y libertad para que sean fácilmente comprensibles y asimilables por todos los seres humanos que vivan en la Unión Europea. No entra en detalles, no hace definiciones de conceptos, ni apenas establece límites o excepciones para no hacer farragosa su lectura. Nunca hace referencias al interés público o a los límites resultantes de los derechos y libertades de otras personas ni a las responsabilidades derivadas del ejercicio de determinados derechos para otras personas. Al fin y al cabo, siendo una síntesis, esa parte compleja de definiciones, límites y excepciones permanece en los instrumentos normativos de los que se toman los derechos y libertades. Pero es más que obvio que el disfrute de los derechos fundamentales tiene límites.[71]

---

cal Mythology», *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* 2008, vol. 15, núm. 1, pp. 65 y ss.

[71] TJCE, sentencia de 13 de abril de 2000, *Karlsson*, C-292/97; entre otras sentencias sobre límites, de 30 de octubre de 1978, *Van Landewyck c. Comisión,* 209 a 215/78; 26 de junio de 1980, *National Panasonic c. Comisión*, 136/79; 21 de septiembre de 1989, *Hoechst c. Comisión* 46/87; 22 de octubre de 2002, *Roquette et frères*, C-94/00.

Por ello, se hizo necesario establecer en una de las disposiciones generales de la Carta (art. 52) que los derechos reconocidos en la misma y que correspondan a derechos garantizados en los tratados, en el CEDH o en las constituciones nacionales, su sentido y alcance serán el de los instrumentos de los que proceden. Se garantizaba así la armonía, la coherencia, en definitiva, la compatibilidad entre textos diversos y se simplificaba y aligeraba la redacción de la Carta (art. 52.2. 3 y 4), al tiempo que exigía comprobar los límites y las excepciones en tales instrumentos de donde fueron extraídos.

Por tanto, no debe engañarnos un texto así por su aparente sencillez. Tiene dos niveles de lectura.

A la ciudadanía y al conjunto de seres humanos que se encuentren en disposición de disfrutarlos se les envía un mensaje de visibilidad y accesibilidad en los 54 preceptos. En principio, les basta el texto mismo de la Carta. Ésa es una primera lectura que permite tener un panorama de conjunto.

Y cabe otra lectura más profunda y compleja si *levantamos el velo,* si abrimos *ventanas* y vemos lo que hay detrás de cada párrafo de cada precepto. Los redactores de la Carta establecieron en un documento oficial las *Explicaciones* en el que se desarrolla de forma consensuada el origen de cada derecho, libertad o principio, si es idéntico al de otro instrumento jurídico o se han tenido en cuenta varios, etc. En las Explicaciones nos señala ya las excepciones, los límites y el alcance de los conceptos.

La CIG de 2004, primero, y la de 2007, después, proclamaron la relevancia jurídica de esas *Explicaciones*[72] de modo que tienen que ser «tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros» (art. 6.1 TUE y 52.7 de la Carta). Luego, no son un mero documento de trabajo, sino algo más que una guía práctica en la aplicación judicial para desentrañar cada sencillo precepto de la Carta. La Carta es sólo en apariencia un texto sencillo; tiene tras de sí todo un gran edificio jurídico y juris-

[72] El texto completo de las Explicaciones se puede consultar en el anexo de esta obra (también en *DO* C 303, de 14 de diciembre de 2007).

prudencial que satisface la exigencia de rigor y precisión de la práctica jurídica.

Cabe añadir que, aunque la Carta de los Derechos Fundamentales no prevé la suspensión de derechos y libertades en casos de guerra, graves disturbios o calamidades públicas, precisamente, debido a que debe ser interpretada y aplicada en relación con otros instrumentos internacionales, como el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes, los Estados pueden hacer uso del derecho de suspensión temporal de determinados derechos y libertades respetando en todo caso el art. 15 del Convenio Europeo como estándar mínimo común (el núcleo duro inderogable es el respeto a la vida —salvo en actos legítimos de guerra y defensa—, prohibición de torturas y malos tratos, prohibición de esclavitud y principio de *no hay pena sin ley previa*).

11. La adhesión de la Unión Europea al CEDH. El valor de la Carta de los Derechos Fundamentales desde su primera proclamación hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa

El TUE, al igual que el Tratado Constitucional, prevé la ansiada adhesión de la Unión al CEDH en el art. 6.2.

Una primera precisión debe hacerse sobre el alcance de esta previsión: en consonancia con la falta de competencia general de la Unión en materia de derechos humanos, ese precepto no otorga competencia a la Unión para adherirse a cualquier tratado internacional sobre derechos humanos. Sólo le da competencia para adherirse a ese concreto Convenio, citado e identificado por su nombre y confirmado en el Protocolo número 35 anexo al Tratado.

La Convención de 2002 ya había rechazado una redacción que entendiera abierta tal facultad a otros convenios y todas las enmiendas encaminadas a ese fin. El Grupo II, encargado de debatir esta parte, justificó esa exclusiva mención debido al Dictamen 2/94 que negaba competencia general de la Unión sobre derechos humanos, si bien no excluía la adhesión a tales convenios siempre que se reconociese la competencia general sobre dere-

chos humanos o competencia para suscribir cualesquiera convenios sobre derechos humanos en la Constitución Europea.[73] Ningún precepto la reconoció. Tampoco lo ha hecho el Tratado de Lisboa de 2007.[74]

Algunos diputados (Badinter, Carnero y varios socialistas) creían que era una redundancia incluir este precepto que previese la adhesión futura, argumentando que bastaba reconocer la personalidad jurídica de la Unión Europea para que ésta pueda concluir los Tratados internacionales que estimase pertinentes.[75] Esto es completamente infundado, en primer lugar, a tenor del Dictamen 2/94, y en segundo lugar porque la personalidad jurídica internacional de las organizaciones no les permite sin más suscribir tratados en cualquier materia sino sólo en los ámbitos de competencias atribuidos por los Estados en el Tratado constitutivo (principio de atribución de competencias expresas). Siempre hay que retornar al Derecho de las organizaciones internacionales.

Una segunda precisión es que no es una facultad; no se dice *procurará adherirse,* como había proyectado la Convención, sino que se establece una obligación en el art. 6.2 del TUE: *se adherirá* al Convenio.

Y una tercera se recoge expresamente en el texto del art. 6.2 y es coherente con el principio de atribución de competencias, base de todo el sistema de integración. Se limitan los efectos de la adhesión, pues no podrá afectar a las competencias de la Unión, ni modificarlas ni ampliarlas.

¿Por qué tanto interés en la adhesión formal si el mencionado Convenio ya forma parte del Derecho de la Unión en tanto que principio general del Derecho? Pues, sin duda, para garantizar un *control judicial externo* del respeto a los derechos humanos. Al fin y al cabo en los Estados miembros hay también tribunales internos, entre otros el Tribunal Constitucional, que garantizan el respeto a los derechos fundamentales y, sin embargo, a mayores, estimamos muy conveniente y necesario que el Tribunal Europeo de los Derechos

---

[73] CONV 354/02; CONV 574/1/03 REV 1, anexo, pp. 55 y 58.

[74] Claro que se reconoció que para otros «convenios en materia de derechos humanos que no tienen esa "envergadura" y presentan vínculos con las competencias de la Unión, deberían bastar las bases jurídicas existentes en el Tratado» (CONV 674/03, p. 10).

[75] CONV 574/1/03 REV 1, anexo, pp. 55 y 58.

Humanos, externo a la organización estatal, lleve a cabo ese plus de fiscalización, como una garantía más y la última. Si los Estados miembros se someten a esa fiscalización y a ser parte del CEDH, es condición de facto para ser parte de la Unión, resultaría incongruente que la Unión, que comparte nuestros valores, no aceptase reconocer a la ciudadanía europea esa garantía frente a las actuaciones de sus instituciones y organismos, añadiendo un Tribunal *externo* a la Unión, como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para comprobar que sus actos respetan los derechos humanos.[76]

La adhesión al Convenio se inscribe en la lógica de la definición de mecanismos de protección de los derechos humanos aplicables en relación con actos comunitarios, especialmente a falta de un recurso específico de protección de los derechos fundamentales (el recurso es el general de anulación, art. 230 TUE, art. 263, párrafo cuarto TUE tras la reforma de Lisboa). Como señalara el Grupo II, se sitúa el debate en un plano más garantista y se han arrinconado las preocupaciones por la autonomía del Tribunal de Justicia. El art. 6.2 del TUE (reformado en Lisboa) sitúa a las instituciones de la Unión (y a la propia Unión) en el mismo plano en el que ya se han situado previamente los Estados miembros, cuyas actuaciones en materia de derechos humanos son susceptibles de control por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Tanto el Protocolo número 35 como la Declaración número 2 del Tratado de Lisboa establecen ciertas instrucciones sobre cómo deberá llevarse a cabo la adhesión con el fin de que se tengan en cuenta las especificidades del ordenamiento comunitario, tales como la participación de la Unión en sus órganos o que no perturbe los derechos de los Estados de conformidad con el art. 15 del CEDH —caso de guerra o de peligro público— así como a las reservas interpuestas por los Estados a dicho Convenio y se preserve el nivel de diálogo entre los dos altos tribunales, el de la Unión y el de Estrasburgo. A su vez, el protocolo número 14 al CEDH,

---

[76] Sobre el conjunto de problemas de las relaciones entre el Consejo de Europa y la Unión Europea, véase el informe encargado por la cumbre de Jefes de Estado del Consejo de Europa en Varsovia de 2005: «Conseil de l'Europe-Union européene, Une même ambition pour le continent européen», *Rapport* de Jean-Claude Juncker.

que modifica el sistema de control del Convenio y, entre otras reformas, que permite a la Unión Europea su futura adhesión es otro paso adelante cuya culminación no será fácil debido a que dicho Protocolo, adoptado el 13 de mayo de 2004, no ha entrado en vigor, pues se encuentra bloqueado por el Parlamento de Rusia, si bien los restantes Estados del Consejo de Europa ya han prestado su consentimiento.

De todos modos, el colapso que sufre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con decenas y decenas de miles de asuntos pendientes no es una esperanza para mejorar el control externo del respeto a los derechos fundamentales en la Unión.[77]

En fin, la Carta, en tanto no entre en vigor el Tratado de Lisboa, es un texto que muestra un *acuerdo político* desde su primera proclamación el 7 de diciembre de 2000 en Niza y lo sigue siendo, en la nueva redacción tras su segunda proclamación el 12 de diciembre de 2007; formalmente no es una norma jurídica inmediatamente exigible, como tal Declaración, ante los tribunales hasta que no entre en vigor el Tratado de Lisboa que le dará fuerza vinculante, pero nada impide su alegación ante los jueces y tribunales sobre la base del principio general del Derecho Comunitario de respeto a los derechos humanos y en calidad de uno de los textos que los concretan.

En efecto, como ya se ha señalado, el art. 6 del vigente TUE exige a las instituciones y a los Estados miembros el respeto a los derechos humanos en calidad de principio general del Derecho Comunitario, para cuya concreción se puede invocar la Carta de los Derechos Fundamentales. Por tanto, el contenido de la Carta forma parte del Derecho Comunitario en vigor en tanto que principio general de este Derecho Comunitario.

---

[77] Véase, entre otros, A. Pastor Ridruejo,«La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales», en J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional,* Madrid, 2008, pp. 151 y ss.; N. Stoffel Valloton, «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: evolución de la cuestión, previsiones y posibles consecuencias», en J. Martín y Pérrez de Nanclares (coord.), ob. cit., pp. 179 y ss.

Por tanto, dado el Derecho Comunitario en vigor en materia de derechos y libertades así como los convenios internacionales que vinculan y obligan a los Estados miembros y las propias normas constitucionales, que comprenden y concretan los derechos reconocidos en la Carta, no hay que dramatizar sobre la falta de valor jurídico vinculante de la Carta durante todo este tiempo. Lo que importa es que su contenido ya está en vigor, ya sea a título del TUE y del de la Comunidad Europea, ya sea de los instrumentos internacionales y constitucionales, y es reclamable su tutela judicial de forma inmediata ante nuestros jueces y tribunales. Es la ventaja de haber sistematizado en la Carta el régimen en vigor en los tratados internacionales y comunitarios, además de derechos que ya se protegen por nuestras constituciones.

Esta Carta por su método de discusión y redacción, por su contenido, por su adopción solemne por parte de los presidentes de las tres instituciones que adoptan los actos normativos comunitarios, por el debate que está originando y su toma en consideración por los Tribunales Constitucionales y los Tribunales de la Unión Europea[78] tiene ya un gran valor, tanto jurídico como político. A partir de la entrada en vigor de las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa, que confiamos sea a lo largo de 2009, formará parte del Derecho convencional originario y será vinculante para todos, Estados miembros e instituciones comunitarias, con las salvedades hechas de Reino Unido y Polonia.

Por el pluralismo y transparencia de su debate y por ser fruto de un amplio consenso institucional e intergubernamental, la Carta ha

---

[78] Entre los primeros tribunales nacionales que tuvieron en cuenta la Carta, antes incluso de su primera proclamación, estuvo el Tribunal Constitucional español: así, STC 292/2000 de 30 de noviembre de 2000 (ponente J. D. González Campos), fundamento 8. También en la STC 290/2000 y con posterioridad decenas y decenas de sentencias.

Igualmente, los Abogados Generales del Tribunal de Justicia y, más tarde, éste, además del Tribunal de Primera Instancia, han invocado en decenas y decenas de ocasiones la Carta en apoyo de sus argumentaciones sobre la protección de derechos fundamentales. Ya se han señalado algunas sentencias en las que el Tribunal de Justicia tiene en cuenta el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales en tanto que principios generales del Derecho Comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Véanse, entre otros, C. di Turi, «La prassi giudizaria relativa all'aplicazione della Carta di Nizza», *Il Diritto dell'Unione Europea,* 2002, núm. 4, pp. 671-686; J. P. Jacqué, «Charte des droits fondamentaux et droit à un recours effectif. Dialogue entre le juge et le "constituent"», *Il Diritto dell'Unione Europea,* 2002, núm. 1, pp. 1-15.

sido y es, en tanto que no entre en vigor el Tratado de Lisboa de 2007, un *acuerdo no normativo* de innegables efectos jurídicos que en materia de derechos fundamentales revela los valores compartidos por todos los Estados miembros y la ciudadanía de la Unión.[79]

[79] El nuevo traspié de la reforma de los tratados tras el referendo negativo en Irlanda en junio de 2008 deja a la Carta con el mismo valor de acuerdo no normativo que ha venido teniendo desde su primera adopción en diciembre de 2000. Lleva esperando ocho años para entrar en vigor y habrá de esperar aún. Sólo cabe desear que el Tratado de Lisboa pueda estar definitivamente en condiciones de entrar en vigor a lo largo de 2009 o en los primeros meses de 2010.

PREÁMBULO

Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes.

Conscientes de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.

La Unión contribuye a defender y fomentar estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos a escala nacional, regional y local; trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, así como la libertad de establecimiento.

Para ello es necesario, dándoles mayor proyección mediante una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos.

La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Eu-

ropea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea.

El disfrute de tales derechos conlleva responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las generaciones futuras.

En consecuencia, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados a continuación.

PRECEPTOS RELACIONADOS

– TUE (TLisboa): párrafos 2, 4 y 5 del Preámbulo; arts. 2 y 6.

ANTECEDENTES

– Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 6.2 del TUE; Declaración núm. 23 sobre el futuro de la Unión anexa al Tratado de Niza.
– Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. I-2 y I-9; Declaración núm. 2 relativa al apartado 2 del art. I-9 y Preámbulo de la Parte II.
– Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea adoptada en Niza el día 7 de diciembre de 2000.

PROTOCOLOS Y DECLARACIONES RELACIONADOS

– Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales a Polonia y al Reino Unido.
– Protocolo sobre el apartado 2 del art. 6 del TUE relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
– Declaración relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
– Declaración relativa al apartado 2 del art. 6 del TUE.

– Declaración de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
– Declaración de la República de Polonia relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
– Declaración de la República de Polonia relativa al Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido.

COMENTARIO

José Manuel Sobrino Heredia
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de A Coruña

1. Consideraciones generales

El 12 de diciembre de 2007 los presidentes de la Comisión Europea, del Parlamento y del Consejo firmaron y proclamaron solemnemente, en Estrasburgo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Siete años antes, aquella vez en Niza, los entonces presidentes de estas instituciones europeas habían, también, proclamado solemnemente esta Carta. La diferencia de ahora con entonces está en lo que será su carácter jurídicamente vinculante, una vez que el Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, entre en vigor. Se pasará pues de un compromiso político a un texto dotado de efecto jurídico obligatorio.

Entre una y otra fecha han mediado los trabajos de la Convención Europea y la Conferencia Intergubernamental (CIG) de 2003-2004 y, sobre todo, hecho en su momento trascendental, la incorporación de la Carta al propio Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, constituyendo su Parte II. La consecuencia de ello sería la de dotar a la Carta de valor jurídico obligatorio. Aunque el Tratado Constitucional no llegó a entrar en vigor por las razones que todos conocemos, lo cierto es que, por lo que respecta a la Carta, supuso un importante paso adelante. Estos avances en su consolida-

ción jurídica se confirmaron en el Consejo Europeo de junio de 2007, en el mandato de negociación resultante del mismo, en los trabajos de la CIG de 2007 que precedieron a la firma del Tratado de Lisboa y en este último Tratado, donde su art. 6.1 declara que la Unión reconoce a la Carta de los Derechos Fundamentales el mismo valor jurídico que los tratados.

El Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su versión proclamada en 2007 (*DO* C 303, de 14 de diciembre de 2007), recoge con escasas modificaciones el de la llamada Carta de Niza, esto es, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea adoptada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (*DO* C 364, de 18 de diciembre de 2000). Su principal novedad radica en armonizar su contenido con el del Tratado de Lisboa de 2007, excluyéndose, así, las referencias expresas a la Comunidad, e incluyendo una mención a las Explicaciones de la Carta actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea.

Esta identidad de contenidos nos lleva a detenernos, con carácter previo, en las razones que motivaron la adopción, en su momento, de una Carta de esta naturaleza. En este sentido y como es conocido, la elaboración de la Carta de Niza fue el resultado de una Convención reunida entre los meses de diciembre de 1999 y octubre de 2000, y convocada por los Consejos Europeos de Colonia y de Tampere. Esta Convención trataba de dar satisfacción a una vieja reivindicación de muchos defensores del proceso de construcción europea relativa a la incorporación en los tratados constitutivos de un texto normativo que contuviera un catálogo de los derechos fundamentales de la Unión. Intención que se había visto frustrada durante años —al no prosperar el Proyecto de Tratado de la Unión Europea propuesto en 1984 por el Parlamento Europeo que contenía un catálogo de este tipo— y, sólo parcialmente, resuelta gracias a una jurisprudencia progresiva del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) labrada desde finales de la década de los sesenta y desarrollada sobre todo en la de los setenta y, en particular, merced a una destacada sentencia de 14 de mayo de 1974 en el asunto *Nold* (4/73, Rec., p. 508), en la que el Tribunal señaló que el respeto a los derechos humanos forma parte del Derecho Comunitario en calidad de principio general del Derecho que vincula a

las instituciones y a los Estados miembros cada vez que apliquen el Derecho de la Unión, situando en los convenios internacionales que vinculan a los Estados miembros y, en especial, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de Roma de 1950, así como en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, la referencia para aplicar este principio general.

Más tarde, los tratados que vinieron a reformar los tratados constitutivos se fueron haciendo eco de esta jurisprudencia. Así, el Acta Única Europea (1987) incorporó esta declaración jurisprudencial en su Preámbulo y, años después, el TUE, firmado en Maastricht en 1992, la integra en su articulado (art. F.2), siendo reafirmada por el Tratado de Amsterdam (1997), pasando a constituir el contenido del actual art. 6.2 del TUE, según el cual: «La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

Por otro lado, y en línea con esta jurisprudencia, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión adoptaron el 5 de abril de 1977 una Declaración común sobre los derechos fundamentales. Tratando de avanzar en esta vía, la Comisión propuso, con el respaldo del Parlamento Europeo, la adhesión de la Comunidad al CEDH, primero en un Memorando de 1979 y, posteriormente, en una Comunicación de 1990. Esta situación abrió un nuevo escenario, para despejar las posibles dudas sobre la adhesión de la Comunidad Europea al CEDH, el Consejo solicitó un dictamen al TJCE (art. 300.6 TCE) sobre la compatibilidad de esta adhesión con el Tratado. La respuesta del Tribunal fue contundente, al negar en su Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, la competencia de la Comunidad Europea, «en el estado actual del Derecho comunitario» para adherirse a dicho Convenio, descartando incluso la potencial solución del art. 308 del TCE, al considerar que esta adhesión no sería posible en tanto no se atribuya competencia a la Comunidad Europea, lo cual requeriría una revisión de su Tratado constitutivo.

Interrumpido, pues, el camino de una adhesión inmediata a la CEDH, se planteó la necesidad de elaborar un catálogo propio de

derechos fundamentales. En este sentido el Consejo Europeo de Colonia, 3 y 4 de junio de 1999, encomendó su preparación no a una CIG sino a un nuevo método de negociación, por primera vez usado en la construcción europea, al que denominó *Convención*. Su composición se concretó en el Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, y ésta sería de 62 miembros de distinta procedencia: representantes de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, un representante de la Comisión, diputados nacionales y miembros del Parlamento Europeo, así como observadores del TJCE y del Consejo de Europa, además de invitados del Comité de las Regiones y del Comité Económico y Social, entre otros, mientras que su presidencia se encomendó a Roman Herzog, antiguo presidente de Alemania y del Tribunal Constitucional de este país. La Convención adoptó por consenso, el 26 de septiembre de 2000, un Proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tras un proceso de negociación caracterizado por la transparencia y publicidad de los debates y trabajos realizados. Finalmente, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión firmarían el texto definitivo el 7 de diciembre de 2000.

Estas negociaciones que se desarrollaron al tiempo que también tenían lugar, durante 2000, las que precedieron a la adopción del Tratado de Niza no desembocaron, sin embargo, en la incorporación de la Carta en el propio Tratado de Niza, como hubiera podido ocurrir si los vientos políticos hubieran sido favorables en aquel momento. Pero lo cierto es que éste no fue el caso, y su principal consecuencia, actualmente persistente, es que la Carta no tiene un valor vinculante en cuanto tal, aunque sí produce ciertos efectos jurídicos derivados del acuerdo entre las tres instituciones que lo adoptaron, de su contenido que refleja el acervo convencional, jurisprudencial y constitucional común y del hecho de que los tribunales nacionales y comunitarios (TJCE y TPI) se hayan remitido a la misma en diversas resoluciones.

La no incorporación de la Carta a los tratados constitutivos fue percibida como un problema aplazado que se debería resolver, de ahí que en una Declaración, la número 23, anexa al propio Tratado de Niza se incluyera esta cuestión entre las que se deberían discutir en un futuro. De esta forma, la conveniencia o no de integrar la Carta en los tratados y de afirmar de manera nítida su carácter jurídica-

mente vinculante, constituyó, desde entonces, un tema pendiente en el proceso de integración europea.

2. Evolución del texto

Por ello, no es de extrañar que la Declaración de Laeken, de 15 de diciembre de 2001, sobre el futuro de la Unión Europea, al convocar una Convención con el objetivo de preparar una CIG destinada a la reforma de los tratados existentes, y en relación con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, se preguntase si la Carta debería integrarse en el tratado básico y sí convenía plantearse, además, el tema de la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos.

La Convención sobre el futuro de Europa, iniciada el 28 de febrero de 2002, pasó a tratar estos temas y lo hizo vía Grupo de Trabajo y plenario. Por lo que se refiere al Grupo de Trabajo, se constituyó el Grupo II llamado, también, *Grupo Carta,* presidido por el entonces comisario europeo de Justicia e Interior, A. Vitorino.

El mandato que se dio al Grupo II era el de examinar, esencialmente, y en la línea de lo que se venía planteando, la siguiente cuestión: «Si se decide introducir la Carta de Derechos Fundamentales en el Tratado: ¿de qué modo debe hacerse y cuáles serían las consecuencias? ¿Qué consecuencias tendría la adhesión de la Comunidad o de la Unión al Convenio europeo de derechos humanos?» (CONV 52/02, de 17 de mayo de 2002).

Los trabajos para responder a esta duda se orientaron merced a un documento elaborado por el presidente del Grupo de Trabajo destinado a facilitar el debate, donde se incluía un primer esquema de las cuestiones de fondo que se debían tratar (CONV 72/02, de 31 de mayo de 2002). La idea era que estas dos cuestiones deberían tratarse por separado y de modo sucesivo al ser complementarias y no alternativas. Y así se hizo durante las reuniones que mantuvo el grupo entre el 25 de junio y el 21 de octubre de 2002.

Respecto de la primera cuestión, la introducción de la Carta en el Tratado, se discutieron varias posibilidades: la de adjuntar la Carta como Declaración solemne, la de hacer una referencia indirecta a la Carta en el Tratado, la de hacer una referencia directa en el tex-

to del Tratado o en el Preámbulo, la de incluirla en un Protocolo anejo, o la de introducir la totalidad de su articulado en el nuevo Tratado. El grupo acabó inclinándose por estas dos últimas opciones que eran, además, según sus miembros, las que otorgaban valor vinculante a la Carta. En esta línea, se indicó, de forma expresa, en el texto resultante que «El Grupo en su totalidad subraya que estas opciones básicas podrían utilizarse para que la Carta sea un texto jurídicamente vinculante de carácter constitucional». Y ésta fue la solución que se elevó al plenario. En este último marco, un grupo muy numeroso de convencionales se posicionaron a favor de la integración de la Carta en un lugar prominente del Tratado, y no en un protocolo, ya que estimaban que esto último «resultaría contrario a la importancia de tal documento y al respeto que merece» (CONV 607/03).

También, en el Grupo II se discutió sobre el contenido de la Carta y pronto una vía consensuada se fue vislumbrando, la de no alterar ni la estructura ni la redacción de la Carta de Niza, aunque se fueron recogiendo algunas dudas más técnicas que sustantivas, entre las que destacaban: la relativa a la conveniencia o no de que la Carta conservara su propio Preámbulo, dado que se incorporaba al Tratado Constitucional, que poseía ya uno. Esta duda fue resuelta por la propia marcha de las negociaciones en el seno de la Convención, al acordarse estructurar el Tratado Constitucional en cuatro partes, correspondiendo a la Carta la Parte II y manteniendo su propio Preámbulo. Otras dudas se referían a las necesarias adaptaciones de las referencias a los tratados constitutivos, y de la existencia de reiteraciones como las contenidas en los preceptos referidos a la ciudadanía de la Unión o a aquellos que establecen las bases de la vida democrática de la Unión, aunque estas repeticiones se consideraron necesarias para fortalecer la referencia a los componentes claves del particular modo de vida democrática de la Unión y la existencia de unos derechos genuinamente fundamentales.

Respecto de la segunda cuestión, la adhesión al CEDH, el presidente había propuesto en su documento de trabajo que en el grupo no se reiteraran los argumentos a favor o en contra de dicha adhesión, sino que se condujera el debate en torno a tres problemas: la compatibilidad de la adhesión con el principio de autonomía del Derecho Comunitario; la búsqueda de la base jurídica que

permita la adhesión, en su caso también a otros tratados internacionales en materia de derechos humanos; y las eventuales alternativas a la adhesión al CEDH y, en particular, la posibilidad de un procedimiento de remisión o consulta del TJCE al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Sin desarrollar estas cuestiones que nos alejarían del estudio del Preámbulo, simplemente hay que señalar que el Grupo II propuso que se facultara a la Unión para adherirse a este Convenio, siempre que ello no alterase las competencias de la Unión. Ésta es, en fin, la idea que se incorporó inicialmente al art. 5.2 y, más tarde, al art. 7.2 del Proyecto de Tratado, para pasar luego al art. I-9.2 del Tratado Constitucional, hoy art. 6.2 del nuevo TUE, donde se dice que la adhesión «no modificará a las competencias de la Unión que se definen en los Tratados». Por otro lado, si se decidiera tal adhesión, ésta debería contar con la unanimidad del Consejo y con la previa aprobación del Parlamento Europeo [art. III-227.7 b y 9; art. 218.6 a) TFUE].

Por lo que respecta ya, en concreto, al valor del Preámbulo de la Carta, el Grupo de Trabajo II en su Informe Final consideraba que constituían un elemento crucial del consenso global sobre la Carta alcanzado en la Convención anterior (la de 2000), y recomendaba que se mantuviera en el marco del futuro Tratado Constitucional. Además, el grupo recordaba que el Preámbulo contiene un texto sobre el hecho de que la naturaleza esencial de la Unión abarca mucho más que el ámbito de los derechos fundamentales. Asimismo, avanzaba, ya entonces, que la forma concreta de la incorporación del Preámbulo de la Carta en el marco del Tratado dependería, como ocurre con el conjunto de la Carta, de la estructura global del mismo que defina la sesión plenaria, de manera que si los artículos de la Carta fuesen a incluirse directamente en el Tratado Constitucional, su Preámbulo debería servir a su vez de Preámbulo del Tratado Constitucional (esto es, que fuera el Preámbulo de la totalidad del mismo), pero que si la Carta fuese a incorporarse a la arquitectura constitucional de la Unión como una parte específica del Tratado Constitucional o bien como un instrumento jurídico separado de carácter obligatorio (por ejemplo, en forma de protocolo), el Preámbulo de la Carta podría mantenerse unido al texto de la misma, sin modificaciones, lo que no impediría, decía el Grupo de Trabajo, que la Convención, a la hora de redactar el Preámbulo del nuevo Trata-

do, utilizase los elementos de importancia general existentes en el Preámbulo de la Carta (CONV 354/02, de 22 de octubre).

El Praesidium presentó el 26 de mayo de 2003 un borrador de artículos, según el cual convertía la Carta en su integridad (esto es, conservando su propio Preámbulo) en una parte autónoma (la Parte II) de la futura Constitución Europea (CONV 726/03), con algunas modificaciones de carácter puramente técnico. El Plenario de la Convención aceptó estas propuestas, en la sesión celebrada el 30 y 31 de mayo de 2003. Durante esta sesión algunos miembros (especialmente los procedentes del gobierno del Reino Unido) insistieron en las salvaguardas al ámbito de aplicación de los derechos contenidos en la Carta, y para responder a estas consideraciones se introdujo la idea de incorporar, con carácter vinculante, las explicaciones actualizadas que había hecho el Praesidium de la Convención de 2000 que redactó la Carta de Niza, a los distintos derechos recogidos en la misma.

En desarrollo de estas ideas, el Praesidium de la Convención sobre el Futuro de Europa encargó al presidente del Grupo de Trabajo II que actualizara las Explicaciones realizadas en la Convención de 2000 para su presentación al Praesidium (CONV 378/02). Estas Explicaciones actualizadas y consolidadas fueron, finalmente, elaboradas bajo la responsabilidad del Praesidium y publicadas el 9 de julio de 2003 (CONV 828/03). En el Informe, que el presidente del Praesidium eleva junto al Proyecto de Tratado elaborado por la Convención al presidente del Consejo Europeo, se incluye en relación con el aspecto examinado la siguiente afirmación: «La Convención observa que las Explicaciones elaboradas a instancias del Praesidium de la Convención de la Carta, y actualizadas bajo la autoridad del Praesidium de dicha Convención, son un importante instrumento de interpretación de la Carta» (CONV 851/03). Esta herramienta de interpretación facilitará la adecuada comprensión de las disposiciones de la Carta y su armonización con el CEDH, pensándose, incluso, en la posibilidad de dedicarle un protocolo particular que solucionara la cuestión de su publicidad e impusiera como canon hermenéutico estas Explicaciones.

La Convención y la CIG aunque introdujeron en la Carta algunos párrafos de gran alcance, en particular, en las llamadas cláusulas transversales u horizontales, donde se aclaraba que los derechos

fundamentales en ellas recogidos sólo podrían ser invocados cuando los Estados miembros aplicaran Derecho de la Unión (Mangas Martín 2005, 189), no hicieron lo mismo respecto del Preámbulo que, salvo ciertas matizaciones, mantuvo un texto similar al del Preámbulo de la Carta de Niza.

Tal vez la novedad de mayor calado, respecto del Preámbulo, se encuentre en la decisión de la CIG relativa al inciso final del párrafo quinto del Preámbulo, donde se menciona la actualización de las Explicaciones del Praesidium de la primera Convención que redactó la Carta de Niza por el Praesidium de la Convención sobre el Futuro de Europa. Esta idea se refuerza en un apartado, el 7, añadido al art. II-112 (hoy art. 52 de la Carta de 2007), en el que se reitera el valor interpretativo de las Explicaciones del Praesidium.

En definitiva, la Convención y la CIG introdujeron ciertos retoques en el articulado de la Carta de Niza (Saiz 2004, 327), convirtiéndola en la Parte II del texto del Tratado Constitucional que adoptó la CIG en su reunión de los días 17 y 18 de junio de 2004 (con una nueva numeración correlativa del futuro Tratado Constitucional, de manera que sus artículos, precedidos por un Preámbulo, se convirtieron en los arts. II-61 a II-114). Y de ahí, ya pasó al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

Al no prosperar las ratificaciones necesarias para la entrada en vigor de este Tratado, y tras dos años de incertidumbre, el Consejo Europeo de Bruselas, de 20-21 de junio de 2006, decidió convocar una CIG para la elaboración de un nuevo Tratado de reforma que, abandonando el concepto constitucional, introduzca en los tratados existentes las innovaciones resultantes de la anterior CIG de 2004, pero con arreglo a ciertas precisiones contenidas en el mandato para la CIG de 2007.

Algunas de estas precisiones se refieren, de forma específica, al tratamiento de la Carta de los Derechos Fundamentales. De ellas se extrae, en primer lugar, que esta Carta no debería ser incluida en los tratados, pero, en segundo lugar, que el artículo relativo a los derechos fundamentales contendría una referencia cruzada a dicha Carta, tal y como se aprobó en la CIG de 2004, confiriéndole un carácter jurídico vinculante y estableciendo su ámbito de aplicación. En el mandato para la CIG 2007 se mencionan las modificaciones que de-

berían hacerse al TUE y, por lo que atañe a la Carta, éstas se refieren en particular al art. 6 y a la inclusión de una Declaración sobre el carácter jurídicamente vinculante de la Carta y su ámbito de aplicación, y otras declaraciones y protocolos destinados a delimitar dicho ámbito respecto de dos países concretos, Polonia y el Reino Unido.

El Tratado de Lisboa, por el que se modifica el TUE y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (*DO* C 306, de 17 de diciembre de 2007), recoge las modificaciones, declaraciones y protocolos relativos a la Carta discutidos y aceptados durante la CIG de 2007. En concreto, en el apartado 8 de su art. 1 se establece que el art. 6 (del actual TUE) se sustituya por el texto siguiente:

«Artículo 6

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.»

En definitiva, tras un largo proceso, el resultado alcanzado es que la Unión Europea, aunque su texto no figure en el TUE, con-

tará tras su entrada en vigor con una Carta de Derechos Fundamentales jurídicamente vinculante para las instituciones, los órganos y los organismos de la Unión, así como para los Estados miembros —con la salvedad del régimen especial acordado para el Reino Unido (Protocolo núm. 7) y para Polonia (Protocolo núm. 7 y Declaración núm. 51)— al aplicar el Derecho de la Unión.

3. Alcance y contenido

Como acabamos de ver, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con algunos pequeños retoques técnicos, amén de la actualización de las Explicaciones del Praesidium de la Convención y de la atribución a las mismas de un valor interpretativo y de matizaciones en torno a las cláusulas horizontales, ha sido proclamada y firmada solemnemente en 2007 y se le ha atribuido el mismo valor jurídico que los tratados. De este modo, sus disposiciones se convierten en normas de Derecho de la Unión Europea, pasan, pues, a constituir un conjunto de normas jurídicas vinculantes dotadas, entre otros efectos, de primacía. Al tiempo que confieren a los tratados —por una vía indirecta— una dimensión constitucional, no sólo simbólica, sino, también, jurídicamente relevante: el ordenamiento jurídico de la Unión dispone ya de una declaración de derechos.

La no integración de la Carta en el Tratado elimina algunos de los inconvenientes que aparecían en el Tratado Constitucional. Inconvenientes de orden formal, por ejemplo, la existencia de dos preámbulos, uno el del propio Tratado Constitucional y otro el referido a la Parte II; y otros inconvenientes más sustanciales, derivados de algunas duplicidades o repeticiones que chocaban con la idea de simplificación que pretendía inspirar el Tratado Constitucional, por ejemplo, las que ocurrían en relación con los derechos de ciudadanía, que se explicaban por el acervo jurídico generado por esta institución desde su incorporación en el Tratado de Maastricht en 1992 y el desarrollo que desde entonces ha tenido que desbordar los límites de las disposiciones de la Parte II; o, también, respecto de las libertades fundamentales y del principio de no discriminación o del derecho a la protección de los datos personales, lo que fue justi-

ficado con el argumento de que estas libertades, derechos y principios, cuando son recogidos y desarrollados en la Parte III de aquel Tratado, vendrían a constituir una *lex specialis* en relación con los derechos proclamados en la Carta (art. 52.2).

3.1. *Trascendencia jurídica del Preámbulo*

Antes de exponer el contenido de los distintos apartados del Preámbulo de la Carta, nos parece útil detenernos, aunque sea brevemente, a examinar su alcance jurídico. En relación con ello, habría que apuntar, a título liminar, que el Praesidium de la Convención de 2000 no elaboró Explicaciones respecto del Preámbulo de la Carta de Niza, tampoco lo hizo el Praesidium de la Convención sobre el Futuro de Europa, de manera que no existían, pues, Explicaciones interpretativas respecto del Preámbulo de la Carta, ni la de Niza ni de la que daba cuerpo a la Parte II del Tratado Constitucional. Esta situación es la que se mantiene, ahora, respecto de la Carta firmada y proclamada en diciembre de 2007 y a la que se refiere el Tratado de Lisboa, tal y como se desprende de su publicación en el Diario Oficial (*DO* C 303, de 14 de diciembre de 2007, pp. 17 y ss.). La ausencia de tales Explicaciones podría cuestionar la trascendencia y el valor jurídico del Preámbulo.

Para tratar de aclarar su alcance jurídico, qué mejor guía que la del antiguo presidente de la Corte Internacional de Justicia, el profesor Jiménez de Aréchaga, cuando advierte que no es posible dar una respuesta general a la cuestión de la obligatoriedad de los preámbulos de los acuerdos internacionales, pues la respuesta está en función de la intención de las partes, y exige un examen caso por caso (Jiménez de Aréchaga 1958, pp. 29 y ss.). A la luz de este consejo, habrá que ir al caso concreto del Preámbulo examinado y a lo que sus autores quisieron con el mismo: primero, los firmantes del acuerdo no normativo interinstitucional, los presidentes del Parlamento Europeo, de la Comisión y del Consejo; luego, los representantes de los gobiernos de los Estados parte que firmaron en Roma en 2004 el Tratado Constitucional; después, los presidentes de las instituciones europeas que en Estrasburgo en diciembre de 2007 firmaron y proclamaron solemnemente dicha Carta; y, finalmente, los

representantes de los Estados parte que firmaron en Lisboa en 2007 el Tratado de reforma y decidieron dar a la Carta el mismo valor que a los tratados. En este sentido, sin desconocer que el Derecho de la Unión Europea es un Derecho autónomo, lo cierto es que el Tratado de Lisboa es un acuerdo internacional (la Carta tiene el mismo valor jurídico que los tratados, dicen sus firmantes), por lo que las normas para interpretarlo son las propias del Derecho Internacional (arts. 31-33 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969).

De manera que para interpretar el alcance jurídico del Preámbulo de la Carta —que, insistimos tiene el mismo valor jurídico que los tratados— habrá que acudir a estas reglas interpretativas. Según las cuales el Preámbulo forma parte del contexto del Tratado y ha de ser utilizado a la hora de interpretar las disposiciones que componen dicho Tratado. De ahí, pues, que el Preámbulo que estudiamos tenga un importante valor hermenéutico, por lo que respecta al articulado de la Carta y sirva, por tanto, para esclarecer la intención de los autores de las normas contenidas en el cuerpo de la misma, así como de su sentido. El Preámbulo permitirá al intérprete de la Carta conocer mejor el objeto y fin de la misma.

Por otra parte, el TJCE ya ha tenido en diferentes ocasiones la oportunidad de examinar el valor jurídico de los preámbulos de los tratados comunitarios, afirmando, al respecto, su validez para interpretar los objetivos de las comunidades (por ejemplo, sentencia del TJCE de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, apartado 3). Y, mucho más recientemente, refiriéndose ya en concreto al Preámbulo de la Carta de Niza, el Tribunal, en su sentencia de 27 de junio de 2006 (C-540/03, *Parlamento c. Consejo*, apartado 38), ha señalado que «[…] el objetivo principal de la Carta, como se desprende de su preámbulo, es reafirmar "los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del [CEDH], de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia […] y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos"». Así pues, ha acudido al Preámbulo para esclarecer el objetivo de la Carta, esto es, como criterio de interpretación.

Esta sentencia del TJCE se acerca a una serie de Conclusiones de Abogados Generales, entre las que se encuentran las preparadas

por el abogado general Tizzano, en el asunto *BECTU* (C-173/99) resuelto por sentencia de 26 de junio de 2001, que ya habían interpretado en una línea similar el Preámbulo de la Carta, esto es, en el sentido de iluminar los objetivos y el fin de la Carta. Finalmente, otros tribunales, internacionales como el TEDH *(Bosphorus c. Irlanda*, sentencia de 30 de junio de 2005), o nacionales, como el Tribunal Constitucional español (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre), también han invocado este Preámbulo con una finalidad parecida. De todo ello, cabe extraer que el Preámbulo debe tenerse en cuenta en el contexto de las disposiciones de la Carta cuya recta interpretación así lo precise.

Por otro lado, el Preámbulo, como suele ocurrir con los textos de esta naturaleza, viene a sintetizar la razón de ser y el alcance de la Carta. Posee, sin duda, un valor simbólico y político, pero, también, jurídico como acabamos de ver. Tiene, asimismo, un contenido axiológico, al reafirmar los valores y principios que inspiran la Carta, que son, como no podría ser de otra forma, los que informan el conjunto de la Unión Europea y el proceso de construcción europeo. Estos valores y principios, fundamento de los derechos mismos que luego se proclaman a lo largo de la Carta, son, como veremos al examinar el contenido del Preámbulo, los de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la democracia y el Estado de Derecho, tal y como resultan de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, del TUE, de las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad Europea y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del TJCE y del TEDH.

3.2. *Contenido y estructura del Preámbulo*

El Preámbulo no es largo, aunque sí denso, y su estructura es bastante sencilla. Comienza, en su *apartado primero*, declarando que «Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes». Son, pues, los pueblos de Europa, no los pueblos de los Estados de Europa, ni los propios Estados, ni, tampoco, los ciudadanos comunitarios, ni, en fin, las personas individuales, a los que se refiere el Preámbulo. Tal acotación se encuentra en sinto-

nía con lo dicho en el Preámbulo y en el art. 1 del actual TUE, en los preámbulos de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y, finalmente, en el propio Preámbulo y en el art. 1 del TUE reformado por el Tratado de Lisboa. Aunque, ahora, en este texto se sitúa a los pueblos de Europa más como protagonistas que como meros beneficiarios de las ventajas derivadas de la construcción europea. En esta alusión a los pueblos de Europa cabe encontrar ecos de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y, sobre todo, del Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas («Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas…»). Por otro lado, esta mención no alcanza, naturalmente, a todos los pueblos de Europa o, por decirlo de otra forma, a todos los pueblos europeos, sino que se limita a los pueblos de la Unión Europea, caracterizados por su diversidad y pluralidad, pero que están incursos en una unión cada vez más estrecha, lo que lleva a la idea de la unidad en la diversidad que fue proclamada como divisa de la Unión Europea en el apartado 4 del Preámbulo del Tratado Constitucional, pero que, ahora, ha sido voluntariamente eliminada en el Tratado de Lisboa.

El objetivo de crear una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa —que destaca la naturaleza dinámica y abierta del proceso de construcción europea iniciado en 1951 con el Tratado CECA— viene reiterado desde los primeros tratados constitutivos hasta la actualidad y dicha unión ha sido proclamada repetidamente por los presidentes y jefes de Estado de los Estados miembros en diversos consejos europeos (por ejemplo, en la Declaración solemne adoptada con ocasión del Consejo Europeo de Stuttgart). Son, pues, los pueblos de Europa los protagonistas de una Carta a la que se le da el mismo valor jurídico que a unos tratados internacionales firmados por las Altas Partes Contratantes representantes plenipotenciarias de los Estados miembros.

Se trata, en nuestra opinión, de una fórmula de compromiso. Por un lado y en un primer momento, son los pueblos de Europa que proclaman sus intenciones de crear una unión más estrecha, pero en un segundo momento, son los representantes de los gobiernos, reunidos en Lisboa que han exhibido sus plenos poderes, encontrados en buena y debida forma, quienes han convenido el Tratado de reforma de los tratados constitutivos de unas organizaciones internacionales. De manera que, como señala A. Levade, los

redactores de la Carta la han redactado a la vez en nombre de los *pueblos de Europa* y de la propia *Unión* (2005, 25).

Son ellos, los pueblos de Europa, que han conocido *dolorosas experiencias* (como decía el apartado 2 del Preámbulo del Tratado Constitucional) los que deciden compartir un futuro común, un porvenir pacífico dentro de la Unión y en el mundo (objetivo constante recogido en los preámbulos de los sucesivos tratados constitutivos de las comunidades, de la Unión Europea, del Tratado Constitucional y del reformado TUE tras Lisboa, que se realiza en el estricto respeto del Derecho Internacional y en particular de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, tal y como proclama el apartado 5 del art. 3 de aquel último Tratado), basado en valores comunes. Esta comunidad de valores (*humanistas,* según la Declaración de Laeken), que introduce una dimensión ética común a toda la construcción europea, es resaltada en el Preámbulo, y los arts. 2 y 3 del TUE reformado en Lisboa, y con los que el Preámbulo de la Carta deberá interpretarse armoniosamente una vez entre éste en vigor. En su formulación, más amplia y directa, la del mencionado art. 2, estos valores son los del «respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías», se trata, como añade este precepto, de valores comunes a los Estados miembros «en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

Pues bien, estos valores son enunciados expresamente en el *apartado segundo* del Preámbulo de la Carta («Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad»), donde también se afirman los principios sobre los que se basa la Unión («los principios de la democracia y el Estado de Derecho»). Por un lado, este texto consagra una concepción universalista e individualista de los derechos fundamentales, pero, por otro, establece una distinción aleatoria entre valores y principios, que en otros lugares del TUE resultante del Tratado de Lisboa no se produce (por ejemplo, en su Preámbulo o en su art. 2). Valores indivisibles cuyo contenido junto al de los principios son luego objeto de desarrollo en distintas disposiciones de la Carta. Asimismo, este

texto se acerca bastante al contenido del apartado segundo del Preámbulo del TUE reformado en Lisboa, que es similar al apartado primero del Preámbulo del Tratado Constitucional («Inspirándose en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, la democracia, la igualdad, la libertad y el Estado de Derecho»). Pero, diferenciándose del mismo en la ausencia de una referencia a la herencia religiosa que Europa comparte. El origen de esa diferencia, en nuestra opinión no comprensible, dado que estamos refiriéndonos a dos preámbulos que deberían ser lo más parecidos posible en cuanto a afirmaciones de tan especial calado, se encuentra en los debates desarrollados durante la Convención, donde la propuesta de los parlamentarios alemanes de mencionar en el Preámbulo de la Carta la existencia de una herencia cultural, humanista y religiosa, se enfrentó con el rechazo de diversos convencionales, en particular franceses, que estimaban que dicha mención era contraria al principio de la laicidad, por lo que se buscó una salida a través de una fórmula transaccional (inspirada en el preámbulo del Estatuto del Consejo de Europa) referida a la consciencia de la existencia de un patrimonio espiritual y moral, donde la expresión espiritual sustituye a la de religiosa. Fórmula que nos parece más adecuada jurídicamente para poder conciliar el texto del Preámbulo con el art. 22 de la Carta, en el que se menciona expresamente que la Unión respetará la diversidad religiosa.

Por otro lado, en el segundo párrafo de este apartado del Preámbulo se alude a la existencia de una ciudadanía europea, a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, y al papel de la persona que se encuentra en el centro de la actuación de la Unión. Estas menciones parecen plantear la existencia de dos categorías de destinatarios de derechos: la persona, beneficiaria de derechos universales e inalienables y la del ciudadano de la Unión Europea, receptor de derechos esta vez no generales sino privativos de los nacionales de los Estados miembros y que se sitúan dentro de la noción de ciudadanía de la Unión.

La Unión va a contribuir a defender y fomentar esos valores comunes y lo deberá hacer, según establece el *apartado tercero* del Preámbulo, «dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradi-

ciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos a escala nacional, regional y local». Como se ve, el Preámbulo de nuevo se refiere a los pueblos de Europa, conectándolo con cuestiones como la de la identidad nacional de los Estados, o la del respeto de la organización de sus poderes políticos. Así, junto a la persona y al ciudadano comunitario como sujeto básico de la protección, este apartado se refiere a las colectividades o grupos humanos, cuando menciona a los pueblos de Europa, cuyas culturas y tradiciones deben ser protegidas (en la línea de lo establecido en el Preámbulo del TUE o del Preámbulo del Tratado Constitucional). No obstante, tal visión plurinacional aparece contenida dentro de una llamada al respeto de la identidad nacional de los Estados miembros y de su derecho a organizar autónomamente su administración político-territorial (Carrillo 2005, 203). En relación con ello, pensamos que el texto del apartado tercero del Preámbulo habrá de leerse en conjunción con lo dispuesto en el apartado segundo del art. 4 del TUE reformado por el Tratado de Lisboa, a tenor del cual, «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro».

Por otra parte, según se añade en el párrafo segundo de este apartado tercero del Preámbulo, la Unión va a promover el desarrollo equilibrado y sostenible y garantizar la aplicación de las libertades de circulación de personas, servicios, mercancías y capitales y la libertad de establecimiento que sostienen el mercado interior único. La primera frase reenvía a unos principios jurídicos y políticos que encuentran sus raíces en la propia evolución de la construcción comunitaria y de la sociedad europea y que han sido acogidos en diversas disposiciones, como el art. 2 del TUE o los arts. 2 y 6 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) o, en el Preámbulo y en el art. I-3 del Tratado Constitucional, o, en fin, en el apartado 3 del art. 3 del reformado TUE. De ellas es extrae que el de-

sarrollo en la Unión Europea no debe comprometer el futuro de las próximas generaciones y debe estar atento a las disparidades y desequilibrios socioeconómicos existentes entre los distintos territorios de la Unión. Mientras que la segunda frase de este párrafo muestra como libertades, esencialmente económicas y sociales, que tradicionalmente sostienen el mercado interior único de la Unión Europea (art. 26 TFUE y art. 14 TCE), pasan a convertirse en libertades fundamentales.

En el *apartado cuarto* —donde se dice que «[…] es necesario, dándoles una mayor proyección mediante una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos»—, se subraya el carácter dinámico de la sociedad europea y, consiguientemente, la necesidad de que los derechos y libertades fundamentales sean concebidos e interpretados, también, no como algo estático sino como, necesariamente, adaptable a la evolución de esta sociedad y a los avances científicos y tecnológicos. Sin duda, la Carta tiene un objetivo más revelador que innovador, en el sentido de que por primera vez en la Unión Europea se recapitula y sistematiza en un texto único el conjunto de derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y de todas las personas que vivan en el territorio de la Unión, y al hacerlo va a darles *una mayor proyección;* pero esta proyección para ser realmente efectiva debe tener presente la propia evolución de la sociedad. Así, la Carta reproduce y sistematiza un derecho positivo ya existente, pero dotándolo de una actualización ineludible derivada de la necesidad de «reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos». Estos derechos fundamentales atentos a la evolución de la sociedad y, gracias a la Carta, más visibles, también se pretende que estén mejor protegidos, que gocen de una protección efectiva, lo que se logra mediante la declaración expresa en el nuevo art. 6.1 del TUE de su valor jurídico, similar al de los tratados, sin desconocer, como ya veíamos, el hecho de que incluso al margen de esta innovación, la Carta ya goza de un valor jurídico indiscutible.

En el *apartado quinto* se aprecia la vocación más codificadora que creadora de la Carta a la que nos hemos venido refiriendo. Y, ello,

en el sentido de que recoge formulaciones, que en su mayor parte, reconocen derechos ya consagrados en otros textos normativos internacionales y nacionales, con una pretensión más sistematizadora y uniformadora que propiamente innovadora (Roldán Barbero 2003, 943 y ss.). Estos derechos, procedentes de una variedad de fuentes, son los que se reafirman en la Carta, pero al hacerlo no modifica ni las competencias de la Unión, ni su distribución, ni el juego del principio de subsidiariedad en el marco de las competencias compartidas (lo que se reafirma, más tarde, en el apartado 2 del art. 51 de la Carta). En otros términos, y como textualmente se recoge en la Declaración relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, aneja al Tratado de Lisboa, «La Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna nueva competencia ni ningún nuevo cometido para la Unión y no modifica las competencias y cometidos definidos por los Tratados». Así, pues, los derechos fundamentales garantizados en la Unión sólo son efectivos en el marco de las competencias que definen el TUE y el Tratado de Funcionamiento, una vez que el Tratado de Lisboa entre en vigor.

Si nos detenemos ahora en la redacción de este apartado, vemos que en él se lee que «La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea».

De esta lectura, se extrae, primeramente, que es el apartado de la Carta que ha conocido mayores cambios redaccionales. Estos cambios son el resultado del Tratado Constitucional y han sido, en su mayoría, respetados en la versión de la Carta proclamada en 2007,

y se deben a la necesaria limpieza terminológica a la que ha tenido que ser sometido para adecuarlo a la nueva realidad jurídico-institucional nacida, primero con el Tratado Constitucional y, ahora, con el Tratado de Lisboa. Así, por ejemplo, se elimina la referencia a los tratados comunitarios y se señala que la Carta Social ha sido adoptada por la Unión y no por la Comunidad.

Seguidamente, este apartado, refleja una realidad jurídica plural —la de los derechos fundamentales que se aplican en la Unión Europea— que persiste y que no absorbe o sustituye la Carta, sino que va a pervivir dentro de la complejidad del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y con la que, necesariamente, aquella realidad deberá interactuar.

De esta situación compleja se extrae que los derechos fundamentales aplicables en la Unión Europea no están confinados dentro de las disposiciones de la Carta, sino que pueden tener otras procedencias. De ello, da testimonio el propio TUE, cuando en su art. 6, relativo a los Derechos fundamentales, subraya, en su apartado tercero, que «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales». En este sentido, el Preámbulo de la Carta y el propio TUE no hacen más que beber en la propia jurisprudencia del TJCE.

Esta situación lleva a que nos encontremos, junto a los derechos y libertades contenidos en las disposiciones de la Carta que constituyen normas de Derecho de la Unión Europea, aquellos otros que derivan de obligaciones internacionales o nacionales de los Estados miembros y que poseen la condición de principios generales. De manera que los primeros deberán interpretarse en armonía con los segundos y buscando la mayor protección de los beneficiarios, tal y como, por lo demás, se expresa en los apartados tres y cuatro del art. 52 de la propia Carta, cuando se dice: «3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una

protección más extensa», y se añade: «4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones». Estos derechos han sido o serán objeto de interpretación judicial, por el TJCE y/o por el TEDH, de ahí la mención que el apartado comentado hace a la jurisprudencia de ambos Tribunales. Referencia evidente por lo que se refiere a la procedente del TJCE dotada de fuerza jurídica dentro del Ordenamiento de la Unión Europea, pero no tanto, por lo que respecta a la creada por el TEDH, cuyos efectos en este ordenamiento, hasta la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, son discutibles.

Finalmente, el apartado comentado, incluye una novedad importante relacionada con la interpretación de la Carta. A saber, quien esté llamado a interpretarla deberá tomar en cuenta las *Explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea.* Como hemos venido insistiendo, se trata de una idea que surge durante la Convención, se confirma en la CIG, y luego toma cuerpo en este apartado de la Carta. Estas Explicaciones, destinadas a esclarecer el contenido de las disposiciones de la Carta y que figuran como anexo al presente estudio, deben estar al alcance de los distintos operadores jurídicos, y para facilitarlo han sido publicadas junto al texto de la Carta en su versión de 2007 en el Diario Oficial de la Unión Europea (*DO* C 303, de 14 de diciembre de 2007, pp. 17 y ss.).

La Carta proclama derechos, pero la Carta también señala, como se recoge en el *sexto apartado* del Preámbulo, que el disfrute de los mismos «conlleva responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las futuras generaciones», advertencia que debe ser leída conjuntamente con lo que recoge el art. 54 de la Carta (Prohibición del abuso de derecho), donde se viene a decir que el ejercicio de tales derechos no puede destruir o limitar otros derechos o libertades reconocidos por la Carta más allá de lo previsto en la misma. Se trata, en suma, de afirmar la necesidad de un uso responsable de dichos derechos. Este apartado recuerda, asimismo, lo ya indicado en el apartado tercero donde se dice que la Unión trata de fomentar un desarrollo equili-

brado y sostenible, idea que lleva implícito el respeto de los derechos y el disfrute de los mismos por las futuras generaciones, mientras que la referencia a los derechos de la comunidad humana podría entenderse en la línea de la noción de la *humanidad* que está emergiendo en la sociedad internacional y a la que el Derecho Internacional presta cada vez mayor atención.

El Preámbulo acaba, en su *último apartado*, proclamando que la Unión reconoce los derechos, libertades y principios que pasan a enunciarse en el cuerpo de la Carta. Habrá pues derechos subjetivos (civiles y políticos, económicos, sociales y culturales) y principios programáticos que vienen a limitar la acción normativa de las instituciones de la Unión Europea. Y, respecto de estos últimos, el apartado 5 del art. 52 establece que «Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos». En relación con esta disposición, en las Explicaciones formuladas por el Praesidium de la Convención de 2000, y actualizadas por el Praesidium de la Convención Europea, se aclara la distinción entre *derechos* y *principios,* indicándose que los derechos subjetivos deberán respetarse, mientras que los principios deben observarse. Y se añade: «Los principios pueden aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos [adoptados por la Unión en función de sus competencias y por los Estados miembros solamente en aplicación del Derecho de la Unión]; por consiguiente, son importantes para los tribunales sólo cuando se trata de la interpretación o revisión de dichos actos. Sin embargo, no dan lugar a derechos inmediatos de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros […]. En determinados casos, un artículo de la Carta puede incluir elementos de un derecho y de un principio […]».

Cabe, a modo de conclusión, considerar que la proclamación en el TUE, tras la reforma del Tratado de Lisboa, del valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, supondrá, tras su entrada en vigor, un avance singular no sólo en la protección de estos

derechos en el marco regional europeo, puesto que afecta a las instituciones y a los Estados miembros sólo, como vimos, cuando actúan dentro del marco de la Unión Europea; sino, también, en la participación de ésta en el establecimiento de ese orden social e internacional, al que se refiere el art. 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el que los derechos y libertades proclamados puedan llegar a hacerse plenamente efectivos. Quien deba aplicar judicialmente las disposiciones de la Carta, encontrará en el Preámbulo que hemos comentado una guía para interpretar y esclarecer la intención de los autores de estas normas, así como de su sentido.

Bibliografía

Alonso García, R. y D. Sarmiento. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Madrid: Civitas, 2006.

Braibant, G. *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*. París: Seuil, 2001.

Carrillo Salcedo, J. A. «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 9 (2001): pp. 7 y ss.

Carrillo, M. «Los derechos fundamentales en la Constitución Europea». En J. Vidal-Beneyto, coord. *El reto constitucional de Europa*. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 199 y ss.

De Burca, G. «The drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights». *European Law Review* (2001): pp. 126 y ss.

Fernández Tomás, A. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

Jiménez de Aréchaga, E. *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*. Madrid: Escuela de Funcionarios Internacionales, 1958.

Levade, A. «Préambule». En L. Burgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, t. 2. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 1 y ss.

Liñán Nogueras, D. J. «Derechos humanos y Unión Europea». *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*. Vol. IV (2000): pp. 371 y ss.

Mangas Martín, A. *La constitución europea*. Madrid: Iustel, 2005.

Mayer, F. «La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne». *Revue Trimestrielle de droit européen* 2 (2003): pp. 181 y ss.

Roldán Barbero, J. «La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 16 (2003): pp. 943 y ss.

Saiz Arnaiz, A. «Constitución y derechos: la Carta "retocada", el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Parte II del Proyecto de Tratado». En E. Albertí Rovira y E. Roig Molés, coords. *El proyecto de nueva constitución europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 327 y ss.

Schutter, O. «Les droits fondamentaux dans le projet européen». En O. Schutter y P. Nihoul, coords. *Une Constitution pour l'Europe*. Bruselas: Larcier, 2004, pp. 81 y ss.

TÍTULO I

DIGNIDAD

Artículo 1
Dignidad humana

La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.

Preceptos relacionados

- Carta: Preámbulo y art. 31.1.
- TUE (TLisboa): Arts. 2 y 21.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 6.2 del TUE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. I-2 y II-61.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 1.

COMENTARIO

José Manuel Sobrino Heredia
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de A Coruña

1. Consideraciones generales

La dignidad humana constituye uno de los valores indivisibles y universales sobre los que está fundada la Unión Europea (art. 2 TUE y

Preámbulo de la Carta). En las Explicaciones actualizadas sobre la Carta de los Derechos Fundamentales en su versión proclamada el 12 de diciembre de 2007 (*DO* C 303, de 14 de diciembre de 2007, p. 17) se afirma que la dignidad humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales y, se añade, más adelante, que ninguno de los derechos consignados en la Carta podrán utilizarse para atentar contra la dignidad de otras personas y que la dignidad forma parte de la esencia de estos derechos.

Una declaración tan clara y rotunda explica la razón por la que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, tras el correspondiente Preámbulo, se inicie, precisamente, con el Título Primero consagrado a la dignidad, cuya primera disposición, el art. 1 se refiere a la dignidad humana, con una redacción idéntica a la contenida en el art. 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales adoptada en Niza en 2000. Y, en esta redacción, encontramos tres importantes afirmaciones: la dignidad humana es inviolable; la dignidad humana será respetada; la dignidad humana será protegida.

La dignidad humana es inviolable, no cabe atentar contra ella por cualquier motivo que sea, incluso, con la justificación de proteger alguno de los derechos fundamentales consignados en la Carta, como se advierte en las Explicaciones elaboradas por el Praesidium y mencionadas al inicio de este comentario. Se trata de un principio absoluto e inderogable o permanente que implica que no se puede instrumentalizar jamás a un ser humano, esto es, tratarlo como un mero objeto, idea que se ancla, como se ha dicho, en la tradición judeocristiana común a los Estados miembros, según la cual el hombre ha sido creado a la imagen de Dios (De Mathieu 2005, 37).

1.1. *Quién y en qué marco debe respetar la dignidad humana*

La dignidad humana será respetada, añade la disposición comentada, lo que suscita la cuestión de dónde y por quién, que a su vez nos conduce a la Unión Europea, pues estamos hablando de un principio recogido en una disposición que según el art. 6.2 del Tribunal de la Unión Europea (TUE) reformado en Lisboa tendrá el mismo valor que los tratados, por lo que se va a aplicar en el Orde-

namiento jurídico de esta organización internacional. Por tanto, la Unión Europea debe respetar la dignidad humana, y por Unión Europea debemos entender, a estos efectos, tanto *a*) las instituciones, órganos, organismos y agencias comunitarias; *b*) como los Estados miembros cuando aplican el Derecho Comunitario; *c*) no así cuando estas actuaciones quedan fueran del marco de la Unión Europea. Así, la recientemente creada Agencia Europea de Derechos Fundamentales nace con el objetivo de «proporcionar a las instituciones, órganos, organismos y agencias competentes de la Comunidad y a sus Estados miembros cuando apliquen el Derecho comunitario, ayuda y asesoramiento en materia de derechos fundamentales con el fin de ayudarles a respetarlos plenamente cuando adopten medidas o establezcan líneas de actuación en sus esferas de competencia respectivas» (Reglamento 168/2007 del Consejo, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; *DO* L 53, de 22 de febrero de 2007, p. 1; v. art. 2). Por tanto, el respeto de este principio debe asegurarse en el marco de la Unión Europea.

I) Las instituciones, órganos, organismos y agencias comunitarias deben respetar la dignidad humana cuando aplican el Derecho Comunitario, y al no hacerlo incurrirán en una violación del mismo, que posibilitará, llegado el caso, la presentación del oportuno recurso de anulación, como por lo demás ya ha ocurrido (sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de octubre de 2001, asunto C-377/98, *Países Bajos/Parlamento Europeo y Consejo*). Ésta es una obligación permanente pues, como acabamos de ver, la dignidad humana es inviolable. Pero además, al regular según qué temas, Comisión, Parlamento Europeo y Consejo insisten últimamente en reconocerlo expresamente, y aunque suelen hacerlo refiriéndose a toda la Carta de Derechos Fundamentales, a veces se acompañan de alusiones concretas a la dignidad. Así, en el ámbito de las aplicaciones de la biología y la medicina: la Directiva, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, empieza por recordar que el derecho de patentes se ha de ejercer respetando los principios fundamentales que garantizan la dignidad y la integridad de las personas; y al establecer los requisitos para la donación, obtención y evaluación de células y tejidos humanos tanto el Parlamento Europeo y el Consejo en la Directiva base, como la Comisión en la Directiva de Desarrollo, declaran que las respectivas directivas respetan la Carta

de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y tienen en cuenta, entre otros, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, *DO* L 213, de 30 de julio de 1998, pp. 13-21, considerando 16; Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos, *DO* L 102, de 7 de abril de 2004, pp. 48-58; v. considerando 22; Directiva 2006/17/CE de la Comisión por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE, *DO* L 38, de 9 de febrero de 2006, pp. 40-52, v. considerando 6). Y, en materia de asilo y reconocimiento de refugiados, las directivas se presentan afirmando respetar los principios contenidos en la Carta para, a continuación, referirse concretamente —aunque sea para aludir a su obligación no de respeto sino de promoción— a la dignidad humana (Directiva 2003/9/CE del Consejo, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, *DO* L 31, de 6 de febrero de 2003, pp. 18-25, considerando 5; Directiva 2004/83/CE del Consejo, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, *DO* L 304, de 30 de septiembre de 2004, pp. 12-23; v. considerando 10).

II) La actuación comunitaria es también la actuación de los Estados miembros cuando éstos, en el disfrute de sus competencias, están aplicando —normativa o administrativamente— el Derecho Comunitario, de modo que en tales supuestos los Estados miembros deben, lógicamente, respetar los derechos humanos, como, por lo demás, ya había declarado el propio Tribunal de Justicia, incluso con anterioridad al TUE y a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989, asunto 5/88, *Wachauf,* v. apartado 19). Pues bien, la práctica nos muestra, en relación con esta obligación, cómo, aquí también, hay una tendencia, cuando se regulan determinados temas ligados al uso de medidas coercitivas por parte de autoridades nacionales, a

insistir en la necesidad de respetar la dignidad de las personas. Así, la Directiva relativa a la protección temporal, en casos de desplazamientos masivos, dispone que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el regreso de dichas personas, ya sea voluntario o forzoso, se lleve a cabo dentro del respeto de la dignidad humana (Directiva 2001/55/CE del Consejo, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, *DO* L 212, de 7 de agosto de 2001, pp. 12-23; v. arts. 21-22). Al regular las actividades pesqueras en la zona de la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, se dispone que los Estados miembros han de adoptar las medidas necesarias para garantizar la dignidad de los observadores científicos que estén a bordo de buques pesqueros comunitarios (Reglamento 600/2004 del Consejo, por el que se establecen determinadas medidas técnicas aplicables a las actividades pesqueras en la zona de la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, *DO* L 97, de 1 de abril de 2004, pp. 1-15; v. art. 16.2 c). Al regular la protección de los buques e instalaciones portuarias frente a la amenaza de actos ilícitos deliberados, el Derecho Comunitario exige que todo registro se lleve a cabo de manera tal que se respeten plenamente los derechos humanos y la dignidad de la persona (Reglamento 725/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la mejora de la protección de los buques y las instalaciones portuarias, *DO* L 129, de 29 de abril de 2004, pp. 6-91; v. puntos 9.15 y 16.18). Al coordinar las expulsiones aéreas, el Consejo dispone que el uso de medidas coercitivas respecto a los repatriados no deberá violar la dignidad del repatriado (Decisión 2004/573/CE del Consejo, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión, *DO* L 261, de 6 de agosto de 2004, pp. 28-35; v. apartado 3.2). Y en el Código de fronteras Schengen se establece que, a la hora de realizar los controles fronterizos exteriores, la guardia de fronteras respetará plenamente la dignidad humana (Reglamento 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Có-

digo comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras, *DO* L 105, de 13 de abril de 2006, pp. 1-32; v. art. 6.1).

III) La disposición examinada se refiere a las actuaciones de los Estados miembros cuando aplican el Derecho Comunitario. Pero ¿qué ocurre en los demás supuestos? En estos casos, el TUE (art. 7), como lo hacía también el Tratado Constitucional (art. I-59), establece mecanismos de sanción para aquellos Estados que incurran en una violación grave y persistente de los derechos humanos, y, consiguientemente, de la dignidad humana. Si esto ocurre, se podría llegar a la suspensión de determinados derechos derivados de la pertenencia del Estado infractor a la Unión, incluido el derecho de voto de su representante en el Consejo.

La última afirmación contenida en el breve texto del art. 1 comentado nos remite a la obligación de que la dignidad humana sea protegida, lo que suscita de entrada el problema de la competencia; quién tiene competencia para proteger este principio fundamental (y su concreción en los correspondientes derechos subjetivo y objetivo), puesto que ni la Comunidad Europea ni la Unión Europea disponen de competencia general en materia de derechos humanos. Ahora bien, sí existen ciertas disposiciones que pueden servir de base para la protección de la dignidad humana. A lo que se añade —como veremos al estudiar la jurisprudencia comunitaria— la aceptación de las normas nacionales destinadas a proteger la dignidad humana como *excepciones de orden público* que pueden justificar determinadas restricciones a las libertades del mercado interior.

Esta ausencia de competencia general para promover y proteger la dignidad humana no les impide adoptar actos no vinculantes, como es el caso, por citar un ejemplo, de las recomendaciones relativas a la protección de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información en línea (Recomendación del Consejo de 1998, completada en 2006 por una nueva Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo; Recomendación 98/560/CE del Consejo, relativa al desarrollo de la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel de protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana, *DO* L 270, de 7 de octubre de 1998, pp. 48-55; Recomendación 2006/952/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relati-

va a la protección de los menores y de la dignidad humana y al derecho de réplica en relación con la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información en línea, *DO* L 378, de 27 de diciembre de 2006, pp. 72-77).

1.2. *La base jurídica de la protección de la dignidad humana*

Además, nos encontramos con una serie de disposiciones en el vigente Derecho de la Unión (el nuevo TUE y el TFUE lo mantienen) que pueden servir de base para la protección de la dignidad humana. Por un lado, *a*) las disposiciones comunitarias que permiten la protección de derechos concretos y *b*) las relativas a la cooperación al desarrollo y *c*) a las demás relaciones de cooperación con terceros países; y, por otro lado, *d*) disposiciones comunitarias más generales referidas a la aproximación de legislaciones y *e*) a las competencias subsidiarias. Debiendo añadir, además, *f*) ciertas disposiciones del tercer y, en menor medida, *g*) del segundo pilar. Veámoslas a continuación:

I) Disposiciones que permiten la protección de Derechos concretos. Éste es el caso de la competencia para luchar contra las discriminaciones; la competencia en materia de derechos sociales fundamentales; la competencia para garantizar y desarrollar los derechos que conforman la ciudadanía europea; y las competencias en materia de asilo, inmigración y libre circulación de personas, incluidos los nacionales de terceros Estados. Se trata de derechos que empezaron únicamente ligados al mercado interior (prohibición de discriminaciones, derechos sociales), que con ocasión del TUE se ampliaron respecto a los nacionales de los Estados miembros (ciudadanía), y que el Tratado de Amsterdam vincula ya a cualquier persona (espacio de libertad, seguridad y justicia). Pero a pesar de esta evolución (la persona en cuanto agente económico; la persona en cuanto ciudadano europeo; la persona como ser humano) ninguna de estas disposiciones se refiere, ni actualmente ni en el nuevo TUE, a la dignidad humana en sí misma; aunque sí aparece en conexión con estos derechos. Así sucedió en primer lugar con el derecho de libre circulación de trabajadores, posteriormente con el

derecho a la no discriminación, y más recientemente con los derechos de los solicitantes de asilo y refugio.

La normativa relativa a la libre circulación de trabajadores se dirige a garantizar su ejercicio *en condiciones objetivas de libertad y dignidad;* finalidad a la que acudió el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) a la hora de interpretar uno de sus preceptos referido al derecho de los hijos del trabajador a ser admitido en los cursos de aprendizaje en las mismas condiciones que los nacionales (Reglamento CEE núm. 1612/68 del Consejo, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, *DO* EE, Capítulo 5, tomo 1, p. 77, v. considerando 5; sentencia del TJCE de 3 de julio de 1974, asunto 9/74, *Casagrande*, Rec., p. 773, v. apartado 4; Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento 1612/68, *DO* L 158, de 30 de abril de 2004, pp. 77-123, v. considerandos 5 y 15). Por su parte, las directivas adoptadas para luchar contra las discriminaciones, muy especialmente las adoptadas respecto de las discriminaciones por razón de sexo, definen el acoso como un atentado contra la dignidad de la persona (Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, *DO* L 180, de 19 de julio de 2000, pp. 22-26; v. art. 2.3; Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, *DO* L 303, de 2 de diciembre de 2000, pp. 16-22, v. art. 2.3; Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, *DO* L 269 de 5 de octubre de 2002, pp. 15-20; v. art. 1.2.2; Directiva 2004/113/CE del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, *DO* L 373, de 21 de diciembre de 2004, pp. 37-43; v. art. 2, apartados c y d; Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades

e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, *DO* L 204, de 26 de julio de 2006, pp. 23-36; art. 1, apartados c y d). Y las directivas relativas al asilo y al reconocimiento de refugiados se presentan con el fin de garantizar el pleno respeto de la dignidad humana y promover el art. 1 —el relativo a la dignidad— de la Carta (Directiva 2003/9/CE del Consejo, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, *DO* L 31, de 6 de febrero de 2003, pp. 18-25, considerando 5; Directiva 2004/83/CE del Consejo, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, *DO* L 304, de 30 de septiembre de 2004, pp. 12-23; v. considerando 10).

II) Cooperación al desarrollo. Una de las aportaciones del TUE fue la de presentar la política de cooperación al desarrollo con el objetivo, entre otros, de contribuir al respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 177.2 TCE; Reglamento 975/1999 del Consejo, por el que se fijan los requisitos para la aplicación de las acciones comunitarias de cooperación al desarrollo que contribuyan a alcanzar el objetivo general de desarrollar y consolidar la democracia y el Estado de Derecho, así como el de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, *DO* L 120, de 8 de mayo de 1999, pp. 1-7). Esto no significó que el respeto de los derechos humanos y de los principios democráticos pasase a constituir un ámbito específico de cooperación, sino que, en palabras del TJCE «debe tener en cuenta el objetivo del respeto de los derechos humanos cuando adopta medidas en el ámbito de la cooperación al desarrollo, pero no que los derechos humanos constituyan un ámbito específico de cooperación» (sentencia del TJCE de 3 de diciembre de 1996, asunto C-268/94, v. apartados 23 y 28). En este sentido, y por lo que se refiere a la dignidad, el Consejo llegó a definir como objetivo la contribución a la creación, en estos países, de un entorno que condene todas las formas de violencia, mutilación y agresiones sexuales que atentan contra la dignidad y salud, muy especialmente de mujeres y adolescentes (Reglamento 1484/97 del Consejo, relativo a las ayudas a las políticas y programas demográficos en los países en vías de desarrollo, *DO* L 202, de 30 de julio

de 1997, pp. 1-5). El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sigue ocupándose de la cooperación al desarrollo y, por tanto, dentro de ella del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales (arts. 208-211).

III) Cooperación económica, financiera y técnica con terceros países. Introducido como título propio con el Tratado de Niza, esta política se presenta también con el objetivo, entre otros, del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 181.A TCE). Así, por lo que se refiere a la Asociación con terceros países, podemos citar las asociaciones con Macedonia y con Albania, por cuanto en las prioridades a medio plazo de dichas asociaciones hay una referencia expresa a la dignidad; concretamente, se enuncia como prioridad la de garantizar el respeto de la dignidad humana en los centros de detención, las prisiones y —en el caso de Albania— las instituciones psiquiátricas (Decisión 2004/518/CE del Consejo, de 14 de junio de 2004, sobre los principios, las prioridades y las condiciones que figuran en la Asociación Europea con la Antigua República Yugoslava de Macedonia, *DO* L 222, de 23 de junio de 2004, pp. 20-28; anexo punto 3.2; la siguiente Decisión sobre Macedonia —2006/57/CE— reitera el mismo contenido pero se refiere de manera genérica a los derechos humanos, *DO* L 35, de 7 de febrero de 2006, pp. 117-132; v. anexo punto 3.2; Decisión 2006/54/CE del Consejo de 30 de enero de 2006 relativa a los principios, las prioridades y las condiciones de la Asociación Europea con Albania, *DO* L 35, de 7 de febrero de 2006, pp. 1-18; v. anexo punto 3.2).

IV) Disposiciones que permiten la aproximación de legislaciones. Tanto el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) (con carácter general, el art. 95) como el nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (con carácter general, el art. 115) autorizan —y autorizarán— a la Comunidad Europea y la Unión Europea, respectivamente, a la adopción de medidas relativas a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. De modo que actualmente la Comunidad Europea puede adoptar medidas para acabar con divergencias nacionales que afecten al intercambio intracomunitario; y puede ser que tales disposiciones nacionales correspondan a ámbitos materiales especialmen-

te sensibles desde el punto de vista de la dignidad humana. Tal es el caso de los servicios audiovisuales y de información, así como de las aplicaciones de la biología y la medicina. De este modo, en el ámbito de los servicios audiovisuales y de información, en el que desde hace años existe una verdadera preocupación por los atentados a la dignidad humana [así, el Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información, *COM* (*96*) *483 final*], se prohibió explícitamente la publicidad televisada contraria a la dignidad humana (Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, *DO* L 298, de 17 de octubre de 1989, pp. 23-30; v. art. 12). Y, en el ámbito de las aplicaciones de la biología y la medicina, encontramos una preocupación explícita por la dignidad humana en directivas referidas a las invenciones biotecnológicas, a los productos sanitarios para diagnóstico in vitro, a los ensayos clínicos con seres humanos y las donaciones de células y tejidos humanos. La Directiva, que tiene por objeto aproximar las normas nacionales relativas a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, incluye en su parte dispositiva una lista orientativa de intervenciones no patentables advirtiendo que no es una lista exhaustiva y que cualquier otro procedimiento cuya aplicación suponga una violación de la dignidad humana queda excluido de la patentabilidad (Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas; *DO* L 213, de 30 de julio de 1998, pp. 13-21; v. considerando 38). A la hora de armonizar las normas nacionales relativas a productos sanitarios para diagnóstico in vitro, la Directiva dispone que «la toma, la obtención y la utilización de tejidos, células y sustancias de origen humano se regirán, en materia deontológica, por los principios establecidos en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina y por las normas de los Estados miembros vigentes en la materia» (Directiva 98/79/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre productos sanitarios para diagnóstico in vitro, *DO* L 331, de 7 de diciembre de 1998, pp. 1-37; v. art. 1.4). Respecto

a las normas nacionales relativas a los ensayos clínicos con seres humanos la Directiva de aproximación empieza recordando que «los principios de base aceptados para la realización de ensayos clínicos con seres humanos son la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a la aplicación de la biología y la medicina» (Directiva 2001/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre la aplicación de buenas prácticas clínicas en la realización de ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, *DO* L 121, de 1 de mayo de 2001, pp. 34-44; v. considerando 2). En materia de donación, la Directiva con la que se pretende establecer un marco unificado que garantice normas elevadas de calidad y seguridad señala, con carácter general, que debe respetarse la dignidad de los donantes fallecidos y, de manera concreta, alude a la reconstrucción del cuerpo del donante de la manera más similar posible a su forma anatómica original (Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos, *DO* L 102, de 7 de abril de 2004, pp. 48-58; v. considerando 16).

V) Competencias subsidiarias y cláusula de flexibilidad. El art. 308 de la CE atribuye a la Comunidad Europea competencias —conocidas como subsidiarias o residuales— en la medida en que sean necesarias para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la CE; debiendo entenderse como objetivos no sólo los generales (art. 2 CE), sino también los específicos contenidos en disposiciones del TCE. Así, aunque los derechos fundamentales no aparecen recogidos entre los fines del art. 2 de la CE, el art. 308 sirvió de base en su momento, y hasta el Tratado de Niza, para articular las acciones comunitarias con terceros países distintas de la cooperación al desarrollo pero que también contribuyen a la promoción de los derechos humanos; y esta disposición ha servido de base, también, para la reciente creación de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales, a la que ya hicimos referencia anteriormente. Pues bien, el TFUE no sólo mantiene esta posibilidad (la llamada cláusula de flexibilidad del art. 352), sino que, además, la nueva formulación de los objetivos de la Unión incluye, como tal, en el nuevo TUE la promoción de los valores de la Unión Europea

(art. 3.1); resultando que el primer valor de ésta que aparece recogido, es, precisamente, la dignidad humana (art. 2).

VI) Cooperación policial y judicial en materia penal. En el ámbito del tercer pilar se adoptan actualmente actos sobre cuestiones que afectan directamente a la dignidad humana. Así, la trata de seres humanos y explotación sexual de niños es presentada como un grave atentado a la dignidad humana (Acción Común 96/700/JAI del Consejo, por la que se establece un programa de estímulo e intercambios destinado a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, *DO* L 322, de 12 de diciembre de 1996, pp. 7-10; v. considerando 2; Acción común 97/154/JAI del Consejo sobre la base del art. K.3, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, *DO* L 63, de 4 de marzo de 1997, pp. 2-6; v. considerando 7; Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, *DO* L 203 de 1 de agosto de 2002, pp. 1-4, considerando 3). Al definirse el estatuto de la víctima en el proceso penal se insiste en la necesidad de tratar a las víctimas con el debido respeto a su dignidad personal (Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, *DO* L 82, de 22 de marzo de 2001, pp. 1-4; v. art. 2). Y el terrorismo es presentado como una grave violación a la dignidad humana (Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo sobre la lucha contra el terrorismo, *DO* L 164 de 22 de junio de 2002, pp. 3-7, v. considerandos 1 y 2). Todas estas valoraciones siguen siendo válidas en el marco del TFUE que dedica a este tema el Título V de su Tercera Parte.

VII) Política Exterior y de Seguridad Común. Muchas son las cuestiones de Política Exterior y de Seguridad Común que, de un modo u otro, inciden en la dignidad humana; pensemos así en la llamada *dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* que se ocupa de los aspectos exteriores de la justicia y de los asuntos de interior a nivel mundial, pero en la medida en que afectan al espacio de libertad, de seguridad y de justicia en el territorio de la Unión Europea; temas como la trata de personas o el terrorismo. Ejemplos de una referencia expresa a la dignidad humana son las posiciones comunes adoptadas respecto a Afganistán con anterioridad al 11-S, en las que se insistía en la necesidad de instar a las facciones afganas a reconocer, proteger y fomentar la igualdad de los

derechos y de la dignidad de hombres y mujeres (Posiciones comunes del Consejo 1998/108/PESC, 1999/73/PESC, 2000/55/PESC y 2001/56/PESC sobre Afganistán, *DO* L 32, de 6 de febrero de 1998, pp. 14-16; *DO* L 23, de 30 de enero de 1999, pp. 1-3; *DO* L 21, de 26 de enero de 2000 pp. 1-3 y *DO* L 21, de 23 de enero de 2001, pp. 1-4; v. art. 3 b).

Aparte del sustento normativo que puede encontrar el respeto de la dignidad humana en el Derecho vigente —que acabamos de examinar—, cabría examinar, también, si los Tribunales de Justicia de la Unión Europea han tenido la ocasión de interpretarlo o aplicarlo judicialmente. Lo han hecho en varias ocasiones, en tanto valor fundamental (así, la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1996, asunto C-13/94; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2001, asunto C-274/99); pero sólo existen dos asuntos, en los que el TJCE se ha referido a ella como derecho. En ambos asuntos, el Tribunal de Justicia afirma su obligación de velar por que se respete el derecho fundamental a la dignidad humana. Si bien el planteamiento varía de uno a otro. En el primer asunto, en el que Tribunal de Justicia presenta el respeto a la dignidad humana como un *principio general del Derecho Comunitario,* la supuesta vulneración apuntaba a las propias instituciones comunitarias, puesto que se trataba de un recurso de anulación contra una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en materia de biotecnología, y el Tribunal de Justicia debía evaluar si la Directiva, al prever la patentabilidad de productos de los que formaba parte algún elemento del cuerpo humano, violaba la dignidad humana (sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de octubre de 2001, asunto C-377/98, *Países Bajos/Parlamento Europeo y Consejo;* v. apartado 70). Mientras que en el segundo asunto, en el que el Tribunal de Justicia se refiere a la dignidad como un *principio general de Derecho,* la supuesta vulneración apuntaba a un particular, puesto que el Tribunal de Justicia tenía que estudiar vía prejudicial si la prohibición nacional de una determinada actividad recreativa consistente en jugar a matar personas por medio de un registro de impactos, por considerarla contraria a la dignidad humana, era compatible con las disposiciones del TCE relativas a la libre prestación de servicios (sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2004, C-36/02, *Omega,* v. apartado 33). En este asunto, además, la Abogado General, dedica

los puntos 82-91 de sus conclusiones a «la dignidad humana como norma jurídica y su protección en el Derecho comunitario».

En el primer asunto, el estándar de protección que se maneja es el *comunitario:* el Tribunal de Justicia tuvo que determinar si la patentabilidad de productos de los que forma parte algún elemento del cuerpo humano vulnera la dignidad humana (apartados 69-77). Mientras que en el segundo asunto es el estándar *nacional* de protección el que entra en juego: las autoridades nacionales consideraban que las simulaciones homicidas atentaban contra la dignidad humana, y lo que tuvo que hacer el Tribunal de Justicia fue determinar si en la excepción de orden público (que permite a un Estado establecer restricciones a la libre prestación de servicios) podía incluirse esta medida que buscaba proteger la dignidad humana; el Tribunal de Justicia no tuvo que evaluar si la actividad recreativa prohibida vulneraba la dignidad, sino determinar si la orden nacional de prohibición estaba justificada y, para ello —como resulta de reiterada jurisprudencia comunitaria en materia de protección de derechos fundamentales— el Tribunal de Justicia no exigió que la orden nacional se correspondiese con una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección; lo que entró a valorar el Tribunal de Justicia fue si la prohibición era proporcionada (apartados 23-41). Debemos advertir, además, que Alemania —a diferencia de lo que suele ser habitual en los órdenes constitucionales— reconoce la dignidad humana como derecho fundamental autónomo, y no sólo como base de los derechos fundamentales.

2. Evolución del texto

La cuestión más polémica respecto a la dignidad es la de su consagración como derecho humano autónomo, y no sólo como fundamento de los derechos humanos en su conjunto. Y, de hecho, éste fue uno de los asuntos más discutidos por la Convención que elaboró la Carta de Derechos Fundamentales (diciembre de 1999-octubre de 2000).

Sin embargo, este debate no se reabrió ni en la Convención ni en la Conferencia Intergubernamental (CIG) relativas a la Consti-

tución Europea. El art. II-61 del Tratado Constitucional —y ahora el art. 1 de la Carta en su versión de 2007— mantienen la misma redacción que el art. 1 de la Carta de Derechos Fundamentales de Niza de 2000. Su redacción no fue, por tanto, objeto de enmiendas.

3. Alcance y contenido

Cuatro son las cuestiones que debemos comentar. En primer lugar, la configuración de la dignidad como fundamento de los derechos humanos y derecho humano autónomo. En segundo lugar, su indefinición. En tercer lugar, la presentación de la dignidad como *dignidad humana* y no como *dignidad de la persona humana*. Y en cuarto lugar, la aceptación de la protección de la dignidad como excepción de orden público a efectos de las disposiciones del Tratado relativas al mercado interior.

3.1. *La dignidad como fundamento de los derechos humanos y derecho humano autónomo*

El respeto a la dignidad humana es presentado por el TUE tras su reforma en el Tratado de Lisboa como valor de la Unión Europea y como principio de su acción exterior, así la dignidad humana figura en los arts. 2 y 21 del TUE y en la propia Carta como un valor de la Unión Europea, y en ambos casos es el primer valor que aparece citado (art. 2 y segundo párrafo del Preámbulo de la Carta). En el TFUE aparece como principio de la acción exterior de ésta remitiéndose al Título V del TUE. Pero, también, como fundamento de los derechos contenidos en el Título I; en efecto, como indicaba al inicio del comentario, el Título I de la Carta lleva como enunciado *La dignidad* y comprende los arts. 1. Dignidad humana; 2. Derecho a la vida; 3. Derecho a la integridad de la persona: 4. Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes; y 5. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado. Y, finalmente, como derecho humano autónomo dentro de este Título I (el primer art. del Título 1, el 1 es el dedicado a la *Dignidad humana*).

De lo que cabe extraer lo siguiente: la dignidad humana es, por tanto, fundamento de los derechos humanos en su conjunto y, al mismo tiempo, un derecho humano autónomo. La dignidad humana es fundamento de los derechos humanos y por ello ninguno de los derechos de la Carta puede utilizarse para atentar contra la dignidad de otras personas, y la limitación de un derecho no puede servir de justificación para atentar contra la dignidad, como ya veíamos. Así fue aclarado por la Convención que elaboró la Carta de Derechos Fundamentales (Texto de las Explicaciones relativas al texto completo de la Carta). Y así ha vuelto a ser aclarado y actualizado con la Constitución Europea (Explicaciones anexas a la Carta en su versión de 2007, *DO* C 303, de 14 de diciembre de 2007, p. 17). En este sentido De Mathieu habla de la primacía del principio de dignidad; primacía que afirma especialmente frente a la libertad, pues, aunque desde un punto de vista filosófico la libertad del hombre es correlativa a su dignidad, desde un punto de vista jurídico pueden entrar en conflicto; y como ejemplo el autor imagina la hipótesis de un individuo que desee vender un órgano o sufrir una mutilación terapéutica (De Mathieu 2005, 39).

Pero, además, el art. 1 de la Carta consagra la dignidad como un derecho humano autónomo. Hay que recordar, en relación con ello, que en la misma línea de lo que sucede a nivel nacional, a nivel internacional la dignidad suele ser presentada como base de los derechos fundamentales, pero no como un derecho fundamental autónomo. Así se plasma en los Preámbulos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y de los dos Pactos de Naciones Unidas sobre los derechos civiles y políticos (1966) y sobre los derechos económicos, sociales y culturales (1966); y así lo enuncia, en el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, la sentencia de 29 de abril de 2000 en el asunto *Pretty/Reino Unido*). Sin embargo, la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (2000) opta por su reconocimiento como derecho autónomo, lo que posibilita que —como ha sucedido en el asunto C-377/98— pueda ser invocada ante los órganos jurisdiccionales. Y ésta ha sido, también, la opción primero de la Constitución Europea en su art. II-61 y, ahora, la consagrada en la versión de 2007 de la Carta.

3.2. *Indefinición de la dignidad*

En ningún momento se especifica qué debe entenderse por dignidad como derecho autónomo. Y sabemos que vincular la dignidad humana a uno o varios derechos fundamentales resulta demasiado reductor porque, por un lado, no constituye el fundamento de uno o varios derechos humanos sino de todos; y, por otro lado, es un derecho autónomo que se viene a añadir a todos los demás. De modo que lo único que tenemos son aplicaciones concretas, esto es, supuestos en los que las instituciones legislativas o, en último término, el Tribunal de Justicia afirman que una determinada conducta lo viola. Y como ejemplo podemos tomar tanto la Directiva que tiene por objeto aproximar las normas nacionales relativas a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, *DO* L 213, de 30 de julio de 1998), como el asunto que se planteó ante el Tribunal de Justicia en relación con dicha Directiva (sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de octubre de 2001, asunto C-377/98, *Países Bajos/Parlamento Europeo y Consejo*), ambos comentados anteriormente. En la Directiva se incluye una lista orientativa de invenciones no patentables. Y, por su parte, el Tribunal de Justicia declaró que la patentabilidad de productos de los que formaba parte algún elemento del cuerpo humano no violaba la dignidad humana. Finalmente, precisar que la alusión a la dignidad se acompaña, eso sí, del adjetivo *humana*. De modo que, como advierte Serna (2004, 226), debemos descartar a estos efectos todas las referencias que el Derecho Comunitario o la jurisprudencia el Tribunal de Justicia haga a la dignidad de una profesión, de una función, un cargo o, incluso, de una persona jurídica.

3.3. *La identificación de la dignidad como* dignidad humana *y no como* dignidad de la persona humana

Como señala Mathieu (2005, 40), esta redacción permite incluir al embrión humano: desde una perspectiva jurídica el ser humano no es persona hasta que nace; de ahí que si el art. 1 de la Carta se

hubiese referido a la *dignidad de la persona humana* habría dejado fuera al embrión humano. Y teniendo en cuenta que el ámbito en el que la dignidad humana como derecho humano da más juego es el de las aplicaciones de la medicina y la biología, esta consideración es importante.

3.4. *La aceptación de la protección de la dignidad como excepción de orden público a efectos de las disposiciones del Tratado relativas al mercado interior*

Como se indica en la Directiva de servicios, mientras el concepto de *seguridad pública* incluye temas de protección civil, el concepto de *orden público* abarca —según ha interpretado el TJCE— la protección ante una amenaza auténtica y suficientemente importante que afecte a uno de los intereses fundamentales de la sociedad y podrá incluir, en particular, temas relacionados con la dignidad humana, la protección de los menores y adultos vulnerables y el bienestar animal (Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, *DO* L 376, de 27 de diciembre de 2006, pp. 36-68; v. considerando 41). Y, en esta misma línea, la Directiva sobre comercio electrónico, tras establecer que los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro, admite dentro de las excepciones justificadas por motivo de *orden público* las medidas nacionales destinadas a la prevención, investigación, descubrimiento y procesamiento de las violaciones de la dignidad humana de personas individuales (Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, *DO* L 178, de 17 de julio de 2000, pp. 1-16; v. art. 3.4 a.i). Por su parte el Tribunal de justicia, como hemos comentado al referirnos a la jurisprudencia en materia de dignidad, también ha aceptado que una medida nacional destinada a la protección de la dignidad humana fuese admitida como excepción de orden público a efectos de poder justificar ciertas restricciones a la libertad de pres-

tación de servicios (sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2004, C-36/02, *Omega*).

Bibliografía

Mathieu, B. de. «Article II-61». En L. Bugorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union, Tome 2.* Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 35-41.

Pocar, F. «Dignità, giustizia». En L. S. Rossi, dir. *Carta dei diritti fondamentali e Constituzione dell'Unione europea.* Milán: Giuffrè, 2002, pp. 83 y ss.

Roldán Barbero, J. «La Carta de Derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 16 (2003): pp. 943-991.

Schutter, O. de. «Les droits fondamentaux dans le projet européen». En O. de Schutter y P. Nihoul, coords. *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions du droit de l'Union Européenne.* Bruselas: Larcier, 2004, pp. 81-117.

Serna., P. «La dignidad humana». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea, Libro I,* t. II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 191-239.

Vitorino, A. «La Cour de Justice et les droits fondamentaux depuis la proclamation de la Charte». En N. Colneric et al., coords. *Une Communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias.* Berlín: BWV. Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, pp. 111-126.

Artículo 2
Derecho a la vida

1. Toda persona tiene derecho a la vida.

2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado.

Preceptos relacionados

- Carta: art. 19.2.
- TFUE: art. 36.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 30 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-61.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: arts. 2 y 19.2.

COMENTARIO

José Manuel Sobrino Heredia
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de A Coruña

1. Consideraciones generales

El art. 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea regula el derecho a la vida en el marco de las actividades de la Unión Europea; esto es, el primero de los derechos humanos, atributo inalienable de la persona humana, sin el cual el disfrute del resto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales sería, puramente, ilusorio (sentencias del TEDH de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*, Serie A, 2002-III; y de 22 de marzo de 2001, *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, Serie A, 2001-II).

Tres son las cuestiones que deseamos destacar a la hora de examinar esta disposición: su contenido, que nos remite necesariamente al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; la labor de la Unión Europea, especialmente orientada a la abolición de la pena de muerte en terceros Estados; y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sólo significativa respecto a un asunto relativo a la interrupción voluntaria del embarazo.

1.1. *Diferencias y similitudes entre el art. 2 de la Carta y el art. 2 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH)*

Por lo que se refiere a su contenido, el art. 2 de la Carta en su versión de 2007 reproduce literalmente el art. 2 de la Carta de Derechos Fundamentales adoptada en Niza en 2000, por lo que, también, afirma el derecho a la vida sin admitir como excepción la pena de muerte. Una escueta afirmación que la remisión al CEDH, dispuesta por el art. 52.3 de la Carta, matiza y completa, en el sentido de que sí se aceptarán, como exclusiones, tanto los supuestos en que la muerte sea consecuencia de un recurso a la fuerza legítima,

como la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o peligro inminente de guerra. En efecto, el CEDH dispone en su art. 2 que «1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por el tribunal al reo de un delito para el que la Ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: *a)* En defensa de una persona contra una agresión ilegítima. *b)* Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente. *c)* Para reprimir, de acuerdo con la Ley, una revuelta o insurrección». Es decir, la afirmación del derecho a la vida, en este artículo, se acompaña de una excepción (la pena de muerte) y de una definición negativa (los supuestos en que la muerte sea consecuencia de un recurso a la fuerza legítima).

Por su parte, la redacción del art. 2 de la Carta presenta dos diferencias con el precedente art. del CEDH. Por un lado, no admite la excepción de la pena de muerte: «Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado». Y, por otro lado, no se contiene ninguna definición negativa.

Sin embargo, como se advierte en las Explicaciones relativas al art. 2 que se incluyen en las Explicaciones sobre la Carta, elaboradas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que elaboró la Carta de Derechos Fundamentales, y actualizadas por el Praesidium de la Convención sobre el Futuro de Europa (*DO* C 303, de 14 de diciembre de 2007, p. 17) ambas diferencias no son tales.

En primer lugar, la cuestión de la pena de muerte no es una diferencia, y ello debido a la existencia de un protocolo al CEDH —el sexto— relativo a la abolición de la pena de muerte cuyo art. 1 dispone que «Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado». Es verdad que dicho Protocolo, en vigor desde el 1 de marzo de 1985, no es de adhesión obligatoria (un Estado parte en el CEDH puede no ser parte del Protocolo), pero los 27 Estados miembros de la Unión Europea sí lo han ratificado. Situación que posiblemente no cambiará con futuras adhesiones; así, entre las exigencias planteadas a Turquía para su adhesión a la Unión Europea se incluyó la supresión de la pena de muerte y la ra-

tificación del Protocolo número 6 del CEDH (Decisión 2001/235/CE del Consejo sobre los principios, prioridades, objetivos intermedios y condiciones contenidos en la asociación para la adhesión de la República de Turquía, *DO* L 85, de 24 de marzo de 2001, pp. 13-23; v. art. 4.2), exigencia que efectivamente ha cumplido (Turquía firmó el Protocolo el 15 de enero de 2003 y lo ratificó el 12 de noviembre de 2003; entró en vigor el 1 de diciembre de 2003).

Y, en segundo lugar, la ausencia de definiciones negativas en el texto del art. 2 que estamos examinando; una diferencia que se salva mediante la remisión a las definiciones negativas del CEDH. En efecto, el art. 52.3 de la Carta de Derechos Fundamentales dispone que «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa». De ahí que, puesto que las disposiciones del art. 2 se corresponden con disposiciones del CEDH (disposición 1 del art. 2 y primera frase del art. 2.1 CEDH) y del Protocolo (disposición 2 del art. 2 y art. 1 del Protocolo 6 del CEDH), las definiciones negativas relativas a dichas disposiciones de la Carta y del Protocolo tienen el mismo sentido y el mismo alcance en la versión de la Carta de 2007.

Tales definiciones negativas son: en primer lugar, la anteriormente citada, relativa a los supuestos en que la muerte sea consecuencia de un recurso a la fuerza legítima (art. 2.2. CEDH: «La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima. b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente. c) Para reprimir, de acuerdo con la Ley, una revuelta o insurrección»); y en segundo lugar, la contenida en el art. 2 del Protocolo 6 del CEDH: «Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma…».

1.2. *Derecho a la vida y abolición de la pena de muerte*

La segunda cuestión que suscita la lectura del art. 2 de la Carta es la relativa a la labor de la Unión Europea en este ámbito. En relación con ello, y dejando a un lado otro tipo de actuaciones comunitarias que puedan tener incidencia en el derecho a la vida, como puede ser en materia de medio ambiente (v. el apartado 3. *Alcance y contenido*), lo cierto es que la actuación de la Unión Europea directamente dirigida a proteger el derecho a la vida se ha centrado en el tema de la pena de muerte; y, puesto que la pena de muerte ha sido abolida en todo el territorio comunitario, esta actuación de la Unión Europea se dirige a los terceros Estados que todavía la admiten. Y ello en el sentido de *a*) impedir que el territorio comunitario o sus operadores económicos contribuyan en modo alguno a esas condenas a muerte o ejecuciones; *b*) pero también fomentando su abolición, o al menos una aplicación restrictiva, en dichos países.

I) La Unión Europea se preocupa por impedir que ella misma o sus operadores contribuyan en modo alguno a las condenas a muerte o ejecuciones en terceros Estados. Y, ello, a través de diversas vías. En primer lugar, y para evitar que la Unión Europea contribuya a las condenas a muerte o ejecuciones en terceros países, se han adoptado medidas en relación con la devolución de personas a países en los que corren el riesgo de ser condenados a muerte o ejecutados. Y ello negándose la Unión Europea a la devolución de dichas personas (en esta línea, lo dispuesto en el art. 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales, a tenor del cual, «Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes») y ofreciéndoles protección, pero, también, impidiendo su tránsito por el territorio comunitario.

En efecto, nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte (Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros; Declaraciones realizadas por algunos Estados miembros con ocasión de la adopción de la Decisión marco,

DO L 190, de 18 de julio de 2002, pp. 1-20; v. considerando 13); previsión que se recoge en los acuerdos internacionales en materia de extradición concluidos con países en los que no se ha abolido la pena de muerte (Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, *DO* L 181, de 19 de julio de 2003, pp. 27-33; v. art. 13: «Artículo 13. Pena capital. Cuando el delito por el que se solicita la extradición pueda ser castigado con la pena de muerte, según la legislación del Estado requirente, y no sea punible con la pena de muerte con arreglo a la legislación del Estado requerido, el Estado requerido podrá conceder la extradición con la condición de que no se imponga la pena de muerte a la persona en cuestión, o, si por motivos de procedimiento el Estado requirente no puede cumplir dicha condición, con la condición de que, de imponerse la pena de muerte, la misma no se ejecutará. Si el Estado requirente acepta la extradición con las condiciones establecidas en el presente artículo, dicho Estado cumplirá con las condiciones. Si el Estado requirente no acepta las condiciones, se podrá denegar la solicitud de extradición»); y también en acuerdos en materia de entrega concluidos con países que sí han abolido la pena de muerte (Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre el procedimiento de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea e Islandia y Noruega, *DO* L 292, de 21 de junio de 2006, pp. 2-19: «considerando que ninguna persona podrá ser entregada a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometida a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes»). Resultando que dichas personas —ya sean nacionales de terceros Estados o apátridas— podrán gozar de cierta protección en el territorio de la Unión Europea.

En efecto, en caso de que dichas personas no reúnan los requisitos para ser refugiados pero existan motivos fundados para creer que, si regresan a su país de origen (o, en el caso del apátrida, al país de su anterior residencia habitual), se enfrentan a un riesgo real de ser condenados a muerte o directamente ejecutados, entonces se les ofrecerá la llamada *protección subsidiaria* (Directiva 2004/83/CE del Consejo por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro

tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, *DO* L 304, de 30 de septiembre de 2004, pp. 12-23; v. art. 15).

En cuanto al tema del tránsito nos encontramos con que respecto al tránsito por vía aérea (entendiendo por tal el paso del nacional de un tercer país y, en su caso, del personal de escolta, por la zona de un aeropuerto del Estado miembro requerido a los efectos de una repatriación o alejamiento por vía aérea) se ha dispuesto que los Estados miembros nunca podrán solicitar o conceder el tránsito por vía aérea si en el tercer país de destino o de tránsito el nacional del tercer país se enfrenta a una pena de muerte (Directiva 2003/110/CE del Consejo sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea, *DO* L 321, de 6 de diciembre de 2003, pp. 26-31; v. considerando 7). Previsión que también se contiene en acuerdos internacionales —entre la Comunidad Europea y terceros Estados— sobre readmisión [Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Albania sobre la readmisión de residentes ilegales, *DO* L 124, de 17 de mayo de 2005, pp. 22-40; v. art. 13.1 a: «Albania o un Estado miembro podrán denegar el tránsito: *a)* a una persona nacional de un tercer país o apátrida cuando corra realmente el riesgo de ser sometida (…) a la pena de muerte (…) en el Estado del destino u otro Estado de tránsito…». Acuerdo entre la Federación Rusa y la Comunidad Europea sobre readmisión, *DO* L 129, de 17 de mayo de 2007, pp. 40-60; v. art. 14.3: «Tanto la Federación Rusa como un Estado miembro podrán denegar el tránsito: a) a un nacional de un tercer país o apátrida cuando corra realmente el riesgo de ser sometido a tortura o a un trato o castigo inhumano o degradante, o a la pena de muerte… en el Estado de destino u otro Estado de tránsito…»].

En segundo lugar, y pasando ya a los operadores comunitarios, de lo que se trata es de impedir que dichos operadores obtengan beneficios del comercio con terceros países que promueva o facilite la aplicación de políticas relacionadas con la pena de muerte. Para ello, el Consejo adoptó un Reglamento en 2005 que —según dispone en su considerando 3— se apoya expresamente, entre otros, en el art. 2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea para prohibir el comercio de productos que puedan utilizarse para aplicar la pena de muerte; productos —según recoge en su anexo 2— como: horcas y guillotinas; sillas eléctricas para ejecutar a

seres humanos; cámaras herméticas, por ejemplo de acero y vidrio, diseñadas con el fin de ejecutar a seres humanos mediante la administración de un gas o sustancia química letal; sistemas automáticos de inyección de droga diseñados con el fin de ejecutar a seres humanos mediante la administración de una sustancia química letal (Reglamento 1236/2005 del Consejo sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, *DO* L 200, de 30 de julio de 2005, p. 1; v. considerando 3 y anexo 2).

II) A la Unión Europea no sólo le preocupa la existencia de la pena de muerte en muchos países, sino también el modo y frecuencia en que se aplica en dichos países [«B. Contenido de los informes comunes. (…) II. Situación general de los derechos humanos (…). 3. Respeto efectivo de los derechos humanos ¿Están expuestas las personas a acciones contrarias a los derechos humanos y, en particular, a: a) …; b) condenas frecuentes a pena de muerte (en países en los que esta sentencia siga aplicándose)…»; Orientaciones relativas al contenido de los informes comunes sobre terceros Estados, Texto adoptado por el Consejo el 20 de junio de 1994, *DO* L C 274, de 19 de septiembre de 1996, pp. 52-54; v. apartado B.II.3 b]. Por ello la Unión Europea trabaja por la abolición de la pena de muerte pero también por su aplicación restrictiva. Una doble estrategia que dio a conocer en 1998 cuando hizo pública una declaración sobre el modo en que pensaba abordar esta cuestión en sus relaciones con terceros países: «La Unión Europea ha decidido, como parte integrante de su política en materia de derechos humanos, reforzar sus actividades internacionales en contra de la pena de muerte. La Unión Europea trabajará con miras a la abolición universal de la pena de muerte como una política sólidamente defendida y compartida ahora por todos los Estados miembros de la Unión Europea. En el proceso para alcanzar este objetivo básico, donde aún exista la pena de muerte, la Unión Europea hará un llamamiento para que se restrinja progresivamente su uso, e insistirá en que ésta se aplique respetando unas normas mínimas. La Unión Europea también apremiará, cuando proceda, para que se establezcan moratorias. La Unión Europea ha elaborado directrices internas para las actuaciones y declaraciones que hará en relación con la

pena capital, cuando proceda, en foros multilaterales y respecto de terceros países. Dichas directrices, que incluyen unas normas mínimas orientativas, se encuentran a disposición de las partes interesadas que lo soliciten» (Declaración de 29 de junio de 1998, *Boletín de la UE* 6-1998, punto 1.4.30).

Y, desde entonces, el apoyo a las iniciativas abolicionistas se ha plasmado en documentos de distintos tipos, desde los más generales (Reglamento 975/1999 del Consejo, por el que se fijan los requisitos para la aplicación de las acciones comunitarias de cooperación al desarrollo que contribuyan a alcanzar el objetivo general de desarrollar y consolidar la democracia y el Estado de Derecho, así como el de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, *DO* L 120, de 8 de mayo de 1999, pp. 1-7, v. art. 2.2 a; Reglamento 976/1999 del Consejo por el que se fijan los requisitos para la aplicación de las acciones comunitarias, distintas de las de cooperación al desarrollo que, dentro del marco de la política de cooperación comunitaria, contribuyan a alcanzar el objetivo general de desarrollar y consolidar la democracia y el Estado de Derecho así como respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales en los terceros países, *DO* L 120, de 8 de mayo de 1999, pp. 8-14, v. art. 3.2 a), hasta otros centrados en zonas (Estrategia común 1999/877/PESC del Consejo Europeo sobre Ucrania, *DO* L 331, de 23 de diciembre de 1999, pp. 1-10, v. punto 50; Estrategia común 2000/458/PESC del Consejo Europeo para la región mediterránea, *DO* L 183, de 22 de julio de 2000, pp. 5-11, v. punto 14) o países determinados (Estrategia común 1999/414/PESC de la Unión Europea sobre Rusia, *DO* L 157, de 24 de junio de 1999, pp. 1-10, v. parte II, punto 1 a; Reglamento 257/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las acciones encaminadas a lograr el desarrollo económico y social de Turquía, *DO* L 39, de 9 de febrero de 2001, pp. 1-4, v. art. 4.1 h.1; Decisión 2001/235/CE del Consejo sobre los principios, prioridades, objetivos intermedios y condiciones contenidos en la asociación para la adhesión de la República de Turquía, *DO* L 85 de 24 de marzo de 2001, pp. 13-23, v. art. 4.2. Decisión 2006/55/CE del Consejo sobre los principios, las prioridades y las condiciones de la Asociación Europea con Bosnia Herzegovina y por la que se deroga la Decisión 2004/515/CE, *DO* L 35, de 7 de febrero de 2006, pp. 19-31, v. 3.1).

Mención especial merece, en este sentido, la Asamblea paritaria del Acuerdo ACP-UE (Acuerdo de Asociación de Cotonú de 2000 entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra) por sus resoluciones; así las resoluciones en las que muestra su preocupación por el modo —sin garantías suficientes o con deficiencias mejorables— en que se está condenando a muerte y ejecutando a personas en algunos Estados ACP, como Nigeria [«Manifestando su preocupación por el informe sobre Nigeria de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de julio de 1996, que, en el capítulo D relativo a los temas esenciales de preocupación menciona (…) la ejecución de la pena de muerte tras un proceso sin apelación que no respondía a los criterios internacionales de un juicio justo y pide la restauración del Estado de Derecho en Nigeria, la abolición de la pena de muerte y la adopción de las medidas necesarias para poner fin a todas las ejecuciones extrajudiciales y sumarias arbitrarias…», Resolución sobre Nigeria, *DO* C 62, de 27 de febrero de 1997, pp. 25-26, v. punto D], o Jamaica («12. Invita al Gobierno de Jamaica a mejorar su sistema procesal, especialmente con respecto a los delitos a los que se puede aplicar la pena de muerte, estableciendo un sistema de protección de testigos más eficaz y haciendo de los test de ADN un procedimiento rutinario para todas aquellas personas acusadas de delitos graves», Resolución 3558/03/def. sobre la situación en la región del Caribe, *DO* C 231 de 26 de septiembre de 2003, pp. 59-64; v. punto 12). Así como las resoluciones adoptadas con carácter general y en las que se lamenta el hecho de que muchos de los países vinculados al Convenio ACP-UE impongan la pena de muerte, en determinadas situaciones, sin garantías jurídicas; y se pide su abolición (Resolución sobre la abolición de la pena de muerte, *DO* L C 62, de 27 de febrero de 1997, p. 58; Resoluciones 2145/97/def. aprobadas sobre la abolición de la pena de muerte; *DO* L C 308, de 9 de octubre de 1997, p. 77).

Un buen ejemplo de esta doble estrategia (aplicación restrictiva-abolición) fueron las posiciones comunes adoptadas a finales de los años noventa respecto a Ruanda, y más concretamente en lo que respecta al sistema judicial y el método de administración de la justicia denominado *Gacaca* (justicia participativa que se basa en tribunales consuetudinarios). La Unión Europea empezó alentando a

los tribunales y al gobierno de Ruanda a «actuar con la máxima moderación respecto de la imposición y la ejecución de la pena de muerte, en la perspectiva, muy deseable, de su total abolición, así como a cumplir plenamente las obligaciones que le incumben con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las demás salvaguardias internacionales relativas a la pena de muerte» (Posición común 98/252/PESC definida por el Consejo sobre la base del art. J.2 del Tratado de la Unión Europea sobre Ruanda, *DO* L 108 de 07 de abril de 1998, pp. 1-2, v. art. 2; Posición común 1999/452/PESC del Consejo sobre Ruanda, *DO* L 178, de 14 de julio de 1999, pp. 1-3; Posición común 2000/558/PESC del Consejo sobre Ruanda, *DO* L 236, de 20 de septiembre de 2000, pp. 1-3, v. art. 4 c); si bien posteriormente suprimió esa referencia explícita a la moderación y se centró en alentar al gobierno ruandés a cumplir con las obligaciones internacionales que le incumbían en relación con la pena de muerte, y lo animaba a plantearse la abolición de la pena de muerte (Posición común 2001/799/PESC del Consejo sobre Ruanda, *DO* L 303, de 20 de noviembre de 2001, pp. 1-4, v. art. 4 c; Posición común 2002/830/PESC del Consejo sobre Ruanda y derogación de la Posición común 2001/799/ PESC, *DO* L 285, de 23 de octubre de 2002, pp. 3-6, v. art. 4 c).

Y ya, por último, indicar que para contribuir a fomentar la corriente abolicionista, la Unión Europea financia actuaciones que contribuyan a este fin (Reglamento 1889/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un instrumento financiero para la promoción de la democracia y de los derechos humanos a escala mundial, *DO* L 386, de 29 de diciembre de 2006, pp. 1-11; v. art. 2 b i: 2).

1.3. *La labor del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* (*TJCE*)

El aporte de la jurisprudencia del TJCE en materia de aplicación de los derechos y libertades fundamentales es, como resulta ampliamente conocido, muy destacable, aunque lo es menos aquel que se refiere al derecho a la vida. Así, además de la jurisprudencia relativa al art. 30 del TCE, que *a*) permite adoptar medidas restrictivas del

mercado interior por razones de protección de la salud y vida de las personas, sólo hay dos asuntos relativos al derecho a la vida; *b*) pero cada uno de ellos desde una perspectiva diferente: el primero aborda la problemática competencial; y *c*) el segundo plantea en qué medida una determinada actuación comunitaria ha podido violar el derecho a la vida. Pero de estos dos asuntos el realmente significativo es el primero porque, como veremos, el Tribunal de Justicia no llegó a entrar en el fondo del segundo.

I) La Carta Europea de Derechos Fundamentales se ocupa del derecho a la vida privada y familiar (art. 7), de la vida de las personas mayores (art. 25) y de la vida familiar y profesional (art. 33). Y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se preocupa —al igual que actualmente el TCE— del nivel de vida de regiones y personas (de las regiones e industrias; de los productores agrícolas; de los trabajadores), de las condiciones de vida de los trabajadores, de la salud y vida de los animales y de la salud y vida de las personas. Pero de todas estas referencias sólo la última, relativa a la salud y vida de las personas (art. 36), es relevante a efectos del derecho a la vida, ya que todas las demás no se refieren realmente al derecho a la vida puesto que éste tiene que ver con el final de la vida de una persona, no con las condiciones (económicas, familiares, laborales, saludables) o el modo (vida privada, vida digna) en que se desarrolle su vida. De ahí que la protección de la salud, en la medida en que evite la muerte, sí puede vincularse en algunos supuestos al derecho a la vida. Por ello, debemos dejar constancia, al menos, de la existencia de una abundante jurisprudencia relativa a las medidas restrictivas del mercado interior adoptadas por los Estados miembros por razones de protección de la salud y vida de las personas (actual art. 30 CE; art. 36 TFUE); resultando que, como ha dicho el propio Tribunal de Justicia, «Según reiterada jurisprudencia, entre los bienes o intereses protegidos por el artículo 30 TCE, la salud y la vida de las personas ocupan el primer rango y corresponde a los Estados miembros, dentro de los límites impuestos por el Tratado, decidir en qué medida desean asegurar su protección» (sentencia del Tribunal de Justicia, de 5 de junio de 2007, asunto C-170/04, *Rosengren y otros,* apartado 39; y en este mismo sentido: sentencia de 7 de marzo de 1989, asunto 215/87, *Schumacher*, Rec.,

p. 617, apartado 17; sentencia de 16 de abril de 1991, asunto C-347/89, *Eurim-Pharm*, Rec., p. I-1747, apartado 26; sentencia de 10 de noviembre de 1994, asunto C-320/93, *Ortscheit*, Rec., p. I-5243, apartado 16; sentencia de 11 de diciembre de 2003, asunto C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, Rec., p. I-14887, apartado 103).

II) Pasando ya a los asuntos en los que se aborda el derecho a la vida nos encontramos con que el primero toca el tema del aborto, y más concretamente de la interrupción voluntaria del embarazo. En realidad, lo normal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es que el aborto aparezca ligado a asuntos en los que no se plantea la legalidad o regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, sino el riesgo —indeseado— de aborto natural; ya sea en relación con las bajas laborales (sentencia de 30 de junio de 1998, asunto C-394/96, *Mary Brown;* y sentencia de 19 de noviembre de 1998, asunto C-66/96, *Berit Høj Pedersen*), la realización de según qué trabajos (así, la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de febrero de 2005, asunto C-203/03, *Comisión/Austria*, Rec., p. 935), o la presencia de microorganismos patógenos en productos alimenticios (sentencia de 24 de octubre de 2002, asunto C-121/00, *Walter Hahn*). Y ello porque la legalización —y, en su caso, regulación— de la interrupción voluntaria del embarazo no es competencia comunitaria, sino nacional.

No obstante, hay un asunto en el que sí se planteó en estos términos; y el Tribunal de Justicia afirmó claramente que no podía sustituir al legislador nacional. Nos referimos a la cuestión prejudicial presentada por un tribunal irlandés (High Court, Dublín) que estaba conociendo del recurso presentado por la asociación antiabortista Society for the Protection of Unborn Children (SPUC) contra una serie de dirigentes de asociaciones estudiantiles (Stephen Grogan y otros) por la difusión de información precisa relativa a clínicas de otros Estados miembros donde se practica legalmente el aborto, ilegal en Irlanda. El tribunal irlandés se dirigió al Tribunal de Justicia para preguntarle si el Derecho Comunitario se oponía a que un Estado miembro donde el aborto no era legal prohibiese la difusión, por parte de dichas asociaciones, de este tipo de información. El derecho a la vida se planteó por la consideración del aborto como un servicio en el sentido del entonces art. 60 del TCE (actual art. 50 TCE). La SPUC alegaba que la calificación del aborto como un servicio era inmoral e implicaba la destrucción de la vida de un tercero: el niño

que debería nacer. Argumento rechazado por el Tribunal de Justicia para quien la calificación de la actividad desde un punto de vista moral es competencia del legislador nacional; el Derecho Comunitario entra a valorar si el aborto realizado legalmente de acuerdo con el Derecho del Estado en el que se lleva a cabo puede ser calificado como un servicio, y concluye que sí. A partir de la calificación del aborto como servicio, se planteó la cuestión de la información acerca de los centros de otros Estados miembros, pero no vamos a entrar en ello porque esto ya no afecta al derecho a la vida sino a la libertad de expresión; de hecho, esta consideración llevó al Tribunal de Justicia a descartar que la libre prestación de servicios se viese afectada porque la información no la daban los propios prestatarios (las clínicas) sino terceros que no obtenían ningún beneficio (las asociaciones estudiantiles); de modo que la cuestión fue reconducida a la libertad de expresión y el Tribunal de Justicia declaró que el Derecho Comunitario no se oponía a esta actuación de las autoridades irlandesas (sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 1991, asunto C-159/90, *SPUC*, Rec., p. 4685).

Como acabamos de advertir, esta cuestión de la información sobre el aborto no afecta de una manera directa al derecho a la vida. No obstante, consideramos conveniente señalar que continúa siendo, actualmente, una preocupación para Irlanda; y es así como entendemos el Protocolo 31 a la Constitución Europea que retoma el contenido del Protocolo 17 anejo al Tratado de la Unión Europea (TUE) y a los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Cabe recordar, en este sentido, que la preocupación de Irlanda por este tema, durante las negociaciones del Tratado de la Unión Europea, le llevó a incluir un Protocolo relativo al art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa, que es el que regía la obtención de información sobre los servicios de aborto existentes en otros Estados (Protocolo núm. 17 anejo al TUE y a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas: «Las Altas Partes Contratantes, han convenido la siguiente disposición que se incorporará como Anexo al Tratado de la Unión Europea y a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas: Ninguna disposición del Tratado de la Unión Europea, de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas ni de los Tratados y actos por los que se modifican o completan dichos Tratados afectará a la aplicación en Irlanda del art. 40.3.3 de la Constitu-

ción irlandesa» (*DO* C 191, de 29 de julio de 1992, p. 94); si bien este protocolo no legitima a Irlanda para limitar la libertad de establecimiento y la libertad de obtener o facilitar información relativa a servicios legales en otros Estados miembros: «Las Altas Partes Contratantes en el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el día 7 de febrero de 1992, Considerando los términos del Protocolo núm. 17 de dicho Tratado de la Unión Europea, anexo a dicho Tratado y a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, formulan la siguiente interpretación jurídica: que era y es su intención que el Protocolo no limite la libertad de desplazamiento entre Estados miembros o, de conformidad con las condiciones que pudieren establecer, con arreglo a la legislación comunitaria, las leyes irlandesas, de obtener o facilitar en Irlanda información relativa a servicios legalmente asequibles en los Estados miembros. Al mismo tiempo, las Altas Partes Contratantes declaran solemnemente que, en el caso de una futura enmienda constitucional en Irlanda que afecte a lo dispuesto en el artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa y que no contraríe la intención de las Altas Partes Contratantes arriba expresada, mostrarán una disposición favorable, tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, a enmendar dicho Protocolo con el fin de que su aplicación sea extensiva a la susodicha enmienda constitucional si Irlanda así lo solicitare» (Declaración relativa al Protocolo núm. 17; *DO* L 191, de 29 de julio de 1992, p. 109).

Con posterioridad, el art. 40.3.3 de la Constitución Irlandesa fue enmendado, aunque siguen existiendo, en el mismo, importantes límites. Por otro lado, este Protocolo número 17, ha pasado, con las consiguientes adaptaciones, como Protocolo número 31 a ser anexo al Tratado Constitucional (Protocolo núm. 31 sobre el art. 40.3.3 de la Constitución Irlandesa) y ha sido retomado como anexo del TUE en el texto resultante del Tratado de Lisboa de 2007.

El segundo asunto del TJCE, al que nos referíamos líneas arriba, aborda el derecho a la vida en relación con el deber de los poderes públicos (en este caso comunitarios) de evitar situaciones que pongan en peligro la vida de las personas; los demandantes llegaron a invocar directamente el derecho a la vida, si bien al no existir todavía la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se invocó el art. 2 del CEDH. De todas formas, y como ya avanzamos, el

Tribunal de Justicia (concretamente, el Tribunal de Primera Instancia) no llegó a entrar en el fondo del asunto. Este caso se planteó en relación con las pruebas nucleares en la Polinesia francesa. En aplicación de lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, que prevé la consulta preceptiva a la Comisión en los supuestos en que un Estado miembro vaya a realizar experimentos particularmente peligrosos, la Comisión se pronunció en octubre de 1995 sobre las pruebas nucleares que estaba llevando a cabo Francia en la Polinesia francesa. La Comisión afirmó que dichas pruebas nucleares (ya se habían llevado a cabo dos y faltaban cuatro días para la tercera) no ofrecían un riesgo perceptible de exposición significativa de los trabajadores o de la población. Afirmación contra la que presentaron un recurso de anulación ante el Tribunal de Primera Instancia una serie de residentes de la Polinesia francesa. Dado que el dictamen de la Comisión podría ser vinculante (la consulta a la Comisión era preceptiva si los experimentos eran particularmente peligrosos; y vinculante si, además, podía producir efectos en el territorio de otro Estado miembro; la Isla de Pitcairn, perteneciente al Reino Unido, se encuentra a unos 800 km), los demandantes responsabilizan a la Comisión. Entre sus argumentos, los demandantes sostienen que, en la medida en que la Comisión no les ha protegido adecuadamente contra los riesgos derivados para su salud de una posible exposición a las radiaciones, así como contra los riesgos para su vida de los posibles maremotos, ha lesionado el derecho a la vida que les reconoce el art. 2 del CEDH y del Pacto de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos. Los demandantes solicitaban la anulación de la Decisión de la Comisión y, cautelarmente, su suspensión. Pero el Tribunal de Primera Instancia no llegó a pronunciarse sobre el fondo —y, por tanto, tampoco sobre la supuesta vulneración del art. 2 del CEDH—, por considerar que los demandantes no estaban individualmente afectados por el acto que pretendían impugnar, requisito imprescindible para que las personas físicas o jurídicas puedan impugnar un acto de una institución. La suspensión cautelar fue desestimada (auto del Tribunal de Primera Instancia de 22 de diciembre de 1995, asunto T-219/95 R, *Danielsson y otros,* Rec., p. 3051; v. apartado 46), y el recurso fue archivado (auto del Tribunal de Primera Instancia de 23 de mayo de 1996, asunto T-219/95, *Danielsson y otros*).

2. Evolución del texto

El art. II-62 del Tratado Constitucional y, más tarde, el art. 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales en su versión de 2007 mantienen la misma redacción que el art. 2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión adoptada en Niza en 2000. Su redacción no fue objeto de enmiendas.

3. Alcance y contenido

Para determinar el alcance y contenido del art. 2 se puede acudir al Derecho de la Unión Europea (centrado, como hemos visto, en la pena de muerte) o a su jurisprudencia (protección de la vida como razón que puede justificar restricciones al mercado interior; consideración del aborto natural como riesgo a evitar, y de la interrupción voluntaria del embarazo como servicio).

3.1. *La importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea*

Pero también se puede acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos, puesto que a tenor de lo dispuesto en el art. 52.3 debemos entender que el art. 2 tiene el mismo sentido y alcance —sin impedir una protección más extensa por parte de la Unión Europea— que el art. 2 de la CEDH. Remisión que, por ejemplo, nos permite hablar del derecho a la vida como el valor supremo en la escala de los derechos del hombre (sentencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos de 22 de marzo de 2001, *Streletz y otros/Alemania*, apartados 72 y 94); nos lleva a descartar el art. 2 respecto a «las cuestiones relativas a la calidad de vida o a lo que una persona ha escogido hacer con ella» (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos de 29 de abril de 2002, *Pretty/Reino Unido,* apartado 39), o nos lleva a relacionar el derecho a la vida y el medio ambiente (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos de 18 de junio de 2002, *ONeryildiz/Turquía,* apartado 64) habida

cuenta de la responsabilidad medioambiental de la Unión Europea (uno de los objetivos de la política medioambiental de la Unión Europea es proteger la salud de las personas; art. 191.1 TFUE).

3.2. *Pero, también, las limitaciones de la aplicación de esta jurisprudencia en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea*

Sin embargo, esta remisión no significa que toda la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al art. 2 del CEDH sea útil, puesto que ambos preceptos no se proyectan sobre el mismo tipo de actuaciones: mientras el art. 2 del CEDH lo hace sobre las actuaciones de los Estados, el art. 2 de la Carta lo hace sobre las actuaciones de la Unión Europea (entendiendo, a estos efectos, tanto las instituciones, órganos, organismos y agencias comunitarias, como los Estados miembros cuando aplican el Derecho Comunitario). De modo que las consideraciones que sólo tengan aplicación respecto a las actuaciones estatales no comunitarias (esto es, cuando los Estados no están aplicando el Derecho Comunitario) no podrán conectarse con el art. 2.

A lo que hay que añadir que el sistema del Consejo de Europa no tiene todas las respuestas.

Para empezar, no ofrece, por el momento, una definición clara de qué es la vida: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Tribunal de Justicia no ofrecen una definición; pero el CEDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tampoco. Indefinición que, como señala Levinet (2005, 44-46), afecta especialmente al inicio y fin de la vida, cuestión que nos remite fundamentalmente al aborto y a la eutanasia.

Pero, en cualquier caso, por el momento estos dos temas escapan a la competencia de la Unión Europea. La decisión de ilegalizar el aborto (como el caso de Irlanda) o legalizar la eutanasia (como Holanda) corresponde únicamente a cada Estado. Como señaló el Tribunal de Justicia en el ya comentado asunto irlandés, la calificación del aborto (y ahora proponemos hacerlo extensivo a la eutanasia) desde un punto de vista moral es competencia del legislador nacional; y si efectivamente el legislador nacional opta por

legalizarlo, el Derecho Comunitario lo considerará —a efectos de aplicar las normas del mercado interior— un servicio. Y las restricciones que pueda imponer un Estado al respecto, como la prohibición de publicidad o información, podrán afectar a la libertad de expresión o a la libre prestación de servicios, pero no al derecho a la vida (sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 1991, asunto C-159/90, *SPUC*, Rec., p. 4685).

Como se ve, estamos ante cuestiones muy delicadas frente a las cuales, hoy por hoy, la Unión Europea y en particular sus jueces prefieren orientar sus miradas hacia los Estados miembros y sus competencias discrecionales en estos ámbitos.

Bibliografía

Barcelona Llop, J. *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden (Estudio de la jurisprudencia del TEDH sobre los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales)*. Madrid: Thomson-Civitas, 2007.

Levinet, M. «Article II-62». En L. Burgogue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, t. 2. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 42-51.

Roldán Barbero, J. «La Carta de Derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 6 (2003): pp. 943-991.

Schutter, O. de. «Les droits fondamentaux dans le projet européen». En O. de Schutter y P. Nihoul, coords. *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions du droit de l'Union Européenne*. Bruselas: Larcier, 2004, pp. 81-117.

Tulkens, F. «Le droit à la vie et le champ des obligations des états dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme». En G. Cohen-Jonathan. *Libertés, Justice, tolérance*. Vol. II. Bruselas: Bruylant, 2004, pp. 1605-1626.

Vitorino, A. «La Cour de Justice et les droits fondamentaux depuis la proclamation de la Charte». En N. Colneric, D. Edward, J.-P. Puissochet y D. Ruiz-Jarabo, coords. *Une Communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*. Berlín: BWV. Berliner Wissenschaft-Verlag, 2003, pp. 111-126.

Artículo 3
Derecho a la integridad de la persona

1. Toda persona tiene derecho a la integridad física y psíquica.
2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:
a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley;
b) la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas;
c) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro;
d) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.

Preceptos relacionados

- Carta: art. 52.3.
- TFUE: art. 36.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 30 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-63 y II-112.3.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: arts. 3 y 52.3.

COMENTARIO

José Manuel Sobrino Heredia
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de A Coruña

1. Consideraciones generales

El derecho a la integridad física fue una de las innovaciones introducidas en el catálogo de derechos fundamentales con la adopción de la Carta de Niza en 2000; luego fue retomado en el Tratado Constitucional donde se le dedicaba el art. II-63 y, ahora, se incluye en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su versión firmada y proclamada el 12 de diciembre de 2007, en su art. 3. La incorporación de este precepto debe leerse a la luz de lo afirmado en el apartado cuarto del Preámbulo de la Carta, donde se enuncia el propósito de reforzar «la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos». Pues bien, el artículo comentado se refiere a una serie de cuestiones que precisamente se sitúan en el núcleo de los problemas que relacionan al ser humano y su cuerpo con los avances científicos y tecnológicos. Veamos cómo fueron abriéndose paso estas nuevas ideas.

1.1. *El derecho a la integridad de la persona en la Carta y en otros textos internacionales*

Lo primero que hay que destacar es la ausencia de una referencia específica a estas cuestiones en los textos internacionales fundamentales. Así, en el ámbito de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 5: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes») y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 7: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos») se ocupan

de la tortura y de las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, y rechazan expresamente los experimentos con personas que no hayan dado su consentimiento; resultando, además, que con posterioridad un nuevo Tratado se ocupó de este tema (Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, en vigor desde 26 de junio de 1987; cuenta con un Protocolo facultativo de 2002 que entró en vigor el 22 de junio de 2006). Pero en ninguno de ellos se afirma, con carácter general, el derecho a la integridad física y psíquica de las personas.

Seguidamente, se observa cómo el Consejo de Europa reproduce este esquema, si bien dedica una mayor atención a los experimentos médicos o científicos. En efecto, en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades de 1950 se dispone que nadie podrá ser sometido a tortura o a penas y tratos inhumanos o degradantes (art. 3: «Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes»), cuestión de la que se ocuparía posteriormente un Tratado (Convención Europea para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, de 1987), al que se le han añadido en 1992 dos protocolos (en vigor desde el 1 de marzo de 2002). Y en 1997, y con el objeto de dar respuesta a los avances científicos, se aprobó en el marco del Consejo de Europa una Convención sobre biomedicina (Convención para la protección de Derechos del Hombre y de la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina: Convención sobre los Derechos del hombre y la biomedicina; en vigor desde el 1 de diciembre de 1999), a la que le han seguido tres protocolos, uno en 1998 sobre clonación de seres humanos (en vigor desde el 1 de marzo de 2001), otro en 2002 relativo al trasplante de órganos y tejidos humanos (en vigor desde el 1 de mayo de 2006) y otro en 2005, relativo a la investigación biomédica (en vigor desde el 1 de septiembre de 2005).

Pues bien, cuando a punto de terminar el siglo xx la Unión Europea se planteó la elaboración de una Carta europea de Derechos Fundamentales, no se limitó a rechazar la tortura y las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes (que efectivamente rechaza en su art. 4: «Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a pe-

nas o tratos inhumanos o degradantes»), sino que, antes de ello, afirmó el derecho a la integridad física y mental de las personas, acompañando además esta afirmación de un segundo apartado referido a la medicina y la biología (art. 3: «1.- Toda persona tiene derecho a su integridad física y mental. 2.- En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular los principios siguientes: - consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, - prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular de las que tienen por finalidad la selección de las personas, - prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo se conviertan en objeto de lucro, - prohibición de la clonación reproductora de seres humanos»). Y este planteamiento muestra así la novedad del tratamiento, por un lado, al referirse con carácter general al derecho a la integridad física y psíquica de las personas, y, seguidamente, por elevar el tratamiento de la biomedicina a un instrumento general y considerar a la bioética como una de las dimensiones contemporáneas de la problemática de los derechos fundamentales (Hennette-Vauchez 2005, 54).

Dos afirmaciones destacan en el texto del art. 3. La primera es que toda persona tiene derecho a la integridad física y psíquica, idea que nos conduce a la prohibición de la tortura y de las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes; de modo que nos remitimos, a esos efectos, al comentario que hacemos a estas cuestiones en el estudio del art. 4 de la Carta, refiriéndonos tan sólo ahora a ello en la medida que su lectura permita comprender mejor el conjunto del precepto. Y el otro gran tema es el de la medicina y la biología, al que nos referiremos a continuación con mayor detenimiento.

En relación con la medicina y la biología, el apartado 2 del art. 3 empieza por advertir de la necesidad del consentimiento [apartado a)] para pasar después a señalar tres tipos de prácticas que han de estar necesariamente prohibidas [apartados b), c) y d)]. Disposiciones que deben interpretarse teniendo en cuenta lo que dice el primer apartado de este artículo («Toda persona tiene derecho a la integridad física y psíquica»). Esto es, puede ser que una intervención en el campo de la medicina o la biología que cumpla las exigencias del consentimiento del apartado a) y no caiga en ninguno de los supuestos expresamente prohibidos en los apartados b), c) y d), atente, no obstante, contra la integridad de la persona. Va a ser

la lectura del art. 3 en su conjunto la que nos permita comprender el alcance de la regulación de este derecho en el marco de la Unión Europea y compararlo con otros sistemas, como el del Consejo de Europa en este ámbito.

Con respecto, precisamente, a esta relación, cabe hacer dos precisiones. La primera es que la remisión general que hace el art. 52.3 de la Carta al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) («En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa») que nos sirve para precisar el sentido y alcance de otras disposiciones de propia Carta, como puede ser la del derecho a la vida contenida en el art. 2, sólo nos puede ser útil, por lo que se refiere al art. 3, en lo relativo a la prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En efecto, la prohibición de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (contemplada específicamente, como indicábamos, en el art. 4 de la Carta) tiene su equivalente en la Carta (art. 3), pero la Carta no tiene ninguna disposición relativa a la integridad física y moral de las personas ni, tampoco, relativa a las aplicaciones de la medicina y la biología.

Y, la segunda, es lo que nos dice, en relación con ésta, las Explicaciones elaboradas por el Praesidium de la Convención y anejas a la Carta (*DO* C 303, de 14 de diciembre de 2007, p. 17), donde se señala que los principios contenidos en esta disposición en el ámbito de la Unión Europea ya son principios garantizados en el ámbito del Consejo de Europa, de los que la Unión Europea no pretende apartarse. Concretamente, esta referencia se hace a algunos de los instrumentos en materia de biomedicina, pero no a todos: alcanza al Convenio europeo de biomedicina y su primer Protocolo (sobre clonación de seres humanos); pero no alcanza al segundo Protocolo (relativo al trasplante de órganos y tejidos humanos) ni al tercero (relativo a la investigación biomédica). Así se hizo en las Explicaciones relativas al art. 3 de la Carta europea de Derechos Fundamentales (en 2000, cuando el segundo Protocolo no estaba en vigor y el tercero todavía no había sido adoptado, se realizó una remisión al

Convenio y al primer Protocolo: «1. Los principios que contiene el artículo 3 de la Carta figuran ya en el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, adoptado en el marco del Consejo de Europa (STE 164 y Protocolo Adicional STE 168). La presente Carta no pretende apartarse de dichos principios…»), y así se ha hecho, también, respecto al art. II-63 de la Constitución Europea (en este momento la situación era la misma: el segundo Protocolo no estaba en vigor y el tercer Protocolo no había sido adoptado; la explicación contenida en el Acta final es idéntica a la anterior: «Los principios que contiene el artículo 3 de la Carta figuran ya en el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, adoptado en el marco del Consejo de Europa (STE 164 y Protocolo Adicional STE 168). La presente Carta no pretende apartarse de dichos principios y…»). Y esta situación es la que sigue persistiendo en la fecha de la proclamación de la Carta en su versión de 2007.

1.2. *La estructura del art. 3*

Pasemos, a continuación, a ver cada uno de los apartados del art. 3.2.

1.2.1. «Consentimiento libre e informado de la persona afectada»

Frente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que habla de consentimiento libre y de experimentos médicos o científicos (art. 7 del Pacto: «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos»), el art. II-63 del Tratado Constitucional, al igual que la Convención europea sobre biomedicina, exige que el consentimiento sea libre e informado, y no limita esta exigencia a los experimentos, sino que se entiende que debe aplicarse a cualquier tipo de intervención.

Cuando se elaboró esta disposición (es decir, el art. 3 de la Carta europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), el Praesidium de la Convención encargada de ello redactó una serie de Explicaciones pero ninguna relativa a este apartado. Sin embargo, cuando se discutieron estas cuestiones en el seno de la Convención

sobre el Futuro de Europa, el Praesidium actualizó estas Explicaciones, y al hacerlo introdujo una referencia a una importante sentencia del Tribunal de Justicia en la que éste advierte que el consentimiento exigido es tanto el del donante como el del receptor («Explicación 1. En su sentencia del 9 de octubre de 2001 en el asunto C-377/98, *Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo,* Rec., 2001, p. I-7079, apartados 70, 78-80, el Tribunal de Justicia confirmó que el derecho fundamental a la integridad de la persona forma parte del Derecho de la Unión y comprende, en el ámbito de la medicina y de la biología, el consentimiento prestado libremente y con conocimiento de causa por el donante y el receptor», Declaración núm. 12 relativa a las Explicaciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión).

Este aspecto de la exigencia del consentimiento de la persona afectada aparece, también, desarrollado en la Convención europea sobre biomedicina y su primer Protocolo, que por las razones ya explicadas no debemos perder de vista. Concretamente, le dedica todo el Capítulo II (arts. 5-9): el art. 5 establece la regla general («Regla general. Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento»), y los otros cuatro se refieren a supuestos especiales: el art. 6 se refiere a las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento; el art. 7, a las personas que sufran trastornos mentales; el art. 8 a las situaciones de urgencia; y el art. 9, a los deseos expresados anteriormente.

Finalmente, y por lo que se refiere a las formas en las que la persona implicada deberá ser informada y prestar su consentimiento, el art. 3.2 se limita a remitirse a los ordenamientos nacionales, remisión que supone una novedad, puesto que no existe en el art. 3.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (art. 3.2: «… el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley»).

1.2.2. «Prohibición de prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas»

La *eugenesia,* como nos indica el Diccionario de la Lengua española de la Real Academia Española, es la 'aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana'. El Praesidium de la Convención 2000 que debatió el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales, al explicar esta prohibición (contenida en el art. 3 de la Carta), advirtió que se refería a los supuestos en que se organicen y apliquen programas de selección que incluyan, por ejemplo, campañas de esterilización, embarazos forzados, o matrimonios obligatorios según criterios étnicos; actos que además —señala la Convención— constituyen crímenes internacionales con arreglo al art. 7.1 g del Estatuto de la Corte Penal Internacional [arts. 7.1 g y 7.2 f del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Art. 7.1 g: «Crímenes de lesa humanidad. 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se someta como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: (…); g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable…»; art. 7.2 f: «A los efectos del párrafo 1: (…) f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo»]. Esta explicación es la retomada por el Praesidium de la Convención que elaboró el proyecto del Tratado Constitucional y como tal figura en la Declaración número 12 aneja al mismo.

Por lo que se refiere a la Convención europea sobre biomedicina y su primer Protocolo, no encontramos ninguna referencia directa a las prácticas eugenésicas en general, pero sí a las intervenciones sobre el genoma humano y la selección de sexo; que, a nuestro juicio, podrían llevarse a cabo con una finalidad eugenésica

(arts. 13 y 14 de la Convención europea sobre biomedicina. Art. 13: «Intervenciones sobre el genoma humano. Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia». Art. 14: «No selección de sexo. No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo»).

1.2.3. «Prohibición de prácticas que conviertan el cuerpo humano, o partes del mismo, en objeto de lucro»

Ni en las Explicaciones del Praesidium de la Convención 2000 sobre la Carta europea de Derechos Fundamentales, en su momento, ni en las Explicaciones actualizadas del Praesidium de la Convención que preparó el Tratado Constitucional después, se contiene ninguna aclaración sobre ello. Si buscamos lo que sobre ello pueda añadir la Convención europea sobre biomedicina y su primer Protocolo, vemos que poco, pues también se ocupa de esta cuestión pero lo hace en idénticos términos (art. 21 de la Convención Europea sobre biomedicina: «Prohibición del lucro. El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro»). Mientras que el segundo Protocolo, sobre trasplante de órganos y tejidos humanos, sí que desarrolla más esta cuestión (art. 21), pero hay que recordar que no está citado, como referencia, en las Explicaciones de la Carta, ni en su versión de 2000 ni en la actualizada por el Praesidium de la Convención.

1.2.4. «Prohibición de la clonación reproductora de seres humanos»

De las distintas posibilidades de clonación, en las Explicaciones a esta disposición elaboradas por el Praesidium de la Convención, se advierte que se prohíbe únicamente la clonación con fines re-

productivos y añade que en la misma ni se autorizan ni se prohíben otras formas de clonación, correspondiéndole al legislador, en su caso, hacerlo. Esta interpretación no gusta a aquellos que, como el Parlamento Europeo, se oponen a otros tipos de clonación, como la terapéutica (Resolución del Parlamento Europeo de 7 de septiembre de 2000). En todo caso, y de acuerdo con lo dispuesto en la Carta europea (art. 3), la financiación comunitaria está expresamente prohibida sólo para la clonación reproductiva. Así, frente al V Programa marco que negaba la financiación a las investigaciones sobre clonación en general (Decisión núm. 182/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de diciembre de 1998 relativa al V Programa marco de la Comunidad Europea para acciones de investigación, demostración y desarrollo tecnológicos, 1998-2002, *DO* L 26, de 1 de febrero de 1999, pp. 1-33; v. apartado 2), el VI Programa marco (2002-2006) pasó a referirse a la clonación sólo en el Preámbulo para decir que durante la aplicación del programa marco y en las actividades de investigación consiguientes se respetarían los principios éticos fundamentales reflejados, entre otros, en una serie de instrumentos entre los que menciona la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, el Convenio europeo sobre biomedicina y su Protocolo sobre clonación de seres humanos (Decisión núm. 1513/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2002, relativa al VI Programa marco de la Comunidad Europea para acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración, destinado a contribuir a la creación del Espacio Europeo de Investigación y a la innovación, *DO* L 232, de 29 de agosto de 2002, pp. 1-33). Y ya el VII Programa marco (2007-2013) limita la exclusión a las investigaciones sobre clonación con fines reproductivos (Decisión 2006/1982/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativa al VII Programa marco de la Comunidad Europea para acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración, 2007-2013, *DO* L 412, de 30 de diciembre de 2006; v. art. 6.2).

Por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de octubre de 2001, asunto C-377/98, *Países Bajos/Parlamento Europeo,* única, como sabemos, hasta el momento sobre este ámbito, fue la que permitió al Praesidium de la Convención que preparó el Tratado Constitucional actualizar las Ex-

plicaciones relativas al art. II-63 del Tratado Constitucional (art. 3 de la Carta, versión de 2007). En relación con este pronunciamiento, quisiéramos añadir dos cosas: en primer lugar, que el Tribunal de Justicia no se apoyó en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Efectivamente, el Tribunal de Justicia confirmó que el derecho a la integridad formaba parte del Derecho de la Unión (apartado 70 de la sentencia: «Corresponde al Tribunal de Justicia, al controlar la conformidad de los actos de las instituciones con los principios generales del Derecho comunitario, velar por que se respete el derecho fundamental a la dignidad humana y a la integridad de la persona»), y que dicho derecho comprendía, en este ámbito, el tema del consentimiento libre e informado por parte del donante y del receptor (apartado 78 de la sentencia: «La segunda parte del motivo versa sobre el derecho a la integridad de la persona, en la medida en que comprende, en el ámbito de la medicina y de la biología, el consentimiento prestado libremente y con conocimiento de causa por el donante y el receptor»); pero, a pesar de que dichas afirmaciones coincidían con el contenido del art. 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, no la citó. El Abogado General, por el contrario, sí lo hizo [apartado 197 de las conclusiones: «En mi opinión, no hay duda de que los derechos invocados por los Países Bajos son efectivamente derechos fundamentales, cuyo respeto debe garantizarse por el ordenamiento jurídico comunitario (…) El derecho de los donantes de elementos del cuerpo humano y de los receptores de tratamientos médicos a prestar su consentimiento libremente y con conocimiento de causa puede también considerarse fundamental. Este derecho se refleja igualmente en el artículo 3, apartado 2, de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, a tenor del cual… Hay que reconocer que cualquier instrumento comunitario que vulnere tales derechos es ilegal»].

Y, en segundo lugar, que el asunto también versaba sobre el derecho a la dignidad. En efecto, el asunto era un recurso de anulación presentado en 1998 por el Reino de los Países Bajos contra la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas; y la demandante alegaba como quinto motivo la violación de la dignidad y del derecho de las personas a disponer de sí mismas. La violación del derecho a disponer de sí mismas se basaba en el tema de la falta de consentimiento (la demandante alegaba que el hecho de que no hubiese ninguna

cláusula que exigiese verificar que el donante o el receptor de productos obtenidos mediante procedimientos biotecnológicos había prestado su consentimiento menoscaba el derecho de las personas a disponer de sí mismas con conocimiento de causa. Sin embargo, el Tribunal de Justicia consideró que el respeto de determinadas normas éticas en la investigación y explotación de estos productos no caía en el ámbito de aplicación de la Directiva; la Directiva se refería únicamente a la concesión de patentes, no a las operaciones anteriores o posteriores a dicha concesión). Y el de la dignidad en el hecho de que la Directiva previese la patentabilidad de productos de los que formaba parte algún elemento del cuerpo humano (la demandante alegaba que la patentabilidad de elementos aislados del cuerpo humano equivalía a una instrumentalización de la materia viva humana, contraria a la dignidad del ser humano. El Tribunal de Justicia confirmó que los elementos del cuerpo humano no son de por sí patentables y su descubrimiento no puede ser objeto de protección; pero admitió la posibilidad de patentar una invención que asocia un elemento natural a un procedimiento técnico que permita aislarlo o producirlo con miras a su aplicación industrial, ya que en tal caso la patente lo que está protegiendo es la actividad inventiva de carácter científico o técnico).

Lo que queremos destacar es que se conectó el tema de la patentabilidad con la dignidad y el tema del consentimiento con el de la integridad; pero ambos temas (patentabilidad y consentimiento) pueden conectarse con los dos derechos (dignidad e integridad). A nuestro juicio, el derecho a la integridad de la persona no sólo entra en juego con el tema del consentimiento, sino también con el de la patentabilidad de elementos del cuerpo humano. Y, puesto que la dignidad es el fundamento del derecho a la integridad de la persona (v. comentario al art. 1 de la Carta), ambos temas nos conducen al derecho a la dignidad de la persona.

2. Evolución del texto

El art. II-63 del Tratado Constitucional mantiene prácticamente la misma redacción que el art. 3 de la Carta de Derechos Fundamentales; aunque se introdujeron durante la Convención algunos cambios, estos cambios son los que recoge, ahora, el art. 3 de la Carta en su versión de 2007.

En relación con el apartado 1 hay un cambio: el art. 3.1 de la Carta de Niza hablaba de integridad *mental,* y el art. II-63.1 habla de integridad *psíquica* (art. 3.1 de la Carta de Derechos Fundamentales: «Toda persona tiene derecho a su integridad física y *mental»;* art. II-63.1: «Toda persona tiene derecho a la integridad física y *psíquica*»; art. 3.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales, versión de 2007: «Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica»).

Y en relación con el apartado 2 hay cuatro cambios: el art. 3.2 de la Carta de Niza presentaba los subapartados como *principios,* calificación de la que el art. II-63.2 prescinde (art. 3.2: «En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular los principios siguientes:…»; art. II-63-II: «En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:…»; art. 3.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales, versión de 2007: «En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular»); el art. 3.2 presentaba los subapartados con guiones, mientras el art. II-63.2 del TC y el art. 3.2 de la Carta, versión de 2007 lo hace con letras (a-d); el art. 3.2. de la Carta de Niza comienza los subapartados con el sustantivo, mientras que en el art. II-63.2 precede el sustantivo de un artículo; y el primer subapartado ha sido completado por el art. II-63.2 en el sentido de añadir «de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley» [art. 3.2: «En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular los principios siguientes: - consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, - prohibición…»; art. II-63.2: «En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley; b) la prohibición…». Ésta es la redacción que recoge el art. 3. 2. de la Carta en su versión de 2007].

La Conferencia Intergubernamental no introdujo ninguna modificación al texto.

3. Alcance y contenido

La incorporación de este derecho fundamental al acervo de derechos protegidos en el marco de la Unión Europea es una novedad destacable que conecta la protección física y psíquica del ser humano con los peligros que para su integridad pueden derivar de los

avances científicos. Y, como tal, lo valoramos muy positivamente. Pero, además, deseamos hacer varias observaciones. Una relativa a la conexión del derecho a la integridad con otros derechos recogidos en la Carta. Otra, sobre las prácticas eugenésicas. Y, una tercera, sobre la financiación comunitaria.

3.1. *La relación entre el derecho a la integridad y otros derechos protegidos en la Carta*

El derecho a la integridad de la persona, consagrado en el art. 3, es un derecho que debemos conectar con otros derechos recogidos en la Carta, como el de la dignidad humana (art. 2: «Dignidad humana. La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida»), la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (art. 4: «Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes»), o el derecho a la vida privada (art. 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»).

Como ya decíamos, este derecho guarda relación, en primer lugar, con el derecho a la dignidad humana, que constituye su fundamento. En efecto, el derecho a la dignidad humana, además de consagrarse como derecho autónomo en el art. 3, se presenta, también, como fundamento de los derechos contenidos en el Título I (el Título I de la Carta se intitula *La dignidad* y comprende los arts. 1. Dignidad humana; 2. Derecho a la vida; 3. Derecho a la integridad de la persona; 4. Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes; y 5. Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado). Nos remitimos al comentario del art. 1. En segundo lugar, y como hemos visto ya, tanto la tortura como las penas o los tratos inhumanos o degradantes constituyen una clara violación del derecho a la integridad de las personas. Y, en tercer lugar, y esto no lo hemos comentado todavía, con el derecho a la vida privada.

En relación con ello, y tal como venimos insistiendo, la Carta establece que todos los derechos humanos garantizados por ella, que se correspondan con derechos garantizados por el CEDH, deberán

ser tomados con el mismo sentido y alcance que aparecen en el CEDH (art. 52.3 de la Carta: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa»). Y éste es el caso del derecho a la vida privada garantizado tanto por la Carta (art. 7) como por el CEDH (art. 8: «Derecho al respeto de la vida privada y familiar. 1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando 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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros»).

De modo que el derecho a la vida privada garantizado por la Unión Europea tiene el mismo sentido y alcance que el garantizado por el CEDH. Pues bien, resulta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha dicho claramente que la noción de vida privada es una noción amplia, sin una definición exhaustiva que abarca, entre otros derechos, el de la integridad física y moral de la persona (sentencias del TEDH: de 26 de marzo de 1985, *asunto X e Y*, v. apartado 22; y de 29 de abril de 2002, asunto *Pretty c. Reino Unido*, v. apartado 61). Así, la imposición de un tratamiento médico contra la voluntad de la persona si ésta es adulta y está mentalmente sana (supuesto que, como sabemos, la Carta rechaza en el art. 3.2 a) ha sido calificado por el TEDH como una violación del derecho a la integridad física y a la vida privada del paciente («En materia médica, el rechazo a aceptar un tratamiento concreto puede, de forma ineludible, conducir a un final fatal, pero la imposición de un tratamiento médico sin la aprobación del paciente si es adulto y sano mentalmente se considera un ataque a la integridad física del interesado que afecta a los derechos protegidos por el artículo 8.1 del Convenio…»; sentencia del TEDH de 29 de abril de 2002, *Pretty/Reino Unido*, apartado 63).

Sabemos que esta vinculación tiene más sentido en el sistema del CEDH que en el de la Carta, puesto que el CEDH no cuenta con ningún artículo dedicado al derecho a la integridad de la persona, y de ahí que en supuestos como el que acabamos de citar (imposición de tratamientos sin consentimiento) deba buscarse apoyo en un artículo como el de la vida privada que sí cuenta con un artículo en el CEDH. Pero, en todo caso, es importante saberlo, entre otras cosas porque, en aplicación de lo dispuesto en el art. 52.3, el sentido y el alcance del art. 3.2 a) puede verse precisado por la jurisprudencia del CEDH relativa al art. 8 del CEDH.

3.2. *Las prácticas eugenésicas*

En cuanto a las prácticas eugenésicas, el art. 3.2 b) impone, como sabemos, la «prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas». Afirmación que ha sido objeto de ciertas críticas, considerándose que pueden existir prácticas de este tipo que no tienen como finalidad la selección de personas y sí la de salvar o mejorar vidas, por ejemplo, las realizadas en el campo de la medicina prenatal. De manera que se ha interpretado esta prohibición en el sentido de que recae sobre las prácticas eugenésicas que tengan un carácter colectivo y organizado (Hennette-Vauchez 2005, 56-57).

3.3. *Efectos actuales de la disposición examinada*

Aunque la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión no es, hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, jurídicamente vinculante (art. 6.1 TUE), por lo que ahora nos interesa sí que es ya tenida en cuenta a la hora de, entre otras cosas, programar la financiación de las actividades investigadoras. Así, se advierte en el Preámbulo del VII Programa marco (considerando 30: «Las actividades de investigación apoyadas por el Séptimo Programa Marco deben respetar los principios éticos fundamentales, entre ellos los que se recogen en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea»), detallándose además en su articulado (art. 6.2)

que no se financiarán «las actividades de investigación orientadas a la clonación humana con fines reproductivos, las actividades de investigación orientadas a modificar la herencia genética de los seres humanos que podrían hacer que tales modificaciones fuesen hereditarias, las actividades de investigación orientadas a la creación de embriones humanos únicamente con fines de investigación o para conseguir células madre, incluido el método de la transferencia nuclear de células somáticas» (Decisión 2006/1982/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativa al VII Programa marco de la Comunidad Europea para acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración, 2007-2013, *DO* L 412, de 30 de diciembre de 2006).

En suma, el art. 3 enuncia el derecho a la integridad física y psíquica de toda persona y lo protege mediante tres importantes prohibiciones que apuntan a unas cuestiones que se encuentran en el filo de la navaja del desarrollo científico y en el centro de las reflexiones sobre la bioética: las prácticas eugenésicas, la patrimonialización del cuerpo humano y de sus elementos, y la clonación con fines reproductivos. La interpretación que a las mismas dé el juez europeo, suponemos que tributaria de los avances científicos y de los rápidos cambios sociales en estos ámbitos, marcarán la pauta en la aplicación de una disposición nueva y necesaria.

Bibliografía

Barcelona Llop, J. *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden (Estudio de la jurisprudencia del TEDH sobre los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales).* Madrid: Thomson-Civitas, 2007.

Hennette-Vauchez, S. «Article II-63». En L. Burgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, t. 2. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 52- 63.

— *Disponer de soi? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps.* París: L'Harmattan, 2004.

Mathieu, B. «Article II-61». En L. Burgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, t. 2. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 35-41.

Mathieu, B. y Lenoir, N. *Les Normes internationales de la bioéthique.* París: PUF, 2004.

Navas Castilo, A. «El Derecho a la integridad de la persona». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol, dirs. *Comentarios a la Constitución Europea.* Libro I, t. II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 241-272.

ROLDÁN BARBERO, J. «La Carta de Derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 16 (2003): pp. 943-991.

SCHUTTER, O. de. «Les droits fondamentaux dans le projet européen». En de O. de Schutter y P. Nihoul, coords. *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions du droit de l'Union Européenne*. Bruselas: Larcier, 2004, pp. 81-117.

VITORINO, A. «La Cour de Justice et les droits fondamentaux depuis la proclamation de la Charte». En N. Colneric, D. Edward, J.-P. Puissochet y D. Ruiz-Jarabo, coords. *Une Communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*. Berlín: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, pp. 111-126.

Artículo 4
Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Preceptos relacionados

- Carta: Preámbulo y art. 31.1.
- TUE (TLisboa): arts. 2 y 21.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 6.2 del TUE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. I-2 y II-61.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 4.

COMENTARIO

José Manuel Sobrino Heredia
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de A Coruña

1. Consideraciones generales

«Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes», es la prohibición que establece el art. 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la línea de la que a su vez sienta el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), al que reproduce literalmente. Y, como explica el art. 52.3 de la mencionada Carta, el derecho a no ser sometido a estas prácticas que garantiza el art. 4 tendrá el mismo contenido y alcance que el conferido por el CEDH a su art. 3. Por lo que a la hora de examinarlo habrá que tener en cuenta, junto al posible desarrollo que al mismo se haya dado en el marco de la Unión Europea, lo que sobre él haya aportado la amplia y abundante jurisprudencia desarrollada por la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

1.1. *La relación entre el art. 4 de la Carta y el art. 3 del CEDH*

El hecho de que el art. 4 de la Carta sea un calco del art. 3 del CEDH tiene ciertas consecuencias, ya que, al hacerlo, sus autores, optaban por una redacción algo más parca y alejada de lo dispuesto al respecto en los grandes textos internacionales, como el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre («Nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes») o el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos («Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes…»), instrumentos del Derecho Internacional a los que se adhirieron, desde hace años, todos los Estados miembros de la Unión Europea. En estos textos se mencionan y condenan, como vemos, unas denominadas *penas o tratos crueles,*

conductas cuya referencia se ha abandonado, sin mayores explicaciones, al redactar la Carta.

Resulta extraña esta exclusión si se tiene en cuenta que, en su Derecho derivado, la Unión Europea se refiere a la «tortura u otros tratos o penas *crueles*, inhumanos o degradantes» [art. 1.1 del Reglamento (CE) núm. 1236/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005, sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, *DO* L *200*, 30 de julio de 2005, pp. 1-19]. Y que, en este Derecho, se acude a las definiciones de *tortura* y de *otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1984 contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

1.2. *El alcance de la prohibición y la naturaleza del derecho protegido*

El art. 4 contiene una prohibición absoluta de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, prohibición que, en el ámbito del Derecho Internacional, es considerada como una norma imperativa que produce efectos *erga omnes*, tal y como nos recuerda la doctrina (Cohen-Jonathan 1996, 73; Cuerda Riezu 2004, 702; Mariño Menéndez 2003, 251), y que en el ámbito del Consejo de Europa, en cuyo espacio se mueven todos los Estados miembros de la Unión Europea, constituye «uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas» que lo conforma, como, también, nos recuerda el TEDH en su jurisprudencia (sentencia de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, 14038/88, apartado 88).

El derecho que garantiza esta disposición es, sin lugar a dudas, un derecho absoluto, intangible de la persona humana, ya que prohíbe toda forma de tortura y de pena o trato inhumano o degradante. Derecho que no conoce derogación alguna en tiempos de paz y tampoco en caso de guerra, o si se diera cualquier otro peligro público de carácter excepcional que amenazase la vida de la nación (art. 15 CEDH; TEDH, sentencia de 18 de enero de 1978, *Irlanda c. Reino Unido*, 5310/71, apartado 163; TEDH, sentencia de 17 de diciembre de 1996, *Ahmed c. Austria*, 71/1995/577/663, apartado 40; TEDH, sentencia de 28 de julio de 1999, *Selmouni c. Fancia*,

25803/94, apartado 95). Y tampoco tolera restricción alguna (TJCE, sentencia de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, C-112/00, Rec., 2003, p. I-5659, apartado 80). Se caracteriza, además, por tener una naturaleza horizontal o transversal, articulándose con otros derechos contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

Se trata, actualmente, de un derecho en el que, cuando exista riesgo claro de violación grave del mismo, se podrán poner en marcha los mecanismos preventivos y sancionadores que continúa recogiendo el art. 7 del TUE tras la reforma operada por el Tratado de Lisboa de 2007. Primero, el mecanismo preventivo, al abrir la posibilidad de que el Consejo dirija recomendaciones adecuadas al Estado implicado, y luego el sancionador, cuando se haya constatado la existencia de una violación grave y persistente del mismo por dicho Estado, y el Consejo decida la suspensión de ciertos derechos sociales derivados de la pertenencia del mismo a la Unión Europea.

2. Evolución del texto

La incorporación en su momento en el Tratado Constitucional de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, proclamada solemnemente en el Consejo Europeo de Niza, y, por lo tanto, también de este artículo que prohíbe la tortura y las penas o los tratos inhumanos o degradantes, no ha sido una cuestión pacífica y clara desde un principio. Y ello a pesar de figurar en la agenda fijada por la Declaración de Laeken (diciembre de 2001). Esta exigencia fue formulada, en repetidas ocasiones, por muchos de los participantes en los trabajos de la Convención Europea. Así, todos los miembros del Grupo de Trabajo II de la Convención Europea, *Carta,* apoyaron firmemente la inclusión de la Carta de Derechos Fundamentales mediante una fórmula que le permita ser jurídicamente vinculante y tener un estatuto constitucional o, por lo menos, no se mostraron en contra de dicha incorporación (CONV 354/02, de 22 de octubre de 2002, p. 2).

Por lo que se refiere en concreto al art. II-64 (hoy art. 4 de la Carta), cabría mencionar que las únicas aportaciones realizadas por la Convención Europea y por la Conferencia Intergubernamental (CIG) consistieron en hacer hincapié, en primer lugar, en la importancia

de las *Explicaciones* elaboradas por la Convención anterior que elaboró la Carta para aclarar las disposiciones de este artículo (CHARTE 4473/00 CONVENT49); y, en segundo lugar, en la falta de valor jurídico alguno de éstas (CONV 354/02, p. 10). Se trata, pues, de unas meras explicaciones de carácter técnico.

La CIG no modificó el texto. Por tanto, el Tratado Constitucional guardó íntegramente la redacción del art. 4 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, cambiando, únicamente, la numeración que pasó a ser el art. II-64. El destino que ha conocido el Tratado Constitucional ha vuelto a separar Tratado y Carta, volviendo esta disposición a su numeración original, esto es, el art. 4, pero dotada ahora del mismo valor jurídico que los propios tratados.

3. Alcance y contenido

Como apuntábamos, el alcance y el contenido del art. 4 son idénticos a los del art. 3 del CEDH. Por lo que vamos a utilizar esta disposición como guía en nuestro comentario. Además, este precepto del CEDH es la única disposición de este Convenio que ha sido desarrollada y reforzada mediante otro instrumento jurídico del Consejo de Europa, el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (1987). Ahora bien, ni en el CEDH ni en sus protocolos adicionales ni, tampoco, en este último Convenio, se recoge definición alguna de la *tortura,* de las *penas o tratos inhumanos* y de las *penas o tratos degradantes,* habrá, por tanto, que acudir para buscarlas a las aportaciones del TEDH y a lo que puedan contener otros textos internacionales que obliguen a los Estados miembros.

Empecemos por lo segundo, así, por lo que se refiere a *tortura,* se puede acudir a la definición que contiene la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en cuyo articulado se lee que representa «todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por

cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia» (art. 1.1).

Por lo que se refiere, ahora, a los órganos previstos por el CEDH, vemos como hay diversos pronunciamientos respecto del alcance y el contenido de la noción *tortura*. Cabría apuntar, por ejemplo, un temprano pronunciamiento de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos que, en el asunto *El Griego,* la definió como «un tratamiento inhumano que tiene como objetivo, por ejemplo, obtener informaciones o con la intención de infligir una pena y que generalmente se trata de una forma agravada de tratamiento inhumano» (*The Greek Case*, Yearbook of the Convention, 1969, p. 196, apartado 30). Aunque hubo que esperar hasta finales de la década siguiente, para encontrar un posicionamiento completo del TEDH sobre las tres nociones contenidas en el art. 3 del CEDH, y fue con ocasión del asunto *Irlanda c. Reino Unido*, en 1978 (TEDH, sentencia de 18 de enero de 1978, *Irlanda c. Reino Unido,* 5310/71).

3.1. *Los criterios de interpretación*

De la última sentencia citada se extrae la presencia de un primer criterio de interpretación que va a seguir el TEDH con respecto al art. 3 del CEDH: el criterio de la intensidad de la gravedad. En relación con ello, el Tribunal afirmó que, para entrar dentro del ámbito de aplicación del art. 3 del CEDH, «un mal trato debe revestir un mínimo de gravedad» que se determina teniendo en cuenta «todas las circunstancias del caso como la duración del tratamiento, sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima» (*Irlanda c. Reino Unido*, apartado 162). También, en esta ocasión, el Tribunal de Estrasburgo consideró que el *tratamiento inhumano* es aquel que provoca voluntariamente sufrimientos mentales o psíquicos de una determinada intensidad. Mientras que en el caso de la *tortura* se trata de tratamientos inhumanos provocados deliberadamente, determinando un sufrimiento muy grave y cruel. Por lo tanto, la especificidad de la tortura consiste en que se trata de un tratamiento que ha de ser especialmente

grave. Y se tratará de un *tratamiento degradante* cuando las medidas crearán a cada persona sentimientos de angustia y de inferioridad propios a la humillación.

Se estimó, igualmente, que el CEDH contiene una distinción entre *tortura* y *tratamiento inhumano o degradante* y como tal atribuye a la tortura «un estigma especial de infligir deliberadamente un tratamiento inhumano que causa un sufrimiento muy grave y cruel» (*Irlanda c. Reino Unido*, antes citada, apartado 167). En definitiva, como explica Ruiloba Alvariño, «el ámbito de aplicación de cada uno de los tres conceptos es inversamente proporcional a la gravedad de la amenaza que pese sobre el cuerpo social» (2004, 300).

Así, y siguiendo en el asunto comentado, el TEDH, a la luz de las pruebas presentadas, encontró que las técnicas utilizadas por las fuerzas de seguridad en contra de personas, para averiguar si pertenecían al IRA, entraban dentro de la categoría de tratamiento inhumano porque causaron, aunque no lesiones corporales reales, por lo menos un sufrimiento físico y mental intenso a las personas sometidas al mismo y dieron lugar a problemas psiquiátricos agudos durante el interrogatorio. Y consideraba que las técnicas, también, eran degradantes dado que, por sus características, despertaban en las víctimas sentimientos de temor, angustia e inferioridad, capaces de humillarlos o degradarlos, quebrando tal vez su resistencia física o moral (apartado 167).

En una sentencia posterior, el TEDH consideró que «la tortura no puede ser más que un tratamiento inhumano y degradante y todo tratamiento inhumano es, asimismo, degradante» (v. igualmente: TEDH, sentencia de 25 de febrero de 1982, *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, 7511/76 y 7743/76, apartado 26). Lo que viene a ser muy parecido a lo establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975: «la tortura constituye una forma agravada y deliberada de una pena o trato cruel, inhumano o degradante» (art. 1.1).

De la extensa y abundante jurisprudencia del TEDH en esta materia, cabría extraer, asimismo, ejemplos de actuaciones que, según este mismo Tribunal, constituyen una vulneración del derecho previsto por el art. 3 del CEDH. Así en un asunto de 1996 estimó como tal una acción en la que la víctima había sido desnudada y suspendida por los brazos, los cuales habían sido atados juntos en su espal-

da, tratamiento que fue aplicado deliberadamente, que había requerido cierta preparación y determinación para llevarlo a cabo y que, aparentemente, fue administrado con el objetivo de obtener admisiones o información de la víctima (TEDH, sentencia de 18 de diciembre de 1996, *Aksoy c. Turquía*, 21987/93, apartado 64). En otro asunto, estimó como tal una actuación en la que la víctima había sido violada durante su detención por un período de tres días, sumada al hecho de que le habían sido vendados los ojos, había desfilado desnuda en circunstancias humillantes, había sido interrogada y se le había mantenido en constante situación de dolor físico y angustia mental (*Aydin c. Turquía*, 25 de septiembre de 1997, 57/1996/676/866, apartados 83-84).

Además, debemos destacar que, como se desprende de la jurisprudencia del TEDH, el CEDH es un «instrumento vivo que se debe interpretar a la luz de las condiciones de la vida actual» y, por lo tanto, «ciertos actos calificados ahora como tratos inhumanos o degradantes y no de tortura, pueden tener una calificación distinta en el futuro» (v., entre otras, la sentencia en el asunto *Selmouni c. Francia*, antes citada, apartados 91-97). Ahora bien, no podrá ser considerada inhumana o degradante aquella medida dictada por una necesidad terapéutica (TEDH, sentencia de 24 de septiembre de 1992, *Herczegfalvy c. Austria*, 10533/83, apartado 83).

Un segundo criterio de interpretación ha sido utilizado por el TEDH a la hora de aplicar judicialmente el art. 3 del CEDH. Nos referimos al criterio de *la apreciación relativa* (el parámetro sociológico). En virtud de éste, el Tribunal de Estrasburgo va a evaluar la gravedad de los actos incriminados y, en cada caso concreto, va a apreciar de cuál de las tres categorías recogidas en este artículo se trata. Evaluación que se realiza en función del conjunto de las pruebas alegadas en un determinado asunto, y buscando el justo equilibrio entre las exigencias de interés general de la sociedad y los imperativos de la salvaguardia de los derechos fundamentales del individuo, que son inherentes al conjunto del CEDH (TEDH, sentencia de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, 14038/88, apartado 89).

3.2. *La responsabilidad del Estado*

Abordando, ahora, el comentario del art. 4 de la Carta desde otra perspectiva, vemos que, a pesar de que esta disposición al igual que el art. 3 del CEDH no se refiera expresamente al Estado, en realidad la prohibición contenida en este artículo implica la responsabilidad que tiene éste en todo su territorio, y, ello, desde una doble perspectiva. Por un lado, el Estado está obligado a abstenerse de cometer cualquier acto que pueda ser calificado de *tortura, trato inhumano* o *trato degradante,* y si no lo hace incurrirá en responsabilidad; y, por otro lado, el Estado también tendrá el deber de investigar aquellas denuncias de tortura y de tratos inhumanos o degradantes, incluso cuando hayan sido producidos por particulares.

Así, el TEDH, en el asunto *Aksoy c. Turquía,* consideró que, si una persona que tiene un buen estado de salud cuando es detenida por la policía, pero que al ser puesta en libertad se encuentra lastimada, incumbirá al Estado implicado el ofrecer una justificación convincente de las heridas causadas y de que éstas no se produjeron por malos tratos o tortura (*Aksoy c. Turquía*, apartado 61). El Estado será responsable, también, si el autor de los malos tratos no es un funcionario, sino otro detenido, puesto que siempre tendrá que llevar a cabo una investigación oficial para identificar y castigar a los responsables de tratos contrarios a esta norma (TEDH, sentencia de 4 de diciembre de 1995, *Ribitsch c. Austria*, 18896/91; TEDH, sentencia de 20 de julio de 2000, *Caloc c. Francia*, 33951/96, apartado 89).

Esta responsabilidad se agrava en atención a la persona que sufre este trato. Así, el Estado deberá prestar especial atención si se trata de niños, de detenidos que tengan problemas psiquiátricos y de otras personas vulnerables. Y, de este modo, lo ha reconocido el TEDH en una reiterada jurisprudencia en la materia (v., entre otras, TEDH, sentencia de 27 de junio de 2000, *Salman c. Turquía*, 21986/93, apartado 99; TEDH, sentencia de 3 de abril de 2001, *Keenan c. Reino Unido*, 27229/95, apartado 91). En este ámbito, también podemos traer a colación una sentencia del TJCE, en la que el Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado sobre la situación de los niños que hayan sido víctimas de malos tratos, a los cuales se les debería garantizar un nivel adecuado de protección, por ejemplo, cuando

presten declaración (TJCE, sentencia de 16 de junio de 2005, *Pupino*, C-105/03, Rec., 2005, p. I-5285, apartado 61).

Por lo que se refiere a la aplicación territorial de esta disposición, de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se extrae una aplicación extensiva del art. 3 del CEDH. Se trata de la obligación de todo Estado parte de no devolver, expulsar o extraditar a un extranjero a otro Estado «en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes» (art. 19.2 de la Carta; art. 3.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

Quizás la sentencia más destacada pronunciada por el Tribunal de Estrasburgo, en relación con el principio de no devolución o *non refoulement,* sea *Soering c. Reino Unido,* y como tal es citada en las Explicaciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, relativas al art. 19.2 de la Carta, esto es, como referencia para la protección de una persona en caso de devolución, expulsión y extradición a un Estado donde se le podría aplicar la pena capital (CONV 828/1/03 REV. 1, p. 22). En este asunto, se trataba de un joven de nacionalidad alemana que se encontraba en el Reino Unido, y que había sido condenado a muerte en el estado de Virginia, Estados Unidos, por un doble asesinato. El TEDH se manifestó en el sentido de que debe asegurarse «un justo equilibrio entre las exigencias de interés general y los imperativos de la salvaguardia de los derechos fundamentales del individuo», que son inherentes al conjunto del CEDH (*Soering c. Reino Unido*, antes citada, apartado 89). De ahí que podamos afirmar que esta sentencia tiene el mérito añadido de haber introducido el principio de proporcionalidad en esta materia. Cabría señalar, asimismo, que el TEDH no se estaba posicionando en el sentido de que la pena de muerte fuese contraria al art. 3 del CEDH, sino que las circunstancias en las que se encontraría dicha persona en el corredor de la muerte, y ante la angustia de su próxima ejecución, serían susceptibles de constituir un trato inhumano o degradante en el sentido del mencionado artículo del Convenio de Roma (*Soering c. Reino Unido*, apartado 111). De hecho, el Tribunal de Estrasburgo ha reafirmado, en fecha más reciente, y por lo que se refiere en concreto a la pena de muerte, que ésta no es contraria al art. 3 del CEDH en su sentencia *Cha-*

maïev y otros 12 c. Georgia y Rusia (TEDH, sentencia de 12 de abril de 2005, 36378/02).

3.3. *El marco de la Unión Europea*

Con independencia del valor que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha concedido en su jurisprudencia al CEDH y de su, posterior constitucionalización, con ocasión del Tratado de la Unión Europea, lo cierto es que la protección creada en el ámbito comunitario respecto del derecho proclamado en el art. 3 del CEDH ha sido destacada, sobre todo, si tenemos en cuenta que ha sido caracterizado como un interés legítimo que podría incluso justificar una restricción de las libertades fundamentales de la Unión, como la libre circulación de mercancías por ejemplo (asunto *Schmidberger*, antes citado, apartado 74). Por otro lado, y ya más recientemente, esta disposición ha sido invocada ante el Tribunal de Luxemburgo en relación con ciertas disposiciones de Derecho Comunitario derivado, adoptadas por la Unión en contra de determinadas personas y entidades, con el fin de luchar contra el terrorismo.

Así, en el asunto *Sison/Consejo,* el demandante alegaba que constituían un trato inhumano o degradante, en el sentido del art. 3 del CEDH, las restricciones financieras adoptadas (la congelación de fondos, de otros activos financieros y de recursos económicos que perteneciesen a determinadas personas físicas entre las que se encontraba él también), junto con el incremento de la vigilancia de su persona y las restricciones a su libertad de movimiento. Al tiempo que afirmaba que esta situación le ocasionaba un sentimiento de angustia moral y emocional y que, además, se encontraban amenazadas su seguridad personal y su integridad física. Por todo ello, solicitaba la suspensión de la ejecución de un Reglamento que había sido adoptado en el marco de las obligaciones internacionales de la Unión Europea de lucha contra el terrorismo, y la concesión de unas medidas provisionales hasta que este Tribunal se pronunciara en el asunto principal. El presidente del Tribunal de Primera Instancia (TPI), sin entrar en el fondo del asunto, estimó que dicha demanda de medidas provisionales debía ser desestimada (auto del presidente del TPI de 15 de mayo de 2003, *Sison/Consejo*, T-47/03 R, Rec. 2003, p. II-2047, apartados 40-44).

En otro asunto, también relativamente reciente, *Ayadi/Consejo*, el demandante (de nacionalidad tunecina y residente en Irlanda) solicitaba al TPI la anulación parcial del Reglamento (CE) número 881/2002 del Consejo, a través del cual le habían sido impuestas determinadas medidas restrictivas, como consecuencia de que su persona estaba asociada con Osama bin Laden, la red Al-Qaida y los talibanes. El demandante sostenía, entre otras, que dichas medidas comunitarias vulneraban sus derechos fundamentales, y que, como consecuencia de ello, se había visto obligado a robar para sobrevivir, lo que, a su entender, constituía un trato degradante prohibido por el art. 3 del CEDH (TPI, sentencia de 12 de julio de 2006, *Ayadi/Consejo*, T-253/02, Rec. 2006, p. II-2139, apartado 98). El TPI desestimó las alegaciones referidas al Reglamento impugnado. Y, para motivar su decisión, acudió a las resoluciones del Consejo de Seguridad que son «normas superiores del Derecho Internacional que conforman el *ius cogens*», y, por otro lado, afirmó que no le correspondía «controlar indirectamente la conformidad de las propias resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas con los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario», y que tampoco le incumbía «verificar la inexistencia de error en la apreciación de los hechos y pruebas que el Consejo de Seguridad tuvo en cuenta para adoptar las medidas decididas por él, y ni siquiera controlar indirectamente la oportunidad o la proporcionalidad de tales medidas…» (apartado 116; v. igualmente: TPI, sentencia de 21 de septiembre de 2005, *Yusuf y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, T-306/01, Rec. 2005, p. II-3533, apartados 334, 335, 337-339).

Como se ve, en estos asuntos, el Tribunal de Justicia (en concreto el TPI) no ha entrado en el examen directo de actos que puedan ser considerados como tortura, pena o trato inhumano o degradante. Tal vez sea una mera cuestión de tiempo, y que, como consecuencia de la evolución del proceso de integración y de la propia sociedad internacional, deba acabar por pronunciarse sobre asuntos tan o más difíciles que los que está conociendo el TEDH en estos campos. Ante tal situación, la lógica de la protección de estos derechos exige una correcta articulación de ambos mecanismos judiciales entre ellos y con los tribunales constitucionales u órganos equivalentes de los respectivos Estados de la Unión con competencias para la tutela de los derechos fundamentales (Carrillo 2005, 211).

Cabría concluir considerando que el valor jurídico que ahora alcanzará el art. 4 de la Carta, similar al de los tratados, representa un paso adelante en la protección de la dignidad de todo ciudadano europeo en el marco de la Unión Europea. La prohibición de la tortura y de las penas y los tratos inhumanos o degradantes tiene, sin duda alguna, un carácter absoluto e intangible, tocando muy de cerca la condición del ser humano. Aunque hoy en día resulta difícil encontrar en el espacio comunitario casos flagrantes de tortura, podríamos asistir, indirectamente, a vulneraciones de este derecho debido a las diferencias de orden cultural existentes entre los Estados miembros de la actual Unión, sobre todo después de las últimas ampliaciones, ya que algunos de los recién llegados no disponen, todavía, de una democracia muy consolidada.

Bibliografía

Carrillo, M. «Los derechos fundamentales en la Constitución Europea». En J. Vidal-Beneyto, coord. *El reto constitucional de Europa*. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 199-216.

Cohen-Jonathan, G. *Aspects Européens des droits fondamentaux. Libertés et droits fondamentaux*. París, 1996.

Cuerda Riezu, A. «La protección en caso de devolución, expulsión y extradición». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol, dirs. *Libro II. Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 687-710.

Fourteau, H. *L'application de l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans le droit interne des Ètats Membres. L'impact des garanties européennes contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants*. París: LGDJ, 1996.

Mariño Menéndez, F. «La Convención contra la Tortura». En F. Gómez Isa y J. M. Pureza, dirs. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2003, pp. 243-277.

Martín Arribas, J. J. «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, ed. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*. Zamora: Fundación Rei Alfonso Henriques, 2003, pp. 137-171.

Pastor Ridruejo, J. A. «La interrelación de los sistemas de protección de los derechos fundamentales». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Libro II. Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1653-1667.

Román, Y. «El Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura». En F. Gómez Isa y J. M. Pureza. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2003, pp. 481-511.

Ruiloba Alvariño, J. «Prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol, dirs. *Libro II. Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 273-309.

SCHABAS, W. «Article II-64». En L. Burgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dir. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article.* Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 64-75.

SUDRE, F. «Article 3». En L.-H. Pettiti, E. Decaux y P. H. Imbert, dirs. *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article.* París: Economica, 1995, pp. 155-175.

Artículo 5
Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado

1. **Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.**
2. **Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.**
3. **Se prohíbe la trata de seres humanos.**

Preceptos relacionados

– Carta: arts. 6, 15.1 y 52.3.

Antecedentes

– Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-65, II-66, II-75.1 y II-112.3.
– Carta de 7 de diciembre de 2000: arts. 5 y 52.3.

COMENTARIO

José Manuel Sobrino Heredia
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de A Coruña

1. Consideraciones generales

La generalidad de los textos internacionales universales o regionales de protección de los derechos humanos incluye, entre ellos, el

derecho de toda persona a no ser sometido a esclavitud ni a trabajos forzados. La actualidad del mismo, desgraciadamente, sigue siendo constante. Puesto que, si bien es verdad que la esclavitud fue prohibida hace más de ciento cincuenta años, lo cierto es que viejas y nuevas formas de la misma siguen manifestándose en pleno siglo XXI, y miles y miles de personas siguen siendo tratadas como esclavas en todo el mundo y, también, en Europa; los esclavos modernos: ancianos que son forzados a trabajar bajo amenaza física y psíquica y sin remuneración financiera alguna, mujeres emigrantes que normalmente trabajan en casas privadas, *novias por correo,* jóvenes y niños que son explotados laboral o sexualmente, etc.

De ahí que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión también lo incluya dentro de los derechos que enumera y lo hace en su art. 5. En esta disposición se contiene, pues, la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado en la Unión Europea. Indicándose que nadie podrá ser sometido a esclavitud, a servidumbre o a un trabajo forzado u obligatorio, y que, como lógico corolario, no va a estar permitida la trata de seres humanos.

1.1. *Diferencias y similitudes entre el art. 5 de la Carta y el art. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)*

Los primeros dos apartados del art. 5 de la Carta de los Derechos Fundamentales son idénticos a los apartados 1.º y 2.º del art. 4 del CEDH. En cambio, los redactores de la Carta se han desmarcado del texto del Convenio de Roma de 1950, puesto que, por un lado, no han recogido las definiciones negativas de la expresión *trabajo forzado u obligatorio,* tal y como sí aparecen en el art. 4.3 del CEDH, y, por otro lado, han introducido, expresamente, la prohibición de la trata de seres humanos en el tercer apartado del art. 5, como expresión de las recientes tendencias normativas en el ámbito de la delincuencia organizada.

Las similitudes y las diferencias de redacción del art. 5 de la Carta y el art. 4 del CEDH fueron, en su momento, señaladas, tanto por el Praesidium de la Convención que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (CHARTE 4473/00 CONVENT 49, de 11 de octubre de 2000, p. 6) como por el Praesidium de la

Convención Europea (CONV 828/1/03 REV. 1, de 18 de julio de 2003, p. 7). Así, se apuntó que «El derecho consignado en los apartados 1 y 2 del artículo 5 corresponde a los apartados 1 y 2 del artículo 4 del CEDH, de análogo tenor». Cabría mencionar, asimismo, que el art. 52.3 de la Carta (art. II-112.3 TC) prevé que, en la medida en que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH, «su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio». Nivel de protección que podrá ser incluso más extenso en el ámbito comunitario.

De ahí que al analizar el contenido y el alcance de los distintos apartados del art. 5 haya que acudir a lo ya establecido y desarrollado en relación con el art. 4 del CEDH. Artículo que, a su vez, se inspira en el art. 4 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre («Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas»).

1.2. *Naturaleza de los derechos protegidos*

Los derechos que enuncia el art. 5 de la Carta tienen distinto alcance. Así, el que menciona en su apartado primero, el derecho de toda persona humana a no estar sometida a esclavitud o servidumbre, es un derecho absoluto e inalienable. Se trata de un derecho que, tal y como ocurre también con la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (art. 4 de la Carta), no puede conocer limitación alguna ni en tiempos de paz ni, tampoco, en caso de guerra o si se diera cualquier otro peligro público de carácter excepcional que amenazase la vida de la nación (art. 15.1 y 2 CEDH).

En cambio, la prohibición de constreñir a una persona a realizar un trabajo forzado u obligatorio, contenida por el apartado segundo de la disposición comentada, representa un derecho de carácter temporal y ocasional (Fawcett 1987, 43). Se trata, pues, de un derecho relativo que, en determinadas circunstancias excepcionales (como la guerra y cualquier otro peligro público que amenazara la vida de un Estado), podría ser derogado (art. 15.1 CEDH).

Mientras, finalmente, el que se contiene en el apartado tercero del art. 5 de la Carta, y que establece la prohibición de la trata de seres humanos, se vincula estrechamente al derecho a la dignidad humana y está especialmente pensado, según las Explicaciones del Praesidium, para la protección de ciertos sectores débiles de la población contra las formas modernas del crimen organizado y de su explotación a través de las redes internacionales de inmigración clandestina o de prostitución.

2. Evolución del texto

La incorporación, en su momento, en el Tratado Constitucional de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, proclamada solemnemente en el Consejo Europeo de Niza y, consiguientemente, la inclusión también de este artículo que prohíbe la esclavitud y el trabajo forzado, no ha sido una cuestión pacífica y clara desde un principio.

Por lo que se refiere específicamente al art. II-65 del TC, la Convención Europea y la Conferencia Intergubernamental mantuvieron la redacción del art. 5 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. En cuanto a las *Explicaciones* elaboradas por la Convención anterior para aclarar las disposiciones de este artículo (CHARTE 4473/00 CONVENT 49), la Convención Europea, además de destacar la falta de valor jurídico alguno de éstas (CONV 354/02, p. 10), modificó su apartado 2.º para dar entrada a las medidas legislativas adoptadas respecto de la prohibición de la trata de seres humanos con posterioridad a la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión en 2000 en Niza. En concreto, se trata de una Decisión marco del Consejo, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, que recoge exhaustivamente aquellas infracciones relacionadas con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual, cuya sanción deben garantizar los Estados miembros (*DO* L 203, de 1 de agosto de 2002, pp. 1-4).

3. Alcance y contenido

3.1. *La prohibición de la esclavitud y de la servidumbre*

El art. 5.1 de la Carta no contiene ninguna definición de la *esclavitud* y tampoco de la *servidumbre*. Asimismo, las Explicaciones del Praesidium guardan silencio al respecto, por lo que habrá que acudir a los convenios internacionales adoptados en esta materia, así como a la jurisprudencia desarrollada al respecto por la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y el actual Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En relación con ello, cabría apuntar, de entrada, que el Tribunal de Estrasburgo no se ha ocupado apenas del análisis del art. 4 del CEDH. Y de todos los asuntos que se le plantearon hasta la fecha, salvo en uno —*Siliadin c. Francia*—, no ha estimado que hubiera habido una violación del art. 4.1 del CEDH.

Por lo que se refiere a la *noción de esclavitud,* encontramos que según la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (Ginebra, 1956), la *esclavitud* representa «el estado o la condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad» (art. 7 a; v. igualmente el art. 1.1 de la Convención sobre la Esclavitud, Ginebra, 1926); y el *esclavo* es aquel que tiene tal *estado o condición* (art. 7 a). La esclavitud supone, pues, que una persona es propiedad de otra, y que, por lo tanto, no tiene reconocida su personalidad jurídica (Cohen-Jonathan 1989, 310; Malinverni 1995, 179).

Mientras que la *servidumbre,* según la mencionada Convención suplementaria, será una forma especialmente grave de negación de la libertad de una persona, que consiste en la obligación de ésta de ofrecer determinados servicios a otra persona, mediante remuneración o gratuitamente, y *sin libertad para cambiar su condición* (art. 1).

Por su parte, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos había recogido la mayor parte de la definición de servidumbre procedente de la contenida en la Convención sobre la abolición de la esclavitud de 1956, al afirmar que la servidumbre consistía en la

obligación de vivir y trabajar como propiedad de una persona y de ofrecerle determinados servicios, remunerados o no, y que le imposibilitara a cambiar esta condición (Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto *Van Droogenbrieck c. Bélgica*, de 9 de julio de 1980, apartados 78-80). Mientras que el TEDH ha venido a arrojar cierta claridad sobre el alcance y el contenido de esta noción, al estimar que existe una servidumbre solamente si la actividad incriminada implica una forma especialmente seria de negación de la libertad de una persona (TEDH, sentencia de 24 de junio de 1982, *Van Droogenbrieck c. Bélgica*, 7906/77, apartado 58).

En suma, la servidumbre es una forma especial de esclavitud, que se distingue de aquélla por la intensidad en que deben prestarse determinados servicios, puesto que no implica un derecho de propiedad sobre una persona, tal y como ocurre, en cambio, en el caso de la esclavitud en sentido propio.

En la actualidad, asistimos, como decíamos líneas arriba, a la aparición de nuevas formas de esclavitud, entre las cuales destaca la *esclavitud doméstica* o la *esclavitud moderna*. Se estima, por ejemplo, que en el mundo cuatro millones de mujeres son vendidas cada año. En muchos de los casos, a las víctimas se les confisca el pasaporte y se las deja en una situación de total vulnerabilidad frente a sus empleadores, sufriendo, en la mayor parte de los casos, violencia física y/o sexual. Muchas de estas víctimas son inmigrantes, que se encuentran en una situación irregular en el país en el que están explotadas. Indignante resulta el hecho de que un número considerable de estas víctimas esté trabajando, precisamente, en embajadas o en casas de funcionarios de organizaciones internacionales (Recomendación 1523 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 26 de junio de 2001, sobre la esclavitud doméstica; Recomendación 1663 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 22 de junio de 2004, sobre la esclavitud moderna, servidumbre, *au pairs* y *novias por correo*).

Numerosos son los ejemplos, desgraciadamente, que se dan de estas formas de esclavitud moderna. A título ilustrativo, traemos uno que fue objeto de especial atención por parte del TEDH en el asunto *Siliadin c. Francia* (TEDH, sentencia de 26 de julio de 2005, *Siliadin c. Francia*, 73316/01). Se trataba del caso de una chica proveniente de Togo (Siwa-Akofa Siliadin), que a la edad de 15 años y

medio había sido llevada a Francia por una mujer francesa, originaria también de Togo, para trabajar para ella en su casa hasta que pagara el billete de avión. Al llegar a Francia, la mujer francesa le confiscó el pasaporte, y Siliadin empezó a hacer trabajo doméstico para ella, sin remuneración alguna y sin estar escolarizada, tal y como esa mujer le había prometido a su padre. Posteriormente, y con el consentimiento de su padre, la demandante empezó a trabajar para otra familia, siete días a la semana, desde las 7.30 hasta las 22.30, viviendo en esa casa en unas condiciones poco dignas. Después de haber trabajado para esta familia durante varios años, el Comité contra la Esclavitud Moderna, a instancias de un vecino de Siliadin, informó de este caso, y a la familia para la cual estaba trabajando la chica togolesa se le abrió un expediente penal.

Este asunto permitió al Tribunal de Estrasburgo analizar con detenimiento distintos aspectos referidos a la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, y llegó a la conclusión de que las obligaciones positivas de los Estados parte en el CEDH contenidas, entre otros, en el art. 3 (prohibición de la tortura) y en el art. 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) se extienden, igualmente, al art. 4 (apartado 89). Y que, en virtud de estas obligaciones, los Estados deben incriminar y sancionar penalmente todo acto que suponga mantener a una persona en situación de esclavitud o servidumbre (apartado 112; v. igualmente: TEDH, sentencia de 4 de diciembre de 2003, *M. C. c. Bulgaria*, 39272/98, apartado 166).

Finalmente, el TEDH se pronunció en el sentido de que en el asunto planteado no se trataba de un caso de esclavitud *stricto sensu,* pero que podía ser considerado como servidumbre, a la que definió como «una obligación de prestar a otra persona determinados servicios impuestos a través de la coacción» (apartado 124). A nuestro parecer, la sentencia *Siliadin c. Francia* tiene el gran mérito de haber considerado la esclavitud doméstica como una violación flagrante de los derechos humanos, y de haber establecido la responsabilidad de los Estados parte de proteger a los sectores vulnerables de la sociedad moderna.

3.2. *La prohibición de constreñir a una persona a realizar un trabajo forzado u obligatorio*

La noción *trabajo forzado u obligatorio,* a la que se refiere el art. 5.2 de la Carta, tampoco aparece contenida en este texto jurídico. Y, a diferencia del art. 4.3 del CEDH, donde sí aparecen unas *definiciones negativas* del trabajo forzado u obligatorio, tampoco se hace ninguna mención en tal sentido.

Ahora bien, la redacción contenida en el art. 5.2 se desmarca de la del art. 4 del CEDH, tan sólo en apariencia, puesto que las Explicaciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (v. Anexo documental) son claras al respecto e indican que se debe acudir al art. 4.3 del CEDH para aclarar el alcance y el contenido de las nociones que nos interesan. Y, a mayor abundamiento, la propia Carta reconoce que «en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio», aunque cabe la posibilidad de que el nivel de protección otorgado en el ámbito comunitario sea más extenso que el conferido por el Convenio de Roma de 1950 (art. 52.3). Además, la Carta establece, igualmente, que la prohibición de constreñir a una persona a realizar un trabajo forzado u obligatorio podrá conocer limitaciones, siempre y cuando éstas sean establecidas por ley, respeten el principio de proporcionalidad y «sean 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 todo ello se extrae que no será considerado *trabajo forzado u obligatorio:* el trabajo exigido normalmente a los detenidos o a las personas que se encuentran en libertad condicional, el servicio de carácter militar o cualquier servicio sustitutorio del servicio militar obligatorio en el caso de los objetores de conciencia en los países donde ésta sea reconocida como legítima, el servicio exigido en caso de fuerza mayor y cualquier otro trabajo o servicio referido a las obligaciones cívicas normales.

En relación con ello, hay que señalar que el TEDH ha afirmado, en varias ocasiones, que el art. 4.3 del CEDH no busca *limitar* el ejercicio del derecho garantizado por el art. 4.2 del CEDH, sino *delimitar* el contenido y el alcance de dicho derecho. En efecto, el art. 4.3 del CEDH sirve de ayuda para interpretar el art. 4.2 del CEDH puesto que los cuatro supuestos contenidos por el art. 4.3 del CEDH se sustentan sobre las ideas básicas del interés general, la solidaridad social, etc. (TEDH, sentencia de 23 de noviembre de 1983, *Van der Müssele c. Bélgica*, 8919/80, apartado 38; TEDH, sentencia de 18 de julio de 1994, *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, 13580/88, apartado 22).

El alcance de esta noción puede perfilarse aún más gracias a la existencia de otros instrumentos jurídicos internacionales que también se refieren al *trabajo forzado u obligatorio*. Se trata, sobre todo, de los convenios y de las resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo. Así, en el Convenio número 29, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, éste aparece definido como «todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente» (art. 2.1). Y el Convenio número 105, relativo a la abolición del trabajo forzoso, prevé que los Estados parte se obligarán a no utilizar el trabajo forzado u obligatorio: como medio de presión política o para sancionar las opiniones políticas; como método de movilización y utilización de la mano de obra en interés económico; como medida disciplinaria en el trabajo; como sanción por haber participado en huelgas; o como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa (art. 1).

Por otra parte, hay que subrayar la aportación de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y del actual TEDH para arrojar claridad sobre la noción *trabajo forzado u obligatorio*. Así, en la jurisprudencia existente en esta materia se considera que una actividad debe reunir acumulativamente las dos condiciones siguientes para que sea considerada como forzada u obligatoria: en primer lugar, que la actividad o el servicio sea realizado por el trabajador en contra de su voluntad; y, en segundo lugar, que dicha obligación del trabajador sea injusta u opresiva o que el propio trabajo o servicio sea penoso o vejatorio (*Iversen c. Noruega*, 1468/62, Yearbook of the Convention, vol. 6, pp. 327-329; *Van der Müssele c. Bélgica*, antes citada, apartado 37).

Estas cuestiones fueron ampliamente analizadas por el TEDH en su sentencia *Van der Müssele*. Se trataba de una demanda presentada por Eric van der Müssele, un abogado de Amberes, en la que estimaba, entre otras cosas, que había sido obligado a un trabajo forzado u obligatorio en el sentido del art. 4.2 del CEDH, al haber sido designado como abogado de oficio, y que existía una discriminación entre los abogados y otros profesionales, que estaba prohibida según el art. 14 del CEDH. El Tribunal estimó que en este asunto no se trataba de un trabajo obligatorio, en el sentido del art. 4.2 del CEDH y que el señor Van der Müssele había llegado a ejercer voluntariamente como abogado y que, además, sabía que dentro de sus obligaciones entraría la actividad de prestar sus servicios como abogado de oficio, cuando las circunstancias así lo requirieran (*Van der Müssele c. Bélgica*, apartados 40-41). En otro asunto, *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, el TEDH concluyó que constituía un deber cívico normal en el sentido del art. 4.3 d) del CEDH la obligación de un ciudadano de servir en el cuerpo de bomberos de una ciudad alemana cuando las circunstancias así lo requieran o de contribuir con una cantidad de dinero en el supuesto de que sus servicios no sean necesarios (*Karlheinz Schmidt c. Alemania*, apartado 23). Pero que dicha obligación sería discriminatoria si les incumbiera solamente a los hombres y no también a las mujeres, de conformidad con el art. 14 del CEDH (apartado 29).

3.3. *La prohibición de la trata de seres humanos*

El art. 5.3 de la Carta prohíbe expresamente la trata de seres humanos. Lo que representa, sin duda alguna, no solamente una innovación en la redacción *tradicional* del artículo referido a la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, sino también una actualización de las exigencias de la sociedad moderna en estos campos.

La proscripción de la trata de seres humanos en el mismo artículo que la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y del trabajo forzado u obligatorio parece ser, hoy día, más que acertada si se tiene en cuenta que la trata de seres humanos representa una grave violación de los derechos fundamentales de toda persona y de la dignidad humana, ya que implica el uso de violencia, amenazas, ser-

vidumbre por deudas y coacción, especialmente sobre las personas vulnerables. Y así ha sido puesto de relieve, por ejemplo, por el Consejo de Europa que, en su reciente Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Varsovia, 16 de mayo de 2005), apunta que «la trata de seres humanos puede conducir a una situación de esclavitud para las víctimas» (considerando 3.º).

Cabe definir la *trata de seres humanos* como «el acto de someter a una persona al poder real e ilegal de otras personas mediante la violencia o mediante amenazas o abusando de una otras personas mediante la violencia o mediante engaño, en particular con objeto de entregarse a la explotación de la prostitución ajena, a formas de explotación y de violencias sexuales respecto de menores de edad o al comercio ligado al abandono de niños» (Anexo del Convenio basado en el art. K.3 TUE por el que se crea una Oficina Europea de Policía, Convenio Europol, *DO* C 316, de 27 de noviembre de 1995, pp. 2-32). Y la *explotación de la víctima* «incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos» (art. 4.a del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos).

En un abrumador número de los casos, el fenómeno de la trata de seres humanos aparece íntimamente ligado a *las redes de inmigración ilegal,* contra las que los Estados miembros se han comprometido «a establecer sanciones adecuadas contra cualquier persona que, con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o a permanecer en el territorio de una Parte contratante quebrantando la legislación de dicha Parte contratante sobre entrada y estancia de extranjeros» (Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, art. 27.1). La trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes no se excluyen necesariamente, sino que, desgraciadamente, suelen complementarse, así una persona introducida clandestinamente en el país de destino puede pasar a ser una víctima de la trata posteriormente.

De ahí que no sea de extrañar que, en la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros, se haya decidido, entre otras cosas, que la trata de seres humanos, la explotación sexual de los niños

y la pornografía infantil y la ayuda a la entrada y a la residencia en situación ilegal den lugar a la entrega, y sin control, de la doble tipificación de los hechos, en virtud «de una orden de detención europea» y tal y como «se definen en el Derecho del Estado miembro emisor» (art. 2.2 de la Decisión marco 2002/584/JAI, *DO* L 190, de 18 de julio de 2002, pp. 1-18).

Se trata, pues, de unos tipos de delitos que causan un perjuicio muy grave al orden público y a la seguridad pública, tal y como ha expresado el TJCE en su jurisprudencia (TJCE, sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW*, C-303/05, apartado 57), quien justifica en ello que a un determinado tercer Estado se le retire una ventaja arancelaria por permitir tal tipo de actuaciones. Así, si la Unión Europea constata que un país en vías de desarrollo, beneficiario de las preferencias arancelarias generalizadas concedidas para determinados productos, ha practicado formas de esclavitud o de trabajo forzado procederá a la retirada total o parcial, solamente a determinados productos (TJCE, sentencia de 12 de septiembre de 2002, *DuPont y otros c. Comisión*, T-113/00, Rec. 2002, p. II-3681, apartado 83).

Por otro lado, los Estados miembros tienen la obligación de sancionar los delitos relacionados con la trata de seres humanos (Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, *DO* L 203, de 1 de agosto de 2002, pp. 1-4). Delitos que podrían consistir, por ejemplo, en determinadas circunstancias, en la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella; con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, en la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre; o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía (art. 1.1).

Desde luego, la prevención y la represión de la trata de seres humanos representan una de las preocupaciones mayores de la Unión Europea en el marco general de la lucha contra el crimen organizado. Lucha que está cobrando nuevas dimensiones en la Unión de los 27, que necesita un enfoque global y no solamente de acciones individuales de cada Estado miembro.

En relación con ello, hay que mencionar que el 18 de octubre de 2005 la Comisión Europea publicó la Comunicación *Lucha contra la*

trata de seres humanos — enfoque integrado y propuestas para un plan de acción [*COM (2005) 514 final*]. Comunicación que colocaba a los derechos de las víctimas como centro de las políticas en el ámbito de los derechos humanos, y que prestaba especial atención a la trata de niños, ya que son éstos el sector más vulnerable de la sociedad y, por lo tanto, corren un riesgo mayor de ser víctimas de las redes del crimen organizado. Unos meses más tarde, sobre la base de esta Comunicación, el Consejo adoptó un «Plan de la Unión Europea sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla» (*DO* C 311, de 9 de diciembre de 2005, pp. 1-12). Posteriormente, en su Comunicación *Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia* [*COM (2006) 367 final*, de 4 de julio de 2006], la Comisión efectuó un análisis, entre otros, de la situación del tráfico de niños y la pornografía infantil en Internet. Y, a través de los distintos programas de financiación (por ejemplo, DAPHNE, AGIS, TACIS y AENEAS), la Unión está apoyando distintos proyectos con el fin de evitar y luchar contra la trata de seres humanos y la explotación de las personas, especialmente de las mujeres y los niños, tanto en el ámbito comunitario como en terceros países. Todos estos esfuerzos de la Unión Europea de luchar contra la trata de seres humanos, tanto en el ámbito internacional como en su territorio, se han visto reforzados mediante la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de la Organización de Naciones Unidas sobre la cuestión de la trata (Protocolo de Palermo) en julio de 2006 (Informe anual de la Unión Europea sobre los derechos humanos, 2006, 13522/1/06 REV 1, de 4 de octubre de 2006, pp. 91-95).

En suma, las tres prohibiciones contenidas en el art. 5 tocan muy de cerca la condición del ser humano y ocupan en la Unión Europea un lugar destacado, al enunciar, como dijo el TEDH refiriéndose al art. 4 CEDH, unos valores fundamentales de las sociedades democráticas (TEDH, sentencia de 18 de enero de 1978, *Irlanda c. Reino Unido*, 5310/71, apartado 163; TEDH, sentencia de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, 14038/88, apartado 88; TEDH, sentencia de 28 de julio de 1999, *Selmouni c. Fancia*, 25803/94, apartado 79). Y, si tal es su valor, nos encontramos por tanto ante una disposición que ha alcanzado un peso similar al de las otras disposiciones que se incluyen en el Título I *Dignidad* de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Bibliografía

Berger, V. *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*. 7.ª ed. París: Sirey, 2000.

Castro Sánchez, C. de. «Nuevas formas de esclavitud: mujeres inmigrantes y trabajo doméstico. Comentario de la Sentencia del TEDH, Siliadin c. Francia, de 26 de julio de 2005». *Revista General de Derecho Europeo* 8 (2005). http://www.iustel.com.

Cohen-Jonathan, G. *La Convention européenne des droits de l'homme*. París: LGDJ, 1989.

Fawcett, J. E. S. *The Application of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford Univ. Press, 1987.

González, G. «Article II-65». En L. Burgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 76-84.

Malinverni, G. «Article 4». En L.-H. Pettiti, E. Dacaux y P. H. Imbert, dirs. *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*. París: Economica, 1995, pp. 177-188.

Velu, J. y Ergec, R. *La Convention européenne des droits de l'homme*. Bruselas: Bruylant, 1990.

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 derecho a la libertad y a la seguridad. Desde el primer documento de febrero de 2000 (CHARTE 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 huya 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 dimanan 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 Herrarte, 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 jurisprudente 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 Salivia y Villinger, dirs. *The Birth of Euopean Human Rights Law – L'eclosion du Droit Européen des Drolits de l'Homme (Festschrift Norgaard)*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgerellschaft, 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 Europäische Union – Charta der Grundrechte und Allegemeine 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 constatarse, 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 Arello 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, *Schräder*, 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 redunda 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 medias 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

Arzoz 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. Amberes-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 Urherber- 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 Allegemeine 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, *DO* L 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, *DO* L 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 una 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, *DO* L 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, *DO* L 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 (*DO* L 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, *DO* L 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 Común 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 Europäische Union – Charta der Grundrechte und Allegemeine Rechtsgrundsätze*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2004, pp. 477-496.

RUDOLPH, W. «Datenschutz in Europea». *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 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 Herrarte, dir. *Convenio europeo de derechos humanos – Comentario sistemático*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 488-500.

Caracciolo 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 Chage 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 Status». *American Journal of Comparative Law* (1995), pp. 119-145.

Rengeling, H. W. y P. Szczekalla. *Grundrechte in der Europäische Union – Charta der Grundrechte und Allegemeine 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, *McGuiness 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 números 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 Cienciología,* 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 (CHARTE 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, *Chaare 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 Weltanschaungsfreiheit 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 Europäische Union – Charta der Grundrechte und Allegemeine 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 Europaischen Union im Spannungsfeld zwischen mitgliedstatlichen 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 desenvuelto 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, *DO* C 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 (CHARTE 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, aparatados 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 Brotóns 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, *Connollly*, 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. Liechenstein*, 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 de1997, *Familiapress*, 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 profesionnelle 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 memoire 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 sistematico*. 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 Europäische Union – Charta der Grundrechte und Allegemeine Rechtsgrundsätze*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2004, pp. 519-566.

Van Rijn, A. «Freedom of Expresión (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 otras 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 tibiamente 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 peacebly 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, *Schmidbderger*, 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 recondujo 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 sydicale*, 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. Comoquiera 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 concurran 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 teh 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 las 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. «Versamlungsfreiheit/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 Europäische Union – Charta der Grundrechte und Allegemeine 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.Geburstag*. Zúrich: 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 financiables 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 acedemique, 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 academique*) 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. Liechenstein*). 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 Lae 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 Allegemeine 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 200, 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 plenarias 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 ther own expense, or subsidize, education of a particular type, but merely implies for tose who are under the jurisdiction of one of the Contracting Status 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, *Lernen,* 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.

Große 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.

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 Europäische Union – Charta der Grundrechte und Allegemeine 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 disfrutan 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 (CHARTE 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 Presidium 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 disfrutan 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 disfrutan 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 & Humbolt, 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 Allegemeine Rechtsgrundsätze*. Colonia: Carl Heymanns Verlag, 2004, pp. 602-621.

Schwarze, J. «Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Konzept des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents – Zugleich ine 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 Gemeinschaftsrechrt*. 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 francaise 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 (CHARTE 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.

Große 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 europaischen 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 *Schräder*, 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, *Eurohypo*, 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 Brauneder), 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 de1991, *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 realtiva 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 Tratörer 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. Schräder*, 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. Schräder*, 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 Sturesson 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:

I) 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, Bergründete 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 jurispru-

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 [*DO* C 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, *DO* C 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 par a 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, *BGBl,* 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. *Inmigration 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 Protole sur le droit d'asile pour les resssortissants 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 recogi-

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 se 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 protetion of Huyman Rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoft, 1993, pp. 225-261.

Chueca Sancho, A. *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*. Zaragoza: Egido, 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. Amberes-Oxford: Intersentia, 2006, pp. 405.441.

Zühlke, S. y Pastille, C. «Extradition and the European Convention». *Zeitschfrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* (1999), pp. 749-784.

TÍTULO III

IGUALDAD

Artículo 20
Igualdad ante la ley

Todas las personas son iguales ante la ley.

Preceptos relacionados

- Carta: párrafo segundo del Preámbulo de la Carta de los Derechos fundamentales; arts. 16, 21-23, 47 y 52.
- TUE (TLisboa): párrafo segundo del Preámbulo, arts. 2, 3.3, 6, 8.
- TFUE: arts. 8, 10, 19, 153, 157 y 199.4.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 13 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-80.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 20.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El reconocimiento de la igualdad *de los ciudadanos* ante la ley es una proclamación formal obligada en la gran mayoría de las constituciones (por ejemplo, art. 14 de la Constitución Española). Sin embargo, las constituciones no proclaman la igualdad *de todas las personas* (salvo algunas excepciones, como las Constituciones de Alemania y Países Bajos), aunque la práctica judicial en los Estados democráticos europeos ha extendido el reconocimiento de la igualdad ante la ley para todos los seres humanos.

Tal proclamación es más habitual en los textos internacionales. Sin duda, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 es un texto ejemplar en la materia, al proclamar desde su primer artículo que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos…», por lo que el art. 7 proclama su igualdad ante la ley y sus protecciones. También el art. 26 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos proclama la igualdad ante la ley de todas las personas y su derecho a una protección igual sin discriminación.

Sin embargo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no declara la igualdad ante la ley, sino el principio de no discriminación de los ciudadanos en el disfrute de los derechos reconocidos por el CEDH. Este Convenio, por consiguiente, sólo declara la igualdad en la aplicación del Convenio, en tanto que derecho accesorio o secundario respecto a derechos primarios.

En sus Explicaciones los redactores de la Carta de Niza afirman, de forma algo exagerada, que «Este artículo corresponde a un principio general de Derecho que figura inscrito en todas las constituciones europeas y que el Tribunal de Justicia consideró un principio fundamental del Derecho comunitario, si bien siempre lo ha relacionado con las condiciones laborales o en materia de ayudas, etc.»

(sentencia de 13 de noviembre de 1984, *Racke*, asunto 283/83, Rec., 1984, p. 3791; sentencia de 17 de abril de 1997, C-15/95, *EARL*, Rec., 1997, p. I-1961, y sentencia de 13 de abril de 2000, C-292/97, *Karlsson*, Rec. 2737).

Los tratados comunitarios nunca formularon un principio general de igualdad de trato de todas las personas ante la ley. Los tratados, hasta la reforma de Amsterdam en 1997, habían formulado sendos principios de no discriminación por razón de la nacionalidad y de no discriminación por razón de sexo en materia de retribuciones. Ciertamente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) se había referido a un principio general de igualdad de trato (la citada por las Explicaciones), pero hasta la reforma del Tratado de Amsterdam no figuró un principio general de no discriminación (art. 13 TCE) del que la doctrina, en general, ha deducido un principio general de igualdad de trato (Lenaerts 1991, 3-4). Sin embargo, el Tratado de Amsterdam no incluyó entre los valores o fundamentos de la Unión la igualdad en su art. 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE), aunque no hay que olvidar que hacía una referencia y remisión general, desde la reforma de Maastricht, al respeto a los derechos fundamentales en tanto que principios de derecho en ese mismo precepto y el ya citado art. 13 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) formulaba un principio general de no discriminación.

Ahora bien, el valor *igualdad* no ha sido incluido en un Tratado hasta la reforma del Tratado de Lisboa ni se había formulado como principio de igualdad de todos los seres humanos ante la ley hasta este art. 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales que comentamos.

2. Significado y alcance

Mediante el principio de igualdad, se trata de lograr que los seres humanos se desarrollen en unas condiciones que les permitan disfrutar plenamente de su libertad. Sin igualdad no hay libertad. El valor igualdad se aproxima y en parte se confunde con el valor de la dignidad humana en la medida en que es también fundamento de derechos. La igualdad orienta la aplicación del resto de los dere-

chos. Dignidad humana, libertad e igualdad son valores y principios que están íntimamente relacionados.

La igualdad es un valor en el que se fundamenta la Unión misma. Es una de las razones de ser del sistema. Es un valor compartido por la ciudadanía y los Estados de la Unión. Mucho antes de su proclamación explícita en la Carta de Niza en diciembre del año 2000, el Tribunal ya se había referido a este principio en las sentencias citadas por el Informe explicativo. Para el Tribunal este principio es un principio fundamental del derecho comunitario, en virtud del cual se garantiza a los ciudadanos de la Unión que «se encuentran en la misma situación [el derecho] de obtener […] el mismo trato», a menos que un régimen diferente esté *objetivamente justificado* (sentencias de 20 septiembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, apartado 31; de 11 julio de 2002, *Dhoop*, C-224/98, apartado 28).

Con frecuencia este principio se apostilla como formal. Sin duda, ésta es la razón principal del art. 20, proclamar este principio formal en la medida en que precisa que es igualdad ante la ley, en la aplicación del Derecho. Este precepto no impide ni se refiere a la igualdad material de los ciudadanos. No afecta a las condiciones de vida a las que otros preceptos de la Carta se refieren y regulan para tratar de alcanzar, a través de la solidaridad y la libertad, unas condiciones de igualdad material o real deseables.

La igualdad ante la ley se centra en la forma en que tienen que ser tratadas las personas ante los poderes públicos. También está conectado con la seguridad jurídica, por ello, el principio de igualdad ante la ley tiene una gran impronta procesal; en el proceso las partes deben ser tratadas en igualdad (*igualdad de armas*), de forma que todas las reglas de proceso y en cada uno de los pasos o actuaciones las partes tengan las mismas opciones de defensa de sus pretensiones y de poder hacer llegar su razonamiento a los jueces competentes. Un proceso justo y equitativo es un derecho ligado a la igualdad.

La igualdad es también un principio de organización para los poderes públicos en la medida en que sus decisiones deben ser en el mismo sentido ante situaciones sustancialmente idénticas. Requerirá con mucha frecuencia tomar en consideración situaciones comparables y desbrozar situaciones de hecho para estimar su grado de comparabilidad.

Claro que la igualdad no significa siempre que las personas sean tratadas de forma idéntica en la formulación y aplicación de las leyes; conlleva también la consecuencia de que haya que tratar de forma desigual a los desiguales. Es decir, que hay situaciones diferenciables en los seres humanos que conllevan un trato distinto respecto de los que no reúnen el criterio diferenciador. Pero una vez establecido el criterio (de edad, condiciones físicas o síquicas, cualificaciones profesionales, lingüísticas, riqueza, etc.) se aplica la igualdad entre los seres diferenciados. Las diferenciaciones tienen que estar objetivamente justificadas.

Precisamente, el Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia de un principio general de igualdad en el Derecho Comunitario que vincula a los Estados miembros «cuando aplican la normativa comunitaria». El propio Tribunal de Justicia se ha servido de tal principio general de igualdad para examinar las normativas nacionales que «[están comprendidas] en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario» (sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Caballero*, C-442/00, apartados 30-32; de 25 de noviembre de 1986, *Klensch y otros,* asuntos acumulados 201/85 y 202/85, apartados 9-10; de 14 de julio de 1994, *Graf*, C-351/92, apartados 15-17; y la sentencia citada, *EARL*, apartados 35-40). A tenor de este principio, está prohibido tratar «de manera diferente situaciones que son comparables y […] situaciones diferentes […] de manera idéntica, a menos que este trato esté objetivamente justificado», debido a que se persiga una finalidad legítima y siempre que sea «adecuado y necesario para conseguir» tal finalidad (sentencias de 29 de junio de 1995, *SCAC,* C-56/94, apartado 27; sentencias citadas *EARL* y *Karlsson*; de 17 de julio de 1997, *National Farmers' Union* y otros, C-354/95, apartado 61; de 19 de marzo de 2002, *Lommers*, C-476/99, apartado 39).

Aunque algún Abogado General del TJCE ha citado el art. 20, lo ha hecho en un contexto general de igualdad de trato (conclusiones del asunto *Dory* C-186/01). En el importante asunto en que se dirimía la validez, a la luz del principio de igualdad, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, el Tribunal de Justicia, ante la alegación de violación de este principio, recogido entre otros en el art. 20 de la Carta, confirma su jurisprudencia: «Procede señalar que el princi-

pio de igualdad y no discriminación exige que las situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y que las situaciones diferentes no sean tratadas de igual manera, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (v., en particular, la sentencia de 26 de octubre de 2006, *Koninklijke Coöperatie Cosun*, C-248/04, apartado 7…)» (TJCE, sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad*, C-303/05, en la que se invocaban los arts. 20, 21 y 47 de la Carta).

Es importante subrayar que distinguir no es discriminar. Discriminar es una diferencia de trato en el ejercicio o disfrute de un derecho sin una justificación objetiva y razonable que persiga un objetivo legítimo respetando un principio de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido. Como señala el art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (*DO* L 303), «las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios».

En muchos casos es el valor solidaridad el que justifica una diferenciación y, por ello, medidas especiales y un trato específico para los desiguales. Un ejemplo evidente son los derechos de la infancia: durante la niñez se tienen los derechos de todo ser humano, pero durante esa etapa tienen que tener algunos derechos más que los adultos, como son los cuidados familiares, médicos y educativos. Otro ejemplo semejante serían los discapacitados o la tercera edad, quienes requieren cuidados especiales (v. comentario a los arts. 24-26).

También la solidaridad y su complejo normativo concreto son los que permiten acercar el objetivo de la igualdad material al principio de la igualdad formal, si bien sólo este último es el único reconocido con carácter general en el Tratado de la Unión Europea tras su reforma por el Tratado de Lisboa (y en las constituciones nacionales). No menos efectiva es una política de igualdad de oportunidades que permita a las personas poder disfrutar de un punto de partida igual y, gracias a un mismo esfuerzo, alcanzar metas semejantes. Por ello, la igualdad formal tiene que centrarse en políticas

públicas que permitan a todos gozar de las mismas oportunidades en el punto de partida.

Ahora bien, puede que no sea suficiente para alcanzar la igualdad sustancial en algunos campos en los que la ley choca con comportamientos sociales ancestrales. De ahí que, desde la reforma de los tratados por el Tratado de Amsterdam, el TCE (art. 3.2), y se confirma en el Tratado de Lisboa (v. comentario al art. 23; y además el art. 141 TFUE), el Derecho Comunitario reconoce en un campo muy concreto, como es en materia de igualdad entre mujeres y hombres, que la igualdad formal no siempre coincide ni asegura la igualdad sustancial o material, por lo que para alcanzar la igualdad material o en el punto de llegada caben ciertas diferenciaciones o un trato protector especial.

El principio de igualdad ante la ley se proyecta también sobre las personas jurídicas, de forma que alcanza un carácter general y objetivo.

Bibliografía

Benedettelli, M. V. *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee.* Padua: Ed. CEDAM, 1989.

Bifulco, R., M. Cartabia y A. Celotto, coords. *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.* Bolonia: Il Mulino, 2001.

Dollat, P. «Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'egalité de traitement entre les personnes dans l'Union Européenne». *Journal des Tribunaux Droit européen* (marzo 2002): pp. 57 y ss.

Lenaerts, K. «L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples». *Cahiers de Droit Européen* (1991-1): pp. 17 y ss.

Lenaerts, K. y Smijter, E. «A "Bill of rights" for the European Union». *CMLRev* (2001): pp. 273 y ss.

Meenan, H. ed. *Equality Law in an Enlarged European Union.* Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

Artículo 21
No discriminación

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.

Preceptos relacionados

- Carta: arts. 20, 22-26 y 52.
- TUE (TLisboa): arts. 2 y 3.
- TFUE: arts. 10, 18, 19, 157 y 199.

Antecedentes:

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 12 y 13 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-81.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 21.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Es un consenso generalizado en el siglo XXI que el fundamento último de los derechos humanos es la dignidad del ser humano, de todo ser humano, hombre y mujer. Igualdad y no discriminación son hoy anverso y reverso de un mismo concepto que ampara a todo ser humano. Dicho consenso no es claro en la doctrina jurídico-política hasta bien mediada la segunda mitad del siglo XX, es decir, nuestra generación. Pero ese fundamento no fue defendido así por los filósofos de la Ilustración cuya referencia era un varón y blanco ni tampoco por los intelectuales y políticos en el siglo XIX. El reconocimiento de la no discriminación entre seres humanos es muy contemporáneo.

El apartado 1 de este precepto se relaciona en algunos aspectos de su redacción con parte del art. 13 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), tal y como se aprobó tras la reforma operada por el Tratado de Amsterdam en 1997, si bien ambos preceptos tienen alcance y finalidades distintas. El art. 21.1 no es base jurídica que faculte para legislar en la materia y, por otra parte, es más amplio que el art. 13 del TCE.

El apartado 2 del art. 21 se corresponde con el art. 12 del TCE, precepto que con diversa numeración viene existiendo en el Tratado fundacional desde 1957 (entonces art. 6). También se preveía en el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 1951.

Ambos apartados, especialmente el segundo, han sido objeto de una amplísima y profunda interpretación judicial por parte del Tribunal de Justicia con una casuística muy rica y variada.

Desde la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales como Declaración Común de las instituciones, ha sido citado este precepto de la Carta en varias ocasiones por los Abogados Generales del Tribunal de Justicia, como en el asunto *Dory* relativo a la

igualdad de trato entre hombres y mujeres (C-186/01), o en el asunto *Allomby* en el mismo marco (C-256/01), o en el asunto *K. B.* sobre el trato a transexuales (C-117/01, Conclusiones del abogado general Ruiz Jarabo).

2. El principio general de no discriminación

Según las Explicaciones sobre la Carta, enunciadas en el art. 6 del Tratado de la Unión, tal como fue reformado en Lisboa, «El apartado 1 se inspira en el artículo 13 del Tratado CE, sustituido ahora por el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, en el artículo 14 del CEDH y en el artículo 11 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, referente al patrimonio genético. En la medida en que coincide con el artículo 14 del CEDH, se aplica de acuerdo con éste».

Este principio general viene siendo reconocido por los más importantes instrumentos jurídico-internacionales sobre derechos humanos. Y expresamente se declara que al coincidir con la redacción del Convenio Europeo debe aplicarse e interpretarse en armonía con él, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La naturaleza de este precepto fue objeto de cierto debate en el seno de la Conferencia Intergubernamental (CIG) de 2004-2005 a iniciativa del Reino Unido, al plantear la aclaración de si ese precepto incluye tanto derechos como principios (CIG 43/03, 4 de noviembre de 2003).

2.1. *Titulares del derecho*

La prohibición de no discriminación en la Unión Europea protege a todos los seres humanos que se encuentren en ella o bajo la jurisdicción de sus Estados miembros; no sólo se protege a los ciudadanos propios sino a todo ser humano, independientemente de su nacionalidad, por caracteres propios de los seres humanos. En el territorio de la Unión ningún ser humano, cualquiera que sea su nacionalidad, debe sufrir discriminaciones de ningún género por

sus caracteres propios de ser humano (sobre la extensión de los derechos fundamentales a nacionales de terceros Estados, *Oyowe and Traore c. Comisión,* C-100/88, apartado 16).

Las constituciones nacionales también enuncian dicho principio, pero no siempre lo hacen literal o formalmente con el mismo espíritu de apertura a todo ser humano y su dignidad. Es el caso del art. 14 de la Constitución Española, pues, a pesar de ser España la cuna del Derecho Internacional en la obra y pensamiento de Francisco de Vitoria y la Escuela del Derecho de Gentes del siglo XVI, rezuma, como el resto de la Constitución Española, de escaso o nulo sentido iusinternacionalista; el art. 14 prohíbe las discriminaciones con un fuerte ánimo nacionalista y encerrado en el *ser español.* Afortunadamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha extendido la prohibición de discriminación con carácter objetivo y general apoyándose en los instrumentos internacionales de los que España es parte.

2.2. *Sujetos obligados*

El art. 21 se dirige a todos los obligados por la Carta (v. comentario al art. 51). Prohíbe a las instituciones, organismos y agencias de la Unión en toda su actividad y a los Estados miembros, cuando apliquen el Derecho de la Unión, utilizar criterios de distinción fundados en caracteres propios del ser humano o en sus circunstancias. Igualmente los particulares se ven afectados por tal prohibición; la protección afecta a la esfera pública y privada.

2.3. *Discriminaciones prohibidas*

El alcance de las discriminaciones prohibidas por el art. 21 de la Carta son todas, *toda discriminación.* El art. 21 enuncia algunas, pero no es un númerus clausus o un enunciado exhaustivo. El Tratado enuncia algunas en particular, que podemos agrupar en dos grandes clases; ya sea por sus caracteres propios de ser humano como el origen racial, étnico o social, caracteres genéticos, color, su sexo, discapacidad, edad, etc., ya sea por sus circunstancias como su lengua

materna, su religión, opiniones políticas, pertenencia a una minoría, patrimonio, nacimiento, orientación sexual, etc.

En cambio, el art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), reformado en Lisboa, como el art. 13 del TCE (tal como se reformó en Amsterdam), es algo más restringido, no sólo porque no tiene por finalidad establecer la prohibición, sino porque al dar competencia normativa la limita a algunas discriminaciones, es decir, no la extiende a ámbitos que sí se prohíben en el art. 21, como es el color, los orígenes sociales, características genéticas, lengua, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio o nacimiento.

Y de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria se prohíben tanto las discriminaciones directas u ostensibles como las indirectas, así como las discriminaciones individuales como las discriminaciones en relación con el grupo al que se pertenece.

Ahora bien, este principio general de no discriminación no alude a medidas de carácter positivo que puedan paliar las desigualdades de hecho que puedan sufrir las personas como consecuencia de sus caracteres intrínsecos o de sus circunstancias. Ni tampoco la base jurídica que da una competencia normativa limitada al Consejo alude a tales medidas positivas en general. Las medidas positivas o de protección precisan de una concreta previsión o base jurídica como sucede en el caso de la igualdad entre mujeres y hombres o las protecciones específicas de las personas vulnerables (infancia, vejez y discapacidad, arts. 24-26).

2.4. *Finalidad del precepto y relación con el art. 13 del TCE (19 TFUE)*

La *novedad* del art. 21 de la Carta es que proclama la prohibición general, lo que como tal no hace el derecho vigente (art. 13 TCE), ni el art. 19 del Tratado de Funcionamiento. Ésa es su finalidad específica, su razón de ser. Hasta la Carta de Niza proclamada por vez primera el 7 de diciembre de 2000, aunque texto de carácter no normativo o vinculante hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, no se había declarado la prohibición en cuanto tal. Como el principio de no discriminación por caracteres o circunstancias del ser humano no se regula en otros preceptos de los tratados, no tie-

ne limitaciones ni se ve condicionado en su ejercicio por otras normas del Derecho Comunitario hasta en tanto el Consejo no haya aprobado las normas para combatir las discriminaciones concretas (Lenaerts, De Smijter 2001, 285).

Por el contrario, el art. 13 del TCE, como en su caso el art. 19 del TFUE, establecen la base jurídica de una concreta y muy limitada competencia que se atribuye a las instituciones. En efecto, para garantizar la igualdad intrínseca de los seres humanos —que hasta ahora, insisto, ningún Tratado comunitario había proclamado— el Tratado faculta a la Unión para aprobar normas jurídicas obligatorias para todos con el fin de combatir la discriminación en concretos ámbitos y garantizar la igualdad de trato.

La prohibición de discriminación es general, pero la competencia para luchar contra las discriminaciones es específica y limitada. De forma concreta, el art. 19 del TFUE reconoce al Consejo la facultad, que no la obligación, de legislar en la medida en que estime conveniente que tales normas son beneficiosas para combatir las discriminaciones en esos ámbitos predeterminados pero no en otros. Los Estados conservan en esta materia la responsabilidad primaria y son los primeros obligados a ejercerla en todos los campos en que se produzcan las discriminaciones; la Unión, a través del Consejo mediante votación por unanimidad y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá aprobar normas para combatir concretas discriminaciones sólo en el marco de las competencias que el Tratado reconoce a la Unión en el art. 13 del TCE y el 19 del TFUE. Serán medidas de fomento y de apoyo de las acciones emprendidas por los Estados, excluyéndose toda medida armonizadora de las legislaciones y normas reglamentarias de los Estados miembros.

Por ello, las Explicaciones sobre la Carta en relación a este art. 21 señalan que, «No existe contradicción o incompatibilidad entre el apartado 1 y el artículo 19 TFUE , que tiene objetivos y alcance diferentes: el artículo 19 confiere competencias a la Unión para adoptar actos legislativos, incluida la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, con el fin de combatir determinadas formas de discriminación que se especifican de forma exhaustiva en el citado artículo. Dicha legislación podría cubrir la acción de las autoridades de los Estados miembros (así como las relaciones entre personas privadas) en cualquier ámbito dentro

de los límites de las competencias de la Unión. Las disposiciones del apartado 1 del art. 21 no confieren, sin embargo, competencias para promulgar actos legislativos con el fin de combatir formas de discriminación en ámbitos de acción de los Estados miembros o en la esfera privada, ni constituyen una prohibición generalizada de la discriminación en ámbitos tan amplios. Se refieren solamente a las discriminaciones por parte de las instituciones y organismos de la Unión en el ejercicio de las competencias que le confieren los Tratados, y por parte de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión solamente. Por consiguiente, el apartado 1 no modifica el alcance de las competencias conferidas con arreglo al artículo 19 TFUE ni la interpretación de dicho artículo».

Gracias a esa base jurídica prevista desde la reforma del TCE (art. 13) por el Tratado de Amsterdam en 1997, el contenido del principio de igualdad de trato de los seres humanos en la Unión Europea ha sido desarrollado por las Directivas del Consejo 2000/43, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (*DO* L 180, de 19 de julio de 2000), y 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (*DO* L 303, de 2 de diciembre de 2000).

Estas Directivas han sido objeto de interpretación jurisprudencial. Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que «el hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial constituye una discriminación directa en la contratación, en el sentido del art. 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/43, ya que declaraciones de esa clase pueden disuadir firmemente a determinados candidatos de solicitar empleo y, por tanto, dificultar su acceso al mercado de trabajo», y constató que las sanciones —efectivas, proporcionadas y disuasorias— aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales establecidas para la adaptación a dicha Directiva comprenden las situaciones en las que no hay una víctima identificable (10 de julio de 2008, *Centrum voor gelijkheid van Cansen en loor racismebestrijding c. Firma Feryn,* C-54/07).

El Tribunal ha tenido que precisar de nuevo el ámbito de los derechos protegidos por el Derecho de la Unión a propósito de la no

discriminación por razón de edad. El Tribunal entiende, por un lado, que «el Derecho comunitario no contiene una prohibición de toda discriminación por motivo de la edad, cuya aplicación deban garantizar los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuando el comportamiento eventualmente discriminatorio carece de vínculo alguno con el Derecho comunitario. Tal vínculo no nace del artículo 13 CE… (*sic*) ni, en circunstancias como las del litigio principal, de la Directiva 2000/78, antes de expirar el plazo concedido al Estado miembro del que se trate para la adaptación de su Derecho nacional a esa Directiva» [TJCE, sentencia de 23 de septiembre de 2008, *Birgit Bartsch y bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH,* C-427/06]. Por el contrario, cuando la normativa nacional constituye «una medida nacional de aplicación de una directiva comunitaria, a saber la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999…», entonces la exigencia de no discriminación (por razón de la edad) debe ser tenida en cuenta (TJCE, sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, C-144/04; y sentencia de 16 de octubre de 2007, *Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios, SA,* C-411/05).

3. Principio de no discriminación por razón de la nacionalidad

Como señalara el Informe explicativo de la Carta, «El apartado 2 corresponde al apartado 2 del artículo 18 del TFUE y debe aplicarse de acuerdo con este último». También el art. 52.2 señala que los derechos reconocidos por la Carta, que constituyen disposiciones de los tratados, se ejercerán en las condiciones y en los límites definidos por éstos.

3.1. *Titulares del derecho*

Este principio ha prohibido, desde la fundación de las Comunidades Europeas, toda discriminación por razón de la nacionalidad entre la ciudadanía de la Unión en los ámbitos de aplicación de los tratados (art. 12 TCE). El derecho a no ser discriminado por razón

de la nacionalidad es un derecho privativo de los nacionales de los Estados miembros de la Unión. Algunos acuerdos internacionales concluidos por la Comunidad Europea con terceros Estados extienden concretos derechos a los ciudadanos de terceros Estados, prohibiendo en esos casos concretos su discriminación por razón de la nacionalidad.

3.2. *Sujetos obligados*

Como ha observado K. Lenaerts, en los tratados y Derecho derivado hay normas que se dirigen unas veces a las instituciones comunitarias exigiéndoles su respeto so pena de *inconstitucionalidad* del acto, y otras se dirigen a los Estados miembros y a los particulares prohibiéndoles aplicar en el marco de la ejecución de sus obligaciones comunitarias criterios de distinción determinados con el propósito de someter a los nacionales de otros Estados miembros a un trato diferente (1991, 3-4). Obliga a todos: Estados miembros y todas las entidades públicas, instituciones y organismos comunitarios y a todas las personas físicas y jurídicas en la Unión.

3.3. *Alcance*

El Tratado de Lisboa, como sucede en el Derecho vigente, reitera y precisa esta prohibición a lo largo de las disposiciones materiales del Tratado de Funcionamiento de la Unión, sobre libre circulación (mercancías, personas, servicios, capitales) y las políticas (agrícola, transportes, etc.), de forma que disposiciones específicas ordenan la igualdad de trato de los nacionales de los diferentes Estados miembros.

Las situaciones que comprende son, pues, todo el ámbito de aplicación material de los tratados, incluidas todas las políticas. Sin duda, las más importantes son las relativas al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado y, en especial, las relativas al ejercicio de la libertad de circulación y de residencia (TJCE, sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Rudy Grzelczik,* C-184/99). En ese importante asunto el TJCE ha declarado que «la vo-

cación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico».

Este derecho lo ha garantizado de forma muy generosa el Tribunal de Justicia en un número interminable de sentencias. De esta forma, a partir de la concreta prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad se ha llegado, de hecho y de derecho, a enraizar un verdadero principio de igualdad de trato entre los nacionales de los Estados miembros de aplicación general.

El Tribunal de Justicia ha declarado, reiterando el carácter estructural de este principio, que «prohíbe no solamente las discriminaciones ostensibles, fundadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, por aplicación de otros criterios de distinción, conducen de hecho al mismo resultado» (sentencia de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu*, 152/73, apartado 11; también en sentencia de 30 de mayo de 1989, *Allúe*, 33/88, p. 1591).

Dado que todos los ciudadanos de la Unión son titulares de un derecho de residencia en cualquier Estado miembro, al ejercer ese derecho todos están incluidos —como ha señalado el Tribunal en el asunto *Martínez Sala*— «en el ámbito de aplicación *ratione personae* de las disposiciones del Tratado consagradas a la ciudadanía», por lo que, además un ciudadano que reside legalmente en un Estado miembro, «tiene derecho a no sufrir discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado» (TJCE, sentencia de 12 de mayo de 1998, *Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, C-85/96).

Si se admitieran condiciones de trato desigual entre los ciudadanos de la Unión en función de su nacionalidad se vaciaría de contenido la institución de la ciudadanía. Por ello, gozar de los derechos de ciudadanía significa que un nacional de un Estado miembro no puede ser objeto de discriminaciones en el ejercicio de sus derechos ni por las autoridades públicas ni por otros particulares en cualquier Estado miembro.

Mediante este principio de igualdad de trato invocable directamente ante toda autoridad interna (administrativa o judicial) y ante

cualquier particular (aplicable, pues, en las relaciones verticales y horizontales, TJCE, sentencia de 6 de junio de 2000, *Angonese,* C-281/98), por cualquier nacional de un Estado miembro que se encuentre bajo el campo de aplicación de los tratados, se ha venido quebrando en numerosísimos ámbitos la dicotomía clásica nacional-extranjero. La ciudadanía de la Unión elimina, al menos de hecho y en buena medida de derecho, la categoría jurídica de *extranjero* referida a un nacional de un Estado miembro, puesto que el sistema de libertades económicas de los tratados ha ido quebrando las resistencias a la tradicional política de todos los Estados, por lo menos desde el siglo XIX, de restringir y controlar la presencia económica extranjera ya sea por razones de proteccionismo, de seguridad pública o, simplemente, de xenofobia.

Al efecto combinado del principio de libre circulación y residencia de personas con el de no discriminación se debe la extensión, ya señalada, de los beneficios del Tratado a la familia del agente económico y su equiparación al nacional a todos los efectos. En efecto, en los ámbitos de aplicación de las normas comunitarias se ha producido, ya hace algún tiempo, la asimilación del *nacional comunitario* al nacional. Así pues, la esfera de derechos y obligaciones del ciudadano de la Unión coincide en gran medida con la esfera nacional, como consecuencia de la aplicación del derecho de no discriminación al ejercicio del derecho de libre circulación y residencia.

Por ello, cuando se diferencia entre la esfera de derechos que el orden interno atribuye a los ciudadanos del Estado miembro y la esfera de derechos que los tratados constitutivos y el Tratado de la Unión Europea atribuyen, se debe precisar que el objetivo de la esfera comunitaria es doble: de un lado, crear nuevos derechos que se ejercen en cualquier Estado miembro y, de otro, extender la esfera nacional de derechos en favor de los nacionales de los otros Estados miembros que se encuentren en el territorio de aquél.

El principio de igualdad de trato también ha tenido su frente de batalla en materia de acceso a la función pública. Ciertamente, el art. 39.4 del TCE (al igual que el art. 39.3 TFUE) excluye la libre circulación y residencia a los empleos en la Administración Pública, y el art. 45.1 (también en el TFUE) excluye también de la libertad de establecimiento (profesiones liberales, empresas, etc.) a las activida-

des que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público. La razón de ser de esta exclusión estriba en que numerosos ámbitos de la función pública implican una participación del servidor público en el ejercicio de la soberanía del Estado.

Ahora bien, esta limitación no puede servir de coartada a las administraciones públicas (estatal, regional, provincial, local e institucional) para acotar un amplísimo ámbito de empleo en favor de los nacionales y excluir a los nacionales comunitarios, sobre todo habida cuenta del cariz intervencionista del Estado social contemporáneo. Dicho de otro modo, los Estados no pueden discrecionalmente calificar de función pública cualquier clase de empleo y excluir el acceso a una serie de empleos sólo porque el Estado sea el *empresario.*

La noción de empleo en la administración pública o de función pública es una noción comunitaria «a fin de evitar que el efecto útil del tratado no quede frustrado por disposiciones unilaterales de los Estados miembros» (sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners,* 2/74, apartado 50) y, como excepción a la libre circulación de trabajadores y al principio de igualdad de trato (sentencia de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu,* 152/73, apartado 4), no se define o califica unilateralmente por los Estados. Tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, debe ser entendida como «participación directa y específica en el ejercicio del poder público» (sentencia *Reyners,* citada, apartado 54) o como concretaba, todavía más, el abogado general Mayras, «estarían reservadas únicamente a los nacionales las actividades que permitan a sus titulares participar directamente en el ejercicio de autoridad pública, o que hagan uso de prerrogativas de poder público respecto de los administrados». El TJCE estima que el art. 39.4 del TCE «tiene en cuenta el interés legítimo de los Estados miembros en reservar a sus propios nacionales un conjunto de empleos relacionados con el ejercicio del poder público y la salvaguardia de los intereses nacionales» [sentencias de 17 de febrero de 1980, *Comisión c. Bélgica,* 149/79, apartado 19; 22 de noviembre de 1995, *Ioannis Vougioukas c. IKA,* C-443/93, fundamento 20; 2 de julio de 1996, *Comisión c. Luxemburgo,* C-473/93; 29 de octubre de 1998, *Comisión c. España,* C-114/97 (empleados de seguridad privada); 30 de septiembre de 2003, *Colegio Oficiales de la Marina Española c. Administración del Estado,* C-405/01].

En definitiva, el principio de trato nacional, como también utiliza el Tribunal de Justicia, sólo encuentra un bastión, de momento inexpugnable, en la función pública ligada a ámbitos de soberanía.

Bibliografía

Allen, R. «Article 13 EC, evolution an European equality law». En H. Meenan, ed. *Equalty Law in an Enlarged European Union.* Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 38 y sigs.

Bell, M. «EU anti-racism policy; the leader of the pack?». En H. Meenan, ed. *Equality Law in an Enlarged European Union.* Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 178 y ss.

Benedettelli, M. V. *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee.* Padua: CEDAM, 1989.

Bifulco, R., M. Cartabia y A. Celotto, coords. *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.* Bolonia: Il Mulino, 2001.

Dollat, P. «Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'egalité de traitement entre les personnes dans l'Union Européenne». *Journal des Tribunaux Droit européen* (marzo 2002): pp. 57 y ss.

Chiti, G. «Il principio di non discriminazione e il Trattato di Ámsterdam». *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario* (2000): pp. 870 y ss.

Lenaerts, K. y E. de Smijter. «A "Bill of rights" for the European Union». *Common Market Law Review* (2001): pp. 273 y ss.

Lenaerts, K. «L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples». *Cahiers de Droit Européen* 1 (1991): pp. 17 y ss.

Marcos Martín, M. T. «El principio de no discriminación y sus múltiples facetas: Comentario a la sentencia del TEDH de 12 de diciembre de 2006, Burden and Burden c. United Kingdom». *Revista General de Derecho Europeo* 12 (2007).

— *Non discrimination: A Human Right, Council of Europe.* Estrasburgo: 2006.

Sudre, F. *Droit européen et international des droits de l'homme,* 6.ª ed. París: Presses Universitaires de France, 2006.

VV. AA. *Union Européenne et nationalités* (*Les principes de non discrimination et ses limites*). Bruselas: Bruylant, 1999.

Artículo 22
Diversidad cultural, religiosa y lingüística

La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística.

Preceptos relacionados

- Carta: párrafos segundo y tercero del Preámbulo de la Carta; arts. 21 y 52.
- TUE (TLisboa): párrafo tercero del Preámbulo; arts. 2, 3.3, 4 y 31.
- TFUE: arts. 10 y 19.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 6 del TUE; art. 151 del TCE y Declaración núm. 11 del Acta Final del Tratado de Amsterdam sobre el estatuto de las Iglesias y de las organizaciones no confesionales.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-82.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 22.

Protocolos y declaraciones relacionados

- Declaración núm. 61 de la República de Polonia relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El respeto a la identidad nacional de los Estados miembros es un principio rector de la acción comunitaria desde su fundación, si bien se formalizó por vez primera en el Tratado de Maastricht de 1992. La riqueza cultural y lingüística forma parte esencial de la identidad nacional. Además, el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), también desde esa fecha, hacía un reconocimiento específico de la riqueza y diversidad de las culturas nacionales y regionales, comprometiéndose con ellas (art. 151 TCE).

Como reconoce el Informe explicativo, «Este artículo se ha basado en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y en los apartados 1 y 4 del artículo 151 del tratado CE, sustituidos ahora por los apartados 1 y 4 del artículo 167 del TFUE, relativos a la cultura. El respeto de la diversidad cultural y lingüística se establece ahora también en el apartado 3 del artículo 3 del Tratado de la Unión Europea. El artículo se inspira asimismo en la declaración núm. 11 del Acta final del Tratado de Amsterdam sobre el estatuto de las Iglesias y de las organizaciones no confesionales, que se recoge ahora en el artículo 17 del TFUE».

Llama la atención, en parte, el hecho de que tenga dedicado un precepto separado a su proclamación y que se haga en el contexto de la igualdad. Cuando se estaba redactando la inicial Carta de Niza, formaba parte del precepto general relativo a la prohibición de discriminación y se acabó desgajando formando un precepto propio. Sin embargo, este precepto tiene escaso sentido en el contexto del Tratado de la Unión por reiterativo, ya que el respeto a la diversidad cultural y lingüística es un objetivo específico del Tratado (art. 3.3 TUE de Lisboa), reaparece de forma central en el principio de igualdad de los Estados y del respeto a la identidad nacional (art. 4.2) y la libertad de religión es reconocida como derecho humano por la

propia Carta (art. 10.1), amén de precisar el art. 21 la prohibición de no discriminar por razón de lengua, cultura o religión. En la Segunda Convención (la relativa al Futuro de Europa), el Grupo de Trabajo II decidió que la Carta era un texto cerrado en su contenido y por ello no reexaminó este tipo de preceptos que en el contexto más amplio del Tratado perdían importancia y se diluían a la sombra de disposiciones de tenor semejante en contextos más relevantes.

También llama la atención el hecho de que este precepto no proclame un derecho individual o subjetivo de la ciudadanía o de las personas. Se trata de un principio rector de la acción de las instituciones, de modo que cuando ejerzan las competencias que les han sido atribuidas no interfieran ni impidan la expresión y el desarrollo de la riqueza cultural, no impidan o tengan como resultado marginar la diversidad lingüística ni condicionen o impidan el ejercicio ni el desarrollo de las convicciones religiosas.

2. Alcance y significado

El respeto a la diversidad cultural y lingüística de forma equilibrada, con la misión de velar por la conservación y desarrollo del patrimonio cultural europeo, ya formaba parte de la acción de la UE (así, los arts. 151 TCE y 167 TFUE). Es cierto que lo que añade la Carta y el Tratado de Lisboa es, además de la competencia limitada que tiene para promover su protección mediante esas bases jurídicas, aprobando programas y acciones concretas, la novedad de ser considerada la diversidad entre los objetivos o misiones a lograr (art. 3 TUE adoptado en Lisboa) y entre los derechos humanos a respetar que, como tales, no habían sido mencionados hasta ahora en los tratados comunitarios.

La Unión se compromete a respetar, esto es, asume sólo una obligación de no hacer, de no interferencia mediante su abstención sobre la diversidad. No asume obligación positiva de tutelar o proteger la diversidad, o de proteger aquellos bienes y personas que precisen una tutela especial para evitar la desaparición de lo diferenciado.

Resulta, pues, un precepto redundante. Tanta reiteración hace levantar la sospecha sobre su limitado respeto en la práctica. Que la

Unión Europea no respeta la diversidad lingüística es palmario y lo puede comprobar cualquier ciudadano europeo —que no sea ni francés ni británico— cuando consulta las páginas de la Unión en Internet o incluso si se dirige a las instituciones, a pesar de su obligación de contestar en la lengua oficial del ciudadano de la Unión. El respeto a la diversidad no existe en la práctica y, por ende, ni la transparencia y ni la debida proximidad a toda la ciudadanía de la Unión. El propio Tribunal de Justicia estimó que el reconocimiento de las lenguas oficiales no puede ser considerado como un principio general del Derecho Comunitario, que garantice a cada ciudadano el derecho a que todo lo que sea susceptible de afectar a sus intereses esté redactado en su lengua en todas las circunstancias, si bien se reconoce que esas circunstancias deben ser limitadas y en cada caso se deben justificar (TJCE, sentencia de 9 de septiembre de 2003, *Kik/OHMI*, C-361/01 P, apartado 82).

El abogado general Poaires Maduro citó el art. 22 (entonces, art. II-82) de la Carta en el asunto *España c. Eurojust* (C-160/03), al tratar, precisamente, el principio de diversidad lingüística estimando que en una Unión concebida como Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia que trata de forjar una sociedad caracterizada por el pluralismo, «el respeto a la diversidad lingüística reviste una importancia fundamental» y es una expresión específica de la pluralidad constitutiva de la Unión; esto deriva, como reconoce, del respeto al principio de identidad nacional. Buena teoría sin contenido real. Pero no deduce de su formulación un principio absoluto de igualdad de todas las lenguas, ni tan siquiera de las lenguas oficiales de la Unión.

Bibliografía

Véase la bibliografía seleccionada en el comentario al Preámbulo de la Carta.

Benoît-Rohmer, Fl. «Valeurs et droits fondamentaux dans la Constitution». *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 2 (2005): pp. 261 y ss.

Bifulco, R., M. Cartabia y A. Celotto, coords. *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.* Bolonia: Il Mulino, 2001.

Cacho Sánchez, Y. «La prohibición del uso del velo islámico y los derechos garantizados en el CEDH afectados por la prohibición. Comentario a la Sentencia del Tribunal

Europeo de Derechos Humanos de 10 de noviembre de 2005, Leyla Sahin c. Turquía». *Revista General de Derecho Europeo* 9 (2006).

Calonge Velázquez, A. «Algunas cuestiones fundamentales de la Constitución para Europa: valores y objetivos». *Revista de Derecho de la Unión Europea* 8 (2005): pp. 71 y ss.

Cartabia, M. «"Unita nella diversita": il raporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali». *Il diritto dell'Unione Europea* 3 (2005), pp. 583 y ss.

Loenen, M. L. P. y J. E. Goldschmidt eds. *Religious pluralism and human rights in Europe: where to draw the line?*. Oxford: Intersentia, 2007.

Pitt, G. «Religión or belief; aiming at the right target?». En H. Meenan, ed. *Equality Law in an Enlarged European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 202 y ss.

Punzón Moraleda, J. y F. Sánchez Rodríguez. «El velo islámico —hiyab— como elemento de debate en torno a los derechos fundamentales y la Constitución Europea». *Revista General de Derecho Europeo* 8 (2005).

Quindimil López, J. A. «De "lo multicultural" como problema a "lo intercultural" como solución: la decisión relativa al año europeo del diálogo intercultural (2008)». *Revista General de Derecho Europeo* 15 (2007).

Artículo 23
Igualdad entre mujeres y hombres

La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

Preceptos relacionados

- Carta: párrafo segundo del Preámbulo; arts. 1, 13, 20, 21, 34, 52.
- TUE (TLisboa): arts. 2 y 3.
- TFUE: arts. 8, 10, 140, 153.1 i) y 157.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 2, 3.3, 13 y 141 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-83.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 23.

Protocolos y declaraciones relacionados

- Declaración núm. 19 relativa al art. 8 del TFUE.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

1. CONSIDERACIONES GENERALES: LA CONTRIBUCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Este precepto representa una síntesis de las realizaciones y aspiraciones en materia de igualdad entre mujeres y hombres. No aporta nuevos objetivos ni metas que no existan ya en el Derecho vigente en la Unión.

Desde luego, el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), tal como fue reformado por el Tratado de Amsterdam de 1997, representa el máximo avance hasta ahora en materia de igualdad de trato, techo que ni tan siquiera el fracasado Tratado Constitucional de 2004 ni el nuevo Tratado de Lisboa han superado y que, por otra parte, se limitan a reproducir lo existente en materia de igualdad.

Como señalan las Explicaciones hechas por los redactores de la Carta, en las que se hace constar la fuente de cada derecho protegido en la Carta, «El primer párrafo de este artículo se ha basado en el artículo 2 y en el apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, que han sido sustituidos por el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea y el art. 8 del TFUE, que imponen como objetivo a la Unión promover la igualdad entre el hombre y la mujer en la Unión, y en el apartado 1 del artículo 157 del TFUE. Se inspira en el artículo 20 de la Carta Social Europea revisada, de 3 de mayo de 1996, y en el punto 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. Se basa asimismo en el apartado 3 del artículo 157 del TFUE y en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo».

El Derecho Comunitario en vigor anterior, pues, a la adopción del Tratado de Lisboa ha alcanzado un alto nivel en la formulación

y aplicación de normas protectoras de la igualdad que superan en precisión y extensión la formulación del derecho fundamental previsto en este art. 23.

Ese alto nivel de protección se debe fundamentalmente al activismo de numerosas mujeres y, en menor medida, de algunos hombres, que exigen en vía judicial la aplicación del principio de no discriminación o de igualdad. La respuesta del Tribunal de Justicia ha sido determinante mediante sentencias que exigían su cumplimiento y mediante una interpretación en general muy progresiva.

Este precepto de la Carta es de síntesis y, si cabe, meramente pedagógico en el sentido de que refleja el umbral normativo básico en la materia. Toda persona que se sienta discriminada por razón de sexo tiene un amplio abanico de normas a su alcance, ya sea en el Tratado de Funcionamiento de la Unión (el importante art. 157 TFUE, art. 141 TCE), ya sea de Derecho derivado, que de forma exhaustiva protegen al ser humano, cualquiera que sea su nacionalidad, frente a cualquier discriminación basada en el sexo.

La versión inicial en los tratados fundacionales en 1957 se limitaba a exigir la igualdad de retribuciones por un mismo trabajo por razones meramente económicas en el marco de un régimen de libre competencia. Se trataba de evitar que, como consecuencia de la retribución inferior de las mujeres, se produjera un *dumping* social. En efecto, en el momento de su fundación en 1957, el Tratado de la Comunidad Económica Europea (así denominada hasta 1993) no formulaba un principio de no discriminación por razón de sexo con carácter general (antiguo art. 119 TCE).

A raíz del caso *Defrenne,* la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) colmaría con su labor interpretativa una laguna de los tratados haciendo una de las más valiosas e importantes aportaciones a la construcción comunitaria. El TJCE estimó que el art. 119 (141 TCE, 157 TFUE) es una norma clara y precisa que «se impone, no solamente a la acción de las autoridades públicas, sino que se extiende igualmente a todos los convenios que tienen como fin regular de manera colectiva el trabajo asalariado, así como a los contratos entre particulares» (sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, 43/75, apartado 39). Tenía, pues, y tiene efecto directo (arts. 141 TCE y 157 TFUE), lo que significa que es un precepto que genera directamente un derecho a una re-

tribución igual por un trabajo igual y que ese derecho subjetivo es invocable y exigible tanto en las relaciones laborales entre particulares (relaciones horizontales) como entre los particulares y las administraciones públicas (relaciones verticales). Llegado el caso, los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger los derechos que esa disposición atribuye a los particulares, frente a discriminaciones establecidas en disposiciones legislativas o convenios colectivos o contratos de trabajo.

Ciertamente, en lo esencial, la sentencia *Defrenne II* de 1976 es muy positiva al descartar radicalmente las tesis de los Estados miembros y de la Comisión y pronunciarse a favor de un principio general de igualdad de trato entre hombres y mujeres en todo el ámbito de aplicación de los tratados. Y formula ese principio reconociéndole expresamente efecto directo vertical y horizontal, en definitiva, como norma completa y perfecta que por sí misma genera derechos y obligaciones en toda relación laboral.

Poco después tendría una nueva ocasión, propiciada por el tercer asunto planteado por la azafata Defrenne, para dar otro paso decisivo: lo que sobresale de la nueva sentencia *Defrenne III* (TJCE, sentencia de 15 de julio de 1978, *Defrenne III*, 149/77, apartado 27) es que el Tribunal de Justicia reconoce, por fin, que el principio de la igualdad de trato entre hombre y mujer en materia de empleo y, correlativamente, la ausencia de toda discriminación directa o indirecta fundada sobre el sexo, es *parte integrante de los derechos fundamentales,* cuyo respeto se garantiza por el Tribunal de Justicia en virtud del art. 164 del TCE (hoy, arts. 220 TCE y 19 TUE Lisboa).

2. Las consecuencias del caso *Defrenne:* el desarrollo normativo del derecho a la igualdad

A raíz de plantearse el caso *Defrenne* se fueron aprobando una batería de normas de Derecho derivado que desarrollaron de forma extensa y precisa el principio de igualdad, así como decenas y decenas de sentencias del Tribunal de Justicia que abordaron una rica casuística, las cuales, a su vez, propiciaron nuevas reformas legislativas; son este conjunto de directivas:

— la Directiva 75/117 (*DO* L 45, de 19 de febrero de 1975, p. 19, actualizada por la Directiva 2006/54, v. *infra*), referida al marco de la igualdad prevista en el Tratado en materia de retribuciones y plenamente relacionada con el caso *Defrenne* entonces sub júdice;
— la Directiva 76/207 (*DO* L 39, de 14 de febrero de 1976, p. 40), relativa a las condiciones de trabajo (acceso al empleo, formación, promoción, condiciones de trabajo, jubilación…); esta Directiva ha sido una norma fundamental que ha estado muy por delante de varias legislaciones nacionales, incluida la española. Esta Directiva, muy desarrollada por la jurisprudencia del TJCE, ha sido objeto de modificación en 2002 para incorporar con cierto detalle el acervo jurisprudencial de estos años y la legalidad de las discriminaciones inversas o positivas presentando en la actualidad un texto refundido (Directiva 73/2002);
— la igualdad en materia de seguridad social se abordó en la Directiva 79/7;
— la igualdad en materia de regímenes profesionales de seguridad social se regula en la Directiva 86/378 —modificada por la Directiva 96/97—;
— las actividades autónomas, incluida la agrícola, son objeto de la Directiva 86/613;
— la situación específica de la trabajadora embarazada o que haya dado a luz o en período de lactancia se ve protegida por la importantísima Directiva 92/85 (*DO* L 348, de 28 de noviembre de 1992, p. 1. Esta Directiva fijaba un plazo de dos años para su transposición (19 de octubre de 1994); España no la transpuso hasta 1999 (Ley 39/1999), sin que la Comisión le abriera expediente;
— la Directiva 96/34 sobre el permiso parental por motivo de nacimiento o adopción de un hijo (*DO* L 145, de 19 de junio de 1996, p. 4);
— la Directiva 97/80 sobre la inversión de la carga de la prueba en las discriminaciones indirectas (*DO* L 14, de 20 de enero de 1998, p. 6. Actualizada por la Directiva 2006/54, v. *infra*);
— la nueva Directiva 2002/73 del Parlamento y del Consejo (*DO* L 269, de 5 de octubre de 2002, p. 15) que modifica la

citada Directiva 76/207. (El texto consolidado de la Directiva 76/207, integrado con las modificaciones de la Directiva 2002/73 puede verse en: *DO* L 207, de 5 de octubre de 2002.) La Directiva 2002/73 incorpora numerosos conceptos y desarrollos que se contienen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario. En su Preámbulo se hacen referencias prolijas a su fundamento en el respeto a los derechos humanos y a los principios que inspiran la Unión Europea (art. 6 TUE). Esta Directiva 2002/73 tenía que haber sido incorporada al Derecho interno a más tardar el 5 de octubre de 2005. Por fin, la Ley de 22 de marzo de 2007 (Ley 3/2007, *BOE,* de 23 de marzo de 2007) transpuso esa Directiva en el Derecho español.

— la Directiva 2004/113 del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y a su suministro (*DO* L 373, de 21 de diciembre de 2004, p. 37). Entre otros, uno de los objetivos es prohibir el cálculo del factor sexo en primas y prestaciones;

— la Directiva 2006/54 del Parlamento y del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición, *DO* L 204, de 26 de julio de 2006, p. 23). Se actualizan, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia las antiguas Directivas 75/117 y 97/80.

Pero sin las batallas judiciales sostenidas por decenas y decenas de mujeres hubiera sido imposible alzar en el frontispicio de los tratados de la Unión Europea y en el del TCE (hoy, de Funcionamiento de la Unión) la igualdad entre mujeres y hombres como un valor y objetivo que justifica la integración, pero sobre todo, más allá de declaraciones programáticas, hubiera sido imposible el cuerpo normativo formado hoy por esa docena de directivas, en especial dos, la Directiva 2002/73 (que modifica la Directiva 76/207, reformulada con la posterior jurisprudencia) o la Directiva 2006/54 que refunde varias directivas e incorpora jurisprudencia.

Suelen ser textos bastante breves, en muchos casos con una decena de artículos. Sus primeros preceptos suelen definir el derecho

protegido, su ámbito material (la igualdad de retribuciones, el permiso parental, etc.) y el alcance del mismo.

También en los primeros preceptos ya se consagra el *derecho a la tutela judicial* de los derechos protegidos por la Directiva en cuestión: los Estados tienen que garantizar que cualquier reclamación sobre el derecho concreto a la igualdad de trato tiene que ser visto y juzgado en vía jurisdiccional, sin perjuicio de recurrir antes a otras vías. Este *derecho al juez* no tiene excepción alguna en la Unión para esta clase de derechos fundamentales.

Los Estados miembros se comprometen a derogar las normas internas contrarias a estas Directivas y a aprobar las medidas necesarias para su respeto en todos los instrumentos sociales (convenios colectivos, contratos individuales…) de modo que las normas internas contrarias puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas.

Contienen una protección contra las represalias empresariales respecto de aquellos trabajadores y trabajadoras que pudieran ser despedidos por las quejas o acciones judiciales encaminadas a hacer respetar el principio de la igualdad de trato.

Otro contenido común es la insistencia en la garantía efectiva de los derechos proclamados por *medios eficaces*.

La redacción del contenido del concreto derecho protegido, así como de la tutela judicial efectiva y la protección frente a las represalias es siempre muy *clara, precisa y no deja márgenes de apreciación*. Se prepara así el tránsito para la posibilidad de la invocación directa vertical por los titulares de esos derechos si, a la expiración del plazo de transposición, el Estado miembro —como sucede con frecuencia en España— no hubiera hecho la adaptación interna y modificado su legislación (y, en caso de relación horizontal, se tendría derecho a la reparación económica del Estado, TJCE, sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y Bonifaci*, C-6/90 y 9/90). Son disposiciones que, en general, reúnen los requisitos del efecto directo para su exigencia en caso de falta de transposición.

3. La igualdad entre mujeres y hombres como derecho fundamental; la transversalidad

El Tratado de Amsterdam (1997) introdujo la más importante novedad en materia de igualdad entre mujeres y hombres a partir de su reconocimiento y consideración como derecho humano fundamental en la jurisprudencia del TJCE. Aunque el Tribunal de Justicia había reconocido la igualdad entre hombres y mujeres como derecho fundamental en 1978 (en la sentencia *Defrenne III,* de 15 de junio de 1978), hasta 1997 no se reconoció expresamente en un Tratado comunitario (art. 13 TCE). Este reconocimiento tuvo importantes consecuencias que el Tratado de Lisboa se limita a mantener (arts. 141 TCE y 157 TFUE).

Una de ellas es que, para garantizar la igualdad intrínseca de los seres humanos, el Tratado faculta a la Unión para combatir la discriminación en esos ámbitos y garantizar la igualdad de trato eliminando todo criterio de distinción fundado en caracteres propios del ser humano o en sus circunstancias, como la raza, la etnia, la religión, sexo, una discapacidad, o sus convicciones (art. 13.1 TCE y art. 17 TFUE).

Otro avance importante es que desde entonces las acciones comunitarias para luchar contra toda discriminación por motivos de sexo se pueden llevar a cabo en todo el marco de competencias comunitarias y no sólo en el ámbito laboral. Desde 1997 la base jurídica no es restrictiva, frente a lo que sucedía antes con el viejo art. 119 del TCE, que se limitaba a exigir la igualdad de trato en materia salarial. El art. 137 del TCE como los arts. 141 del TCE y 157 del TFUE extienden la igualdad de trato a todos los ámbitos laborales (desde la igualdad de oportunidades hasta las condiciones de trabajo) y el art. 13 del TCE, como el art. 17 del TFUE, en tanto que derecho humano, exige el respeto a la igualdad y el combate de las discriminaciones por razón de sexo en todos los ámbitos de competencia comunitaria.

Y el art. 141.4 del TCE, como el art. 157 del TFUE, reconoce la posibilidad de medidas discriminatorias positivas a favor del sexo postergado con el fin de compensar posibles desigualdades de facto y garantizar el resultado no discriminatorio ni para mujeres ni para

hombres, como lo demuestra la práctica litigiosa ante el Tribunal de Justicia.

Otra consecuencia importante de su consideración como derecho humano fundamental es que la política de igualdad de trato es una política *transversal* en el sentido de que debe informar e impregnar al resto de políticas. Significa que las instituciones que participan en la toma de decisiones en la Unión Europea deben examinar los proyectos normativos a la luz de sus efectos en la igualdad de oportunidades (igualdad de partida) y en la igualdad real (en la meta o de resultados) y, en consecuencia, se podría impugnar la legalidad de una norma, en cualquier ámbito, si se puede probar que esa norma no tiene un efecto por lo menos neutro en materia de igualdad de trato, o si la norma permite promocionar puestos de trabajo o da preferencia en el acceso al trabajo a los hombres frente a las mujeres —o viceversa—.

A este compromiso general o político hay que vincular, desde la perspectiva laboral, el art. 153.1 i) del TFUE, por el que la Unión se compromete a apoyar y colaborar en la acción que desarrollen los Estados miembros en materia de igualdad de oportunidades en el mercado laboral y en el trato en el trabajo (vigente art. 137.1 TCE).

Por otra parte, importa destacar que la política de igualdad de oportunidades no es exclusiva de la Comunidad, sino compartida con los Estados miembros con el fin de repartir adecuadamente las responsabilidades entre los Estados (sus regiones, y otros poderes públicos). Por ello, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados en el ámbito de la igualdad hombre-mujer, por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo (arts. 137 TCE y 153 TFUE), si bien, como ya se ha señalado, se le reconoce al Consejo competencia normativa para perseguir las discriminaciones y se le faculta para adoptar las medidas concretas que garanticen la aplicación del principio de igualdad de oportunidades.

Desde la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales como Declaración Común de las instituciones, ha sido citado este precepto en tanto que precepto de la Carta en varias ocasiones por los Abogados Generales del Tribunal de Justicia, como en el asunto *Dory,* relativo a la igualdad de trato entre hombres y mujeres (C-186/01), o en el asunto *Allomby* en el mismo marco (C-256/01), o en el asunto *K. B.* sobre el trato a transexuales (C-117/01, Con-

clusiones del abogado general Ruiz Jarabo), aunque sin un análisis o interpretación especial.

4. La noción de sexo discriminado

El art. 23 de la Carta y los arts. 2 del TUE y 141 del TCE y 157 del TFUE protegen la igualdad entre ambos sexos y son invocables tanto por hombres como por mujeres, si bien todavía las mujeres sufren con más frecuencia un trato desigual. Además, con frecuencia pensamos que la discriminación se produce en contra de un sexo respecto del otro, pero el Tribunal ha tenido que decidir sobre la noción de sexo discriminado, no por su peor tratamiento respecto de una persona de sexo diferente, sino también entre mujeres (unas embarazadas y otras no) o con motivo de un cambio de sexo.

Antes hay que recordar al menos algunos litigios en los que el Tribunal ha dado —en palabras de Jacqmain (2000, 202)— una lección de buen sentido y humanismo como es el caso *P c. S y Cornwall* (TJCE, sentencia de 30 de abril de 1996, C-13/94; también de 7 de enero de 2004, *K. B.,* C-117/01 y de 27 de abril de 2006, *Sarah Margaret Richards,* C-423/04). Se trataba de un trabajador de un colegio que fue despedido por someterse a una operación de cambio de sexo. El TJCE tuvo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que considera a los transexuales como un grupo bien determinado y definible; recuerda que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo es un derecho humano fundamental cuyo respeto debe garantizar el Tribunal. La Directiva 76/207 no se limita «únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, […] debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar… a consecuencia del cambio de sexo… tales discriminaciones se basan esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo del interesado…», quien recibe «un trato desfavorable frente a personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la citada operación» (apartados 19-21). El Tribunal concluye que tal discriminación atenta contra el respeto a la dignidad y la libertad de la persona.

Sin embargo, en otro asunto ligado a la orientación sexual su respuesta fue diferente. En el caso *Grant*, relativo a una reclamación de ayuda de billetes a precio reducido para la pareja del mismo sexo de una trabajadora ferroviaria, el Tribunal estimó que el asunto no recaía dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207. Se aferró a instrumentos de derechos humanos y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para entender que en ese momento todavía no se incluían tales relaciones estables entre parejas homosexuales dentro del ámbito del respeto a la vida familiar. Descartó, entonces, que el Derecho Comunitario se aplicara a discriminaciones basadas en la orientación sexual (TJCE, sentencia de 17 de febrero de 1998 *Grant*, C-249/96).

Reconocía que el Tratado de Amsterdam, entonces simplemente autenticado o firmado, pero sin haber entrado en vigor en el momento de dictar sentencia, incluía las discriminaciones por la orientación sexual como campo de la competencia comunitaria para luchar contra las discriminaciones, pero entendió que a luz del Derecho en vigor en aquel momento no era una discriminación prohibida por el art. 119 (hoy 141) del TCE ni por la Directiva 75/117 sobre igualdad de retribuciones.

Hay pocas dudas de que la presión de los Estados sobre el Tribunal pesó mucho en la decisión del Tribunal. Si protegía la libertad y respeto que merece la orientación sexual, habida cuenta de la importancia relativa del número de parejas homosexuales sobre los regímenes de la seguridad social, pondría en dificultades económicas a los Estados. Luego, para el Tribunal, según los casos, las consecuencias económicas del respeto a los derechos fundamentales cuentan más que su respeto y protección. En posteriores sentencias ha tenido en cuenta la obligación de no discriminación por motivo de la orientación sexual (así, sentencia de 1 de abril de 2008, C-267/06, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06).

5. Análisis del contenido material del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres. De la igualdad salarial a un principio general de igualdad de trato

La prohibición de discriminar alcanza tanto a las discriminaciones directas como a las indirectas, como ya estableciera el TJCE en la comentada sentencia *Defrenne II* de 1976, si bien la práctica judicial y legislativa en materia de discriminaciones indirectas ha sido posterior (a finales de los años ochenta). La Directiva 2002/73 precisa qué debe entenderse por discriminación directa: «la situación en la que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo» (art. 2.2).

El principio de igualdad de trato en el conjunto de las disposiciones supone «la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente» (por ejemplo, art. 2 de la Directiva 76/207). Se combaten, pues, no sólo las discriminaciones directas, ostensibles, sino toda discriminación relativa o que pueda deducirse del estado familiar o matrimonial.

El principio de igualdad de trato no impide protecciones especiales, como consecuencia de circunstancias especiales ligadas al sexo (como es la protección en caso de embarazo y maternidad que examinaremos más adelante). Y tampoco dicho principio excluye excepciones justificadas en las que los Estados no tienen que atenerse al principio de igualdad de trato cuando el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio (art. 2.2 de la Directiva 76/207).

Según el TJCE en la citada sentencia *Defrenne*, el objetivo del antiguo art. 119 (hoy, art. 141 TCE, arts. 23 de la Carta y 157 TFUE) es la eliminación de todas las discriminaciones entre trabajadores masculinos y femeninos, y la prohibición afecta tanto a las discriminaciones directas y abiertas como a las discriminaciones indirectas y encubiertas. Dicha norma prescribe la eliminación de cualquier discriminación por razón de sexo para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuya un mismo valor en el conjunto de los elementos y condiciones de la retribución (por citar una sentencia más

reciente, de 3 de octubre de 2006, *Cadman*, C-17/05). Se trata, pues, de una *obligación de resultado*, de claro efecto directo vertical y horizontal y de alcance total a toda retribución.

Importa resaltar, para entender mejor los desarrollos legislativos comunitarios y la progresiva jurisprudencia posterior, que tanto en esa sentencia como, de forma muchísimo más clara, en la jurisprudencia que le sucede, el Tribunal enmarca el principio de retribución igual en el principio general de igualdad y que este principio forma parte de los *fundamentos* de la Comunidad; entiende el Tribunal que dicho principio prohíbe que se traten de manera diferente situaciones comparables, a menos que este trato esté objetivamente justificado (*Defrenne*, apartado 12; y, entre otras muchas sentencias, de 26 de junio de 2001, *Brunnhofer*, C-381/99; 17 de septiembre de 2002, *Lawrence y otros*, C-320/00; 3 de octubre de 2006, *Cadman*, C-17/05).

A veces la violación de este principio de igualdad en materia de retribuciones la siguen cometiendo los sindicatos al negociar los convenios colectivos o los árbitros en sus laudos al amparo de una magnificada autonomía de la voluntad. La autonomía de la voluntad de las partes en el orden laboral es importante, pero no ilimitada y se subordina a principios y normas imperativas que están al margen de la voluntad de las partes. Así, en el marco del procedimiento por incumplimiento abierto por la Comisión contra Grecia, el TJCE ha vuelto a reconocer que un Estado miembro como Grecia incumple el principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos al exigir, a través de convenios colectivos y laudos arbitrales, requisitos especiales a las trabajadoras casadas para la percepción de prestaciones familiares que no se imponen a los trabajadores casados. Grecia se disculpó alegando que no puede encauzar los comportamientos sociales ni contener las presiones de determinados grupos, ni impedir que la autonomía de los interlocutores sociales dé lugar al mantenimiento de normas y prácticas no conformes al Derecho Comunitario. El hecho de que el Gobierno griego no participe en la negociación de los convenios colectivos no puede eximirlo de la obligación de adoptar las disposiciones complementarias para garantizar el cumplimiento de los imperativos derivados de las normas comunitarias (TJCE, sentencia de 28 de octubre de 1999, *Comisión c. Grecia*, C-187/98).

Las directivas de desarrollo, enumeradas anteriormente, incluyen un derecho a la tutela jurisdiccional de este derecho. Los Estados tienen que garantizar que cualquier reclamación sobre el derecho concreto a la igualdad de trato tiene que ser visto y juzgado en vía jurisdiccional, sin perjuicio de recurrir antes a otras vías (TJCE, sentencia de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, 222/84). Este *derecho al juez* no tiene excepción alguna en la Unión para esta clase de derechos fundamentales. No se deben confundir las posibles y muy restrictivas excepciones a la igualdad de trato con la imposibilidad de excepciones a la tutela judicial o derecho irrestricto a que un juez examine el respeto del derecho y de sus excepciones.

Otro contenido común es la insistencia en la garantía efectiva de los derechos proclamados por *medios eficaces;* las directivas en vigor no imponen una sanción determinada, sino que dejan libertad a los Estados miembros para elegir entre las diferentes soluciones adecuadas para conseguir el objetivo de la igualdad, pero han de ser suficientemente eficaces y tener un efecto disuasorio real (TJCE, sentencias de 10 de abril de 1984, *Von Colson* y *Kamann*, 14/83 y *Harz* 79/83, asuntos no acumulados, y de 2 de agosto de 1993, *Marshall II*, C-271/91). El Tribunal de Justicia entiende que las infracciones del Derecho Comunitario deben ser sancionadas en condiciones de fondo y procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional que tengan una índole y una importancia similares.

A modo de síntesis, la Directiva 2002/73 recoge esta doctrina jurisprudencial para facilitar el cumplimiento del principio de la igualdad de trato. Así, el nuevo art. 6, en su apartado 2, obliga a los Estados miembros a modificar la legislación interna en materia de sanciones: la indemnización o reparación será *real y efectiva del perjuicio sufrido* (sentencias *Von Colson* y *Harz*). Deberá tener un efecto disuasorio y proporcional al perjuicio sufrido, y dicha indemnización no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori *(Marshall II).* Sólo quedará exonerado del deber de reparar si el empresario prueba que el único perjuicio sufrido es la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo (régimen algo más restrictivo que el de la sentencia *Nils Draehmpaehl,* TJCE, sentencia de 22 de abril de 1997, C-180/95). Como puede observarse, los casos habidos ante el TJCE sobre tutela judicial y tutela efectiva se han llevado casi al pie de la letra al nuevo art. 6 de la Directiva 76/207, modificada por la Directiva 2002/73.

5.1. *Protecciones especiales* (*embarazo y maternidad*)

El principio de igualdad de trato no impide protecciones especiales, como consecuencia de circunstancias concretas ligadas al sexo, como es la protección en caso de embarazo (TJCE, sentencia de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, C-177/88) y maternidad (TJCE, sentencia de 14 de julio de 1994, *Carol WEBB c. EMO Air Cargo* C-31/93). La Directiva 92/85 regula específicamente esta situación.

Para el Tribunal de Justicia el rechazo por causa de embarazo no puede serle opuesto más que a las mujeres y constituye una discriminación directa fundada en el sexo. El rechazo de contrato por causa del embarazo debe ser contemplado como fundado esencialmente sobre el hecho del embarazo y tal discriminación no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio financiero sufrido por el empresario en caso de contratar a una mujer encinta con derecho a su permiso de maternidad. Luego, en opinión del TJCE, hay discriminación directa cuando se rechaza concluir un contrato de trabajo con una candidata que había sido juzgada apta para ejercer la actividad en cuestión, cuando el rechazo se funda en las consecuencias posiblemente perjudiciales para el empresario de contratar a una mujer encinta frente a otras candidatas mujeres. Para el Tribunal de Justicia si el rechazo es porque estaba embarazada, la decisión está ligada al sexo; la ausencia de candidatos masculinos entre las solicitantes de un puesto de trabajo no tiene relevancia (sentencia *Dekker*).

La Directiva no permite a un empresario negarse a contratar a una candidata embarazada, debido a que una prohibición de trabajo motivada por dicho embarazo impide destinarla, desde el primer momento y durante su embarazo, al puesto de trabajo, por tiempo indefinido, que se encuentre vacante (TJCE, sentencia de 3 de febrero de 2000, *Silke-Karin Mahlburg c. Land Mecklenburg-Vorpommern,* C-207/98). La negativa de contratación debida al embarazo no está justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su período de descanso por maternidad. La misma conclusión se impone respecto del perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto de que se trata durante el período de su embarazo.

El Tribunal de Justicia niega que pueda compararse la situación de incapacidad por embarazo a la de un hombre que sufre una incapacidad por razones médicas o de otra naturaleza. No es un estado patológico ni una indisponibilidad de origen no médico, situaciones que sí podrían motivar el despido de una mujer sin constituir despido discriminatorio por razón de sexo. El despido de una trabajadora por razón del embarazo constituye siempre una discriminación directa por razón de sexo. El despido no puede fundarse en su incapacidad para cumplir uno de los requisitos esenciales de su contrato de trabajo. Tal disponibilidad es siempre un requisito esencial del contrato de trabajo, pero la protección que el Derecho Comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo, y aun después, no puede depender de si la presencia de la interesada durante su maternidad es indispensable para la buena marcha de la empresa. El hecho de que se la contrate para sustituir a otra embarazada carece de incidencia en la respuesta.

Una posición semejante ya venía siendo sostenida por el Tribunal Constitucional español, para quien «la discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca» (STC 136/1996, de 23 de julio, fundamentos 5 y 6). En sentencia posterior confirma «que tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológicamente incontrovertible (STC 240/1999, de 20 de diciembre) incide de forma exclusiva sobre las mujeres» (STC 173/1994 de 7 de junio).

Es obvio que la protección de la mujer contra el despido por causa de su maternidad no depende de las características del contrato, ya sea a tiempo parcial o indefinida. En la sentencia *María Luisa Jiménez Melgar c. el Ayuntamiento de Los Barrios* señala al juez nacional que le corresponde comprobar si la falta de renovación, cuando los contratos forman parte de una sucesión de contratos de duración determinada, ha estado efectivamente motivada por el embarazo de la trabajadora (TJCE, sentencia de 4 de octubre de 2001, C-438/99).

Igualmente, la protección de la mujer embarazada frente al despido por esa causa se extiende a las situaciones en las que el embarazo es resultado de una fecundación in vitro y ello pudiera conlle-

var tratamientos específicos para acción médica (TJCE, sentencia de 26 de febrero de 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, C-506/06).

A veces la discriminación se produce por el hecho de utilizar el permiso de maternidad y perder antigüedad en la empresa. Para el TJCE, «el principio de no discriminación exige que la trabajadora, que en virtud del contrato de trabajo sigue estando vinculada al empresario durante su permiso de maternidad, no se vea privada de sus condiciones de trabajo que se aplican tanto a los trabajadores de sexo femenino como a los de sexo masculino y que derivan de dicha relación laboral». Por ello, hay discriminación, puesto que, de no haber estado encinta y de no haber hecho uso del permiso para maternidad al que tenía derecho, dicha trabajadora habría podido beneficiarse de una promoción profesional (TJCE, sentencia de 30 de abril de 1998, *Evelyne Thibault*, C-136/95).

También el Tribunal de Justicia comunitario ha confirmado el derecho de la mujer que ha dado a luz a volver a su puesto de trabajo o a otro equivalente en las mismas condiciones laborales que le eran aplicables antes de su permiso de maternidad (TJCE, sentencias de 12 de julio de 1984, *Hofmann c. Barmer Ersatzkasse* 184/83, de 5 de mayo de 1994, *Habermann-Beltermann* C-421/92, así como el citado caso *Webb c. EMO Air Cargo*). Igualmente, el Tribunal ha estimado que excluir de la gratificación de Navidad a una mujer que había estado durante alguna parte del año con su permiso de maternidad es una discriminación por razón de sexo en cuanto que la gratificación constituya una retribución por un trabajo previamente realizado (TJCE, sentencia de 21 de octubre de 1999, *Susanne Lewen c. Lothar Delda*, C-333/97).

Algunas empresas entienden que el permiso de maternidad puede conllevar desventajas profesionales inherentes a esa interrupción del trabajo e incentivan la solicitud del permiso con una indemnización económica. Esta práctica, lamentablemente poco frecuente, es compatible con el art. 141 que establece la igualdad de retribuciones; así lo ha declarado el Tribunal ante la demanda presentada por algunos trabajadores varones de la compañía automovilística Renault, por la asignación a tanto alzado que perciben las mujeres al inicio del permiso de maternidad, pues ellos estimaban que era una discriminación por razón de sexo (TJCE, senten-

cia de 16 de septiembre de 1998, *Oumar Dabo Abdoulaye y otros c. Renault*, C-218/98).

Otra forma de discriminación puede deducirse de la fijación de las vacaciones en los convenios colectivos; la Directiva 92/85 garantiza a la trabajadora, después de su período de descanso por maternidad, que mantiene sus derechos vinculados a su contrato de trabajo y, por tanto, sus vacaciones anuales (TJCE, sentencia de 18 de marzo de 2004, *Merino Gómez*, C-342/01).

Estos casos han tenido también su reflejo en la nueva Directiva 2002/73, que entró en vigor el 5 de octubre de 2005, también para España en esa fecha, aunque la ley de transposición se retrasó hasta el 22 de marzo de 2007 (Ley 3/2007, *BOE* de 23 de marzo de 2007). Así, el art. 2.7 entiende que la igualdad de trato comprende medidas de protección específicas de la mujer, como ya las había establecido la Directiva 92/85 aludida; y que cualquier trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad constituirá una discriminación. Por ello, precisa, en consonancia con la jurisprudencia analizada, que una mujer, tras el permiso de maternidad, tiene derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

La maternidad y su protección han tenido una extensión hacia la protección del padre. Por ello, el art. 2.7 reconoce una protección especial para los dos progenitores, regulada en la Directiva 96/34 citada. En caso de utilización del permiso parental, los Estados velarán por que cualquiera de los dos progenitores no sufra represalias por el ejercicio de este derecho: ni despidos, ni reintegración a puestos diferentes ni que se les impida beneficiarse de cualquier mejora a la que hubieran tenido derecho durante su ausencia.

5.2. *Excepciones a la igualdad de trato*

El principio de igualdad no excluye excepciones justificadas en las que los Estados no tienen que atenerse al principio de igualdad de trato cuando el sexo constituye una condición determinante en

razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio se deriva que el sexo sea determinante; también se exige en esos casos que el objetivo perseguido con la excepción sea legítimo; en tercer lugar, que respete el principio de proporcionalidad; y en cuarto, que habrá que observar la evolución social (art. 2.6 de la Directiva 2002/73).

Cuando el Tribunal ha tenido que juzgar profesiones excluidas por los Estados (trabajos nocturnos, actividades peligrosas, profesiones militares) ha contrastado la exclusión con el principio de proporcionalidad, de forma que el principio de la igualdad de trato pueda conciliarse con las necesidades de la seguridad pública (así, en el citado asunto *Johnston,* relativo al despido de las mujeres policías de la policía norirlandesa). También de esa sentencia se deducía que toda exclusión, por su carácter excepcional, debe ser examinada periódicamente teniendo en cuenta la evolución social. Ha recordado que el TEDH (sentencia de 28 de mayo de 1985, asunto *Abdulaziz*) había dicho que un trato diferenciado de las mujeres en relación con los hombres debe estar justificado por motivos objetivos y razonables y debe respetar la proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo previsto (TJCE, sentencias de 25 de julio de 1991, *Ministerio Público c. Stoeckel*, y de 2 de agosto de 1993, *Ministerio Público c. Jean Claude Levy*, C-158/91; de 13 de marzo de 1997, *Comisión c. Francia*, C-197/96, y de 4 de diciembre de 1997, *Comisión c. Italia,* C-207/96).

Para el TJCE, la Directiva 76/207 (2002/73) no permite excluir a las mujeres de un empleo, basándose en que deberían estar más protegidas que los hombres contra riesgos que son distintos de unas necesidades de protección específicas de la mujer, como el embarazo, ni excluirlas «por el mero hecho de que son, por término medio, más pequeñas y menos fuertes que la media de los hombres, cuando para dicho empleo se aceptan hombres con características físicas similares». Una prohibición general no es admisible «en la medida en que también excluye a las mujeres de trabajos que no requieren un esfuerzo físico considerable y que, en consecuencia, no presentan un riesgo específico para la preservación de la capacidad biológica de quedar embarazada o de dar a luz, o para la seguridad y salud de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, o incluso para con el feto» (TJCE, sentencia de 1 de febrero de 2005, *Comisión c. Austria*, C-203/03).

Y, desde luego, toda excepción a un derecho debe ser interpretada de forma restrictiva, teniendo en cuenta que el derecho a la igualdad de trato no está sujeto a ninguna *reserva general* por motivos de seguridad pública. El derecho que protege tiene alcance general y se aplica a las relaciones del empleo del sector público; así, pues, las normas internas sobre el acceso al empleo, la formación profesional y las condiciones de trabajo en las Fuerzas Armadas no están, por regla general, excluidas del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario; el acceso a las Fuerzas Armadas es una relación laboral sometida, como otras muchas, al Derecho Comunitario (TJCE, sentencia de 26 de octubre de 1999, *Angela María Sirdar c. The Army Board*, C-273/97; 11 de enero de 2000, *Tanja Kreil c. Alemania*, C-285/98).

5.3. *Discriminaciones a varones*

Cuando se habla del principio de igualdad de trato pensamos habitualmente en las discriminaciones sufridas por mujeres. Como colectivo es correcto. Pero el trato desigual es una violación de derechos fundamentales que también pueden sufrir los varones, si bien al menos en cantidad es radicalmente inferior y, seguramente, en calidad e intensidad. Ningún ser humano debe ser tratado de forma peor que otro por su sexo, tampoco los varones. No han sido infrecuentes los casos llevados por varones hasta el Tribunal de Justicia habiendo obtenido, cuando fue pertinente, protección frente a violaciones de su derecho a la igualdad de trato (TJCE, sentencia de 22 de abril de 1997, *Nils Draehmpaehl*, C-180/95; 16 de diciembre de 1999, *John Taylor*, C-382/98; 29 de noviembre de 2001, *Joseph Griesmar*, C-366/99; 13 de diciembre de 2001, *H. Mouflin c. Recteur de l' Académie de Reims,* C-206/00; y de 11 de marzo de 2003, *A. Dory c. República Federal de Alemania,* C-186/01…).

5.4. *Discriminaciones indirectas*

Las discriminaciones indirectas han tenido un tratamiento jurisprudencial muy relevante. Hay discriminación en una práctica salarial que se aplica independientemente del sexo del trabajador, pero que de hecho afecta a más mujeres que hombres. Solamente puede haber discriminación por razón de sexo entre dos grupos de trabajadores si ambos grupos realizan, si no el mismo trabajo, al menos un trabajo al que se le atribuya el mismo valor.

En la sentencia *Enderby* el Tribunal estimó que si hay suficientes datos estadísticos (un número importante o significativo, frente a situaciones fortuitas o coyunturales, que el juez nacional deberá apreciar) que pongan de manifiesto una diferencia considerable de retribuciones entre dos funciones del mismo valor, una de las cuales es desempeñada casi exclusivamente por mujeres y la otra fundamentalmente por hombres, el art. 119 (hoy, arts. 141 TCE, 23 de la Carta y 157 TFUE), se exige que el empleador justifique dicha diferencia mediante factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo (TJCE, sentencia de 27 de octubre de 1993, *Enderby* C-127/92). En esta sentencia precisó que *la inversión de la carga de la prueba* es una excepción a un principio general en materia de prueba; el que alega algo debe probarlo, y así debe hacerlo el o la trabajadora que se considere víctima de una discriminación de su empleador; pero la adaptación o inversión de la carga de la prueba se impone desde que se observa una apariencia de discriminación; y con mayor razón si no hay transparencia en el sistema de retribuciones.

Esta sentencia y otras (sentencia de 17 de octubre de 1989, *Danfoss* 109/88; TJCE, sentencia de 31 de mayo de 1995, *Cerámicas Royal Copenhaguen,* C-400/93) propiciaron años más tarde que se adoptara la citada Directiva 97/80, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Se articula en ella la doctrina jurisprudencial expuesta; se aplica a todas las situaciones cubiertas por el art. 141 y las Directivas 75/17 (retribuciones), 76/207 y 2003/73 (acceso y condiciones), 92/85 y 93/34 (sobre permiso parental) y a cualquier procedimiento civil o administrativo, en el sector público o privado que prevea un recurso; quedarían fuera de la Directiva los procedimientos extrajudiciales y los proce-

sos penales. Los Estados deben modificar sus ordenamientos para permitir a una persona presentar hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta y que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato. También los Estados podrán establecer un régimen de prueba más favorable a la parte demandante. Pero podrán verse exceptuados de la inversión de la carga de la prueba en aquellos procesos cuya instrucción dependa de un órgano jurisdiccional. Esta Directiva debió trasponerse a los ordenamientos internos el 1 de enero de 2001.

Una de las primeras definiciones no legales de discriminación indirecta figura en las Conclusiones del abogado general Manzini: es la que «no se basa formalmente en el sexo, pero da lugar a un resultado práctico que no es diferente de aquel al que conducen las disparidades que se refieren explícitamente al sexo» (Asunto *Teuling*, 30/85).

El Tribunal estima que hay que explicar cómo se aplican los criterios salariales: si un criterio perjudica sistemáticamente a un sexo ya no es neutral. Cuando se aplica el criterio de la flexibilidad, el Tribunal señala que si se utiliza para remunerar la calidad del trabajo realizado, es correcto, pero si ese criterio (como el de la formación profesional específica o la antigüedad —TJCE, sentencia de 3 de octubre de 2006, asunto *Cadman* C-17/05—) se utiliza, se deberá probar que «revisten importancia para la ejecución de las tareas específicas que se encomienden al trabajador» (sentencia *Danfoss*). Cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política salarial no es discriminatoria, una vez que el trabajador femenino haya demostrado con respecto a un número importante de trabajadores que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos.

Claro que también nos podemos encontrar con un sistema de retribuciones transparente, pero que discrimina entre sexos. Para el Tribunal de Justicia la carga de la prueba recae, en principio, sobre el trabajador que se considera víctima de una discriminación y ejercita una acción judicial contra su empleador, pero puede invertirse cuando resulte necesario para no privar a los trabajadores víctimas de una discriminación aparente de ningún medio eficaz para hacer respetar el principio de igualdad de retribuciones (sentencia *Enderby*).

Ha abordado el concepto de un *mismo* trabajo o trabajos de un *mismo valor;* para ello «debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable» (TJCE, sentencia citada *Cerámicas Royal Copenhaguen;* sentencia de 26 de junio de 2001, *Susana Brunnhofer,* C-381/99).

Pero el Tribunal se ha referido a estas discriminaciones en decenas y decenas de sentencias (como las ya citadas; además, sentencias de 8 de febrero de 1999, *Seymour-Smith y Pérez,* C-167/97; de 6 de febrero de 1996, *Johanna Lewark y el Servicio de Salud;* de 6 de abril de 2000, *Jörgensen,* C-226/98 y 9 de septiembre de 2003, *Katharina Rin-Ke c. Ärztekammer Hamburg,* C-25/02), por lo que se pueden sistematizar los elementos de una discriminación indirecta:

— un criterio aparentemente neutral, pero que afecta a un número más importante de personas de un sexo. Un criterio neutral aplicable a ambos sexos es el estado familiar, el trabajo parcial, la movilidad, la disponibilidad, la formación universitaria o profesional, etc. La proporción sensiblemente mayor de personas de un sexo afectadas por tales medidas es una cuestión de hecho que debe dejarse a la apreciación de los tribunales nacionales;
— que el trato diferenciado no esté motivado por un objetivo suficientemente importante que merezca protección. Tales motivos deben constituir una excepción al principio de igualdad de trato (necesidad de la empresa, protección de la familia, etc.);
— que los medios sean proporcionados y necesarios, si bien es también una cuestión de hecho que el juez nacional debe apreciar;
— la parte demandante debe probar que hay un trato diferente que conduce a una discriminación; y la demandada debe probar que persigue un objetivo importante con los medios adecuados y necesarios.

6. Las medidas positivas de discriminación: igualdad en la meta

En el Informe explicativo sobre la Carta se señala que el origen del párrafo segundo del art. 23 relativo a las acciones positivas para eliminar la desigualdad real es un precepto ya en vigor en el Derecho Comunitario: «… recoge en una fórmula más breve el apartado 4 del artículo 157 del TFUE, conforme al cual el principio de igualdad de trato no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de una actividad profesional o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales. De conformidad con el apartado 2 del artículo 52, el presente apartado no modifica el apartado 4 del artículo 157».

Es verdad que la Carta y que el Tratado de Lisboa no añaden nada nuevo a lo que ya incluyó con amplitud y alcance jurídico directo e inmediato el Tratado de Amsterdam (arts. 141 TCE y 157 TFUE), ni en el terreno teórico o de los principios ni en el terreno práctico. Incluso la Carta, al ser más lacónica y esencial su texto, sacrifica el enunciado de ciertos componentes de la igualdad de derechos como reconocer que debe haber una igualdad de oportunidades, algo que el Derecho derivado Comunitario en vigor reconoce y protege desde mediados los años setenta.

También es cierto que la Carta, en su brevedad, prefiere mencionar la igualdad de resultados a la igualdad en el punto de partida. Esa opción es más progresista y moderna, pues la igualdad en el punto de partida no garantiza la igualdad en la meta. Es, sin duda, muy encomiable que el brevísimo art. 23 dedique uno de sus dos párrafos a la igualdad sustancial, a la igualdad real.

Al fin y al cabo no muchos años atrás, en 1995, el Tribunal de Justicia estimaba que las excepciones se deben interpretar restrictivamente, por lo que concluyó que «una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento y sobrepasa los límites de la excepción» (TJCE, sentencia de 17 de octubre de 1995, *Kalanke c. Ciudad de Bremen* C-450/93). Añadió, además, que aquella normativa, al pretender «establecer la igualdad

de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio, sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades… por su resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades» (apartados 22-23).

En reacción a esa posición, el Tratado de Amsterdam dio una nueva redacción al viejo art. 119 y abrió el principio de igualdad de trato a todas las esferas de la vida, incluyendo expresamente el reconocimiento de la legalidad de las acciones positivas a favor de un sexo determinado en el nuevo apartado 4 del art. 141: «el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales», precepto que coincide con el art. 157 del TFUE, del que el art. 23 ofrece una versión abreviada. Además, una Declaración anexa al TCE aclaraba que, aunque el nuevo apartado está redactado de forma neutra para garantizar la igualdad de trato, el objetivo primero de tales acciones de los Estados miembros es aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral.

De la sentencia *Marshall* y jurisprudencia posterior del TJCE se puede sistematizar lo siguiente en materia de acciones positivas: 1) las acciones positivas son una excepción al principio de igualdad de trato; 2) tal excepción tiene una finalidad precisa y limitada encaminada a autorizar medidas discriminatorias en apariencia y destinadas a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la vida social; 3) cuando se accede a un empleo o una promoción no puede justificarse el goce automático de preferencia más que en los sectores en que haya infrarrepresentación; 4) y siempre que se garantice a otros candidatos una valoración objetiva en la que se tendrán en cuenta todos los criterios que concurran en los candidatos, independientemente de su sexo (TJCE, sentencia de 11 de noviembre de 1997, *Hellmut Marschall,* C-409/95).

En relación con las medidas positivas en formación, estima que se pueden reservar a favor de mujeres plazas de formación profesional para que obtengan una cualificación mejor con miras a un acceso posterior a puestos cualificados en la función pública, en la medida

en que estos procedimientos se limitan a mejorar las oportunidades de las candidatas femeninas en el sector público (TJCE, sentencia de 28 de marzo de 2000, *G. Badeck y otros* C-158/97). También aceptaba que en los órganos de representación de los trabajadores y en los de gestión y control se tuviera en cuenta el objetivo de que la participación de la mujer en el seno de dichas instancias sea al menos igual, sin olvidar que las acciones positivas también pueden adoptarse a favor de los varones; aunque acostumbramos a pensar que las beneficiarias de las acciones positivas favorecen a las mujeres, también pueden compensar dificultades sufridas por hombres, en especial cuando tienen obligaciones militares (TJCE, sentencia de 7 de diciembre de 2000, *Julia Schornbus c. Land Hessen*, C-79/99).

Bibliografía

Andrés Sáenz de Santa María, P. «Una ocasión perdida para avanzar en la igualdad sustancial (comentarios a la STJCE de 6-7-2000, Abrahamsson)». *La ley-Unión Europea*. 18 de octubre de 2000.

Barrere Unzueta, M. A. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Madrid: Civitas-IVAP, 1997.

Behning, U. y A. Serrano. *Gender Mainstreaming in the European Employment strategy*. Bruselas: ETUI, 2001.

Benedettelli, M. V. *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee*. Padua: CEDAM, 1989.

Bifulco, R. M. Cartabia y A. Celotto, coords. *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2001.

Binon, J. M. «L'egalité de traitement en droit européen et ses applications à l'assurance-Obligation moral ou croisade idéologique?». *Journal des Tribunaux* 122 (octubre 2005): pp. 231 y ss.

Dollat, P. «Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'egalité de traitement entre les personnes dans l'Union Européenne», *Journal des Tribunaux Droit européen* (marzo 2002): pp. 57 y ss.

Doron, I. «Demographic, social change and equality». En H. Meenan, ed. *Equality Law in an Enlarged European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 117 y ss.

Fitzpatrick, B. «The "mainstreaming" of sexual orientation into European equality law". En H. Meenan, ed. *Equality Law in an Enlarged European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 313 y ss.

Giménez Gluck, D. *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

Hafner-Burton, E. y M. A. Pollack. «Mainstreaming gender in global governance». *European Journal of International Relations* 3. Vol. 8 (2002): pp. 339 y ss.

Haquet, A. «L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes». *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 2 (2001, 37): pp. 305 y ss.

JACQMAIN, J. «Egalité entre travailleurs féminins et masculins». *Jounaux des Tribunaux Droit Européen* 73 (noviembre 2000), p. 202.

LENAERTS, K. y E. SMIJTER. «A "Bill of rights" for the European Union». *Common Market Law Review* (2001): pp. 273 y ss.

LENAERTS, K. «L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples». *Cahiers de Droit Européen* 1 (1991): pp. 17 y ss.

LIROLA DELGADO, I. «La integración de la perspectiva de género en la Unión Europea». *Anuario de Derecho Europeo*. Vol. 2 (2002): pp. 259 y ss.

LÓPEZ LÓPEZ, J. y C. CHACARTEGUI JÁVEGA. «Las políticas de empleo comunitarias sobre inserción de la mujer en el mercado de trabajo. Del principio de igualdad retributiva en el Tratado de Roma a la constitucionalización comunitaria del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el tratado de Ámsterdam». *Revista Española de Derecho del Trabajo* 99 (2000): pp. 5 y ss.

MANGAS MARTÍN, A. «Las discriminaciones directas en materia de igualdad de trato hombre-mujer en el derecho comunitario europeo». *Responsa Iurisperitorium Digesta*, vol. II, Salamanca: Ed. de la Universidad, 2001, pp. 249 y ss.

MANGAS MARTÍN, A. «Cincuenta años de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la UE: balance». *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 283-324.

MANZINI, G. F. y S. O'LEARY. «The New Frontiers of Sex Equality Law in the European Union». *European Law Review*. Vol. 24 (1999): pp. 331 y ss.

MAZEY, S. *Gender Mainstreaming in the EU. Principles and Practice*. Londres: Kagan Page Limited, 2001.

MILLÁN MORO, L. «Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 3 (1998): pp. 173 y ss.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (*Derecho Social Internacional y Comunitario*) 67. Número monográfico, 2007.

NUMHAUSER-HENNING, A. «EU sex equality law post-Amsterdam». En H. Meenan (ed.). *Equality Law in an Enlarged European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 145 y ss.

ROSSILLI, M. *Políticas de género en la Unión Europea*. Madrid: Narcea, 2001.

TOBLER, C. «Sex equality under the Treaty of Amsterdam». *European Journal of Law* 1. Vol. 2 (2000): pp. 135 y ss.

Artículo 24
Derechos del niño

1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez.

2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial.

3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.

Preceptos relacionados

- Carta: arts. 1, 7, 20, 21, 32, 33 y 52.
- TUE (TLisboa): arts. 2 y 3.
- TFUE: arts. 10, 19, 20, 83 y 87.

Antecedentes

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-84.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 24.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Ningún Tratado fundacional comunitario había proclamado explícitamente su respeto por los derechos de la infancia. Era lógico en el pasado, dado que las Comunidades Europeas no tienen competencia directa ni sobre la infancia ni sobre la familia, políticas y protecciones que son de competencia nacional. Hasta el Tratado de Niza de 2001 no se había mencionado a la infancia en un Tratado comunitario y se hacía desde la limitada perspectiva de la cooperación policial en orden a la persecución de los delitos contra los niños (art. 29 TUE). Pero no se incluía la posibilidad de una acción normativa que deba tener como resultado fomentar la protección de la infancia.

La protección del niño está consagrada en un instrumento propio elaborado en el marco de la Unión Europea. Es una novedad importante que el Tratado de la Unión adoptado en Lisboa reconozca como derecho vinculante la Carta de los Derechos Fundamentales que declara la protección de los derechos de los niños y niñas, al tiempo que fije como objetivo (art. 3 TUE) la protección de la infancia (*del niño* se dice en la versión española) y figure reiterada en dos ocasiones en el mismo precepto (en el apartado 3 referido a la infancia en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea y en el apartado 4 como condicionante de la acción exterior de ésta). Se introduce así, de forma expresa, un parámetro para controlar la legalidad de aquellos actos que puedan no proteger adecuadamente a la infancia.

Sin embargo, esa ausencia de competencia en el pasado no impidió al Consejo ni al Parlamento dejar la huella de las convicciones europeas en materia de familia e infancia mediante orientaciones sobre políticas de familia y otras materias en este ámbito desde 1989; además, hay un Observatorio Europeo de Políticas Familiares

que hace un informe anual sobre la evolución de esas políticas en los Estados miembros. También, hace ya muchos años, el Parlamento Europeo mostró cierta sensibilidad hacia los niños y niñas con dos interesantes resoluciones: Resolución de 13 de mayo de 1986 sobre la Carta Europea de los Derechos de los Niños hospitalizados y la Resolución de 8 de julio de 1992 sobre la Carta Europea de los Derechos del Niño (*DO* C 241, de 21 de septiembre de 1992).

Fueron los dramáticos sucesos de pedofilia descubiertos en Bélgica en 1995-1996 los que hicieron que la preocupación por la protección de la infancia fuera también en parte una responsabilidad de la Unión Europea. Numerosas declaraciones de las sucesivas presidencias, tomas de posición de la Comisión Europea, del Parlamento Europeo o del Consejo se fueron sucediendo en esos años.

Conviene recordar en todo caso que, como recuerda con frecuencia el Tribunal de Justicia, «la protección de los derechos de los niños está reconocida por diferentes instrumentos internacionales a los que los Estados miembros se han adherido o con los que han cooperado, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, y la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la citada Asamblea el 20 de noviembre de 1989 y que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de recordar que dichos instrumentos internacionales figuran entre los relativos a la protección de los derechos humanos que el Tribunal de Justicia tiene en cuenta para la aplicación de los principios generales del Derecho comunitario» (v., en particular, la sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento/Consejo*, C-540/03, apartado 37).

En otro orden de cosas, no se puede obviar una cierta crítica al uso del término *niño* en la Carta, preferencia sexista, cuando se pudo haber utilizado al menos en la versión española el término no sexista de infancia.

2. La protección general de la infancia en el Derecho Comunitario

A partir de la reforma del Tratado de Amsterdam ya se empezó a mencionar a la infancia en el texto de un Tratado comunitario en relación con la cooperación policial y judicial penal para prevenir y perseguir la trata de niños y niñas. En esta preocupación sobre los abusos sexuales contra la infancia se inscribe la Comunicación de la Comisión de 27 de noviembre de 1996 sobre la intensificación de la lucha contra el turismo sexual que implique a niños (*DO* C 3, de 7 de enero de 1997) o la Acción común del Consejo de 24 de febrero de 1997 contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, en virtud de la cual cada Estado miembro se compromete a revisar su legislación relativa a conductas de explotación, trata y abuso de personas, en especial niños, *que sean intencionadas* (*DO* L 63, de 4 de marzo de 1997). También en este orden de cosas se adoptó la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados de adultos que sean nacionales de países terceros (*DO* C 221, de 19 de julio de 1997). Igualmente entonces se llegó al acuerdo para que Europol se ocupase también del tráfico de seres humanos, en especial mujeres y niños, así como la creación de un centro de experiencias e información para la lucha contra la pedofilia y el reforzamiento de la cooperación judicial para combatir esa actividad ilícita (*DO* L 342 de 1996). Estos actos mostraban ya entonces un interés creciente en una protección especial.

Posteriores actos están imbuidos por el objetivo de protección como seres especialmente vulnerables. Conviene recordar que el derecho de los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias por razones relativas a la protección de los menores es reconocido por algunos instrumentos del Derecho Comunitario, tales como la Directiva 2000/31.

Cabe destacar la Decisión marco del Consejo de 19 de julio de 2002, relativa a la trata de seres humanos (*DO* L 203, de 1 de agosto de 1002). Se puede decir que en los últimos cinco o seis años la infancia y la juventud han suscitado entre actos normativos y libros blancos o informes una treintena de acciones en las que se aborda su educación, formación y empleo, la prevención de la violencia, la

prevención de la pobreza, la responsabilidad de los padres, la seguridad en Internet, la protección contra la explotación sexual y la integración social. El Informe más completo en el que se manifiesta una visión de conjunto ligada a la protección de los derechos fundamentales de la infancia es la comunicación de la Comisión de 4 de julio de 2006 «Hacia una estrategia europea sobre los derechos de la infancia» (con listado de todos los actos aprobados).

Desde el momento en que se decidió hacer en 1999 un texto propio de la Unión en materia de derechos fundamentales que sintetizara las obligaciones asumidas mediante convenios internacionales, era necesario dedicar algún precepto a la infancia. Así se hizo en la Carta de Niza de 7 de diciembre de 2000 (primera versión). El entonces art. 24 se refería a los derechos de la infancia, aunque otros preceptos como el art. 32 prohíben de forma rotunda el trabajo infantil y protege las condiciones en que se puede producir su acceso al trabajo, así como los arts. 7 y 33 protegen el derecho a la vida de familia (v. los comentarios específicos a dichos preceptos *infra*). En la Convención para el Futuro de Europa (2002-2003) se cambió el término *menor* por *niño,* como único cambio reseñable que se mantiene en el art. 24 de la Carta, tras las reformas del Tratado de Lisboa de 2007.

En el Informe explicativo sobre las fuentes en que se basaron los redactores de la Carta de los Derechos Fundamentales se reconoce que «Este artículo está basado en la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, firmada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por todos los Estados miembros, y, en particular, en sus artículos 3, 9, 12 y 13…».

Aunque sea obvio, hay que recordar que los niños, en tanto que seres humanos, son destinatarios y beneficiarios de normas internacionales generales y de sus mecanismos de garantías y gozan de las protecciones internacionales de los derechos humanos.

También en la medida en que tales niños y niñas tengan nacionalidad de algún Estado miembro o alguno de sus progenitores tengan la nacionalidad de un Estado miembro son destinatarios de las normas de la Unión que con carácter general se aprueban en el marco comunitario, como es la Directiva 2004/38 del Parlamento y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre libre desplazamiento y residencia de nacionales de la Unión y sus familias (*DO* L 229, de 29

de junio de 2004; su plazo de transposición expiró el 30 de abril de 2006, si bien refunde disposiciones en vigor —tres directivas de 1990—) e incluye en el articulado derechos o situaciones ya deducidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

Asimismo, los niños y niñas tienen derecho a disfrutar de los derechos y ventajas reconocidos en los Reglamentos 1612/68 y 1408/71 (tal como han sido modificados en diversas ocasiones; *DO* L 257, de 19 de octubre de 1968 —texto consolidado con las reformas posteriores de 27 de agosto de 1992, consleg. 1968R1612—) y, lo que es más importante, el derecho a no ser discriminados por razón de la nacionalidad (arts. 12 TCE y 17 TFUE).

También debe tenerse en cuenta la Directiva 2003/86 del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (*DO* L 251, de 3 de octubre de 2003), dado que el supuesto de aplicación de dicha Directiva es que el reagrupante es un extranjero con residencia legal y los miembros de la familia son también extranjeros. Excluye expresamente su aplicación a miembros de la familia de ciudadanos de la Unión (art. 3.3) a los que se aplica la Directiva 2004/38 anteriormente citada.

En general, las normas, por ejemplo, relativas a la libre circulación y residencia de los nacionales de Estados miembros de la Unión no están condicionadas a una determinada edad y por tanto son titulares de tales derechos los niños y niñas, ciudadanos de la Unión Europea, desde su nacimiento. Tiene interés seleccionar algunos casos sobre su aplicación judicial a menores.

Así, en el asunto *Chen,* concerniente a una niña de pocos meses de nacionalidad irlandesa (hija de padres chinos), el Tribunal estimó que basta el hecho de su nacionalidad irlandesa para aceptar que le son aplicables las disposiciones del Tratado, dado que su aptitud para ser titular del derecho de libre circulación y residencia no puede supeditarse a alcanzar una determinada edad o edad mínima; el Abogado General distinguió entre la capacidad jurídica para ser titular de derechos y obligaciones y la capacidad de obrar, es decir, de realizar actos que surtan efectos jurídicos, de la que carece, pero en estos casos el ordenamiento jurídico encarga a otros sujetos (padres, tutores) que decidan sobre el ejercicio de los derechos de los que es titular el menor. El Tribunal de Justicia de la Unión Eu-

ropea estimó que la progenitora de una ciudadana de la Unión de corta edad (la bebé) es también titular del derecho de libre circulación y residencia a los efectos de que pueda vivir con la menor, pues de otra forma ésta vería obstaculizado su derecho propio como consecuencia de que su madre fuera extranjera. Si se priva a la progenitora del derecho de residencia, se priva de todo efecto útil al derecho de residencia de la niña (TJCE, sentencia de 19 de octubre de 2004, *Secretary of State for the Home Department c. Catherine Zhu y Lavette Chen,* C-200/02).

Otras sentencias protegen el derecho a la vida familiar de la infancia, cualquiera que sea su nacionalidad, como es obvio. Así, en los asuntos *Baumbast* y *R* (TJCE, sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast, R c. Secretary for the Home Department,* C-413/99) se planteaban dos situaciones familiares semejantes. Por un lado, la señora Baumbast, de nacionalidad colombiana, casada con un alemán residente en el Reino Unido; ella tenía una hija de nacionalidad colombiana, más otra con doble nacionalidad —colombiana y alemana— nacida del matrimonio con el señor Baumbast. Debido a dificultades de su empresa, y al no encontrar trabajo en Reino Unido, el señor Baumbast pasó a trabajar para sociedades alemanas en el extranjero, si bien la vivienda familiar y la formación escolar de las hijas proseguía en dicho país y estaban cubiertas por un seguro médico. Al solicitar la madre el permiso de residencia por tiempo indefinido le fue denegado. Aceptó, sin embargo, que las hijas disfrutaran de un derecho de residencia en virtud del art. 12 del Reglamento 1612/68 (derecho a la escolaridad en el Estado de acogida aun cuando los padres se separen y el comunitario ya no sea trabajador en el Estado de acogida).

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la luz del respeto de la vida familiar (art. 8 CEDH) y del derecho a continuar su escolaridad en las mejores condiciones (art. 12 del Reglamento 1612), la denegación a los progenitores de la posibilidad de permanecer en el Estado miembro de acogida durante la escolaridad de sus hijos podría llevar a privar a éstos de un derecho que el legislador comunitario les ha reconocido.

Por otro lado, en ese mismo asunto *R,* una norteamericana casada con un francés, del que tuvo dos hijas, con doble nacionalidad francesa y norteamericana, residía en el Reino Unido. Se divorcia-

ron en 1992 y continuaron viviendo todos en dicho país. La madre solicitó residencia indefinida para ella y sus hijas, con las que convivía; le fue concedido a las hijas como miembros de la familia del trabajador comunitario (el padre), pero no a la madre. Para el Tribunal de Justicia, dada la importancia del derecho a la reagrupación familiar en el Estado de acogida, no tiene sentido interpretar que el Reglamento 1612/68 dé derecho de residencia y escolaridad a los hijos, mientras que los progenitores pueden perder sus derechos de estancia por el divorcio (caso *R*) o por dejar de trabajar en ese país (caso *Baumbast*).

En relación con las prestaciones por hijos menores, el Tribunal de Justicia afirma que no se puede condicionar la concesión de una prestación social de un régimen no contributivo a los nacionales de Estados miembros distintos del Estado de acogida, en cuyo territorio residen legalmente, a que estos últimos estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1612/68, cuando no se exige ningún requisito de este tipo a los nacionales del Estado miembro de acogida (TJCE, sentencia de 12 de mayo de 1998, *Martínez Sala c. Freistaat Bayern,* C-85/96 y sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Rudy Grzelczik,* C-184/99).

Ahora bien, además de los derechos y libertades reconocidos a los seres humanos y, en su caso, como ciudadanos comunitarios, la infancia es uno de los grupos de seres humanos a los que por razones objetivas y justificadas hay que dar un trato especialmente privilegiado. No se les puede tratar, sin más, como a cualesquiera otros seres humanos bajo el prisma de un principio formal de igualdad. Hay una general aceptación, en los textos jurídicos internos e internacionales, de la necesidad de una protección especial de la infancia.

3. Las protecciones especiales para la infancia: derecho al bienestar material y afectivo

El art. 24 no precisa la frontera entre la infancia y la edad adulta, pero es obvio que al ser su fuente la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, son los 18 años, salvo que la legislación interna establezca la mayoría de edad en una edad anterior.

El art. 24 de la Carta les reconoce derechos y protecciones especiales a todos los niños que se encuentren en el territorio de los Estados miembros. Tiene un alcance universal, sin estar condicionado a tener la nacionalidad de un Estado miembro y ser ciudadanos de la Unión.

Tanto el ordenamiento interno como el internacional, incluido el europeo, prevén protecciones específicas que se añaden a los derechos y protecciones generales del ser humano. La razón objetiva que justifica un trato especialmente favorable se basa en que la infancia es una etapa de la vida en la que se es dependiente de otros seres humanos.

En la niñez, especialmente en los primeros años de vida, todos los seres humanos necesitan ser alimentados, vestidos y cuidados, dependiendo absolutamente de los adultos. Pasados los primeros años de vida, siguen dependiendo de los adultos para esas necesidades materiales y se añaden otras como consecuencia de su falta de madurez física e intelectual. Posteriormente, la prioridad de su crecimiento y de su formación se ve condicionada por el necesario apoyo de los adultos.

El bienestar que se les debe garantizar en el marco de la Unión comprende, por tanto, todos los campos: la salud o bienestar físico, moral, intelectual, etc. La Unión debe fomentar y sus Estados miembros adoptar medidas positivas de protección que garanticen ese bienestar al que tienen derecho. También conlleva un límite u obligación de abstenerse, la Unión y los Estados, de adoptar medidas que perjudiquen o impidan ese bienestar.

La infancia puede gozar también de otras protecciones especiales que se dispensen a otros grupos, si además el niño o la niña se encuentra en situaciones de desventaja como son los niños y niñas con discapacidades, abandonados o pertenecientes a minorías religiosas o a minorías étnicas, etc.

En definitiva, la infancia depende de una protección legal antes y después de su nacimiento (aunque la Carta no se refiera a ello, pero sí la Convención de las Naciones Unidas), y que le debe ser dada de forma específica tanto mediante normas internas como mediante convenios concluidos en el marco de los organismos especializados, como es el caso de la Convención de los Derechos del Niño, firmada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 bajo los

auspicios de la ONU (*BOE* de 31 de diciembre de 1990, en vigor para España desde el 5 de enero de 1991).

El párrafo tercero del art. 24 se refiere a las relaciones del niño con sus progenitores. En el Informe explicativo se dice esto sobre ese párrafo: «En el apartado 3 se toma en consideración el hecho de que, como parte del establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, la legislación de la Unión en asuntos civiles con repercusiones transfronterizas, para la cual el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea confiere competencias, puede incluir en particular el derecho de visita que garantiza a los niños poder mantener de forma periódica contacto personal y directo con su padre y con su madre».

Con carácter general, los niños necesitan y deberían poder contar con el cariño y afecto de sus padres; el párrafo tercero subraya ese interés y ese derecho de los niños y, combinado con el art. 7, el respeto a su vida familiar. El derecho de los niños a ver y relacionarse con sus padres (y por analogía a otras situaciones como el acogimiento) resulta casi obvio para el desarrollo normal de su personalidad, salvo que la conducta u otras circunstancias hagan tal relación natural contraria a sus intereses.

La Carta elude mencionar el reagrupamiento familiar en el marco de la protección de toda la infancia en la Unión, pero la reagrupación está muy relacionado con el párrafo tercero del art. 24 y ya se ha señalado que con anterioridad a la Carta de Niza el derecho derivado de la Unión Europea viene regulando y protegiendo este derecho (entre otras, Directivas citadas 2003/86 —para inmigrantes— y 2004/38 —ciudadanos de la Unión Europea—).

Este problema, a propósito de la Directiva 2003/86, fue el centro del debate en una sentencia del Tribunal de Justicia en la que éste cita directamente, como también las partes en el litigio a raíz de la demanda del Parlamento Europeo, el art. 24 de la Carta de Niza e interpreta el caso litigioso a la luz de la normativa comunitaria e internacional en vigor (el Convenio de Nueva York de 1989). El Tribunal reconoce que el niño precisa mantener regularmente relaciones personales con sus padres, que el interés superior del niño debe ser tenido en cuenta siempre y que es necesario examinar todas las circunstancias que le rodean, pero el precepto no conlleva automatismo en el sentido de deducir un derecho subjetivo a la rea-

grupación familiar en el caso, por ejemplo, de niños que llegan aisladamente de sus padres al territorio de la Unión. En estos casos difíciles, las autoridades gozan de un cierto margen de apreciación según la normativa derivada, pero deben ponderar los diversos intereses en juego con el interés superior del niño (TJCE, sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo,* C-540/03).

4. El interés superior del niño

Como no podía ser de otra forma la Carta establece, siguiendo la Convención de 1989, que la norma-guía de toda actuación relacionada con la infancia es el denominado «interés superior del niño» (art. 3 de la Convención de las Naciones Unidas y art. 24.2 de la Carta). Ciertamente, es una noción subjetiva y actúa fundamentalmente en el campo de la tutela judicial. El interés superior del niño es un concepto amplio que hace referencia a su desarrollo integral, físico, mental, espiritual, moral y social. Lo que sucede es que siempre habrá un cierto margen en su aplicación dependiendo del criterio de la persona, institución u organizaciones que lleven a cabo la protección y tengan que decidir por el niño. Como se ha puesto de relieve, este criterio está ligado al hecho de que el niño en muchas ocasiones no puede ejercitar por sí solo los derechos y serán personas individuales o colectivas o instituciones las que los hagan efectivos: aparece, pues, como criterio o pauta de la aplicación de estas normas (Díaz Barrado 1991, 193-194). Para este autor se configura como obligación imprecisa que puede dar lugar a un conflicto de intereses: los del niño, padres, tutores, Estado, sociedad; en todo caso, la prioridad son los derechos del niño.

La Carta pone también cierto énfasis en la libre opinión de los niños y en la conveniencia de tomarla en cuenta en función de su edad y madurez (párrafo primero del art. 24). Además, en materia de garantías penales tiene las de todo ser humano, pero debe ser tratado teniendo en cuenta su edad, y si es preciso será protegido mediante organismos específicos. Hay que reconocer que en esta materia ya se había alcanzado un gran nivel técnico mediante las denominadas Reglas de Beijing (Reglas mínimas de las Naciones Uni-

das para la administración de la justicia de menores, Resolución AGNU 40/33, de 29 de noviembre de 1985).

En el marco relativo a los litigios que afectan a la infancia, los niños deben ser informados y oídos y, en función de las circunstancias, pueden pedir la designación de un representante legal en caso de conflicto con los intereses de quienes asumen la patria potestad o su tutela legal. En esta materia la norma de referencia general son las Reglas de Beijing antes mencionadas y un Convenio europeo, en el marco del Consejo de Europa, sobre el ejercicio de los derechos de los niños, de 25 de enero de 1996. Son los derechos procedimentales de los niños; se establecen deberes específicos para los jueces en relación con las informaciones que deben dar a los niños, o con la diligencia con la que se debe actuar respecto de los asuntos relacionados con niños, etc.

Más específicamente, en el ámbito comunitario hay que aplicar la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (*DO* L 82). Aplicando dicha norma, el Tribunal de Justicia ha establecido en una sentencia ejemplar, frente a las habituales y crueles prácticas por parte de jueces, fiscales y abogados respecto de la infancia, que «el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que en el asunto principal aleguen haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta» (TJCE, sentencia de 16 de junio de 2005, *Maria Pupino,* C-105/03).

En otro importante asunto ha tenido que pronunciarse de nuevo por el sentido del interés superior reconociendo que «la protección del niño constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado CE, como la libre circulación de mercancías», si tales restricciones son adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no van más allá de lo necesario para alcanzarlo. El Tribunal estima que si bien corresponde a los Estados miembros, «a falta de armonización comunitaria, apreciar el nivel al que pretenden garantizar la protección del interés en cuestión, no es menos cierto que dicha facultad de apreciación debe ejercerse dentro del respeto a las obligaciones que se derivan del Derecho comuni-

tario». En este litigio estimó sin duda alguna «que prohibir la venta y la entrega por correo de soportes gráficos que no han sido objeto, por la autoridad competente, de un control y de una clasificación a efectos de la protección de los menores y que no llevan una indicación, que emane de dicha autoridad, de la edad a partir de la que pueden verse, constituye una medida que protege al niño contra toda información y material perjudiciales para su bienestar». Esta protección del niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar en un Estado miembro, independientemente de la posición de los restantes Estados miembros «no puede tener incidencia en la apreciación de la proporcionalidad de las disposiciones nacionales adoptadas en la materia. Éstas deben apreciarse solamente en relación con el objetivo perseguido y con el nivel de protección que el Estado miembro interesado pretende garantizar» (TJCE, sentencia de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH y Avides Media AG,* C-244/06, apartados 41-49).

Bibliografía

Bifulco, R., M. Cartabia y A. Celotto, coords. *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.* Bolonia: Il Mulino, 2001.

Comisión Europea. «Hacia una estrategia europea sobre los derechos de la infancia». *COM (2006) 367 final*, de 4 de julio de 2006.

Díaz Barrado, C. «La Convención sobre los Derechos del Niño». *Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de Córdoba.* Universidad de Córdoba: 1991.

Fernández Sola, N. *La protección internacional de los derechos del niño.* Zaragoza: Colección El Justicia de Aragón, 1994.

FUNCOE. *El futuro de la infancia en Europa.* Madrid: 1998.

Lenaerts, K. y E. Smijter. «A "Bill of rights" for the European Union». *Common Market Law Review* (2001): pp. 273 y ss.

McConnick, N. «Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos». *Anuario de Filosofía del Derecho* (1988): pp. 295 y ss.

Mangas Martín, A. «La protección internacional de los Derechos del Niño». *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja* 4 (1998): pp. 7 y ss.

Pérez Vera, E. «El Convenio sobre los Derechos del Niño». *Garantía internacional de los derechos sociales.* Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales. Documentos internacionales, 1990.

Rodríguez Mateos, P. «La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del Niño». *Revista Española de Derecho Internacional* 2 (1992): pp. 465 y ss.

Velázquez Sánchez, M. del M. «La protección de menores en la Unión Europea: el Reglamento comunitario 2001/2003». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 11, 2006.

Verdugo, M. A. y V. Soler-Sala, comps. *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI.* Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1996.

Artículo 25
Derechos de las personas mayores

La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.

Preceptos relacionados

- Carta: párrafo segundo del Preámbulo; arts. 1, 7, 20, 21, 34 y 52.
- TUE (TLisboa): arts. 2 y 3.
- TFUE: arts. 10, 19 y 20.

Antecedentes

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-85.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 25.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La sensibilidad por los problemas de las personas mayores demuestra el grado de civilización y solidaridad de una sociedad. Es relativamente más fácil preocuparse por la infancia y los jóvenes, pues ellos en pocos años serán necesarios y productivos para el sistema económico, eventualmente para el ejército, y el sostenimiento general de un país. Pero a veces la sociedad, de forma injusta, margina a los ancianos estimando que ya no contribuyen más a la riqueza nacional y que son una carga para la seguridad social. Las personas mayores han sido consideradas como *inactivos* en la terminología comunitarista y económica; claro que esta adjetivación también se les daba a los estudiantes o a los rentistas en el marco comunitario.

Las personas mayores han contribuido con su esfuerzo a la riqueza presente y a la educación de las generaciones; su experiencia sigue siendo un factor de riqueza y su actividad como seres humanos y ciudadanos también sigue siendo un motor de la economía.

Los instrumentos internacionales y europeos se refieren fundamentalmente a la vejez desde el punto de vista de la necesidad de asegurarles unos recursos económicos suficientes y una asistencia sanitaria y social; en este sentido fueron redactados el art. 25 de la Declaración Universal, incluso también la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales.

Aunque el Informe explicativo de los redactores de la Carta dice que la fuente de este precepto expresa una continuidad de ideas con instrumentos europeos como «… el artículo 23 de la Carta Social Europea revisada y en los artículos 24 y 25 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. La participación en la vida social y cultural incluye por supuesto la participación en la vida política», creo que hay algo peculiar en la ubicación del art. 25.

2. Significado y alcance de la protección especial

Si el Tratado se limitase a la más que digna preocupación por su seguridad económica y cuidados médicos, se habría limitado al precepto previsto en el marco del Título dedicado a la *solidaridad* (prestaciones de seguridad social y servicios sociales de protección frente a la dependencia o la vejez, art. 34).

Sin embargo, el Tratado parte de la igualdad de trato para todas las personas y la obligación de no discriminar por razón de edad; y, a continuación, se refiere a una realidad y en todo caso a un riesgo de marginación de las personas mayores, por lo que frente a la igualdad formal de los arts. 20 y 21 de la Carta, adopta la prevención de una protección especial a favor de quienes materialmente son desiguales y no gozan de condiciones de igualdad con la población activa y sin los riesgos generales del envejecimiento.

Las personas mayores son especialmente vulnerables, ya sea por sus condiciones físicas mermadas por el ciclo vital y la necesidad de dependencia parcial o total de otras personas, ya sea además por sus recursos económicos escasos, ya porque además sean mujeres. Con frecuencia el daño que sufren en mayor medida es a su dignidad como seres humanos. Por este solo riesgo merecen y están legitimados para exigir una tutela especial de los poderes públicos.

Ahora bien, reconozcamos que la Carta utiliza en algunos de los derechos un lenguaje jurídicamente ambiguo. No afirma que garantizará el disfrute de estos derechos en relación con los ancianos (éste es un defecto bastante general en la redacción de la Carta), sino que proclama que «la Unión reconoce y respeta…».

El enfoque del Tratado Constitucional apuesta por la consideración de los ancianos como ciudadanos *activos* en condiciones de igualdad con los ciudadanos laboralmente activos y una fuente de riqueza en todos los órdenes para la sociedad europea, por lo que los poderes públicos deben promover políticas que les animen a llevar una vida independiente, a gozar de la solidaridad de éstos y de la sociedad para llevar una vida digna e independiente e incorporarse, a ser posible, a la sociedad de forma distinta a la de su vida laboral. Podríamos decir, siguiendo un lema contemporáneo, que *otra* vida activa es posible.

Es un dato bien conocido de nuestro tiempo el relativo al progresivo *envejecimiento* de la sociedad europea, debido tanto a la mayor esperanza de vida de la ciudadanía europea (entre siete y ocho años más en los últimas décadas) como al descenso de los nacimientos. Ello ha dado lugar a un amplio aumento del número de personas mayores en la pirámide poblacional. Aunque sólo sea por su importante número, que seguirá siendo cada vez mayor, los ancianos (y no tan ancianos) deben tener una gran importancia en las políticas públicas de los Estados miembros.

El envejecimiento de la población tiene tan serias implicaciones en todos los niveles que vienen siendo objeto de estudio en las administraciones, en la investigación social y en la empresa privada. De hecho, en los últimos años se están revisando aquellas actuaciones públicas y privadas que han fomentado la salida precoz del mercado de trabajo de los mayores. Las políticas públicas deben tener en cuenta, por un lado, los efectos del crecimiento de pensionistas y la disminución de personas en edad de trabajar en los regímenes de seguridad social y en los presupuestos públicos; y, en todo caso, su integración en la sociedad con papeles diversos a los de la vida laboral activa, su cooperación con el resto de la sociedad y la solidaridad y equidad entre generaciones.

Esta actuación especial para integrar a las personas mayores en la vida activa de una sociedad es una exigencia jurídica derivada de la prohibición de discriminación por razón de la edad (art. 21).

Esa participación en la vida social y cultural exige la promoción de políticas desde el marco de la Unión Europea que comprometan a todas las edades, y, en concreto, una estrategia que permita y anime a las personas mayores a seguir participando en la vida activa, cultural, social y política. Diversos programas comunitarios, en el marco de la acción de la Unión Europea, reconocen que el número cada vez mayor de personas jubiladas constituye una infraexplotada riqueza de experiencia y talento.

Sin duda, su participación activa es un plus que distingue este precepto. Pero sin olvidar lo básico y lo realmente importante. Y es que se les debería garantizar que tuvieran cubiertas sus necesidades mínimas: alojamiento adecuado, alimentación, asistencia social y sanitaria y pensiones suficientes.

La equidad entre las generaciones exige que se conceda más importancia a los sistemas de protección y asistencia, facilitándoles su

independencia mediante la promoción de un envejecimiento sano, la prevención de los accidentes y la rehabilitación necesaria tras una enfermedad, evitando los riesgos permanentes de exclusión social y pobreza relacionados con la edad. Si a ello añadimos el derecho a no ser discriminados por razón de sexo y el modelo social de pensiones de jubilación y viudedad basado en el varón como sustento familiar, las mujeres ancianas siguen sufriendo en algunos Estados, como es el caso de España, graves discriminaciones con pensiones inferiores a las de los hombres.

Bibliografía

Benedetelli, M. V. *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee*. Padua: CEDAM, 1989.

Bifulco, R., M. Cartabia y A. Celotto, coords. *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2001.

Dollat, P. «Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union Européenne». *Journal des Tribunaux Droit européen* (marzo 2002): pp. 57 y ss.

Chiti, G. «Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam». *Riv. Dir. Pubbl. Com.* (2000): pp. 870 y ss.

Lenaerts, K. y E. Smijter. «A "Bill of rights" for the European Union». *Common Market Law Review* (2001): pp. 273 y ss.

Lenaerts, K. «L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples». *Cahiers de Droit Européen* 1 (1991): pp. 17 y ss.

Meenan, H. «Age discrimination-Of Cinderella and *The Golden Bough*». En H. Meenan, ed. *Equality Law in an Enlarged European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 278 y ss.

Artículo 26
Integración de las personas discapacitadas

La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

Preceptos relacionados

- Carta: arts. 1, 7, 20, 21, 24, 25, 34 y 52.
- TUE (TLisboa): arts. 2 y 3.
- TFUE: arts. 10, 19, 20 y 153.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión de vigor del TUE y del TCE: art. 13 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-86.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 26.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Frente a las prohibiciones o inhabilitaciones que en el pasado sufrieron las personas con discapacidad, la Carta de los Derechos Fundamentales sigue la estela de la nueva conciencia social de las últimas décadas y de otros textos europeos que ya habían dedicado algún precepto a establecer las bases de *políticas de integración* de las personas con discapacidad. El Informe explicativo recuerda que «el principio incluido en este artículo se basa en el artículo 15 de la Carta Social Europea y se inspira igualmente en el punto 26 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores».

Aunque resulte obvio decirlo, las personas con discapacidad gozan de entrada de los mismos derechos que todas las personas. Son personas. Partiendo del derecho a la igualdad y del derecho de toda persona a no ser discriminado, se fundamentan políticas públicas que compensen las seguras desigualdades materiales y les faciliten el ejercicio de sus derechos humanos. Además, con frecuencia la eventual marginación como persona con discapacidad se multiplica por el efecto combinado de la discriminación sexual por ser mujer, o niño, o anciano, o de una determinada etnia o practicar determinada religión.

Una protección especial es necesaria y está plenamente justificada para que puedan estar en condiciones semejantes a las de las restantes personas para poder disfrutar de sus derechos. La protección especial del art. 26 es un derecho accesorio que permite alcanzar la igualdad de oportunidades para el disfrute de los derechos fundamentales como ciudadano. De otro modo podrían quedar excluidos.

La preocupación por llevar la integración de las personas con discapacidad a la acción comunitaria no se remonta muy atrás. Uno de sus primeros documentos, anterior al Tratado de Amsterdam

con su art. 13 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) como base jurídica para luchar contra su discriminación, no se elaboró hasta 1996 [*COM (96) 406 final*, 30 de julio de 1996]. La estrategia entonces iniciada supuso, por un lado, comenzar el diálogo político entre representantes de alto nivel de los Estados miembros para intercambio de información y prácticas en la materia; de otro, la Comisión propuso y logró integrar transversalmente los problemas de la discapacidad en el proceso legislativo, de modo que la discapacidad sea tenida en cuenta en todas las políticas comunitarias y también apelar al diálogo con la sociedad y las asociaciones interesadas.

Un instrumento de desarrollo del art. 13 del TCE (idéntico al art. 19 TFUE) ha sido la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (*DO* L 303), en la que se reconoce que el hecho de no efectuar *ajustes razonables* en el lugar de trabajo puede constituir una discriminación.

Otras normas de derecho derivado, que enunciaremos, completan el marco jurídico de la protección especial.

2. Significado y alcance de la protección especial

El art. 26 parte del mismo lenguaje ambiguo que en otros preceptos en los que el objetivo no es tanto articular un derecho subjetivo como fomentar acciones estructuradas por parte de los Estados; de ahí que se diga que reconoce y respeta sus derechos y marca los objetivos de las políticas comunitarias para eliminar las desigualdades que les impidan el pleno disfrute de sus derechos en un marco de vida integrada.

Es cierto que de este precepto no se pueden derivar derechos subjetivos exigibles judicialmente pero sí que se encuentra el reconocimiento de la legalidad de las medidas positivas que sean necesarias para asegurar su igualdad de oportunidades y su integración plena en la sociedad: en la educación, en el empleo, en el ocio y cultura, en la vida política.

El art. 26 de la Carta da por hecho el concepto de personas con discapacidad sin hacer alguna referencia que les distinga de personas dependientes como los ancianos o los enfermos. Por ejemplo,

cabría acudir a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de la Organización Mundial de la Salud. La CIF define la discapacidad como un término genérico que incluye deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones a la participación para indicar los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una determinada condición de salud y sus factores contextuales, ambientales y personales.

Habrá que atenerse al concepto que se utiliza en diversas legislaciones para distinguir situaciones de falta de autonomía de la específica situación de las personas que presentan alguna disminución física, síquica o sensorial. De su concreto enunciado cabe criticar la expresión no del todo afortunada de *personas discapacitadas* frente a la más respetuosa y exacta de personas *con discapacidad* que se va afianzando (por ejemplo, Convenio de Naciones Unidas de 2007).

En el asunto *Sonia Chacón Navas* el abogado general Geelhoed declaraba que «La prohibición de discriminación por motivo de discapacidad establecida en el artículo 13 CE, tal como la desarrolla la Directiva 2000/78, implica un requisito cualitativo general que los Estados miembros deben cumplir cuando legislan y adoptan actos administrativos en materia de empleo y ocupación con respecto a los discapacitados y que también debe cumplirse en las relaciones horizontales entre empresarios y trabajadores en el mercado laboral… Por este motivo es correcto elegir el artículo 13 CE como única base jurídica de la prohibición general de discriminación por motivo de discapacidad. En consecuencia, procederá responder a las cuestiones planteadas a la luz de los términos y del alcance de esta disposición». Entendía que «el concepto de "discapacidad" es un concepto jurídico indeterminado susceptible de múltiples interpretaciones en su aplicación práctica».

El Abogado General añadía precisiones de importancia: «Los discapacitados son personas con serias limitaciones funcionales (discapacidades) causadas por deficiencias físicas, mentales o psíquicas… Ello permite llegar a dos conclusiones: -debe tratarse de limitaciones, de carácter duradero o permanente, que tengan su origen en un problema de salud o en una malformación fisiológica de la persona afectada; -el problema de salud, como causa de la limitación funcional, debe diferenciarse, en principio, de esta limitación… En consecuencia, una enfermedad como causa de una posible futura discapacidad

no puede asimilarse, en principio, a tal discapacidad y, por lo tanto, no constituye ningún indicio para la prohibición de discriminación, en el sentido del artículo 13 CE, en relación con la Directiva 2000/78… Sólo existe una excepción a esta regla si a lo largo de la enfermedad se manifiestan limitaciones duraderas o permanentes que también puedan calificarse de discapacidades, sin perjuicio de la enfermedad que sigue su curso» (Conclusiones, asunto C-13/05, de 16 de marzo de 2006, párrafos 44, 45, 57, 76-79).

También el Tribunal de Justicia ha confirmado que es preciso excluir la equiparación pura y simple de los conceptos de *discapacidad* y de *enfermedad*. «La importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período. Por lo tanto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de "discapacidad", se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración…» (TJCE, sentencia de 11 de julio de 2006, C-13/05, *Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades*).

En otra sentencia el Tribunal ha hecho una interpretación muy progresiva de la discriminación por discapacidad, al entender que la Directiva 2000/78 (*DO* L 303, de 2000) debe interpretarse «en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resultaría contrario a la prohibición de discriminación directa», entendiendo, además, que la prohibición de acoso no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas (sentencia de 17 de julio de 2008, *S. Coleman c. Attridge Law*, C-303-06).

Diversas normas de Derecho derivado, además de la citada Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000 que establece el mar-

co general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, han abordado situaciones relacionadas con las personas con discapacidad; así, la Directiva 89/654/CE, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo, prevé que «los lugares de trabajo deberán estar acondicionados teniendo en cuenta, en su caso, a los trabajadores minusválidos» (*DO* L 393, de 30 de diciembre de 1989). Por otra parte, con el fin de facilitar la movilidad de las personas con discapacidad, la Unión ya se ha comprometido a reducir el número de prestaciones de invalidez que no son exportables de un Estado miembro a otro [modificación prevista del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 relativo a los regímenes de seguridad social].

A su vez, se adoptó el Reglamento 2204/2002 relativo a las ayudas estatales para el empleo (*DO* L 337, art. 5), en el que se autoriza a los Estados miembros a financiar hasta un 60% de los costes salariales anuales y de las cotizaciones de seguridad social cuando una empresa contrate de forma permanente a un trabajador con discapacidad. Asimismo, puede concederse una ayuda para compensar toda reducción de productividad o permitir una adaptación de las instalaciones.

Este interés se ha mantenido e intensificado con iniciativas como la proclamación del año 2003 «Año Europeo de las personas con discapacidad» que tuvo un efecto muy positivo de sensibilización de toda la sociedad europea o el plan de acción como fue «Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo» (*COM (2003) 650*, 30 de octubre de 2003), estableciendo como prioridades:

— el acceso al empleo y el mantenimiento en la vida activa, incluida la lucha contra la discriminación;
— el aprendizaje permanente, como medio para apoyar y reforzar la capacidad de inserción profesional, la adaptabilidad, el desarrollo personal y la ciudadanía activa;
— las nuevas tecnologías, como instrumento para potenciar el papel de las personas con discapacidad y, por ende, para facilitar su acceso al empleo;
— la accesibilidad del entorno público construido, como medio para mejorar la participación en el trabajo y la integración en la economía y la sociedad.

En dicho Informe la Comisión hacía hincapié en «brindar un apoyo adecuado a las personas con discapacidad que no pueden obtener ingresos suficientes de una actividad profesional, así como para promover el acceso al empleo de aquellas personas que, aunque tienen capacidad para ganarse la vida, están excluidas del mercado de trabajo, son esenciales sistemas de protección social modernos. Así, por ejemplo, cada vez se presta mayor atención a la disponibilidad de incentivos en forma de prestaciones relacionadas con el empleo, a fin de hacer que el trabajo resulte rentable y de paliar los efectos de lo que se conoce como "trampas de la asistencia"». Este cambio de orientación, que trata de evitar la dependencia duradera de las prestaciones sociales pasivas privilegiando medidas activas del mercado de trabajo, tendrá un efecto positivo en la situación económica de los beneficiarios, así como en su autoestima, a condición de que se tengan en cuenta las situaciones individuales. También podría mejorar la estructura y la calidad del gasto público y contribuir a su viabilidad a medio y largo plazo.

El Reglamento sobre los derechos de las personas con discapacidad y de las personas de movilidad reducida en el transporte aéreo obliga a prestar servicio gratuito de asistencia a las personas con discapacidad, así como a disponer de personal preparado para ayudarles [Reglamento (CE) núm. 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, *DO* L 204, de 26 de julio de 2006].

En esa misma perspectiva, el año 2007 fue proclamado «Año Europeo de Igualdad de Oportunidades para Todos». También cabe mencionar los programas plurianuales para luchar contra la discriminación y la inclusión efectiva de las personas con discapacidad, como el plan de acción sobre discapacidad y su Estrategia europea sobre discapacidad (2004-2010). De estas acciones se deduce el compromiso de la Unión para reforzar las medidas destinadas a la incorporación de las personas con minusvalía en la vida profesional, en el marco de la estrategia europea para el empleo en el que también destaca la iniciativa comunitaria EQUAL y la Estrategia europea de empleo [*Disability mainstreaming in the European Employemen Strategy*, EMCO/11/290605 (2005)]. En el Programa *eLearning* de la Comisión se mencionan expresamente las necesidades de las personas con discapacidad, al igual que en el plan de acción relativo al

aprendizaje de idiomas y la diversidad lingüística, y en el que tiene por objeto las capacidades y la movilidad.

Diversos programas persiguen garantizar un acceso mejorado y efectivo de las personas con discapacidad al lugar de trabajo mediante el diseño y la construcción de edificios que respeten el principio de diseño universal (o *diseño para todos*), o su acceso a las infraestructuras culturales y de ocio, a los programas de turismo, a los transportes, a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, etc. Igualmente, diversos instrumentos financieros facilitan políticas de integración; así, el Fondo Social Europeo da preferencia a proyectos que faciliten el acceso a personas con discapacidad o mejoran sus capacidad de empleo o los Programas marco de Investigación incluyen la discapacidad entre sus ámbitos preferenciales.

Las obligaciones formales en relación con esta categoría de personas son las siguientes:

— prohibir a todos los poderes públicos cualquier discriminación por razón de discapacidad y, por tanto, no ser tratado de forma desfavorable por el hecho de la discapacidad (art. 21 de la Carta);
— los poderes públicos comunitarios se comprometen a adoptar las medidas necesarias para combatir la discriminación por razón de la discapacidad (art. 13 TCE y 19 TFUE), como la citada Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (*DO* L 303) y las otras normas mencionadas;
— los poderes públicos comunitarios deben integrar el conjunto de circunstancias que les conciernen en las políticas públicas, previniendo y evitando consecuencias perjudiciales y actuando de forma positiva (sistemas de cuotas o reserva de puestos de trabajo, financiando o subvencionando determinadas adaptaciones); el art. 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) integra el objetivo de la no discriminación por razón de discapacidad en la formulación de propuestas de políticas comunitarias (transversalidad o *mainstreaming*). Naturalmente, también sería deseable que todos los poderes públicos nacionales incluyesen la elimina-

ción de las desigualdades que sufren las personas con discapacidad en sus diversas políticas;

— la prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los arts. 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate (TJCE, sentencia de 11 de julio de 2006, C-13/05, *Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades*).

— y el precepto que comentamos (art. 26) prevé un trato más favorable y medidas que compensen su desigualdad con dos finalidades u objetivos: 1) que puedan gozar de autonomía, y 2) que se puedan integrar en la vida social y profesional y la vida política activa.

Mediante diversas iniciativas, la Unión viene promoviendo políticas que eviten el problema de la exclusión y la infraparticipación de las personas con discapacidades, eliminando los diversos obstáculos a la igualdad de oportunidades y a la plena participación en todos los aspectos de la vida social, cultural y política.

El objetivo no es meramente asistencial o pasivo; es mucho más importante su integración y su participación activa en la vida social y económica e impulsar la eliminación de las barreras, además de las físicas, de tipo técnico y jurídico que impiden su plena y regular integración en todos los campos de la actividad humana.

Además, la Unión ha sido un actor activo en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas, mientras se discutió el Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad influyendo su derecho en el reciente Convenio de Naciones Unidas puesto a la firma el 30 de marzo de 2007 [la posición de la Comisión puede verse en *COM (2003) 16 final*, de 24 de enero de 2003]. En dicho Informe la Comisión pedía «… que se adopte un instrumento jurídicamente vinculante eficaz y realista para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

Este instrumento debería inspirarse en los siguientes principios generales:

— reafirmar a nivel legislativo el principio de que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos fundamentales que el resto de la humanidad;
— reafirmar a nivel legislativo los valores esenciales en juego: a saber, la igualdad, la dignidad, la libertad y la solidaridad;
— garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio real y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos, luchando contra cualquier forma de discriminación basada en la discapacidad y promoviendo la igualdad de trato y la toma en consideración de la diferencia.

El instrumento en cuestión debería mencionar y definir todos los derechos humanos, incluidos los derechos políticos y civiles fundamentales y los derechos económicos, sociales y culturales. Conforme al planteamiento al que se ha hecho referencia, basado en la persona como titular de derechos humanos, dicho instrumento debería imponer a los Estados que lo ratifiquen la obligación de hacer todo lo posible por garantizar que las personas con discapacidad estén en condiciones de ejercer realmente sus derechos. El establecimiento de un mecanismo eficaz de supervisión y la especificación de disposiciones de ejecución son aspectos decisivos para garantizar la aplicación eficaz de este nuevo instrumento internacional».

Mediante el reconocimiento de derechos específicos para las personas con discapacidad, la Unión Europea reafirma su compromiso de hacer realidad el principio de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y de evitar o suprimir cualquier forma de discriminación negativa por motivo de discapacidad.

Bibliografía

Biel Portero, I. «Los derechos de las personas con discapacidad y las personas con movilidad reducida en el transporte aéreo. Comentario al reglamento (CE) núm. 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006». *Revista General de Derecho Europeo* 13 (2007).

BIFULCO, R., M. CARTABIA y A. CELOTTO coords. *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2001.

CARDONA LLORENS, J. «Migración, Derechos Humanos y Discapacidad». En F. Aldecoa Luzárraga y J. M. Sobrino Heredia, dirs. *Migraciones y desarrollo*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 47 y ss.

HOSKING, D. L. «Great Expectations: Protection from Discrimination Because of Disability in Community Law». *European Law Review* 5. Vol. 31 (2006): pp. 667 y ss.

LENAERTS, K. y E. SMIJTER. «A "Bill of rights" for the European Union». *Common Market Law Review* (2001): pp. 273 y ss.

QUINN, G. «Disability discrimination law in the European Union». En H. Meenan, ed. *Equality Law in an Enlarged European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 231 y ss.

SANJOSÉ GIL, A. «El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 13 (2007).

SERRANO GARCÍA, I. *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Madrid: IUSTEL, 2008.

VV. AA. *Derechos humanos de las personas con discapacidad: la convención de las Naciones Unidas*. Madrid: 2007.

WADDINGTON, L. *From Rome to Nice in a wheelchair. The Development of a European Disability Policy*. Maastricht: Europe Law Publishing, 2006.

TÍTULO IV

SOLIDARIDAD

Artículo 27
Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa

Deberá garantizarse a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación, en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales.

Preceptos relacionados

- Carta: arts. 12 y 28-32.
- TFUE: arts. 154 y 155.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 137-139 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: I-48, II-87 y III-210-III-212.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 27.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

El derecho de información y consulta es un derecho fundamental de los trabajadores estrechamente relacionado con el diálogo social y que cuenta con un amplio reconocimiento por parte de normas internacionales y de normas comunitarias, basadas en las competencias de la Unión Europea en materia de política social. En el modelo del Estado social europeo, este derecho es la manifestación de un modo de articular las relaciones laborales, basado en una lógica de implicación y cooperación de los trabajadores en la organización de la empresa, aceptando, desde la defensa de sus intereses específicos, una *corresponsabilidad* en su dinámica de funcionamiento en condiciones de competitividad y adaptación permanente a los imperativos del mercado. En una economía de mercado, este derecho de los trabajadores es el contrapeso al derecho a dirigir la empresa por parte del titular de la iniciativa económica (Monereo Pérez 2004, 1069 y 1070).

El derecho de información y consulta de los trabajadores en la empresa no se menciona en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH), pero sí se regula en el art. 21 de la Carta Social Europea revisada y en los apartados 17 y 18 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (CCDSFT). El art. 21 de la Carta Social Europea revisada protege este derecho obligando a los Estados parte a:

— informar a los trabajadores en tiempo oportuno y de forma comprensible sobre la situación económica y financiera de la empresa, aunque las informaciones sensibles pueden restringirse o exigir confidencialidad a los trabajadores;
— consultar con los trabajadores las decisiones empresariales previstas y que puedan afectar sustancialmente a los intereses de éstos, especialmente las que tienen consecuencias importantes sobre el empleo en la empresa.

El art. 29 de la Carta Social Europea revisada establece, por su parte, los derechos de información y consulta de los trabajadores en los procedimientos de despido colectivo, que consisten en la obligación de los empleadores de informar y consultar a los representantes de los trabajadores antes del despido, con objeto de analizar las posibilidades de evitar los despidos, limitar su número o atenuar sus consecuencias mediante medidas sociales de acompañamiento como ayuda a la reinserción de los trabajadores afectados.

El punto 17 de la CCDSFT prevé, entre otras cosas, que «la información, la consulta y la participación de los trabajadores deben desarrollarse según mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros». El punto 18 dispone que esta información, consulta y participación de los trabajadores deber realizarse en el momento oportuno en determinados casos especialmente sensibles, a saber: introducción de cambios tecnológicos en la empresa con incidencia en las condiciones y organización del trabajo, reestructuraciones o fusiones de empresas con incidencia en el empleo; procedimientos de despido colectivo y en caso de políticas de empleo de la empresa con incidencia sobre los trabajadores, especialmente cuando éstos son transfronterizos.

El TCE identifica la información y consulta de los trabajadores en el art. 137.1, letra e), como uno de los ámbitos de la política social en los que las instituciones comunitarias disponen de competencia para apoyar y completar la acción de los Estados miembros, mediante la adopción de directivas de armonización. Con anterioridad, las instituciones comunitarias habían adoptado directivas de armonización con incidencia en la representación y consulta de los trabajadores en la empresa recurriendo a la base jurídica general de armonización para el mercado interior. En ejercicio de esta competencia atribuida, la Unión Europea cuenta con un importante número de disposiciones de Derecho derivado que regulan de forma específica o incidental el derecho de información y consulta de los trabajadores.

La Carta de Derechos Fundamentales consagra en su art. 27 el derecho de información y consulta como un derecho social fundamental, en la línea de los tratados internacionales existentes y de conformidad con la regulación de este derecho establecida por las normas comunitarias de Derecho derivado.

1. El acervo comunitario en materia de información y consulta de los trabajadores

En las relaciones laborales actuales el conflicto ha ido cediendo terreno progresivamente a la concertación y el consenso entre empresarios y trabajadores, abocados a hacer frente a una evolución vertiginosa de la gestión empresarial. El derecho de información y consulta constituye una manifestación de esta implicación del trabajador en la gestión de la empresa, que puede llevarse a cabo por tres vías (Mercader Uguina 2005, 287):

— la participación informativo-consultiva, que permite al trabajador expresar su opinión, pero manteniendo el empresario el control;
— la participación representativa institucionalizada a través de sindicatos, comités de empresa o de la cogestión, que supone una cierta implicación de los trabajadores en la gestión empresarial;
— la participación sustantiva de los trabajadores en la gestión empresarial mediante las modernas políticas de gestión y certificación de la calidad.

La Unión Europea ha adoptado normas referentes al derecho de información y consulta que se encuadran en los dos primeros supuestos de implicación de los trabajadores en la empresa.

1.1. *La participación consultiva*

La participación consultiva es el nivel más básico de intervención de los trabajadores en la actividad empresarial, que se traduce en el derecho de los trabajadores a saber y estar informados sobre cualquier futura transformación o cambio organizativo que afecte a su situación laboral. Esta manifestación básica del derecho de información y consulta de los trabajadores ha sido objeto de armonización en los Estados miembros mediante la adopción de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mar-

zo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (*DO* L 80, de 23 de marzo de 2002, p. 29).

Esta Directiva 2002/14/CE fue elaborada sin la participación de los representes de la patronal europea, Unión de Confederaciones Industriales y Empresariales de Europa, y también se opusieron a su adopción Estados miembros como Reino Unido o Irlanda, en cuyos ordenamientos jurídicos el derecho de información y consulta de los trabajadores era meramente voluntarista y no venía impuesto por ninguna obligación jurídica. El objetivo de la Directiva es el establecimiento de disposiciones mínimas para el ejercicio del derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo situados en la Comunidad (TJCE, sentencia de 18 de enero de 2007, *CGT y otros*, C-385/05, apartado 36). Las modalidades prácticas de información y de consulta se determinarán y aplicarán conforme a la legislación nacional y las prácticas de las relaciones laborales en cada Estado miembro, de modo que se garantice su eficacia. La Directiva se aplica, a elección de los Estados miembros, a las empresas que empleen en un Estado miembro al menos a 50 trabajadores; o a los centros de trabajo que empleen en un Estado miembro al menos a 20 trabajadores.

La información y la consulta de los trabajadores abarcan tres aspectos relativos a la empresa:

— evoluciones de carácter económico, financiero y estratégico;
— estructura y evolución previsible del empleo y medidas derivadas;
— decisiones que puedan provocar cambios sustanciales en la organización del trabajo y en las relaciones contractuales.

Los Estados miembros determinarán las modalidades de aplicación de los principios contenidos en la Directiva, con objeto de lograr que la información y la consulta de los trabajadores sean efectivas. Por otra parte, podrán reducir las obligaciones de información y de consulta para las empresas que empleen a menos de 50 o 20 trabajadores.

Se establece un régimen de confidencialidad en el que, por una parte, los representantes de los trabajadores y los expertos que les

asistan no estarán autorizados a revelar a terceros la información que se les haya comunicado con carácter expresamente confidencial, ni siquiera tras la expiración de su mandato; y, por otra parte, en las condiciones que establezca la legislación nacional, el empleador no se verá obligado a comunicar información o realizar consultas que pudieran crear graves obstáculos al funcionamiento de la empresa o perjudicarla.

Los representantes de los trabajadores gozan, en el ejercicio de sus funciones, de la protección y de las garantías suficientes para poder realizar sus tareas. La Directiva confía a los Estados miembros la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de sus disposiciones, estando obligados a establecer las medidas adecuadas en caso de incumplimiento por parte del empresario o de los representantes de los trabajadores. En particular, deben garantizar la existencia de procedimientos administrativos o judiciales adecuados para hacer respetar las obligaciones derivadas de la Directiva. Además, deben establecer las sanciones correspondientes a los incumplimientos de la Directiva, que tienen que ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

La Directiva 2002/14/CE establece el régimen general y mínimo de participación consultiva de los trabajadores en las empresas de la Unión Europea, que ha supuesto una innovación importante para los derechos internos que no amparaban legalmente este derecho fundamental de los trabajadores. Ahora bien, hay disposiciones comunitarias específicas sobre información y consulta de los trabajadores en aquellos supuestos en los que tiene lugar un proceso de reestructuración empresarial.

Un supuesto de este tipo se produce en el caso de despidos colectivos y, con respecto a él, las disposiciones nacionales de los Estados miembros se han armonizado con la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (*DO* L 225, de 12 de agosto de 1998, p. 16). Esta Directiva ha pretendido garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros en estos casos y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Comunidad. Sus arts. 1.1 y 5 establecen una protección mínima en materia de información y consulta de los trabajadores en caso de despidos colectivos, aunque los

Estados miembros podrán adoptar medidas nacionales más favorables para los referidos trabajadores (TJCE, sentencia de 18 de enero de 2007, *CGT y otros*, C-385/05, Rec. apartados 43 y 44). En concreto, cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo. Dichas consultas versarán como mínimo sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos y atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a las medidas sociales de acompañamiento encaminadas, en especial, a la reclasificación o reconversión de los trabajadores despedidos. El empresario deberá proporcionar toda la información útil a los representantes de los trabajadores durante el transcurso de las consultas y, en todo caso, por escrito: los motivos; el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos; el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente; el número de los trabajadores que vayan a ser despedidos; los criterios para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos; y el método de cálculo de las posibles indemnizaciones. En cuanto al procedimiento, la Directiva impone al empresario la obligación de notificar por escrito cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad competente y de transmitir una copia de la notificación a los representantes de los trabajadores, que podrán dirigir sus observaciones a la autoridad pública competente; no surtiendo efecto los despidos colectivos antes de transcurridos treinta días después de la notificación, plazo que la autoridad pública competente aprovechará para buscar una solución.

Otro supuesto de reestructuración empresarial, en el que el derecho de información y consulta de los trabajadores está regulado por una directiva de armonización, es el de traspaso de empresas. En efecto, la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (*DO* L 82, de 22 de marzo de 2001, p. 16) contiene en su art. 7 las disposiciones mínimas aplicables a los trabajadores en materia de información y consulta en caso de traspaso de empresas. El cedente y el cesionario de la empresa deberán informar a su debido tiempo a los representan-

tes de sus trabajadores respectivos sobre la fecha fijada o propuesta del traspaso, los motivos del traspaso, las consecuencias jurídicas, económicas o sociales y las medidas previstas respecto de los trabajadores. El cedente deberá comunicar estas informaciones antes de la realización del traspaso y el cesionario antes de que sus trabajadores se vean afectados directamente en sus condiciones de empleo y de trabajo por el traspaso. Si se previeran medidas en relación con sus trabajadores respectivos, el cedente y el cesionario estarán obligados a consultar, con la suficiente antelación, con los representantes de sus trabajadores respectivos, con el fin de llegar a un acuerdo. El Estado miembro, cuyas disposiciones prevean la posibilidad de recurrir a un arbitraje, podrá limitar las obligaciones en materia de información y consulta a los casos en que el traspaso provoque perjuicios sustanciales para una parte importante de los trabajadores. Las obligaciones anteriores serán de aplicación, independientemente de que el traspaso lo haya decidido el empresario o una empresa que lo supervisa. Por consiguiente, el argumento que se basa en el hecho de que la empresa en cuestión no haya facilitado la información no podría tomarse en cuenta para justificar una infracción a las obligaciones en materia de información y de consulta.

1.2. *La participación representativa*

El principal instrumento normativo adoptado hasta ahora con respecto a este tipo de participación es la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria y en los grupos de empresas de dimensión comunitaria (*DO* L 254, de 30 de septiembre de 1994, p. 64). Esta Directiva tiene la finalidad de velar por que los trabajadores de empresas de dimensión comunitaria (toda empresa que emplee a mil trabajadores o más en los Estados miembros y que, por lo menos en dos Estados miembros diferentes, emplee a 150 trabajadores o más en cada uno de ellos) o grupos de empresas de dimensión comunitaria (todo grupo de empresas que cumpla las tres condiciones siguientes, a saber, que emplee a mil trabajadores o más en los Estados miembros; que com-

prenda al menos dos empresas miembros del grupo en Estados miembros diferentes; y que al menos una empresa del grupo emplee a 150 trabajadores o más en un Estado miembro y que al menos otra de las empresas del grupo emplee a ciento cincuenta trabajadores o más en otro Estado miembro) sean debidamente informados y consultados en caso de que las decisiones que les afecten sean adoptadas en un Estado miembro distinto de aquel donde trabajan.

Como se desprende de su sistemática, la Directiva prevé que la información y la consulta transnacional a los trabajadores se garanticen, fundamentalmente, mediante un sistema de negociaciones entre la dirección central y los representantes de los trabajadores (TJCE, sentencia de 29 de marzo de 2001, *Bofrost*, C-62/99, Rec., p. I-2579, apartado 29; y de 13 de enero de 2004, *Kühne & Nagel*, C-440/00, Rec., p. I-234, apartado 40). A tal efecto, se constituirá un comité de empresa europeo o un procedimiento de información y consulta de los trabajadores en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria cuando se presente una solicitud con arreglo al procedimiento establecido en el art. 5.1 de la Directiva. En virtud de dicha disposición, en el caso de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, la dirección central, por iniciativa propia o a solicitud escrita de un mínimo de cien trabajadores, o de sus representantes, pertenecientes por lo menos a dos empresas o establecimientos situados en al menos dos Estados miembros diferentes, iniciará la negociación para la constitución de tal comité de empresa europeo. La comisión negociadora, que es una instancia de representación de los trabajadores constituida de conformidad con el art. 5.2 de la Directiva y la dirección central deben negociar con espíritu de colaboración para llegar a un acuerdo sobre las modalidades de constitución de un comité de empresa europeo. El TJCE ha indicado que para que la Directiva pueda tener efecto útil es imprescindible garantizar a los trabajadores afectados el acceso a la información que les permita determinar si tienen derecho a exigir la apertura de negociaciones entre la dirección central y los representantes de los trabajadores; derecho de información que constituye un requisito previo necesario para determinar la existencia de una empresa o de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, que a su vez es condición previa para crear un comité de empresa

europeo o establecer un procedimiento de información y consulta transnacional a los trabajadores (TJCE, sentencia de 15 de julio de 2004, *ADS Ander*, C-349/01, apartado 50). La dirección central está obligada a proporcionar a los representantes de los trabajadores la información imprescindible para el inicio de negociaciones con el objeto de constituir un comité de empresa europeo.

El resultado de la negociación entre la dirección central y la comisión negociadora será un acuerdo sobre la forma de llevar a cabo la información y la consulta a los trabajadores, consignado por escrito y que establecerá, como mínimo: las empresas miembros del grupo de empresas de dimensión comunitaria o los establecimientos de la empresa de dimensión comunitaria afectados por el acuerdo; la composición del comité de empresa europeo, el número de miembros, su distribución y la duración del mandato; las atribuciones y el procedimiento de información y consulta al comité de empresa europeo; el lugar, la frecuencia y la duración de las reuniones del comité de empresa europeo; los recursos financieros y materiales que se asignarán al comité de empresa europeo; y la duración del acuerdo y el procedimiento de su renegociación.

La dirección central y la comisión negociadora podrán decidir por escrito establecer uno o más procedimientos de información y consulta en lugar de crear un comité de empresa europeo.

La adopción de esta Directiva se explica por la existencia en el seno de la Unión Europea de un número cada vez mayor de empresas de dimensión comunitaria con centros de producción en varios Estados miembros, controlados desde una sociedad matriz. La globalización empresarial requiere una recíproca transnacionalización del ejercicio del derecho de información y consulta de los trabajadores, que se lleva a cabo mediante estos comités de empresa europeos. Por el momento, se han concluido acuerdos en aplicación de la Directiva 94/45/CE en unas setecientas empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria, que abarcan unos once millones de trabajadores y aproximadamente diez mil representantes de estos trabajadores. Estos comités de empresa europeos han favorecido una mejor información y consulta de los trabajadores en el nivel adecuado de decisión, así como una contribución de los trabajadores a la estrategia empresarial de las sociedades transnacionales.

Otra disposición importante sobre participación representativa de los trabajadores es la relativa a la Sociedad Anónima Europea (SAE). La tortuosa gestación de la regulación de esta forma societaria, que finalmente ha visto la luz con la adopción del Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la SAE (*DO* L 294, de 10 de noviembre de 2001, p. 1), sólo ha concluido cuando los Estados miembros han conseguido un acuerdo respecto a la participación de los trabajadores en este tipo de sociedad, que se ha reflejado en la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la SAE en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (*DO* L 294, de 10 de noviembre de 2001, p. 22).

La Directiva 2001/86/CE considera esencial el establecimiento de las formas de implicación de los trabajadores para la existencia de la SAE, al situar las negociaciones sobre la determinación de dichas formas de implicación como inexcusable presupuesto de la adquisición de personalidad jurídica. Como expresamente señala el art. 12.2 del Reglamento (CE) 2157/2001, una SAE sólo podrá ser inscrita si se ha formalizado un acuerdo sobre las modalidades relativas a la implicación de los trabajadores de conformidad con el art. 4 de la Directiva 2001/86/CE, o si se ha adoptado algún acuerdo según lo previsto en el art. 3.6 de la Directiva, o también si el período previsto en el art. 5 de dicha Directiva ha llegado a su fin sin que se haya formalizado criterio alguno.

La *participación de los asalariados* no se aplica a la gestión diaria, que es competencia de la dirección, sino a las tareas de vigilancia y de desarrollo de las estrategias de la empresa. La Directiva 2001/86/CE ofrece distintos modelos de participación entre los que pueden elegir las partes: en primer lugar, el modelo según el cual los trabajadores están representados en el órgano de vigilancia o en el de administración; en segundo lugar, el modelo que establece un órgano diferenciado que representa a los trabajadores de la sociedad europea y, por último, aquellos modelos que podrán fijarse mediante un acuerdo entre los órganos de dirección o de administración de las sociedades fundadoras y los trabajadores de la sociedad, respetando el nivel de información y de consulta previsto para el modelo que establece un órgano diferenciado. Ninguna SAE podrá constituirse mediante junta general en tanto no se haya

optado por uno de los modelos de participación descritos en la Directiva, cuya elección va a depender mucho de la cultura nacional en materia de participación de los trabajadores, que varía considerablemente de unos Estados miembros a otros.

La Directiva prevé, además, que se pongan a disposición de los representantes de los trabajadores tanto locales como otros medios materiales y financieros para permitirles el ejercicio de sus funciones.

Las exigencias de diálogo y participación representativa se han extendido, también, a las sociedades cooperativas europeas, de conformidad con lo previsto en el Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) (*DO* L 207, de 18 de agosto de 2003, p. 1) y en la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la SCE en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (*DO* L 207, de 18 de agosto de 2003, p. 25), siendo también en ellas la participación de los trabajadores una característica distintiva de este modelo societario.

3. La aportación del art. 27

Con respecto a esta normativa preexistente sobre el derecho de información y consulta de los trabajadores en la empresa, el art. 27 de la Carta contiene algunas aportaciones que es necesario precisar.

En primer lugar, consagra con nitidez el carácter de derecho social fundamental del derecho de información y consulta que, hasta ahora, no había sido declarado de forma nítida por el TJCE como un derecho fundamental aplicable en el ordenamiento jurídico comunitario en cuanto principio general del derecho. El Tribunal de Primera Instancia (TPI) en un asunto sobre ausencia de consulta a los representantes del personal del Banco Europeo de Inversiones calificó el derecho de consulta como «principio general del Derecho del trabajo común a los Estados miembros» (TPI, sentencia de 6 de marzo de 2001, *Dunnett y otros c. BEI*, T-192/99, Rec., p. II-813, apartado 89). El abogado general Poiares Maduro se refirió a los derechos sociales relativos a la consulta e información de los trabajadores calificándolos como principios generales del derecho aplicables en el ordenamiento jurídico comunitario, resultantes de las

tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y de su confirmación por el art. 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales (TJCE, conclusiones presentadas en el asunto en que recayó la sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Grøngaard y Bang*, C-384/02, Rec., p. I-4358, apartado 56). Pero no hay pronunciamiento del TJCE en el que se reconozca la existencia como principio general del Derecho aplicable en el ordenamiento jurídico comunitario del derecho de información y consulta de los trabajadores en supuestos no referentes a la aplicación de las normas comunitarias de Derecho derivado que establecen la regulación de este derecho. Sin duda, la competencia comunitaria para regular este derecho ha favorecido su desarrollo y ha hecho que no se plantearan asuntos ante el TJCE en los que este derecho, ejercido de conformidad con las normas nacionales, se invocara como límite al ejercicio de competencias atribuidas a la Unión Europea.

El art. 27 prevé la garantía del derecho de información y consulta de los trabajadores «en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales». Ello supone que este derecho social fundamental podrá ejercerse de conformidad con las previsiones contenidas en las normas de armonización de la Unión Europea, completadas con las normas nacionales de desarrollo, o de acuerdo con las normas nacionales en los ámbitos en los que la información y consulta queda fuera de la armonización antedicha y es regulada exclusivamente por normas nacionales. En línea con el actual art. 137 del TCE, el art. 155 del TFUE confiere competencias de armonización a la Unión Europea en materia de información y consulta de los trabajadores [art. 155, letra e)] y de representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión [art. 155, letra f)].

Otra precisión del art. 27, que requiere comentario, es la referencia al nivel en que debe ejercerse el derecho. El precepto habla del *nivel apropiado* y ello debe interpretarse como una aceptación del ejercicio del derecho de información y consulta a cualquier nivel, a saber, el establecimiento, la empresa, el grupo de empresas o cualquier instancia existente de acuerdo con los derechos internos de los Estados miembros. Se establece así la correspondencia entre el centro de poder empresarial y el ámbito donde se articula la participación de los trabajadores.

La titularidad del derecho se configura en el art. 27 de manera abierta, ya que se garantiza «a los trabajadores o a sus representantes». En la línea con la normativa vigente en la Unión Europea y en los Estados miembros se impone una interpretación amplia del precepto, según la cual el derecho garantizado exige la representación individualizada de los trabajadores, así como la participación colectiva o indirecta a través de los representantes de los trabajadores. La información y consulta se articula, así, como un derecho individual del trabajador y como un derecho colectivo de los representantes de los trabajadores.

El art. 27 enuncia el derecho, pero no determina su contenido, modalidades y límites, para los que reenvía a la normativa existente en la Unión Europea y en los Estados miembros. El derecho de información tiene tres dimensiones, a saber:

— el derecho a recibir y exigir informaciones de la empresa (información pasiva);
— el derecho a buscar las fuentes de la noticia y elementos relevantes para sus intereses (información activa); y
— el deber de los representantes de los trabajadores de informar a los trabajadores representados.

En lo que respecta al derecho de consulta, aparece en los derechos laborales de la Unión Europea y de sus países miembros con tres niveles de intensidad. La consulta básica, que consiste en el derecho de los trabajadores a expresar sus opiniones para que sean consideradas por la dirección de la empresa, manteniendo ésta intactos sus poderes de decisión. La consulta-negociación, que se realiza para alcanzar un acuerdo colectivo, normalmente de reorganización productiva. Por último, la cogestión, que supone la participación de los trabajadores en los órganos decisorios de la sociedad y su intervención en las deliberaciones referentes a determinadas cuestiones relativas al funcionamiento de la empresa (Monereo Pérez 2004, 1071 y 1072).

El art. 27 deja también un amplio margen en lo referente al tiempo en que debe ejercerse el derecho de información y consulta, ya que dice que se garantizará *con suficiente antelación*. Esta fórmula vaga era la única posible dada la diversidad de legislaciones y

prácticas nacionales en la materia (Teyssie 2005, 380). Lógicamente, la información y consulta van a depender del contexto en el que se desarrollen, pero siempre deberán acaecer en un momento lo suficientemente temprano como para que el ejercicio de este derecho despliegue sus efectos. Esta exigencia es incompatible con acciones como la actuación de Renault con el anuncio en 1997 del cierre de su fábrica de Vilvorde en Bélgica dando a conocer sus intenciones a la prensa antes de informar y consultar a los trabajadores.

En definitiva, el derecho de información y consulta del art. 27 de la Carta pretende proteger los intereses de los trabajadores frente a la posición de dominio de los empleadores en situaciones desfavorables para sus derechos, como deslocalizaciones y tranferencias de empresas, que son cada vez más frecuentes en la economía globalizada actual.

Bibliografía

Belhomme, C. «Article 27». En AA. VV. *Commentary of the Charter of Fundamentals Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 233-239.

Blanke, T. «Workers' Right to Information and Consultation Within the Undertaking (Article 27)». En B. Bercusson, eds. *European Labour Law and the Charter of Fundamental Rights*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, pp. 255-291.

Carletti, C. *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione*. Milán: Giuffrè, 2005, pp. 267-271.

Casas Baamonde, M. E. «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima». *Revista Española de Derecho del Trabajo* 117 (2003): pp. 355-423.

Delteil, V. «Les comités d'entreprise européens: quelles perspectives?». *Travail et Emploi* 106 (2006): pp. 51-64.

Ferari Bravo, L., F. M. Di Majo y A. Rizzo. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Milán: Giuffrè, 2001, pp. 98-101.

García Gutiérrez, M. L. «La Directiva 2002/14/CE, 11 de marzo, por la que se establece el marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad». *Actualidad laboral* (2003, I): pp. 59-71.

Gómez Gordillo, R. *El Comité de Empresa Europeo. Un estudio jurídico*. Madrid: Civitas, 2003.

— «Los derechos fundamentales comunitarios de información y consulta de los trabajadores en la empresa». En R. Quesada Segura, eds. *La Constitución Europea y las relaciones laborales*. Sevilla: XXII Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales, 2004.

Lacomba Pérez, F. R. y J. Salido Banús. «Derechos colectivos, información y consulta y acción colectivas en la Constitución Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 323-334.

LOTITO, P. F. «Art. 27». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 295-214.

MERCADER UGUINA, J. «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 281-302.

MONEREO PÉREZ, J. L. «El derecho de participación de los trabajadores en la empresa en la Constitución social europea». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1038-1100.

SHÖMANN, I., C. CLAUWAERT y W. WARNECK. *Information and consultation in the European Community Implementation report of Directive 2002/14/EC*. Bruselas, 2006.

TEYSSIÉ, B. «Article II-87». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 373-381.

VAN GYES, G. «Employee representation at the workplace in the Member States». *Industrial Relations in Europe 2006*. Bruselas: Comisión Europea, 2006, pp. 57-77.

WHITTALL, M., H. KNUDSEN y F. HUIJGEN eds. *Towards a European Labour Identity: the Case of the European Work Council*. Londres: Hart Publishing, 2007.

Artículo 28
Derecho de negociación y de acción colectiva

Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga.

Preceptos relacionados

- Carta: arts. 12, 27, 29-32.
- TFUE: arts. 154 y 155.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 137-139 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. I-48, II-88 y III-210-III-212.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

Este precepto de la Carta consagra dos derechos sociales ampliamente reconocidos internacionalmente y en los derechos internos de los Estados miembros, como son el derecho de negociación colectiva y el derecho de acción colectiva. Se trata de derechos sociales de carácter colectivo, estrechamente vinculados con la libertad sindical, cuyo estatus en el Derecho Comunitario actual no estaba completamente clarificado.

1. EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El art. 28 reconoce el derecho de negociación colectiva, disponiendo que «Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados…».

La negociación colectiva es un derecho social, que prolonga la libertad sindical, con objeto de permitir a los trabajadores y sus representantes la negociación de las condiciones de trabajo con los empresarios y las organizaciones patronales. Se trata de un derecho social ampliamente reconocido en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, al que se refieren el Convenio número 98, de 1 de julio de 1949, y el Convenio número 154 de la Organización Internacional del Trabajo, de 19 de junio de 1981, así como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), la Carta Social Europea y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (CCDSFT) de 1989.

El art. 11 del CEDH regula la libertad de reunión y de asociación, enunciando en su apartado 1 el derecho de toda persona «a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para

la defensa de sus intereses». La libertad sindical constituye una manifestación particular de esta libertad de asociación y reunión. Aunque este precepto no menciona expresamente el derecho a la negociación colectiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha declarado que la expresión «para la defensa de sus intereses», que figura en dicha disposición, «muestra que el [CEDH] protege la libertad de defender los intereses profesionales de los miembros de un sindicato mediante la acción colectiva de éste, acción cuyo ejercicio y desarrollo deben al mismo tiempo autorizar y hacer posible los Estados contratantes» (v. TEDH, sentencias *Syndicat national de la police belge c. Bélgica* de 27 de octubre de 1975, Serie A, núm. 19, § 39; *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suecia,* de 6 de febrero de 1976, Serie A, núm. 20, § 4; *Schmidt y Dahlström c. Suecia,* de 6 de febrero de 1976, Serie A, núm. 21, § 36; *Gustafsson c. Suecia,* de 25 de abril de 1996, *Recueil des arrêts et décisions,* 1996-II, p. 637, § 45, y *Wilson, National Union of Journalists y otros c. Reino Unido,* de 2 de julio de 2002, *Recueil des arrêts et décisions,* 2002-V, § 42). Asimismo, el TEDH reconoció que la celebración de convenios colectivos también podía constituir un medio para la defensa de los intereses de los miembros de un sindicato (*Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suecia,* de 6 de febrero de 1976, Serie A, núm. 20, § 39 y *Gustafsson c. Suecia,* antes citada, § 45), al mismo tiempo que desestimó el derecho a que un sindicato intentara imponer al Estado la celebración de tales convenios (TEDH, sentencias *Syndicat national de la police belge c. Bélgica,* de 27 de octubre de 1975, Serie A, núm. 19, § 39; *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suecia,* de 6 de febrero de 1976, Serie A, núm. 20, § 39). Así, pues, esta jurisprudencia podría resumirse señalando que el art. 11.1 del CEDH exige a las partes contratantes que permitan a los sindicatos luchar por la defensa de los intereses de sus miembros, aunque sin fijarles los medios para alcanzar dicho resultado.

Por su parte, el art. 6 de la Carta Social Europea de 1961 impone a los Estados la obligación de promover la negociación voluntaria de los interlocutores sociales y la conclusión de convenios colectivos por parte de las organizaciones representativas de trabajadores y de empresarios. El apartado 12 de la CCDSFT recoge el derecho de negociación colectiva de las organizaciones representativas de trabajadores y empresarios de acuerdo con las prácticas y las condi-

ciones previstas por los derechos nacionales, así como la posibilidad de celebración de acuerdos colectivos como resultado del diálogo social europeo.

En lo que respecta al Derecho de la Unión Europea, el derecho de negociación colectiva aparece desde una doble perspectiva que es importante tener presente y que el art. 28 mantiene al indicar que este derecho se ejerce «de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales». Por una parte, existe el derecho de negociación colectiva en el marco del diálogo social europeo, regulado por la Unión Europea, según lo previsto en los actuales arts. 138 y 139 del TCE, cuyo contenido se retoma en los arts. 154 y 155 del TFUE, reforzándose con el nuevo art. 152 del TFUE. Este precepto, que rescata el art. I-48 del Tratado Constitucional, establece que «La Unión reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales. Facilitará el diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía. La cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo contribuirá al diálogo social».

Por otra parte, nos encontramos con el derecho de negociación colectiva ejercido de conformidad con los derechos internos de los Estados miembros y que el art. 28 ampara sólo como límite a la actuación de la Unión Europea en el marco de las competencias que tiene atribuidas. Es decir, el art. 28 no es para la Unión Europea una base jurídica con la que armonizar el ejercicio del derecho de negociación colectiva en todos los Estados miembros, sino que van a continuar siendo éstos los que lo regulen (un panorama muy completo de estas normas nacionales se encuentra en Sciarra 2006, 41 y ss.). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha conocido ya algunos asuntos que encajan en este supuesto de invocación del derecho de acción colectiva, ejercido de conformidad con las normas nacionales, como límite a la aplicación de normas comunitarias. El asunto *Albany* (TJCE, sentencias de 21 de septiembre de 1999, *Albany*, C-67/96, Rec., p. I-5751; *Brentjens'*, C-115/97 a C-117/97, Rec., p. I-6025; y *Drijvende Bokken*, C-219/97, Rec., p. I-6121) versaba sobre un convenio colectivo entre organizaciones que representaban a empresarios y trabajadores, por el que se creaba un fondo sectorial de pensiones cuya afiliación era obligatoria. El TJCE declaró que el convenio en cuestión no estaba comprendido,

por razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del art. 81 del TCE, lo que parece lógico porque el TCE no puede fomentar el diálogo social para la celebración de convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo y los salarios y, a la vez, entender que estos convenios son incompatibles con las normas sobre la competencia. En este asunto, el abogado general Jacobs en sus conclusiones consideró que las normas internacionales no eran demasiado claras y que las tradiciones constitucionales nacionales eran demasiado heterogéneas para considerar el derecho de negociación colectiva como un derecho fundamental protegible. Ahora bien, las conclusiones del abogado general Tizzano, de 23 de mayo de 2007, en el asunto C-341/05, *Laval;* así como las de idéntica fecha del abogado general Poiares Maduro en el asunto C-438/05, *Finish Seaman's Union*, sí consideran que el derecho de negociación colectiva, ejercido de conformidad con las normas nacionales de un Estado, es un derecho fundamental que en el marco del Derecho Comunitario puede aplicarse como límite al ejercicio de una libertad fundamental.

En lo que respecta al derecho de negociación colectiva ejercido en el contexto del diálogo social europeo, la Unión Europea cuenta, como se ha dicho, con competencias al respecto, y es necesario tener en cuenta los actuales arts. 138 y 139 del TCE (y los futuros arts. 152, 154 y 155 TFUE) para saber el alcance de este derecho. Estos preceptos contemplan la posibilidad de que los interlocutores sociales a escala europea lleven a cabo un diálogo social bipartito, que puede ser institucionalizado, si se produce a instancia de la Comisión, o bien autónomo si ellos lo realizan por propia iniciativa. Uno de los objetivos más importantes de este diálogo bipartito es desarrollar la negociación colectiva a escala europea y, como resultado, la elaboración de convenios colectivos.

Los titulares del derecho de negociación colectiva a escala de la Unión Europea son, según el art. 28, los trabajadores y los empresarios o sus organizaciones respectivas. Con ello, se permite la negociación colectiva no sólo al máximo nivel de organizaciones representativas de los sindicatos y de la patronal, sino en todos los ámbitos. En el caso de la Unión Europea no hay norma expresa que determine los requisitos a cumplir o quiénes pueden realizar la negociación colectiva. En el diálogo social bipartito institucionalizado,

es la Comisión la que consulta a las organizaciones que luego llevan a cabo la negociación colectiva, teniendo en cuenta que éstas cumplan el requisito de una «representatividad acumulada suficiente» (TPI, sentencia de 17 de junio de 1998, *UEAPME*, T-131/96, Rec., p. II-2346, apartado 90). En el diálogo social bipartito autónomo, los negociadores se determinan por los interlocutores sociales en ejercicio de su autonomía. En la negociación colectiva interprofesional europea, los trabajadores suelen estar representados por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), Eurocadres y la Federación Europea de Jubilados y Personas Mayores, mientras que los empresarios lo están por la Unión de Confederaciones Industriales y Empresariales de Europa (UNICE), la Unión Europea de la Artesanía y las Pequeñas y Medianas Empresas (UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).

Los convenios colectivos son el resultado principal de la negociación colectiva desarrollada a escala de la Unión Europea. Su aplicación se realiza (actual art. 139.2 TCE y futuro art. 155.2 TFUE) según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros (se les denomina acuerdos autónomos), es decir, mediante la actuación de los interlocutores sociales nacionales y de acuerdo con los procedimientos previstos al efecto por los derechos internos; o bien mediante una decisión adoptada por el Consejo a propuesta de la Comisión, informando de ella al Parlamento Europeo (su contenido se incorpora a un acto normativo de la Unión Europea). Este segundo tipo se denomina *acuerdos reforzados*. Mientras que los acuerdos autónomos sí son propiamente convenios colectivos, estos otros tienen una naturaleza distinta, porque la autonomía de los negociadores se ve mediatizada por las intervenciones en el proceso de las instituciones comunitarias.

Hasta el momento, los convenios adoptados de conformidad con el actual art. 139.2 del TCE, han sido tres acuerdos autónomos aplicados según los procedimientos propios de los interlocutores sociales en cada Estado miembro de acuerdo con su Derecho interno, a saber: el Acuerdo marco sobre el teletrabajo de 2002, el Acuerdo marco sobre el estrés en el trabajo de 2004 y el Acuerdo sobre la licencia europea para los conductores que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza de 2004. Los acuerdos aplicados mediante decisión del Consejo que se han elaborado hasta ahora son

mucho más numerosos: Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (*DO* L 145, de 19 de junio de 1996); Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (*DO* L 14, de 20 de enero de 1998); Directiva 99/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada de la CES, la UNICE y el CEEP (*DO* L 175, de 10 de julio de 1999), Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST) (*DO* L 167, de 2 de julio de 1999); Directiva 2000/79/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa a la aplicación del Acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil, celebrado por la Association of European Airlines (AEA), la European Transport Workers' Federation (ETF), la European Cockpit Association (ECA), la European Regions Airline Association (ERA) y la International Air Carrier Association (IACA) (*DO* L 302, de 1 de diciembre de 2000, p. 57); Directiva 2005/47/CE del Consejo, de 18 de julio de 2005, relativa al acuerdo entre la Comunidad de Ferrocarriles Europeos (CER) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (EFT) sobre determinados aspectos de las condiciones de trabajo de los trabajadores móviles que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el sector ferroviario (*DO* L 195, de 27 de julio de 2005).

El art. 28 de la Carta establece que el derecho de negociación colectiva, desarrollado de conformidad con el derecho de la Unión Europea o con los derechos nacionales, se llevará a cabo *en los niveles adecuados*. Esto significa que los actores de la negociación colectiva disponen de libertad para elegir el ámbito de negociación que consideren más conveniente, que podrá ser el europeo, el nacional, el interconfederal, el sectorial, el de los grupos nacionales internacionales de empresas o el de planta (Veneziani 2006, 316).

Aunque el derecho de negociación colectiva se está ejerciendo en el marco del diálogo social europeo, el art. 28 va a contribuir a su

afianzamiento, así como a facilitar su utilización de conformidad con las normas nacionales para restringir la actuación de la Unión Europea en el ejercicio de sus competencias de atribución. En cualquier caso, es previsible que el art. 28 contribuya a potenciar la cada vez más necesaria negociación colectiva a escala de la Unión Europea, que ha dado ya frutos, pero que sigue mostrando numerosos elementos de debilidad.

2. El derecho de acción colectiva

Con respecto a la posibilidad de que los interlocutores sociales utilicen las medidas de conflicto colectivo, el art. 28 establece que «Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho […] a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga». Este precepto se inspira fundamentalmente en el art. 6.4 de la Carta Social Europea y en el art. 13 de la CCDSFT, así como en la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 11 del CEDH y en otros textos internacionales (art. 8 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas de 1996, que obliga a los Estados parte a garantizar el derecho de huelga).

Aunque el art. 11.1 del CEDH no lo mencione expresamente, el derecho a la adopción de medidas de acción o conflicto colectivo es otra de las manifestaciones del derecho de libertad sindical, según la jurisprudencia del TEDH, al igual que la negociación colectiva. No obstante, se desprende de esta jurisprudencia que el art. 11.1 del CEDH, al dejar a cada Estado la elección de los medios para alcanzar ese fin, no implica necesariamente el derecho de huelga, puesto que los intereses de los miembros de un sindicato pueden defenderse por otros medios y dado que, además, el art. 11 del CEDH no consagra expresamente el derecho de huelga, puede el derecho interno someterlo a una regulación que limite su ejercicio en determinados casos (TEDH, sentencia *Schmidt y Dahlström c. Suecia*, antes citada, § 36). Como ya se ha indicado respecto al derecho de negociación colectiva, la jurisprudencia del TEDH establece que el art. 11.1 del CEDH exige a las partes contratantes que permitan a los sindicatos luchar por la defensa de los intereses de sus miembros

sin imponerles los medios para alcanzar dicho resultado. El art. 11.2 del CEDH precisa que «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 […]».

Según el art. 6.4 de la Carta Social Europea, las partes contratantes reconocen «el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los convenios colectivos en vigor». El anexo de la Carta Social Europea precisa que se entiende que una parte contratante podrá regular, en lo que a ella le concierne, el ejercicio del derecho a la huelga por ley, siempre que cualquier otra restricción a ese derecho pueda justificarse conforme a los términos del art. 31. Resulta del apartado 1 de este artículo que el ejercicio efectivo de los derechos y principios consagrados por la Carta Social Europea no puede ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en las partes I y II de dicha Carta, salvo las establecidas por la Ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres.

Por otra parte, el apartado 13 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales consagra «el derecho a recurrir, en caso de conflicto de intereses, a acciones colectivas, incluye el derecho a la huelga, sin perjuicio de las obligaciones resultantes de las reglamentaciones nacionales y de los convenios colectivos».

En el ámbito de los derechos internos de los Estados miembros, numerosos textos constitucionales protegen expresamente la libertad de crear organizaciones sindicales y la defensa de sus intereses mediante la acción colectiva, siendo a ese respecto el derecho de huelga la modalidad más frecuentemente citada (art. 37.2 de la Constitución Española o art. 9.3 de la Ley Fundamental alemana, por ejemplo).

El art. 28 de la Carta tiene el gran mérito de clarificar la existencia del derecho de acción colectiva en el marco del Derecho de la

Unión Europea, porque su existencia hasta ahora planteaba dudas. En efecto, el art. 137.5 del TCE excluye de la esfera de las medidas adoptables por las instituciones comunitarias en los ámbitos enumerados en su apartado 1, con arreglo a las modalidades previstas en su apartado 2, los aspectos de la política social de los Estados miembros relativos a las remuneraciones, al derecho de asociación y a los derechos de huelga y de cierre patronal. Ahora bien, esta disposición se limita a excluir la adopción por las instituciones comunitarias de las medidas contempladas en el apartado 2 del mismo artículo, en particular, la adopción de directivas por las que se establezcan disposiciones mínimas reguladoras del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero no supone que el derecho de acción colectiva no pueda ser acogido por el derecho de la Unión Europea y pueda ser invocado como un principio general de derecho. La situación que se produce con la Carta de Derechos Fundamentales confirma el razonamiento precedente, ya que su art. 28 establece el derecho de acción colectiva, pese a que la Unión Europea continuará sin disponer de competencia en materia de huelga y de cierre patronal, de conformidad con el art. 153.5 del TFUE, que retoma el contenido del actual art. 137.5 del TCE. La Unión Europea carece de competencia para armonizar el contenido y el ejercicio del derecho de acción colectiva, pero este derecho es invocable como límite frente a las actuaciones de la Unión en el marco de las competencias que tiene atribuidas. En cualquier caso, el art. 28 de la Carta nunca podrá ser el fundamento jurídico para una regulación del derecho de acción colectiva por parte de la Unión Europea, como resulta claramente de su art. 51.2.

Hasta hace muy poco tiempo el TJCE no había declarado que el derecho de acción colectiva es un derecho fundamental que debe ser aplicado en el Derecho de la Unión como principio general del Derecho. Esta confirmación ha sido realizada por el TJCE con nitidez en la sentencia *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union,* C-438/05 (TJCE, sentencia de 11 de diciembre de 2007) y en la sentencia *Laval un Partneri*, C-341/05 (TJCE, sentencia de 18 de diciembre de 2007). En este último asunto, el abogado general Tizzano, en sus conclusiones de 23 de mayo de 2007, afirmó, apoyándose en el art. 28 de la Carta y en los instrumentos internacionales que «el derecho a la acción colectiva para la defensa de los

intereses de los miembros de un sindicato constituye un derecho fundamental. No se trata, pues, únicamente de un "principio general del Derecho del Trabajo", como ya había admitido el Tribunal de Justicia en una jurisprudencia relativamente antigua referente al contencioso de la función pública comunitaria, sino de un principio general del Derecho comunitario en el sentido del art. 6.2 TUE, apartado 2. Por lo tanto, ese derecho debe estar protegido en la Comunidad» (apartado 78 de sus conclusiones). El TJCE, mencionando también el art. 28 de la Carta, ha confirmado en el apartado 91 de la sentencia *Laval* que «el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo es un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia», aunque «su ejercicio puede supeditarse a ciertas restricciones», lo que «reafirma el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al indicar que dichos derechos están protegidos de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales» (apartado 44 de la sentencia *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union*).

El asunto *Laval* es muy ilustrativo sobre la tipología de supuestos en los que se podrá invocar el derecho de acción colectiva del art. 28. En este caso, Laval un Partneri Ltd., una sociedad letona, desplazó a trabajadores en mayo de 2004 desde Letonia para realizar obras en Suecia. Las obras fueron ejecutadas por una sociedad filial, denominada L&P Baltic Bygg AB. En junio de 2004, Laval y Baltic Bigg, por una parte, y el sindicato sueco de los trabajadores del sector de la construcción y las obras públicas, por otra, iniciaron negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de adhesión al convenio colectivo de la construcción vigente en Suecia, pero no pudo alcanzarse ningún acuerdo. El 2 de noviembre de 2004, el sindicato sueco adoptó una medida de conflicto colectivo consistente en un bloqueo de las actividades en la totalidad de los centros de trabajo de Laval. Tras interrumpirse las actividades en esa obra durante cierto tiempo, Baltic Bygg fue objeto de un procedimiento colectivo de liquidación y los trabajadores letones desplazados regresaron a su país. Laval interpuso una demanda ante un tribunal sueco impugnando la legalidad de la acción colectiva y éste planteó al TJCE una cuestión prejudicial so-

bre la compatibilidad con el Derecho Comunitario de estas acciones colectivas.

En el asunto *Laval,* el Tribunal de Justicia señaló que el derecho de las organizaciones sindicales de un Estado miembro a adoptar medidas de conflicto colectivo mediante las cuales las empresas establecidas en otros Estados miembros puedan verse obligadas a negociar por tiempo indeterminado para conocer las cuantías de salario mínimo y a adherirse a un convenio colectivo cuyas cláusulas van más allá de la protección mínima garantizada por la Directiva 96/71 puede hacer menos interesante, incluso más difícil, para dichas empresas la ejecución de obras de construcción en el territorio sueco, y constituye, por este motivo, una restricción a la libre prestación de servicios. Una restricción a la libre prestación de servicios sólo puede admitirse cuando persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general, si bien, en tal caso, debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no ir más allá de lo necesario para lograrlo. El TJCE admitió que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, con la finalidad de proteger a los trabajadores del Estado de acogida frente a una eventual práctica de *dumping* social, puede constituir una razón imperiosa de interés general y aceptó, además, que las medidas de bloqueo adoptadas por el sindicato sueco estaban comprendidas en este objetivo de la protección de los trabajadores. No obstante, en las circunstancias del caso dichas medidas no resultaban justificadas para conseguir dicho objetivo, porque la negociación salarial que pretendían imponer a una empresa establecida en otro Estado miembro se inscribía en un contexto nacional caracterizado por la falta de disposiciones precisas y accesibles con el fin de evitar que, en la práctica, resultara imposible o excesivamente difícil para la empresa determinar las obligaciones que debía cumplir en materia de salario mínimo.

El asunto *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union* ofrece otro caso interesante sobre la interacción entre el derecho de acción colectiva y la libertad de establecimiento. Se planteó la controversia entre una empresa finlandesa de transbordadores que operaban entre Helsinki y Tallin, Viking Line, y un sindicato finlandés, Finish Seaman's Union (FSU), apoyado por una asociación internacional de sindicatos, la Internacional Transport

Worker's Federation. La empresa Viking quiso trasladar su lugar de establecimiento de Finlandia a Estonia para aprovechar que los sueldos eran más bajos y prestar sus servicios desde allí. El sindicato finlandés, apoyado por la asociación internacional de sindicatos, intentó evitarlo y amenazó con llevar a cabo huelgas y boicots si la empresa se trasladaba sin mantener los niveles salariales, es decir, organizó una acción colectiva concertada. El abogado general Poiares Maduro, en sus conclusiones de 23 de mayo de 2007, consideró que una política coordinada de acción colectiva entre sindicatos constituye normalmente un medio legítimo de proteger los salarios y las condiciones laborales de los marinos, pero sería directamente contraria al principio de no discriminación en que se basa el mercado común si produce el efecto de compartimentar el mercado laboral e impide que se contrate a marinos procedentes de determinados Estados miembros para proteger los empleos de los marinos de otro Estado miembro. En su opinión, el Derecho Comunitario no excluye que los sindicatos promuevan una acción colectiva que produzca el efecto de restringir el derecho de establecimiento de una empresa que pretende trasladarse a otro Estado miembro, con objeto de proteger a los trabajadores de esta empresa. Sin embargo, una acción colectiva dirigida a impedir que una empresa establecida en un Estado miembro preste sus servicios conforme a derecho en otro Estado miembro, después de haberse trasladado, es incompatible con el Derecho Comunitario. Como puede apreciarse, el Abogado General acepta la invocación del derecho de acción colectiva como justificación para restringir el derecho de establecimiento, pero no si esta acción colectiva concertada pretende compartimentar los mercados laborales nacionales. El TJCE consideró en su sentencia que una medida de conflicto colectivo, como la proyectada por el FSU, tiene como consecuencia hacer menos interesante, o incluso inútil, como destacó el Tribunal remitente, el ejercicio por Viking de su derecho al libre establecimiento, porque impide que ésta y su filial Viking Eesti disfruten, en el Estado de acogida, del mismo trato que reciben los demás operadores económicos establecidos en ese Estado. A continuación, analizó si dicha restricción al derecho de establecimiento resultaba justificada y entendió que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores constituye un interés legítimo que puede justificar, en

principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, «siempre que se compruebe que son adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograr este objetivo» (apartado 90). En el caso concreto, el TJCE se remitió a la valoración del juez nacional para determinar la justificación de la acción colectiva, indicándole que debía determinar si los empleos o las condiciones de trabajo de los miembros de ese sindicato, que pudieran verse afectados por el cambio de pabellón del Rosella, estaban comprometidos o seriamente amenazados y que debía averiguar si, con arreglo a la legislación nacional y al Derecho derivado de los convenios colectivos aplicable a esta medida, el FSU no disponía de otros medios, menos restrictivos de la libertad de establecimiento, para conseguir el éxito de la negociación colectiva desarrollada con Viking y, por otra parte, si este sindicato había agotado estos medios antes de emprender dicha medida.

El art. 28 se refiere expresamente a una modalidad del derecho de acción colectiva, que es el derecho de huelga, pero como la acción colectiva es de los trabajadores y, también, de los empresarios, hay que entender incluido en este derecho el cierre patronal o *lock-out*.

En cualquier caso, el art. 28 contribuye a la clarificación de la posición del derecho de acción colectiva como derecho fundamental en la Unión Europea y refuerza su invocación como límite a las acciones comunitarias en ejercicio de sus competencias de atribución.

Bibliografía

Aguilar González, M. C. «La negociación colectiva comunitaria». *Una aproximación al derecho social comunitario*. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 160 y ss.

Carletti, C. *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione*. Milán: Giuffrè, 2005, pp. 217-276.

Casas Baamonde, M. E. «La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los interlocutores sociales europeos)». *Relaciones Laborales* 21 (1998).

Fernández Domínguez, J. J. y R. Tascón López. «Derecho de negociación colectiva y de acción colectiva». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1101-1132.

Ferrari Bravo, L., F. M. Di Majo y A. Rizzo. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Milán: Giuffrè, 2001, pp. 98-101.

LACOMBA PÉREZ, F. R. y J. SALIDO BANÚS. «Derechos colectivos, información y consulta y acción colectivas en la Constitución Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 323-334.

LOTITO, P. F. «Art. 28. Diritto di negoziazione e di azioni collettive». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 215-222.

MOLINA GARCÍA, M. *La negociación colectiva europea. Entre el acuerdo colectivo y la norma negociada*. Valencia: 2002.

MTAS. *La negociación colectiva en Europa*. Madrid, 2004.

NAVARRO PRIETO, F. «El derecho de negociación colectiva». En R. Quesada Segura, ed. *La constitución europea y las relaciones laborales*. Sevilla: XXII Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales, 2004.

RODIÈRE, P. «Article II-88». En L. Bourgoegue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 382-400.

SCIARRA, S. «The Evolving Relationship Between Collective Bargaining and the Law in the Member States». En Comisión Europea. *Industrial Relations in Europe 2006*. Bruselas, 2006, pp. 41-55.

SERRANO GARCÍA, J. «Efectos del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en la Constitución Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 303-322.

VENEZIANI, B. «La Constitución europea: entre Erasmo de Róterdam y los iconos de la solidaridad». En R. Quesada Segura, ed. *La Constitución europea y las relaciones laborales*. Sevilla: XXII Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales, 2004.

— «Right of Collective Bargaining and Action (Article 27)». En B. Bercusson, ed. *European Labour Law and the Charter of Fundamental Rights*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, pp. 291- 336.

VIGNEAU, C. «Etude sur l'autonomie collective au niveau communautaire». *Revue Trimestrielles de Droit Européen* 4 (2002): pp. 674 y ss.

Artículo 29
Derecho de acceso a los servicios de colocación

Toda persona tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación.

Preceptos relacionados

- Carta: art. 15.
- TFUE: art. 46.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 40 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-89 y III-134.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 29.

COMENTARIO

Manuel López Escudero
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

El derecho de acceso a un servicio gratuito de colocación es un derecho social de carácter instrumental que aparece regulado en varias normas internacionales y que también ha conocido desarrollos en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, con anterioridad a

su reconocimiento de forma escueta y lacónica en el art. 29 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

1. Fuentes de inspiración: los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Carta Social Europea

Sin duda, los precedentes internacionales que han servido de inspiración al art. 29 han sido cuatro convenios de la OIT sobre los servicios de empleo y el art. 1.3 de la Carta Social Europea revisada.

Los cuatro convenios de la OIT reflejan la evolución del sector de los servicios de colocación hacia su liberalización progresiva en los últimos años. Estos convenios ponen también de relieve el progresivo reconocimiento del derecho de acceso a un servicio gratuito de colocación y la correlativa obligación de los poderes públicos de garantizarlo de acuerdo con unas condiciones determinadas (Verbruggen 2006, 245). La primera norma de la OIT fue el Convenio número 34 sobre las agencias retribuidas de colocación, de 1933, que invitaba a la supresión progresiva de las agencias de colocación con fines lucrativos y establecía un mecanismo de control de las tarifas que éstas aplicaban.

Con posterioridad, la OIT adoptó el Convenio número 88 sobre el servicio del empleo, de 1948, mediante el que los Estados se obligaban a establecer y/o mantener un servicio público y gratuito de colocación cuya función básica es realizar la mejor organización posible del mercado de trabajo como elemento del programa nacional tendente a la consecución del pleno empleo y al desarrollo de los recursos productivos. Estos servicios de empleo deben ser independientes y disponer de oficinas suficientes para prestar el servicio en todo el territorio del Estado. Los representantes de los trabajadores y de los empleadores deben asociarse a la organización y funcionamiento de estos servicios gratuitos de empleo.

En 1949, la OIT elaboró el Convenio número 96 sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), que sustituyó al Convenio número 34. En este nuevo Convenio se asumía la obligación de los Estados de establecer un servicio gratuito de colocación, con respecto a los servicios de colocación de carácter lucrativo, se daba a

los Estados la opción de suprimirlos progresivamente o bien de mantenerlos y someterlos a una regulación específica. Este Convenio ha sido completado y adaptado a la reciente evolución del mercado laboral mediante el Convenio número 181 sobre las agencias de empleo privadas, adoptado en 1997, que se aplica a todas las agencias de empleo privadas, cuya actividad consiste en aproximar las ofertas y las demandas de empleo. Los dos objetivos de este Convenio son permitir la actuación de las agencias de empleo privadas y proteger a los trabajadores que recurren a ellas. Para conseguir este último objetivo, las agencias privadas de colocación deben asegurar que los trabajadores que las utilizan:

— mantienen sus derechos de libertad sindical y de negociación colectiva;
— no sufren discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, origen social, etc.;
— tiene protegidos sus datos personales de acuerdo con la legislación nacional;
— son objeto de una protección adecuada si son trabajadores migrantes.

Para asegurar el cumplimiento de estas medidas de protección de los trabajadores que recurren a agencias de colocación privadas, la legislación nacional debe prever un régimen de sanciones que incluya la prohibición de operar para las agencias que lleven a cabo abusos y prácticas fraudulentas. En la actualidad, han proliferado en todos los países las agencias de colocación privadas.

El otro texto internacional que ha servido de inspiración al art. 29 ha sido el art. 1.3 de la Carta Social Europea revisada, de 1996, que obliga a los Estados parte a establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para los trabajadores, como un medio para garantizar el ejercicio efectivo de su derecho al trabajo. No obstante, los Estados pueden permitir la existencia de agencias de colocación privadas, junto con el servicio público de empleo. La gratuidad de este servicio público tanto para el trabajador como para el empleador es otra condición que establece la Carta, lo que no es obstáculo para el carácter lucrativo de los servicios de empleo privados. El servicio público de empleo debe tener una cobertura territorial adecuada para

cumplir su función en todo el territorio del Estado parte, y el Comité Europeo de los Derechos Sociales ha considerado que el buen funcionamiento de este servicio requiere la participación de los interlocutores sociales en su organización y gestión.

2. Normativa y jurisprudencia de la Unión Europea sobre los servicios de colocación

El derecho al acceso a un servicio gratuito de colocación aparece en el Derecho de la Unión Europea de la mano de la libre circulación de trabajadores. En este sentido, el art. 40 d) del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), cuyo contenido se recoge en el art. 46 d) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, menciona entre las medidas a adoptar para hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad el establecimiento de mecanismos adecuados para poner en relación las ofertas y las demandas de empleo.

Esta disposición del Derecho originario fue desarrollada por los arts. 13-23 del Reglamento (CEE) número 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (*DO* L *257*, de 19 de octubre de 1968, p. 2), que se ocupan de la puesta en relación y compensación de las ofertas y demandas de empleo. Así, el art. 13 establece que los servicios centrales de empleo de los Estados miembros cooperarán estrechamente entre sí y con la Comisión, con miras a conseguir una acción común en el campo de la compensación de las ofertas y demandas de empleo en la Comunidad y la colocación de trabajadores que de ella resulte. El art. 15 prevé que el servicio especializado de cada Estado miembro remitirá regularmente a los servicios especializados de los demás Estados miembros y a la Oficina Europea de Coordinación:

— las ofertas de empleo que puedan ser cubiertas por nacionales de otros Estados miembros;
— las ofertas de empleo dirigidas a Estados no miembros;
— las demandas de empleo presentadas por personas que hayan declarado formalmente que desean trabajar en otro Estado miembro;

— información, por región y rama de actividad, relativa a los demandantes de empleo que hayan declarado estar efectivamente dispuestos a ocupar un puesto de trabajo en otro país.

El servicio especializado de cada Estado miembro remitirá lo antes posible estas informaciones a los servicios y organismos de empleo competentes, que procederán a su tratamiento y remitirán las candidaturas concretas y adecuadas a los servicios del primer Estado miembro. Los servicios de empleo concederán la misma prioridad a los trabajadores de los demás Estados miembros que la que conceden a los trabajadores nacionales.

Estas disposiciones del Reglamento número 1612/48 se han completado con la adopción de la Decisión 2003/8/CE de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002, por la que se aplica el Reglamento (CEE) del Consejo número 1612/68, por lo que se refiere a la puesta en relación y la compensación de las ofertas y demandas de empleo (*DO* L 5 de 10 de enero de 2003, p. 16). Esta Decisión regula la red europea de servicios, denominada European Employment Services (EURES), que está formada por la Comisión, los servicios de empleo de los Estados miembros y cualquier otro socio nacional que puedan tener. Esta red cuenta con más de setecientos consejeros EURES en toda Europa. El propósito de EURES es proporcionar servicios de información, asesoramiento y contratación/colocación (búsqueda de empleo) a los trabajadores y empresarios, así como a cualquier ciudadano que desee beneficiarse del principio de la libre circulación de las personas. En particular, EURES pretende promover, en beneficio de los solicitantes de empleo, para los trabajadores y los empresarios:

— el desarrollo de unos mercados de trabajo europeos abiertos y accesibles a todos;
— el intercambio transnacional, interregional y transfronterizo de ofertas y demandas de empleo;
— la transparencia y el intercambio de información sobre los mercados de trabajo europeos, incluida la información sobre las condiciones de vida y las oportunidades para la adquisición de competencias;
— el desarrollo de metodologías y de indicadores con este fin.

La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 supone un avance en el reconocimiento de este derecho social, ya que en su apartado 6 recoge de manera casi idéntica al art. 29 el derecho a poder beneficiarse gratuitamente de los servicios públicos de empleo.

El derecho a un servicio gratuito de colocación no ha sido identificado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en su jurisprudencia como un derecho fundamental aplicable en el ordenamiento jurídico comunitario como un principio general del Derecho. Es más, la jurisprudencia del TJCE, que se refiere a los servicios de colocación, aborda el funcionamiento de éstos desde la óptica de la aplicación de las disposiciones sobre libre competencia. En concreto, hay varios asuntos en los que el TJCE analiza la compatibilidad de los servicios públicos de empleo nacionales prestados en régimen de monopolio con los arts. 82 y 86 del TCE, que prohíben el abuso de posición dominante de las empresas públicas. El Tribunal de Justicia ha estimado que las oficinas públicas de empleo están sometidas a la prohibición del art. 82 del TCE, en tanto que la aplicación de esta disposición no impida el cumplimiento de la misión específica que se les ha confiado. El Estado miembro que prohíbe toda actividad de mediación e interposición entre demandas y ofertas de trabajo, cuando no la realizan dichas oficinas, infringe el art. 86.1 del TCE si crea una situación en la que las oficinas públicas de empleo se ven necesariamente obligadas a infringir los términos del art. 82 del TCE. Así sucede en particular cuando se cumplen de forma cumulativa los siguientes requisitos, a saber: las oficinas públicas de empleo no están manifiestamente en condiciones de satisfacer la demanda del mercado para todos los tipos de actividades; el ejercicio efectivo de las actividades de colocación por empresas privadas se hace imposible por el mantenimiento en vigor de disposiciones legales que prohíben tales actividades, so pena de sanciones penales y administrativas; y las actividades de colocación de que se trata pueden extenderse a nacionales o a territorios de otros Estados miembros (TJCE, sentencias de abril de 1991, *Höfner y Elser*, C-41/90, Rec., p. I-1979, apartado 28; de 11 de diciembre de 1997, *Job Centre*, C-55/96, Rec., p. I-7119, apartado 38; y de 8 de junio de 2000, *Carra y otros*, C-258/98, Rec., p. I-3528, apartado 13).

3. Elementos destacables del art. 29

El art. 29 regula de forma muy escueta el derecho al acceso a un servicio gratuito de colocación, limitándose prácticamente a enunciar la existencia de este derecho, pero sin ofrecer precisiones sobre su contenido. Teniendo en cuenta los textos internacionales que lo regulan y la normativa comunitaria que alude a él, es posible hacer algunas precisiones sobre el alcance de este derecho social.

En primer lugar, se trata de un derecho de carácter instrumental, cuya existencia se justifica para permitir el ejercicio efectivo de otros derechos, especialmente, el derecho a trabajar (art. 15 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y el derecho a la protección contra la exclusión social y la pobreza (art. 30 de la Carta Social Europea, sin equivalente directo en la Carta de Derechos Fundamentales, aunque el derecho de ayuda social del art. 34.3 es una manifestación del mismo). Es evidente que si los Estados mantienen un servicio gratuito de colocación es para favorecer el ejercicio efectivo del derecho a trabajar. Estos servicios también contribuyen a disminuir la exclusión social favoreciendo la inserción laboral de las personas mayormente expuestas a un riesgo de exclusión social, como es el caso de jóvenes, desocupados de larga duración o inmigrantes (Lotito 2002, 220).

En segundo lugar, el derecho de acceso gratuito a un servicio de colocación mantiene una estrecha relación con el derecho de orientación profesional, reconocido por el art. 9 de la Carta Social Europea, y que obliga al Estado a establecer un servicio gratuito que ayude a las personas a resolver los problemas que plantea la elección de una profesión o la promoción profesional, teniendo en cuenta las características del interesado y su relación con las posibilidades del mercado de empleo. El servicio de orientación puede favorecer la actuación del servicio de colocación, mejorando las capacidades del trabajador para adaptarse a las ofertas de empleo existentes. También existe complementariedad por similares motivos entre el derecho a un servicio gratuito de colocación y el derecho al acceso a la formación profesional y permanente, reconocido por el art. 14.1 de la Carta de Derechos Fundamentales.

En tercer lugar, el art. 29 obliga a los Estados miembros a asegurar una prestación tanto a los trabajadores como a los empleadores, que consiste en asegurar que éstos tienen acceso a un servicio de colocación eficaz y accesible en todo el territorio nacional. Este servicio debe ser gratuito tanto para los trabajadores demandantes de empleo como para los empleadores que presentan sus ofertas de empleo, aunque esta gratuidad puede limitarse cuando la función del servicio exceda del simple cruce de ofertas y demandas de empleo y se extienda a la realización de pruebas de evaluación o selección.

En cuarto lugar, la gratuidad del servicio de colocación no exige que éste tenga carácter público y mucho menos que sea prestado en régimen de monopolio por el Estado. Es más la jurisprudencia del TJCE antes citada considera incompatible con la prohibición del abuso de posición dominante el monopolio público de los servicios de colocación. Por consiguiente, el servicio gratuito de colocación puede ser público, pero junto a él puede haber, y de hecho han proliferado, agencias privadas de colocación con fines lucrativos. Este hecho genera el problema de que estas agencias privadas van a tramitar las demandas de empleo con más posibilidades de éxito, ocupando así los estratos más dinámicos del mercado de trabajo, que es donde será rentable la prestación del servicio de colocación. Con ello, se corre el riego de que el servicio público de colocación vaya perdiendo progresivamente eficacia y se ocupe de la gestión de las solicitudes de empleo con menos posibilidades de encontrar un trabajo.

En quinto lugar, el Estado deberá establecer un servicio gratuito de colocación con una implantación territorial adecuada que le permita garantizar este derecho en todo su territorio. En el establecimiento de este servicio, será importante la colaboración de los interlocutores sociales, que van a ser luego sus usuarios.

Por último, el servicio gratuito de colocación en su actuación, así como las agencias privadas, deben velar por el respeto de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en la línea de las prescripciones establecidas por el Convenio número 181 de la OIT.

Bibliografía

Carletti, C. *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione*. Milán: Giuffrè, 2005, pp. 267-271.

Ferrari Bravo, L., F. M. Di Majo y A. Rizzo. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Milán: Giuffrè, 2001, pp. 102.

Gaudu, F. «Article II-89». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 401-406.

Lotito, P. F. «Art. 29». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali del'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 218-222.

Luján Alcaraz, J. y C. Sánchez Trigueros. «Derecho de acceso a los servicios de empleo». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2004, pp. 1133-1162.

Rodríguez-Piñero Royo, M. dir. *Lecciones de derecho del empleo*. Madrid: Tecnos, 2003.

Verbruggen, V. «Article 29». En AA. VV. *Commentary of the Charter of Fundamentals Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 244-249.

Artículo 30
Protección en caso de despido injustificado

Todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.

Preceptos relacionados

- Carta: arts. 27-29 y 31-33.
- TFUE: arts. 153 y 154.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 137-139 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-90, III-210-III-212.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 30.

COMENTARIO

Manuel López Escudero
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

El derecho a la protección contra el despido injustificado es un derecho social de tercera generación que ha sido objeto de regulación

reciente en textos internacionales y que aparece como tal consagrado en pocas constituciones nacionales. Tal como se recoge en el art. 30 sus fuentes de inspiración son claramente el art. 24 de la Carta Social Europea revisada de 1996 y los convenios números 158 y 173 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Además de ello, la protección contra el despido es un ámbito que forma parte de las materias de política social en las que la Unión Europea dispone de competencia armonizadora en virtud del art. 137.1, letra d) del Tratado de Comunidad Europea (TCE), que se refiere a «la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral», lo que ha dado lugar a un número apreciable de directivas que, de forma directa o indirecta, contienen normas referentes al despido. El art. 153.1, letra d) del Tratrado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) tiene idéntico contenido, y el apartado 2 de este precepto mantiene la exigencia de la unanimidad para la elaboración de normas de Derecho derivado referentes a la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato de trabajo, aunque se prevé la posibilidad de que el Consejo decida por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, que las decisiones pasen a ser adoptadas mediante el procedimiento legislativo ordinario, en el que se aplica la nueva mayoría cualificada.

1. El contexto jurídico internacional

Los principales textos internacionales de referencia en los que se ha inspirado la elaboración del art. 30 son el Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982, y el art. 24 de la Carta Social Europea revisada de 1996, que retoma el contenido de las tres primeras secciones del referido Convenio. Los Estados deben regular el despido de conformidad con las disposiciones del Convenio número 158 de la OIT, que impone obligaciones al empleador, de las que resulta la protección del trabajador, pero que no establece un derecho de éste de protección frente al despido.

El Convenio se aplica a todas las ramas de actividad económica y a todas las personas empleadas, pudiendo excluir los Estados de la

totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a las siguientes categorías de personas empleadas: los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar una tarea concreta; los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido; y los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración.

El Convenio entiende el despido como la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, y en su art. 4 establece que sólo se podrá despedir a un trabajador si existe una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. El art. 5 establece un listado de motivos que no constituirán causa justificada para el despido:

— la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo;
— ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
— presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes;
— la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social;
— la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

El art. 6 del Convenio añade que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir tampoco una causa justificada de terminación de la relación de trabajo. La Recomendación R166 de la OIT sobre el despido, de 1982, considera que tampoco son motivos válidos para el despido la edad y la ausencia debida al servicio militar obligatorio u obligación cívica alternativa.

La Sección B del Convenio regula el procedimiento a seguir en materia de despido. El art. 7 obliga a que el empleador haya concedido al trabajador antes del despido la posibilidad de defenderse de

los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad. La Recomendación R166 establece que el empleador deberá advertir al trabajador de que la repetición de una falta puede ser un motivo de despido.

La Sección C del Convenio número 158 regula el derecho de recurso contra el despido, estableciendo el art. 8 que el trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro. La Recomendación R166 invita a la utilización de la conciliación y a que los trabajadores sean informados de sus posibilidades de recurso.

La última parte del Convenio se refiere al despido por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos. En este supuesto, el empleador tiene una doble obligación. Por una parte, debe proporcionar a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones. Por otra parte, el empleador que prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos las notificará lo antes posible a la autoridad competente, comunicándole la información pertinente, incluida una constancia por escrito de los motivos de las terminaciones previstas, el número y las categorías de los trabajadores que puedan verse afectados y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones. Estas disposiciones han inspirado el art. 25 de la Carta Social Europea y la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (*DO* L 225, de 12 de agosto de 1998, p. 16).

El Convenio número 158 se completó diez años después con el Convenio número 173 de la OIT sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, de 1992, según el cual los Estados deberán aceptar que los créditos laborales, cuando hay una situación de insolvencia del empleador, sean protegidos por medio de un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a

los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda o, bien, por medio de una institución de garantía.

La Carta Social Europea se inspira en estos convenios de la OIT y en su art. 24 regula el derecho a la protección en caso de despido, pero ya como derecho de los trabajadores y no como una obligación de los empleadores (Lyon-Caen 2005, 409). El art. 24 obliga a los Estados a reconocer:

— el derecho de los trabajadores a no ser despedidos sin un motivo válido relacionado con su capacidad o su conducta o basado en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Este derecho opera antes del despido;
— el derecho de los trabajadores despedidos sin causa justificada a obtener una indemnización apropiada o una reparación adecuada. Este derecho despliega efectos después del despido y es una aportación de la Carta muy importante, ya que no se contempla en el Convenio número 158 de la OIT;
— el derecho de los trabajadores que se estimen víctimas de un despido injustificado a un recurso contra esta medida ante un órgano imparcial. Este derecho opera después del despido.

En cuanto a los beneficiarios de estos derechos y a los motivos que pueden justificar o no un despido, la Carta Social Europea retoma prácticamente las disposiciones del Convenio número 158 de la OIT.

Aparte de esta regla general del art. 24, la Carta Social Europea revisada contiene otras disposiciones específicas relativas a los despidos. Así, el art. 8.3 considera ilegal el despido de una mujer durante el período comprendido entre la notificación de su embarazo y el fin del permiso de maternidad. El art. 27.3 obliga a los Estados a asegurar que las responsabilidades familiares no puedan constituir por sí solas una causa válida de despido. El art. 28 protege a los representantes de los trabajadores contra actos que puedan perjudicarles, incluido el despido.

Por último, el art. 29 de la Carta obliga a los empleadores a informar y consultar a los representantes de los trabajadores con antelación en caso de despido colectivo, con objeto de analizar las posibilidades de evitar o limitar estos despidos o de atenuar sus

consecuencias mediante medidas de acompañamiento. El art. 25 protege los derechos de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario, retomando el Convenio número 173 de la OIT.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no contiene ninguna disposición que se ocupe directamente de la protección contra el despido injustificado. No obstante, sí se han planteado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) asuntos cuyo origen se encuentra en una decisión de despido de un trabajador. En la mayoría de estos casos, el trabajador considera que las jurisdicciones nacionales han infringido el art. 6.1 del CEDH por haber superado el plazo razonable de resolución del litigio y exige una indemnización compensatoria. En el asunto *Julien c. Francia* el Tribunal subrayó la necesidad de una decisión rápida de los litigios laborales por la importancia que revisten para los trabajadores, máxime cuando se trata de juicios por despido, ya que el interesado ha perdido con esta decisión sus medios de subsistencia (TEDH, sentencias de 14 de noviembre de 2002, *Julien c. France,* Rec., núm. 50331/99; de 28 de junio de 1990, *Obermaier c. Autriche*, Serie A, núm. 179, apartado 72; de 24 de mayo de 1991, *Caleffi c. Italia*, Serie A, núm. 206B, apartado 17). En otros casos menos frecuentes, se ha discutido ante el TEDH la compatibilidad de decisiones de despido con la protección del derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) o del derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH). Así, en el asunto *Smith y Grady c. Reino Unido* el TEDH consideró una injerencia injustificada en la vida privada de los soldados Smith y Grady su despido y separación del ejército británico después de sendas investigaciones sobre su homosexualidad (TEDH, sentencia de 27 de septiembre de 1999, *Smith & Grady c. Royaume Unie,* Rec., núm. 33985/96 y 33986/98). En el asunto *Vogt*, se consideró como una ingerencia injustificada en la libertad de expresión de esta profesora alemana de enseñanza secundaria su despido como sanción disciplinaria por parte de la administración alemana por no desvincularse del partido comunista (TEDH, sentencia de 26 de septiembre de 1995, *Vogt c. Allemagne*, Rec., núm. 17851/91).

2. El *acquis* comunitario relativo al despido

En ejercicio de las competencias de armonización conferidas a la Unión Europea por el art. 137 del TCE, las instituciones comunitarias han adoptado un número significativo de directivas que armonizan diferentes aspectos del derecho del trabajo y que contienen normas protectoras frente al despido. En este sentido, hay que destacar primero tres directivas que se refieren a los despidos colectivos, además de las directivas que establecen la obligación de información y consulta de los trabajadores con carácter previo a su despido y, por último, existen directivas que prevén supuestos de despidos no admisibles en aplicación de los principios de igualdad de trato y de no discriminación en el empleo (Verbruggen 2006, 257).

2.1. *Protección contra los despidos colectivos*

En lo que respecta a las normas sobre despidos colectivos, nos encontramos con la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (*DO* L 225, de 12 de agosto de 1998, p. 16), la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (*DO* L 82 de 22 de marzo de 2001 p. 16) y con la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987/CEE del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (*DO* L 270, de 8 de octubre de 2002, p. 10).

La Directiva 98/59/CE se aplica a los despidos colectivos, que son los que afectan a un mínimo de entre 10 y 30 trabajadores en función de la dimensión de la empresa, e impone dos obligaciones a los empleadores, a saber, la información y consulta previa de los trabajadores y la notificación de la decisión de despido colectivo a la autoridad

competente (TJCE, sentencia de 18 de enero de 2007, *CGT y otros*, C-385/05, apartados 43 y 44). En concreto, cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo. Dichas consultas versarán como mínimo sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos y atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a las medidas sociales de acompañamiento encaminadas, en especial, a la reclasificación o reconversión de los trabajadores despedidos. El empresario deberá proporcionar toda la información útil a los representantes de los trabajadores durante el transcurso de las consultas y, en todo caso, por escrito: los motivos; el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos; el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente; el número de los trabajadores que vayan a ser despedidos; los criterios para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos; y el método de cálculo de las posibles indemnizaciones. En cuanto al procedimiento de despido colectivo, la Directiva impone al empresario la obligación de notificar por escrito cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad competente y de transmitir una copia de la notificación a los representantes de los trabajadores, que podrán dirigir sus observaciones a la autoridad pública competente; no surtiendo efecto los despidos colectivos antes de transcurridos treinta días después de la notificación, plazo que la autoridad pública competente aprovechará para buscar una solución.

La Directiva 2001/23/CE da nueva redacción a la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (*DO* L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122), en su versión modificada por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998 (*DO* L 201, p. 88). Se aplica a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión, y establece en su art. 1 que se considerará transmisión la de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, con el fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria.

El art. 3.1 de la Directiva 2001/23 dispone que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de la transmisión, sean transferidos al cesionario como consecuencia de tal transmisión. El art. 4 señala que la transmisión de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituirá en sí misma un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo.

La aplicación de esta Directiva y de sus predecesoras ha generado un importante y voluminoso contencioso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), en el que destacan los asuntos que se refieren a la existencia o no de transmisión de la empresa. El criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión a los efectos de esta Directiva consiste, según el TJCE, en determinar si la entidad en cuestión mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude (TJCE, sentencias de 18 de marzo de 1986, *Spijkers*, 24/85, Rec., p. 1119, apartados 11 y 12; de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, C-13/95, Rec., p. I-1259, apartado 10; y de 20 de noviembre de 2003, *Abler y otros*, C-340/01, Rec., p. I-4023, apartado 29). Para que la Directiva 2001/23 sea aplicable, la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (TJCE, sentencia de 19 de septiembre de 1995, *Rygaard*, C-48/94, Rec. p. I-2745, apartado 20). Así, el concepto de entidad se refiere a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (TJCE, sentencia *Süzen*, antes citada, apartado 13; *Abler y otros,* antes citada, apartado 30; y de 15 de diciembre de 2005, *Güney-Görres*, asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04, Rec., p. I-5648, apartado 32). Para determinar si concurren los requisitos para la transmisión de una entidad económica organizada de forma estable, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmi-

tido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades (TJCE, sentencia de 19 de mayo de 1992, *Redmond Stichting*, C-29/91, Rec., p. I-3189, apartado 24, y las sentencias antes citadas *Spijkers*, apartado 13, *Süzen*, apartado 14, y *Abler y otros,* apartado 33).

La otra norma armonizadora relacionada con los despidos colectivos es la Directiva 80/987/CEE, modificada por la Directiva 2002/74/CE, que tiene por objetivo garantizar a los trabajadores asalariados un mínimo de protección en caso de insolvencia de su empresario. A tal efecto, obliga a los Estados miembros a crear una institución que garantice a los trabajadores afectados el abono de los créditos impagados. Esta garantía supone que los trabajadores despedidos, en estos supuestos de insolvencia del empleador, contarán con una garantía para los créditos salariales dejados de percibir.

2.2. *Información y consulta previa a los trabajadores antes del despido*

La Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (*DO* L 80, de 23 de marzo de 2002, p. 29) es la norma genérica aplicable en materia de participación consultiva de los trabajadores en las empresas de la Unión Europea, como ya se analizó en el comentario del art. 27. En su art. 4.2 dispone que la información y consulta abarcará, entre otras cosas, la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo, quedando el despido o la posibilidad de despido comprendido en este tipo de medidas.

Otra disposición a tener en cuenta es la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del

empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral (*DO* L 288, de 18 de octubre de 1991, p. 32). El empleador debe poner en conocimiento del trabajador los elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral, entre los que se encuentra, según el art. 2 g) de la Directiva, la duración de los plazos de preaviso que deban respetar el empresario y el trabajador en caso de terminación del contrato o de la relación laboral o, si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de fijación de dichos plazos de preaviso.

2.3. *Protección contra el despido en aplicación de los principios de igualdad de trato y de no discriminación*

Las instituciones comunitarias han deducido una protección contra el despido del principio de igualdad de trato. La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico (*DO* L 180, de 19 de julio de 2000, p. 22), comprende en su ámbito de aplicación las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración (art. 3.1 c). Por consiguiente, esta norma prohíbe todo despido fundado sobre la raza o el origen étnico.

Por su parte, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (*DO* L 303, de 2 de diciembre de 2000, p. 16) tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. Esta Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con «c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración». Con arreglo al art. 5 de la Directiva 2000/78, se realizarán ajustes razonables con el fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en rela-

ción con las personas con discapacidades. Dicha disposición precisa que lo anterior significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha interpretado que la prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los arts. 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate (TJCE, sentencia de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas*, C-13/05, Rec., p. I-6467, apartado 51).

Estas dos directivas contienen preceptos similares respecto a la inversión de la carga de la prueba, según los cuales los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio, alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta (art. 8 de al Directiva 2000/43/CE y art. 10 de la Directiva 2000/78/CE).

Por otra parte, estas dos directivas prohíben tanto las discriminaciones directas como las indirectas, de manera que se prohíbe tanto un despido basado en una discriminación directamente fundada en uno de los motivos previstos en ellas, como los despidos basados en motivos aparentemente neutros, pero que indirectamente establecen una desventaja fundada en uno de los referidos motivos.

Otra norma que se refiere también al despido es la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la for-

mación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (*DO* L 269, de 5 de octubre de 2002, p. 15). La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido y de retribución. El TJCE cuenta con una reiterada jurisprudencia según la cual el derecho a no ser discriminado por razón de sexo constituye uno de los derechos humanos fundamentales cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia (TJCE, sentencias de 15 de junio de 1978, *Defrenne*, 149/77, Rec., p. 1365, apartados 26 y 27, y de 30 de abril de 1996, *P./S.*, C-13/94, Rec., p. I-2143, apartado 19). El ámbito de aplicación de la Directiva 79/7 no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, dicha Directiva debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado y, por ello, consideró injustificado el despido de un transexual por el hecho de haber cambiado de sexo (TJCE, sentencia *P./S.*, antes citada, apartado 20).

La protección de la maternidad y la conciliación de la vida privada y profesional son también motivos de limitación del despido recogidos en normas comunitarias. Así, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CEE) (*DO* L 348, de 28 de noviembre de 1992, p. 1) contiene una prohibición del despido de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia en su art. 10. Este precepto dispone que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de estas trabajadoras durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. Cuando se despida a una trabajadora en esta situación durante el período antes indicado, el empresario

deberá dar motivos justificados de despido por escrito. Además, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a este tipo de trabajadoras contra las consecuencias de un despido ilegal. Por otra parte, la Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la Unión de Confederaciones Industriales y Empresariales de Europa, el Centro Europeo de la Empresa Pública y la Confederación Europea de Sindicatos (*DO* L 145, de 19 de junio de 1996, p. 4) prevé que los Estados miembros y los interlocutores sociales adopten las medidas adecuadas para proteger a los trabajadores contra el despido vinculado al disfrute del permiso parental.

3. Exégesis del art. 30

El art. 30 garantiza como un derecho de naturaleza individual el derecho del trabajador a no ser despedido sin causa, lo que supone una peculiaridad del derecho de la Unión Europea, que rechaza el despido libre aceptado por otros ordenamientos jurídicos. Este precepto imposibilita la extinción del contrato de trabajo por la sola voluntad del empresario y configura un sistema de despido causal (Arastey Sahún 2005, 57).

Como beneficiario del derecho de protección contra el despido injustificado, el art. 30 menciona *todo trabajador*. Teniendo en cuenta el Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Carta Social Europea revisada de 1996, así como la situación de los diferentes derechos internos, lo lógico es interpretar que los Estados miembros de la Unión Europea podrán excluir de la aplicación del art. 30 algunas categorías de trabajadores, como es el caso de los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar una tarea concreta; de los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido; y de los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración. No obstante, será la jurisprudencia del TJCE la que determine la extensión del concepto de trabajador a efectos de la aplicación del art. 30 y el margen de flexibilidad disponible para los Estados.

En cuanto al contenido del derecho a la protección contra el

despido injustificado, nada dice el lacónico art. 30. Teniendo en cuenta las Explicaciones del Praesidium de la Convención, que consideran el art. 24 de la Carta Social Europea revisada como la fuente de inspiración del art. 30, la protección que este precepto confiere a todo trabajador comprenderá los tres elementos siguientes:

— el derecho de los trabajadores a no ser despedidos sin un motivo válido relacionado con su capacidad o su conducta o basado en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. El empleador debe poder explicar la causa válida del despido en caso de que el trabajador lo discuta;
— el derecho de los trabajadores despedidos sin causa justificada a obtener una indemnización apropiada o una reparación adecuada;
— el derecho de los trabajadores que se estimen víctimas de un despido injustificado a un recurso contra esta medida ante un órgano imparcial. Este derecho es establecido en la Carta de Derechos Fundamentales de forma general por el art. 47.

El art. 30 protege al trabajador contra todo despido injustificado, pero no precisa este concepto que, además, varía según los ordenamientos de los Estados miembros. No obstante, y si tenemos en cuenta el convenio número 158 de la OIT y la Carta Social Europea revisada, podemos considerar que el despido injustificado es la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador sin una causa justificada relacionada con la capacidad o conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Como el art. 30 habla de despido *injustificado* hay que entender que está asumiendo los motivos que según la normativa internacional y las normas propias de la Unión Europea no son válidos para permitir el despido de un trabajador. También se puede considerar que todo despido que suponga la violación de un derecho fundamental deberá considerarse injustificado.

Las Explicaciones relativas al art. 30 se refieren, también, a las Directivas 201/23/CE y 80/987/CEE, modificada por la Directiva 2002/74/CE. Con ello, se aprecia el deseo de que la protección contra el despido injustificado se aplique no sólo en casos individuales, sino también en situaciones de despidos colectivos, que la evolución

económica sin duda va a seguir generando. En estos casos, la transferencia de la empresa no podrá entenderse como un motivo válido de despido y los trabajadores cuya relación laboral termine por insolvencia del empresario deberán tener asegurados sus créditos laborales mediante un mecanismo de garantía (en el caso español, el Fondo de Garantía Salarial).

Por último, el art. 30, como otros de los preceptos referentes a los derechos de solidaridad, afirma que el derecho de protección contra el despido injustificado lo disfruta todo trabajador de conformidad con el derecho de la Unión Europea o con las legislaciones y prácticas nacionales. Se trata de la apelación a la delimitación competencial entre la Unión Europea y los Estados miembros en esta materia de despido, donde hay una competencia comunitaria de armonización mínima, que ha generado ya un significativo acervo de directivas, que facilitan la aplicación de este derecho en los ordenamientos de los Estados miembros. El art. 30 no confiere más competencias a las instituciones de la Unión Europea, pero sí que permitirá una invocación de este derecho con más facilidad cuando se ejerza de acuerdo con las normas nacionales frente a actuaciones de la Unión Europea en materias de su competencia.

Bibliografía

Arastey Sahún, M. L. «La protección por despido en la Constitución Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 367-382.

Bruun, N. «Protection Against Unjustified Dismissal (Article 30)». En B. Bercusson, eds. *European Labour Law and the Charter of Fundamental Rights*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, pp. 337-356.

Carletti, C. *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione*. Milán: Giuffrè, 2005, pp. 276-279.

Ferrari Bravo, L., F. M. Di Majo y A. Rizzo. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Milán: Giuffrè 2001, pp. 103-109.

Giorgis, A. «Art. 30 y 31». En R. Biforco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali del'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 222-230.

Lyon-Caen, A. «Article II-90». En L. Bougorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 407-415.

Verbruggen, V. «Article 30». *Commentary of the Charter of Fundamentals Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 250-266.

Artículo 31
Condiciones de trabajo justas y equitativas

1. **Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad.**
2. **Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas.**

Preceptos relacionados

- Carta: arts. 27-29 y 31-33.
- TFUE: arts. 153 y 154.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 137 y 140 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-91, III-210-III-212.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 31.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

El derecho a disfrutar de condiciones de trabajo justas y equitativas es un derecho social básico que lógicamente debía aparecer entre los derechos de solidaridad de la Carta de Derechos Fundamentales, de la misma manera que lo encontramos en muchos tratados internacionales sobre derechos humanos. Es más, la consecución de condiciones de trabajo justas y equitativas de los empleados es el objetivo general del derecho laboral en su conjunto, que el art. 31 de la Carta convierte en un derecho subjetivo de todos los trabajadores de la Unión Europea y lo transforma en un derecho social fundamental (Blanke 2006, 359).

Este derecho reconocido comprende los tres siguientes: el derecho a condiciones de trabajo que respeten la salud y la seguridad del trabajador; el derecho a condiciones de trabajo respetuosas con la dignidad del trabajador; y el derecho a una limitación del tiempo de trabajo, mediante el disfrute de períodos de descanso diarios y semanales y de vacaciones anuales retribuidas. Se trata de derechos sociales básicos que son objeto de protección por parte de numerosos tratados internacionales y respecto a los cuales la Comunidad Europea dispone, con el vigente Derecho originario, de una competencia compartida, que le ha permitido adoptar un número significativo de normas de Derecho derivado. Estos antecedentes internacionales y el propio Derecho de la Unión Europea son imprescindibles para analizar el alcance del art. 31.

1. EL CONTEXTO JURÍDICO INTERNACIONAL DONDE SE ENMARCA EL ART. 31

El derecho a condiciones laborales justas es objeto de protección en un amplio número de normas internacionales sobre derechos humanos, que van desde los textos onusianos hasta la Carta Social

Europea, pasando por numerosos convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En el ámbito universal de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 incluye en sus arts. 23 y 24 el derecho a condiciones laborales equitativas y satisfactorias, así como el derecho al reposo y al tiempo libre, mediante una limitación razonable de la duración del trabajo y el disfrute de vacaciones periódicas pagadas. El art. 7 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 precisa que las condiciones laborales justas y favorables de que debe disfrutar toda persona implica la seguridad y la higiene en el trabajo, así como el descanso, el tiempo libre, la limitación razonable de la duración del trabajo, las vacaciones pagadas periódicas y la remuneración de los días festivos.

En el marco de la OIT existen numerosos convenios relativos al derecho a condiciones laborales justas, que van desde la abolición del trabajo forzado nocturno hasta la regulación detallada del trabajo nocturno o de la utilización de sustancias químicas. Así, el Convenio número 105 relativo a la abolición del trabajo forzado, de 1957, obliga a los Estados parte a acabar con el trabajo forzado u obligatorio y prohíbe recurrir a él como medio de represión o educación política, como método de movilización de la mano de obra, con objeto de promover el desarrollo económico, como medida laboral disciplinaria, como castigo por haber participado en huelgas y como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.

El Convenio número 161 sobre los servicios de salud en el trabajo, de 1985, insta a los Estados parte a establecer progresivamente servicios de salud en el trabajo para todos los trabajadores, incluidos los del sector público y los miembros de las cooperativas de producción, en todas las ramas de actividad económica y en todas las empresas. Estos servicios de salud en el trabajo disponen de funciones esencialmente preventivas y están encargados de asesorar al empleador, a los trabajadores y a sus representantes en la empresa acerca de los requisitos necesarios para establecer y conservar un medio ambiente de trabajo seguro y sano que favorezca una salud física y mental óptima en relación con el trabajo; y sobre la adaptación del trabajo a las capacidades de los trabajadores, habida cuenta de su estado de salud física y mental. A tenor del art. 5 del Convenio, las principales funciones de estos servicios de salud deben ser:

— identificación y evaluación de los riesgos que puedan afectar a la salud en el lugar de trabajo;
— vigilancia de los factores del medio ambiente de trabajo y de las prácticas de trabajo que puedan afectar a la salud de los trabajadores, incluidos las instalaciones sanitarias, comedores y alojamientos, cuando estas facilidades sean proporcionadas por el empleador;
— asesoramiento sobre la planificación y la organización del trabajo, incluido el diseño de los lugares de trabajo, sobre la selección, el mantenimiento y el estado de la maquinaria y de los equipos y sobre las substancias utilizadas en el trabajo;
— participación en el desarrollo de programas para la mejora de las prácticas del trabajo, así como en las pruebas y la evaluación de nuevos equipos, en relación con la salud;
— asesoramiento en materia de salud, de seguridad y de higiene en el trabajo y de ergonomía, así como en materia de equipos de protección individual y colectiva;
— vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con el trabajo y fomento de la adaptación del trabajo a los trabajadores;
— asistencia en pro de la adopción de medidas de rehabilitación profesional;
— colaboración en la difusión de informaciones, en la formación y educación en materia de salud e higiene en el trabajo y de ergonomía;
— organización de los primeros auxilios y de la atención de urgencia;
— participación en el análisis de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales.

Estos servicios de salud deben actuar con independencia con respecto a los trabajadores y al empleador, con objeto de asegurar que los trabajadores sean siempre informados de los riesgos que el trabajo supone para su salud.

El Convenio número 170 sobre los productos químicos, de 1990, está orientado como muchos otros convenios y recomendaciones de la OIT a garantizar la seguridad de los trabajadores. Por ello, el Convenio obliga a los Estados parte a etiquetar e identificar los pro-

ductos químicos utilizados en el trabajo y a proporcionar fichas de datos de seguridad que contengan información esencial detallada sobre su identificación, su proveedor, su clasificación, su peligrosidad, las medidas de precaución y los procedimientos de emergencia. Además, los empleadores deberán asegurarse de que sus trabajadores no se hallen expuestos a productos químicos por encima de los límites de exposición o de otros criterios de exposición para la evaluación y el control del medio ambiente de trabajo, establecidos por la autoridad competente o por un organismo aprobado o reconocido por la autoridad competente, de conformidad con las normas nacionales o internacionales. También debe el empleador informar a los trabajadores sobre los peligros que entraña la exposición a los productos químicos que utilizan en el lugar de trabajo e instruirlos sobre la forma de obtener y usar la información que aparece en las etiquetas y en las fichas de datos de seguridad.

El Convenio número 171 sobre el trabajo nocturno, de 1990, se aplica a todo trabajo que se realice durante un período de por lo menos siete horas consecutivas, que abarque el intervalo comprendido entre medianoche y las cinco de la mañana y que será determinado por la autoridad competente previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores o por medio de convenios colectivos. El Convenio prevé la adopción en beneficio de los trabajadores nocturnos de medidas específicas requeridas por la naturaleza del trabajo nocturno, que comprenderán, entre otras: controles de salud gratuitos periódicos o a petición suya; servicios adecuados de primeros auxilios, incluidas disposiciones prácticas que permitan a dichos trabajadores, en caso necesario, ser trasladados rápidamente a un lugar en el que se les pueda dispensar un tratamiento adecuado o servicios sociales apropiados para los trabajadores nocturnos. Estas medidas pretenden proteger la salud de esta categoría de trabajadores, facilitarles el ejercicio de sus responsabilidades familiares y sociales, asegurarles posibilidades de promoción profesional y concederles compensaciones adecuadas. El Convenio establece medidas específicas para la protección de la maternidad de las trabajadoras nocturnas.

En la Carta Social Europea de 1961, el derecho a condiciones laborales justas aparecía regulado desde la óptica de la salud y seguridad de los trabajadores y del tiempo de trabajo, en los arts. 2 y 3. La

Carta Social Europea revisada de 1996, además de modificar estos dos preceptos, añade un nuevo componente al derecho a condiciones laborales justas, que es la prohibición de todo comportamiento constitutivo de acoso sexual o moral (art. 26). Según las explicaciones del Praesidium, el art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales se inspira directamente en estos preceptos.

El art. 2 de la Carta Social Europea revisada de 1996, que sirve de referente al apartado 2 del art. 31, regula el derecho a condiciones de trabajo equitativas mediante el establecimiento de una serie de garantías para los trabajadores relativas a la duración del trabajo y al caso particular del trabajo nocturno y de las actividades peligrosas. En lo referente a la duración del trabajo, estas garantías son:

— Duración del trabajo diario y semanal razonable, debiendo reducirse la semana laboral a medida que el aumento de la productividad y otros factores lo permitan. No se prescribe el número preciso de horas de la jornada o la semana laboral y el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) tampoco se ha pronunciado al respecto, por considerar que la razonabilidad del trabajo diario y semanal es un concepto relativo en el tiempo y en el espacio. La duración razonable del trabajo diario y semanal debe establecerla, según el CEDS, cada Estado por vía legislativa, reglamentaria, mediante convenio colectivo o a través de cualquier otro medio sometido a control de la Administración Pública (Samuel 2002, 89).
— Días festivos remunerados y vacaciones anuales pagadas de cuatro semanas como mínimo. Según el CEDS, es incompatible con la Carta toda renuncia del trabajador a esta garantía de cuatro semanas de vacaciones anuales pagadas, incluso si media como contrapartida una remuneración suplementaria del empleador.
— Descanso semanal que coincida en la medida de lo posible con el día de la semana reconocido como día no laborable por la tradición o los usos del país o región, que suele ser el domingo, aunque el CEDS considera que puede ser otro día de la semana siempre que abarque un día completo.

En lo que respecta a las personas que trabajan durante la noche, los Estados parte deben adoptar las medidas adecuadas a la naturaleza especial del trabajo nocturno. En caso de actividades peligrosas o insalubres, el art. 2 prevé la eliminación de los riesgos laborales que éstas generen o, de no ser posible, la concesión a los trabajadores de una reducción de la jornada laboral o de vacaciones pagadas suplementarias. Por último, el art. 2 prevé que el empleador informe por escrito al trabajador de los aspectos esenciales de la relación laboral antes de comenzar a trabajar o como muy tarde dos meses después de haberlo hecho.

El art. 3 de la Carta Social Europea revisada regula, inspirándose en los convenios de la OIT, el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo y es el referente del art. 31.1. Este art. 3 establece, en primer lugar, la obligación de los Estados de adoptar y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de salud y seguridad de los trabajadores, orientada a la mejora de la salud e higiene profesionales y a prevenir los accidentes laborales reduciendo al mínimo las causas de los riesgos inherentes al medio de trabajo. Para cumplir con esta obligación, los Estados deben establecer un sistema de prevención y evaluación de los riesgos laborales e implantar un control público de la eficacia de estas medidas, que generalmente se lleva a cabo mediante los funcionarios encuadrados en el cuerpo de la inspección de trabajo.

Los apartados segundo y tercero del art. 3 de la Carta Social Europea revisada obligan a los Estados parte a promulgar reglamentos de seguridad e higiene y a adoptar medidas para controlar su aplicación. El Derecho interno debe prever, según el CEDS, medidas de prevención y de protección contra los principales riesgos laborales identificados en las normas internacionales de referencia, que son fundamentalmente los convenios de la OIT. Así, estas normas internas deben prevenir los riesgos y peligros en ámbitos como los lugares y equipos de trabajo (protección de máquinas, señalización de peligros, equipos de protección individual, etc.); ciertas actividades (estibadores, construcción, minería, etc.); agentes y sustancias peligrosas (amianto, benceno o radiaciones ionizantes); y categorías de trabajadores más vulnerables (niños y adolescentes o mujeres embarazadas). Los Estados deben implantar un sistema de inspección del cumplimiento de esta normativa sobre seguridad e higiene que

sea eficaz para reducir el número de accidentes laborales, siendo necesario para ello que los inspectores cuenten con competencias sancionadoras adecuadas, efectivas y disuasorias.

Por último, el art. 3.4 prevé que los Estados parte promuevan la instauración progresiva de servicios de salud laboral para todos los trabajadores con funciones preventivas y de consejo, inspirándose en el Convenio número 161 de la OIT.

El art. 26 de la Carta Social Europea revisada preserva el derecho a la dignidad en el trabajo protegiendo a los trabajadores contra el acoso sexual y el acoso moral. Los Estados se comprometen, en colaboración con las organizaciones de trabajadores y empresarios, a promover la sensibilización, la información y la prevención del acoso sexual y del acoso moral en el trabajo. El CEDS ha definido el acoso sexual como un trato desigual respecto a una o varias personas, vinculado a comportamientos de preferencia o de represalia o a comportamientos de otro tipo, que pueden afectar a su dignidad o a su carrera profesional. El acoso moral se refiere a este mismo tipo de comportamientos cuando el factor que los desencadena no es sexual, sino que está vinculado con la raza, la religión, el color de la piel u otra especificidad de un individuo. El CEDS ha indicado, también, que las víctimas de acoso deben disponer de recursos efectivos para presentar sus reclamaciones y recomienda la inversión de la carga de la prueba en perjuicio de los acosadores cuando haya elementos de presunción suficientes (CEDS 2004, 287).

2. La normativa comunitaria actual sobre el derecho a condiciones de trabajo justas y equitativas

Con respecto al derecho a condiciones laborales justas y equitativas, la Unión Europea cuenta con un acervo significativo de normas de Derecho derivado, que tienen su base en la competencia que el art. 137 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) confiere a las instituciones comunitarias, para adoptar medidas de armonización con respecto a: «*a*) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; *b*) las condiciones de trabajo […]». Además, el art. 140 del TCE insta a la Comisión, mediante estudios, consultas y dictámenes, a fo-

mentar la colaboración y la coordinación de los Estados miembros en materias relacionadas con, entre otras cuestiones, el empleo, «el Derecho del Trabajo y las condiciones de trabajo», «la protección contra accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales» y «la higiene del trabajo». En este Derecho Comunitario derivado nos encontramos con tres grandes grupos de normas, a saber, las referentes a la protección de la seguridad y la salud en el trabajo, las relativas a la salvaguarda de la dignidad en las relaciones laborales y las relacionadas con el tiempo de trabajo.

2.1. *Normativa comunitaria sobre protección de la salud y la seguridad en el trabajo*

La protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo es uno de los aspectos más importantes y más avanzados de la política social de la Unión Europea. En este ámbito, la acción comunitaria no se limita a la legislación, sino que también las instituciones europeas llevan a cabo numerosas actividades de información, orientación y promoción de un entorno laboral seguro y saludable en colaboración con la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, creada en 1994, y la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, que se creó en 1975.

En la actualidad, la norma básica es la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (*DO* L 183, de 29 de junio de 1989, p. 1), que se inspira en los convenios de la OIT y en la Carta Social Europea. El objetivo de esta norma es garantizar una protección más eficaz de los trabajadores en el trabajo mediante medidas dirigidas a la prevención de los accidentes laborales y de las enfermedades profesionales y mediante la información, la consulta, la participación equilibrada y la formación de los trabajadores y sus representantes. Las obligaciones de los empresarios son:

— garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, basándose sobre todo en los principios generales de prevención enume-

rados y sin que ello suponga carga financiera alguna para los trabajadores;
— evaluar los riesgos profesionales relacionados con la elección de los equipos de trabajo y el acondicionamiento de los lugares de trabajo, y organizar los servicios de protección y prevención;
— elaborar una lista de los accidentes de trabajo y redactar los informes relacionados con los mismos;
— organizar los primeros auxilios, la lucha contra incendios, la evacuación de los trabajadores y adoptar las medidas necesarias en caso de peligro grave e inmediato;
— informar a los trabajadores, consultarles y permitir su participación en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo;
— garantizar que cada trabajador reciba una formación suficiente y adecuada en materia de seguridad y salud durante el tiempo de trabajo.

En lo que respecta a las obligaciones de los trabajadores, la Directiva marco les impone fundamentalmente las tres siguientes:

— utilizar correctamente las máquinas y otros medios, el equipo de protección individual y los dispositivos de seguridad;
— indicar toda situación laboral que entrañe un peligro grave e inminente y cualquier defecto existente en los sistemas de protección;
— contribuir para que se cumplan las exigencias impuestas para proteger la seguridad y la salud, y para que el empresario pueda garantizar que el medio y las condiciones de trabajo sean seguros y no presenten riesgos.

El cumplimiento de estas obligaciones por parte de los empleadores y los trabajadores en materia de seguridad e higiene en el trabajo debe estar asegurado por los Estados mediante la adopción de medidas de control, con arreglo a las legislaciones y usos nacionales.

Las obligaciones básicas de esta Directiva marco se aplican a todos los trabajadores y en todos los sectores económicos, salvo que exista una directiva específica, cuya adopción esté prevista en la pro-

pia Directiva 89/391/CEE, para los grupos expuestos a riesgos o especialmente sensibles y para sectores o cuestiones determinadas que deban ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica. Estas directivas concretas son aproximadamente una treintena y las más importantes son:

— Lugares y equipos de trabajo:
  - Directiva del Consejo 89/654/CEE (lugares de trabajo en general).
  - Directiva del Consejo 89/655/CEE (equipos de trabajo).
  - Directiva del Consejo 89/656/CEE (equipos de protección individual).
  - Directiva del Consejo 92/29/CEE (asistencia médica a bordo de navíos).
  - Directiva del Consejo 93/103/CE (buques de pesca).
  - Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 1999/92/CE (atmósferas explosivas).
  - Directiva del Consejo 92/58/CEE (señalización de seguridad).

— Sectores de actividad:
  - Directiva del Consejo 92/57/CEE (obras de construcción temporales o móviles).
  - Directiva del Consejo 92/91/CEE (industrias extractivas).
  - Directiva del Consejo 92/104/CEE (industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas).

— Riesgos específicos:
  - Agentes carcinógenos o mutágenos: Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2004/37/CE.
  - Agentes químicos: Directiva del Consejo 98/24/CE (agentes químicos).
  - Agentes biológicos: Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2000/54/CE.
  - Agentes físicos: Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2003/10/CE (ruido); Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2002/44/CE (vibraciones); y Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2004/40/CE (campos electromagnéticos).

- Amianto: Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2003/18/CE (amianto).

— Determinadas categorías de trabajadores: Directiva del Consejo 92/85/CEE (trabajadoras embarazadas); Directiva del Consejo 94/33/CE (jóvenes trabajadores).

Se aprecia claramente la influencia de los convenios de la OIT y de la Carta Social Europea en la elaboración de estas directivas específicas, aunque la Unión Europea ha avanzado considerablemente más en materia de protección de seguridad e higiene en el trabajo con esta labor armonizadora de lo que lo han hecho la OIT y el Consejo de Europa. En este sentido, hay que destacar que la Unión Europea se ha dotado de dos agencias especializadas que operan en esta materia, que son la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo y la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo. Esta última fue creada por el Reglamento (CEE) número 1365/75 del Consejo, de 26 de mayo de 1975, relativo a la creación de una Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (*DO* L 139, de 30 de mayo de 1975, p. 1) y es un organismo tripartito creado para evaluar y analizar las condiciones de vida y de trabajo; elaborar dictámenes autorizados y asesorar a los responsables de la política social; contribuir a la mejora de la calidad de vida; e informar de la evolución y las tendencias en este ámbito, en particular de los factores de cambio.

La otra agencia especializada se estableció posteriormente mediante el Reglamento (CE) número 2062/94 del Consejo, de 18 de julio de 1994, por el que se crea la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (*DO* L 216, de 20 de agosto de 1994, p. 1). Su misión consiste en proporcionar a los organismos comunitarios, a los Estados miembros y a los medios interesados toda la información técnica, científica y económica útil en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo.

Por último, hay que mencionar que la Comisión adopta periódicamente estrategias sobre la salud y seguridad de los trabajadores, que constituyen un elemento básico de la política de empleo de la Unión Europea y un eje de la Estrategia de Lisboa. La última de ellas se recoge en la Comunicación de la Comisión al Parlamento

Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, titulada «Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)» [*COM* (*2007*) *62 final*, de 21 de febrero de 2007].

2.2. *Normativa comunitaria referente a la protección de la dignidad en el trabajo*

En lo que respecta a la protección del derecho a la dignidad en el trabajo, la Comisión ha presentado varias propuestas para la adopción de una directiva sobre el acoso sexual en el trabajo, pero no ha prosperado todavía ninguna de ellas.

No obstante, sí encontramos referencia al acoso sexual en la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (*DO* L 269, de 5 de octubre de 2002, p. 15). En esta Directiva, el acoso sexual es considerado como una discriminación por razón de sexo y se prohíbe.

2.3. *Normativa sobre el tiempo de trabajo*

La limitación del tiempo de trabajo es una manifestación fundamental del derecho a condiciones de trabajo justas y equitativas, como se ha visto en el marco de la OIT y de la Carta Social Europea. Esta cuestión ha sido objeto de armonización por parte de la Unión Europea mediante la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (*DO* L 299, de 18 de noviembre de 2003, p. 9), que codifica la antigua Directiva de base 104/93/CE. Esta Directiva establece las disposiciones mínimas generales de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, buscando el equilibrio entre el objetivo principal de seguridad y salud de los trabajadores, por una parte, y las necesidades de una economía europea moderna, por otra.

Las cuestiones principales que regula la Directiva son los períodos de descanso diario, las pausas, los períodos de descanso semanal, las vacaciones anuales, así como algunos aspectos del trabajo nocturno y del trabajo por turnos. Existen disposiciones sectoriales para el transporte por carretera, las actividades en el mar y la aviación civil. Los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para que todo trabajador pueda disfrutar:

— de un período mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas;
— de una pausa de descanso para un trabajo diario superior a seis horas;
— por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario;
— de una duración máxima semanal del trabajo de 48 horas incluidas las horas extraordinarias; y
— de un período de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas.

Pueden establecerse excepciones a estos criterios de limitación del tiempo de trabajo mediante convenios colectivos o de acuerdo con los interlocutores sociales, de conformidad con las reglas establecidas en la Directiva.

El trabajo nocturno constituye un caso aparte, ya que su duración no debe superar las ocho horas por término medio cada 24 horas. El trabajo nocturno que implica riesgos especiales, o tensiones físicas o mentales, está regulado por legislaciones o prácticas nacionales, o bien por convenios colectivos. Los trabajadores nocturnos deben beneficiarse de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo. Asimismo, disfrutan de una evaluación gratuita de su salud antes de su incorporación a un trabajo nocturno y, posteriormente, a intervalos regulares. Si se considera que no son aptos, deben ser transferidos, siempre que sea posible, a un trabajo diurno. El empresario que organiza el trabajo con arreglo a cierto ritmo debe tener en cuenta el principio general de adecuación del trabajo a la persona, en particular con el fin de reducir el trabajo monótono y acompasado. El empresario que recurre

regularmente a trabajadores nocturnos debe informar de ello a las autoridades competentes en materia de salud y seguridad.

La Directiva prevé disposiciones específicas aplicables a determinados sectores laborales, como es el caso de los trabajadores móviles, el trabajo *off-shore,* los trabajadores que ejercen su actividad a bordo de buques de pesca y los médicos en período de formación.

3. Exégesis del art. 31

El derecho a condiciones laborales justas y equitativas es el derecho social fundamental que protege el art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales. Como ya se ha dicho, este derecho engloba tres derechos sociales específicos interrelacionados entre sí: el derecho a condiciones de trabajo que respeten la salud y la seguridad del trabajador; el derecho a condiciones de trabajo respetuosas con la dignidad del trabajador; y el derecho a una limitación del tiempo de trabajo. No obstante, algunos autores argumentan que este derecho resulta aplicable a cualquier condición laboral injusta que afecte a la dignidad humana, aunque no se encuentre vinculada con las mencionadas en el apartado 2 del precepto (Blanke 2006, 376). Se trata de una interpretación aceptable, pero los redactores de la Carta parece que han optado por ceñirse a la garantía de las condiciones de trabajo mínimas armonizadas mediante normas de derecho derivado, lo que explica que el art. 31 no contenga ninguna referencia expresa a la protección del derecho de los trabajadores a una remuneración equitativa, aunque se ha discutido en el seno de la Unión Europea la posibilidad de establecer un salario mínimo.

La aplicación de este precepto, como establecen las propias explicaciones del Praesidium de la Convención, se va a ver favorecida por la existencia de la prolija regulación de la Carta Social Europea revisada, que se inspira a su vez en los numerosos convenios de la OIT, así como por la abundante normativa de Derecho Comunitario derivado ya adoptada por la Unión Europea sobre la base de su competencia compartida en este ámbito, que es, sin duda, el más desarrollado de la política social de la Unión Europea. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) mantiene en sus arts. 153.1, letras a y b, y en el art. 156 las mismas competencias de

la Unión Europea sobre la regulación de las condiciones laborales, por lo que el Derecho derivado seguirá adoptándose y facilitando el ejercicio del derecho protegido por el art. 31.

De la misma manera, existe una importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) sobre las normas de Derecho derivado relativas a las condiciones laborales, especialmente sobre las directivas de ordenación del tiempo de trabajo y de protección de la salud e higiene en el mismo.

Uno de los efectos importantes del art. 31, al proteger el derecho a condiciones laborales justas y equitativas como un derecho social fundamental, será su influencia sobre la jurisprudencia del TJCE para permitir a éste con mayor fuerza llevar a cabo una interpretación restrictiva de los límites a este derecho previstas en la normativa de Derecho derivado adoptada por la Unión Europea. El abogado general Tizzano en el asunto *BECTU* y la abogada general Stix-Hackl en el asunto *Comisión c. Italia* (TJCE, sentencia de 15 de noviembre de 2001, C-49/00, Rec., p. I-8575) se han referido ya al art. 31, aunque no lo ha hecho aún el TJCE en ninguna sentencia. En el asunto *BECTU* (TJCE, sentencia de 26 de junio de 2001, C-173/99, Rec., p. I-4881, apartado 43), el TJCE afirmó que el «derecho de cada trabajador a vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104». Luego consideró que la expresión «de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales» debía interpretarse en el sentido de que se refería únicamente a los criterios de aplicación de las vacaciones anuales retribuidas en los diferentes Estados miembros. Por tanto, éstos tienen la posibilidad de establecer, en su normativa interna, los requisitos para el ejercicio y la aplicación del derecho a vacaciones anuales retribuidas, precisando las circunstancias concretas en las que los trabajadores pueden hacer uso del citado derecho, del que disfrutan por la totalidad de los períodos de trabajo cubiertos, sin poder supeditar, no obstante, a ningún tipo de requisito la propia constitución de este derecho, que se deriva directamente de la Directiva

93/104. Como consecuencia de ello, el TJCE concluyó que el art. 7.1 de la Directiva 93/104 no permite que un Estado miembro adopte una normativa nacional (era una reglamentación británica en este caso) con arreglo a la cual un trabajador no comienza a adquirir el derecho a vacaciones anuales retribuidas hasta que haya realizado un período mínimo de trece semanas de empleo ininterrumpido con el mismo empresario.

También es destacable la sentencia *Pfeiffer* (TJCE, sentencia de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Rec., p. I-8835, apartados 100 y 101), en la que el Tribunal afirma que tanto por lo que respecta al tenor del art. 6, punto 2, de la Directiva 93/104, como a la finalidad y la sistemática de ésta, el límite máximo de 48 horas, por lo que se refiere a la duración media del tiempo de trabajo semanal, incluidas las horas extraordinarias, constituye una norma del Derecho social comunitario de especial importancia de la que debe disfrutar todo trabajador como disposición mínima destinada a garantizar la protección de su seguridad y su salud. De este modo, no resulta compatible con las exigencias de dicha disposición una normativa nacional que autoriza períodos de trabajo semanales que excedan de 48 horas, incluidos los servicios de permanencia. En este caso, se trataba de los períodos de permanencia asegurados por socorristas en el marco de un servicio de asistencia médica urgente de un organismo alemán, que mediante un convenio colectivo o un acuerdo de empresa, basado en tal convenio, podían sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal de 48 horas establecida por la Directiva.

Otro ejemplo de interpretación estricta de las excepciones a la normativa comunitaria, que puede ser reforzada por el art. 31 lo ofrece la prejudicial originada por el litigio entre el Sindicato de Médicos de Asistencia Pública y la Comunidad Valenciana sobre la compatibilidad de los horarios de los médicos con la Directiva 93/104/CE. En este caso, el TJCE consideró que el tiempo dedicado a la atención continuada prestado por médicos de Equipos de Atención Primaria, en régimen de presencia física en el centro sanitario, debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104. Por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización, sólo debe considerarse tiempo de traba-

jo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria. Además, afirmó que los médicos de Equipos de Atención Primaria que prestan cíclicamente sus servicios en turnos de atención continuada durante la noche no pueden considerarse trabajadores nocturnos, sino trabajadores que realizan un trabajo por turnos a efectos de aplicación de la referida Directiva (TJCE, sentencia de 3 de octubre de 2000, *SIMAP*, C-303/98, Rec., p. I-4567).

Hasta ahora, el TJCE no ha tenido necesidad de aplicar como principio general del Derecho Comunitario el derecho a condiciones de trabajo justas y equitativas, debido a que los litigios suscitados se han referido a la aplicación del Derecho derivado adoptado por la Unión Europea en esta materia. Con el art. 31, el TJCE no tendrá que hacer esa labor de exégesis jurisprudencial respecto a este derecho social fundamental para aplicarlo en supuestos no cubiertos por las directivas de armonización.

Bibliografía

Blanke, T. «Fair and Just Working Conditions (Article 31)». En B. Bercusson, eds. *European Labour Law and the Charter of Fundamental Rights.* Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, pp. 357-377.

CEDS. *Charte sociale européenne: Digest de jurisprudence du CEDS* (2004): p. 287.

Ferrari Bravo, L., F. M. Di Majo y A. Rizzo. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.* Milán: Giuffrè, 2001, pp. 109-112.

Garrigues Jiménez, A. «La protección de riesgos laborales en el marco de la Constitución Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 353-366.

Giorgis, A. «Art. 30 y 31». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali del'Unione Europea.* Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 222-230.

Hunt, J. «Fair and Just Working Conditions». En T. K. Hervey y J. Kenner. *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamentals Rigths – a Legal Perspective.* Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 45-66.

Jeammaud, A. «Article II-91». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article.* Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 416-425.

Lozano Lares, F. «El marco jurídico comunitario de la seguridad y de la salud laboral», en J. Cruz Villalón y T. Pérez del Río, coords. *Una aproximación al derecho social comunitario.* Madrid: Tecnos, 2000, pp. 85 y ss.

Monjas Barrena, M. y L. Meléndez Morillo-Velarde. «Solidaridad: el derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1163-1188.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*. Granada: Comares, 2006.

SAMUEL, L. *Droits sociaux fondamentaux: Jurisprudente de la Charte sociale européenne*, 2.ª ed. Estrasburgo: Conseil de l'Europe, 2002.

VERBROUGGEN, V. «Article 31». *Commentary of the Charter of Fundamentals Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 267-279.

Artículo 32
Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo

Se prohíbe el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye el período de escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas.

Los jóvenes admitidos a trabajar deberán disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación.

Preceptos relacionados

- Carta: arts. 24, 31, 33 y 34.
- TFUE: art. 153.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 137 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-84, II-92 y III-210.
- Carta de 7 de diciembre de 2007: art. 32.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

El trabajo infantil es una realidad lamentable que aún se presenta con virulencia en los países en vías de desarrollo, pero que también continúa existiendo en la Unión Europea. Según los cálculos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (OIT 2006, p. 6), unos doscientos dieciocho millones de niños de entre 5 y 14 años trabajan a tiempo completo o parcialmente, concentrándose la mayoría de ellos en África, Asia y América Latina. En la Unión Europea, el trabajo infantil aún no ha sido desterrado y continúa siendo una lacra social que arroja situaciones deplorables de niños que están en la etapa de escolarización obligatoria que son utilizados como mendigos o niños traídos de países pobres para realizar trabajos domésticos.

Esta realidad explica la existencia del art. 32 entre los derechos de solidaridad con el objeto de prohibir el trabajo infantil y controlar el trabajo de los jóvenes, que se inspira claramente, como señala el Praesidium de la Convención, en varios convenios de la OIT, en la Carta Social Europea y en el Derecho Comunitario derivado existente en la materia.

1. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y EL DERECHO DERIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA

Existe un asentado marco jurídico internacional referente a la protección de los niños contra su explotación mediante el trabajo infantil. La OIT fue la primera organización que se ocupó del trabajo infantil, adoptando varios convenios sobre la edad mínima para trabajar en determinados sectores económicos, así como convenios sobre protección del trabajo juvenil en varios ámbitos laborales. En la actualidad, las dos normas básicas de la OIT en esta materia son el Convenio número 138 sobre la edad mínima, de 26 de junio de 1973, y el Convenio número 182 sobre las peores formas de trabajo infan-

til, de 17 de julio de 1999. Estos dos tratados son convenios fundamentales y, de conformidad con la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, incluso los Estados miembros, que aún no han ratificado estos convenios, deben observar, promover y poner en práctica los principios.

Según la OIT, no todas las tareas realizadas por los niños deben clasificarse como trabajo infantil que se ha de eliminar. Por lo general, la participación de los niños o los adolescentes en trabajos que no atentan contra su salud y su desarrollo personal ni interfieren con su escolarización se considera positiva. Entre otras actividades, cabe citar la ayuda que prestan a sus padres en el hogar, la colaboración en un negocio familiar o las tareas que realizan fuera del horario escolar o durante las vacaciones para ganar dinero de bolsillo. Estas actividades son provechosas para el desarrollo de los pequeños y el bienestar de la familia; les proporcionan calificaciones y experiencia, y les ayudan a prepararse para ser miembros productivos de la sociedad en la edad adulta. El término *trabajo infantil* suele definirse como todo trabajo que priva a los niños de su niñez, su potencial y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico. Se trata de un trabajo que es peligroso y prejudicial para el bienestar físico, mental o moral del niño e interfiere en su escolarización, puesto que le priva de la posibilidad de asistir a clases, le obliga a abandonar la escuela de forma prematura o le exige combinar el estudio con un trabajo pesado y que consume mucho tiempo. Cuándo calificar o no de *trabajo infantil* una actividad específica dependerá de la edad del niño o la niña, el tipo de trabajo en cuestión y la cantidad de horas que le dedica, las condiciones en que lo realiza, y los objetivos que persigue cada país. La respuesta varía de un país a otro y entre uno y otro sector (OIT: Programa internacional para la eliminación del trabajo infantil, http://www.ilo.org/ipec/facts/lang—es/index.htm).

En las formas más extremas de trabajo infantil, los niños son sometidos a situaciones de esclavitud, separados de su familia, expuestos a graves peligros y enfermedades y/o abandonados a su suerte en las calles de grandes ciudades a una edad muy temprana. El art. 3 del Convenio número 182 de la OIT considera como peores formas de trabajo infantil las siguientes:

I) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;

II) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;

III) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes; y

IV) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

Uno de los métodos más efectivos para lograr que los niños no comiencen a trabajar demasiado pronto es establecer la edad en que legalmente pueden incorporarse al empleo. En el cuadro siguiente elaborado por la OIT figuran los principios fundamentales

	Edad mínima autorizada para que los niños comiencen a trabajar	**Posibles excepciones para algunos países en desarrollo**
Trabajo peligroso Ninguna persona menor de 18 años debe realizar trabajos que atenten contra su salud o su moralidad.	18 años (16 años siempre que se cumplan estrictas condiciones)	18 años (16 años siempre que se cumplan estrictas condiciones)
Edad mínima límite La edad mínima de admisión al empleo no debe estar por debajo de la edad de finalización de la escolarización obligatoria, por lo general, los 15 años de edad.	15 años	14 años
Trabajo ligero Los niños de entre 13 y 15 años de edad podrán realizar trabajos ligeros, siempre y cuando ello no ponga en peligro su salud o su seguridad, ni obstaculice su educación, su orientación vocacional ni su formación profesional.	Entre 13 y 15 años	Entre 12 y 14 años

del Convenio número 138 por lo que respecta a la edad mínima de admisión al empleo.

En el marco del sistema de Naciones Unidas nos encontramos también con normas relativas al trabajo infantil y juvenil. En efecto, el art. 10.3 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966 establece que los Estados reconocen la necesidad de adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de los niños y adolescentes sin discriminación por motivo alguno. Los niños y adolescentes deben ser protegidos contra la explotación económica y social. Las leyes deben sancionar a quienes los empleen en trabajos susceptibles de afectar a su moralidad o a su salud o que pongan su vida en peligro o afecten a su normal desarrollo. Los Estados deben asimismo fijar los límites de edad por debajo de los cuales la utilización de la mano de obra infantil está prohibida y sancionada por la ley.

La protección de los derechos de los menores mejoró notablemente en el marco de Naciones Unidas con la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. Entre los derechos del niño reconocidos por este Convenio destaca el derecho a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social (art. 32.1). Los Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de este precepto y, en particular, deben fijar la edad o edades mínimas para trabajar, deben prever una reglamentación adecuada de los horarios de trabajo y de las condiciones laborales y deben establecer sanciones adecuadas para garantizar el respeto de este derecho.

En el ámbito regional europeo, el trabajo infantil y juvenil es objeto de regulación en el art. 7 de la Carta Social Europea revisada de 1996. Mediante este precepto, los Estados se obligan a:

— fijar los 15 años la edad mínima laboral, aunque con posibilidad de que los niños realicen *trabajos ligeros* no perjudiciales para su desarrollo;
— establecer los 18 años la edad mínima para realizar trabajos considerados como peligrosos e insalubres;

— prohibir que los niños en período de escolarización obligatoria trabajen en empleos que les priven del beneficio de esta instrucción;
— no permitir el trabajo nocturno de menores de 18 años, salvo para determinados trabajos previstos por la reglamentación nacional.

Este precepto contiene, además, numerosas obligaciones para los Estados parte de la Carta con respecto al trabajo de los jóvenes menores de 18 años, entre las que destacan:

— el derecho de los jóvenes trabajadores o aprendices a una remuneración adecuada;
— el derecho a que se computen a efectos de jornada laboral las horas dedicadas a formación profesional;
— el derecho a vacaciones anuales pagadas de cuatro semanas como mínimo;
— el derecho a un control médico regular en aquellas actividades donde lo prevea la legislación nacional.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no contiene ningún precepto aplicable al trabajo infantil, salvo que éste se encuadre en un supuesto de trabajo forzado, esclavitud o servidumbre, en cuyo caso puede ser aplicable el art. 4 del CEDH.

Esta normativa de la OIT, de la ONU y del Consejo de Europa sobre el trabajo infantil ha influido en la Unión Europea. En primer lugar, cabe mencionar la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989 por los Jefes de Estado y de Gobierno de 11 Estados miembros, que en sus puntos 20 y 22, declara: «20. Sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes, en especial las que, mediante la formación, garanticen su inserción profesional, y salvo excepciones circunscritas a algunos trabajos ligeros, la edad mínima de admisión al trabajo no debe ser inferior a la edad en la que concluye la escolaridad obligatoria ni en ningún caso inferior a 15 años.

22. Deben adoptarse las medidas necesarias para adecuar las normas del Derecho laboral aplicable a los jóvenes trabajadores

para que satisfagan las exigencias de su desarrollo y las necesidades de su formación profesional y de su acceso al empleo.

Debe limitarse, en particular, la duración del trabajo de los trabajadores menores de 18 años —sin que pueda eludirse esta limitación recurriendo a horas extraordinarias— prohibiéndose el trabajo nocturno, con excepción de algunos empleos establecidos por las legislaciones o las normativas nacionales».

En segundo lugar, la Unión Europea dispone de competencia para adoptar normas de armonización respecto al trabajo infantil sobre la base del art. 137.1, letra a) del TCE, que permite al Consejo establecer, mediante directivas, las disposiciones mínimas para promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, con el fin de elevar el nivel de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores. Con este fundamento jurídico se adoptó la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo (*DO* L 216, de 20 de agosto de 1994, p. 12). Esta Directiva es aplicable a toda persona menor de 18 años con un contrato de trabajo o una relación laboral regulada por el Derecho vigente en un Estado miembro y/o sometido al Derecho en vigor en un Estado miembro. Los Estados miembros pueden prever que la directiva no sea aplicable a los trabajos ocasionales o de corta duración relativos al servicio doméstico efectuado en un hogar privado o el trabajo que no se considere nocivo, ni perjudicial, ni peligroso para los jóvenes en la empresa familiar. La directiva prevé que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para prohibir el trabajo de los niños y velen por que el trabajo de los adolescentes se regule y proteja de forma estricta en las condiciones establecidas por la Directiva.

2. La prohibición del trabajo infantil

El art. 32 comienza estableciendo el principio general de la prohibición del trabajo infantil y, seguidamente, dispone que la edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye el período de escolaridad obligatoria. En principio, puede resultar chocante que no se haya establecido un límite de edad preciso como edad laboral mínima cuando los textos interna-

cionales de referencia lo establecen en los 15 años, como hemos visto. Ciertamente, el art. 32 fija la mayoría de edad laboral para los jóvenes por referencia al período de escolaridad obligatoria, pero éste puede variar de un Estado a otro y podría establecerse por debajo de los 15 años. Esta hipótesis se ha producido en el caso de Portugal y ha dado lugar a una reclamación colectiva contra este país ante el Comité Europeo de los Derechos Sociales por infracción del art. 7 de la Carta Social Europea (Renucci 2005, 430).

No obstante, creemos que es posible hacer una interpretación del primer párrafo del art. 32 que impida el mencionado riesgo. En efecto, no sólo los textos internacionales de referencia (Convenio núm. 138 de la OIT y Carta Social Europea) establecen como edad mínima laboral los 15 años, sino que también lo hace la Directiva 94/33/CE, en la que se basa dicho precepto según el Praesidium de la Convención. Esta Directiva en su art. 3 considera *niño* a todo joven menor de 15 años o que aún esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional; y *adolescente* a todo joven de 15 años como mínimo, pero menor de 18 años, que ya no esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional. El trabajo de los niños lo prohíbe, salvo excepciones, y el trabajo de los adolescentes lo permite, pero sometiéndolo a restricciones. A mi juicio y de conformidad con lo estipulado en la Directiva, el art. 32 debe interpretarse en el sentido de que se considerará trabajo infantil el realizado por los menores de 15 años en cualquier caso y el llevado a cabo por adolescentes de edad superior, pero en período de escolarización obligatoria (en España éste se extiende hasta los 16 años, por los que ésta sería la edad mínima laboral). Entendemos que la determinación de la edad de acceso al empleo mediante su vinculación con la escolarización obligatoria, realizada por el art. 32, es positiva porque permite solamente aumentar la edad mínima laboral por encima del límite de los 15 años fijado por los tratados internacionales y el Derecho Comunitario derivado. Hay que tener en cuenta también que el art. 32 establece un estándar mínimo de protección, puesto que se aplica «sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes», que puedan preverse en el Derecho interno de los Estados miembros o por la misma Unión Europea.

El límite de edad laboral del art. 32 opera respecto a los trabajos que podríamos calificar como normales, pero no con respecto a los

trabajos peligrosos. Para estos casos, la edad mínima de acceso debe ser de 18 años. Esta interpretación del art. 32 es la que se deduce de los textos internacionales y de la Directiva 94/33/CE. Esta última, en su art. 7, establece que los Estados miembros prohibirán el acceso de los jóvenes, menores de 18 años, a una serie de trabajos que dificultan su desarrollo juvenil por su peligrosidad o dificultad.

El art. 32 prohíbe, como hemos dicho, el trabajo infantil y debe entenderse que se trata de cualquier tipo de trabajo desarrollado por menores en edad de escolarización obligatoria o con menos de 15 años. Se impone una interpretación amplia del concepto de trabajo, que debe incluir todos los sectores económicos, todo tipo de empresas, incluidos los negocios familiares, así como todas las formas de trabajo, remuneradas o no. Esta interpretación amplia se justifica por tratarse de una prohibición de una práctica (el trabajo infantil), contraria a los derechos fundamentales del niño, y en este sentido se ha pronunciado el CEDS al interpretar el art. 7 de la Carta Social Europea. Además, el trabajo infantil en Europa aparece más en las actividades económicas informales, como negocios familiares, explotaciones agrícolas y trabajo doméstico.

Ahora bien, la prohibición del trabajo infantil, configurada de este modo tan extenso, admite algunas excepciones limitadas, según el art. 32, que se centran en los denominados trabajos ligeros por los textos internacionales y por la Directiva 94/33/CE. El art. 4 de esta Directiva permite, en concreto, a los Estados miembros no aplicar, por vía legislativa o reglamentaria, la prohibición del trabajo infantil:

— a los niños que participen en actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario. La contratación de niños se someterá, en cada caso, a un procedimiento de autorización previa expedido por la autoridad competente;
— a los niños de al menos 14 años que trabajen en el marco de un régimen de formación en alternancia o de prácticas en empresas, siempre que dicho trabajo sea realizado conforme a las condiciones prescritas por la autoridad competente;
— a los niños de al menos 14 años que efectúen trabajos ligeros, cuyas condiciones laborales serán determinadas por cada Estado miembro con respeto de la Directiva. No obstante, los

niños podrán, a partir de la edad de 13 años, realizar trabajos ligeros durante un número limitado de horas por semana y para ciertas categorías de trabajos determinados en la legislación nacional.

En la aplicación de estas excepciones a la prohibición del trabajo infantil debe siempre tenerse en cuenta el interés superior del niño, tal como se establece en el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales (Golden 2006, 286).

3. La regulación del trabajo juvenil

El segundo párrafo del art. 32 se refiere a la protección de los jóvenes en el trabajo y contiene una norma especial con respecto al derecho de condiciones justas y equitativas del art. 31 de la Carta, aplicable a los jóvenes.

Esta disposición resulta aplicable a los jóvenes, que son las personas menores de 18 años y mayores de 15 o con el período de escolarización obligatoria terminado, según la Directiva 94/33/CE, así como los menores de esa edad que pueden realizar trabajos en casos excepcionales. Estos jóvenes pueden trabajar, pero deben disponer de «condiciones de trabajo adaptadas a su edad» y, además deben «estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación», según establece el art. 32, retomando casi literalmente el contenido del art. 1.3 de la Directiva 94/33/CE.

Si tenemos en cuenta el art. 7 de la Carta Social Europea revisada y la jurisprudencia que lo interpreta del CEDS, los convenios de la OIT y la Directiva 94/33/CE, los jóvenes tendrán un trabajo en «condiciones de trabajo adaptadas a su edad», cuando se cumplan las siguientes exigencias:

— Limitación del tiempo de trabajo y respeto de los períodos de descanso, vacaciones y pausas. Se establecen límites y condiciones más beneficiosos para los jóvenes que para los demás trabajadores. Por ejemplo, el art. 8 de la Directiva establece

que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para limitar el tiempo de trabajo de los jóvenes a 8 horas diarias y a 40 horas semanales.

— Preservación del disfrute del derecho a una completa escolarización obligatoria. Para ello, se establecen límites a la jornada laboral de los jóvenes en función de que sea período escolar o no y dependiendo de que hayan terminado o no la escolarización obligatoria. Así, el art. 9.1 de la Directiva establece que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para limitar el tiempo de trabajo de los niños a 2 horas por día de enseñanza y a 12 horas semanales para los trabajos realizados durante el período escolar fuera de las horas lectivas, en la medida en que la legislación y/o la práctica nacional no los prohíban, mientras que su jornada puede elevarse a 7 horas diarias y a 35 horas semanales para los trabajos realizados durante un período de inactividad escolar.
— Cómputo de las enseñanzas prácticas a efectos de la jornada laboral. El art. 8.3 de la Directiva dispone que el tiempo dedicado a su formación por el joven que trabaje en el marco de un régimen de formación teórica y/o práctica en alternancia o de prácticas en empresa quedará incluido en el tiempo de trabajo.
— Prohibición del trabajo nocturno. El art. 9 de la Directiva prohíbe el trabajo de los niños entre las ocho de la tarde y las seis de la mañana y el de los adolescentes entre las diez de la noche y las seis de la mañana o entre las once de la noche y las siete de la mañana. No obstante, la Directiva permite excepciones en algunos supuestos como los sectores de navegación o pesca, las fuerzas armadas o de la policía, los hospitales o establecimientos similares, y actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario.
— Controles médicos regulares.

Además de trabajar en condiciones adaptadas a su edad, el art. 32 establece que los jóvenes deben ser protegidos contra la explotación económica. Teniendo en cuenta la práctica del CEDS en aplicación del art. 7 de la Carta Social Europea, pueden considerarse explotación económica de los jóvenes los supuestos de trabajo sin remune-

rar o con salario muy bajo en comparación con el de los adultos, trabajo a una edad muy temprana, excesivo horario laboral, condiciones laborales perjudiciales para el bienestar del joven o trabajo que prive de la educación básica. Por supuesto, las peores formas de trabajo infantil, identificadas en el art. 3 del Convenio número 182 de la OIT, como la esclavitud o el trabajo forzado, constituyen supuestos evidentes de explotación económica de los jóvenes.

El párrafo segundo del art. 32 prevé también la protección de los jóvenes «contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación». Sin duda, son perjudiciales para el desarrollo del niño las peores formas de trabajo infantil antes mencionadas. Además de ellas, el art. 7 de la Directiva 94/33/CE identifica una serie de actividades que son perjudiciales para el desarrollo de los jóvenes. En concreto, se trata de trabajos:

— que superen objetivamente sus capacidades físicas o psicológicas;
— que impliquen una exposición nociva a agentes tóxicos, cancerígenos, que produzcan alteraciones genéticas hereditarias, que tengan efectos nefastos para el feto durante el embarazo o tengan cualquier otro tipo de efecto que sea nefasto y crónico para el ser humano;
— que impliquen una exposición nociva a radiaciones;
— que presenten riesgos de accidente que los jóvenes, por la falta de consciencia respecto de la seguridad o por su falta de experiencia o de formación, no puedan identificar o prevenir; o
— que pongan en peligro su salud por exponerles a frío o calor, ruidos, o a causa de vibraciones.

A modo de conclusión, cabe señalar que el art. 32 es un precepto que impone obligaciones positivas a los Estados para acabar con el trabajo infantil y disciplinar adecuadamente el trabajo de los jóvenes. En particular, los Estados miembros y la propia Unión Europea deben establecer un régimen de sanciones eficaz para poner fin a las denigrantes prácticas de trabajo infantil y de explotación laboral de los jóvenes en el territorio de la Unión Europea, así como un meca-

nismo de inspección eficaz para detectar los incumplimientos de la normativa internacional, de la Unión Europea e interna que reprime el trabajo infantil. Sin embargo, es mucho más complicado que la Unión Europea intente acabar con el trabajo infantil en países terceros mediante la aplicación de medidas de política comercial.

Bibliografía

Bourgorgue-Larsen, L. y J.-F. Renucci. «Article II-92». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article.* Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 426-434.

Cámara Botia, A. «Viejas y nuevas perspectivas sobre el trabajo infantil». *Revista Española de Derecho del Trabajo* 122 (2004): pp. 232 y ss.

CEDS. *Charte sociale européenne: Digest de jurisprudence du CEDS* (2004): p. 287.

EU Network of Indepentet Experts on Fundamental Rights. «Implementing the Rights of the Children in the European Union». *Thematic Comment* 4, 25 de mayo de 2006, pp. 80-83.

García Romero, B. «La protección jurídico-laboral de los menores». *Asuntos Sociales* 10 (2001): pp. 62 y ss.

Giorgis, A. «Art. 32». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali del'Unione Europea.* Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 231-236.

Goerlich Peset, J. M.ª «Solidaridad: prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1189-1214.

Golden, I. «Article 32». *Commentary of the Charter of Fundamentals Rights of the European Union.* Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 280-292.

Igartúa Miró, M.ª T. e I. Marín Alonso. «La prohibición del trabajo infantil y la protección del trabajo de los jóvenes en la Constitución Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 527-542.

Jacobs, A. «Prohibition of Child labour and Protection of Young People at Work (Article 32)». En B. Bercusson, eds. *European Labour Law and the Charter of Fundamental Rights.* Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006, pp. 379-400.

OIT. *La eliminación del trabajo infantil: Un objetivo a nuestro alcance.* Ginebra, 2006.

Ordóñez Solís, D. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad.* Granada: Comares, 2006.

Ruano Alberto, S. «La prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 22 (2000): pp. 229 y ss.

— *El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria.* Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

Samuel, L. *Droits sociaux fondamentaux: Jurisprudence de la Charte sociale européenne.* 2.ª ed. Estrasburgo: Conseil de l'Europe, 2002.

Artículo 33
Vida familiar y vida profesional

1. Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social.

2. 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.

Preceptos relacionados

- Carta: arts. 7, 9, 21, 23-26, 32 y 34.
- TFUE: arts. 153 y 156.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 137-139 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-67, II-69, II-81, II-83-II-86, II-92, II-94 y III-210-III-212.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 33.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

El art. 33 es un precepto que consagra derechos relacionados con la protección a la familia, especialmente en el ámbito sociolaboral. Pero la familia es objeto de un tratamiento disperso en varios preceptos de la Carta de Derechos Fundamentales, de los que el art. 33 es, posiblemente, el más importante. Esta disposición está vinculada, por tanto, con otras de la Carta de Derechos Fundamentales, que también se refieren a derechos o medidas protectoras de la institución familiar.

En el Título dedicado a las libertades se encuentra el art. 7, relativo al derecho al respeto a la vida privada y familiar, y el art. 9, que protege el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia. El Título III, referente a la igualdad, cuenta con varios preceptos relacionados con la protección de la familia, destacando el art. 21, que establece la cláusula general de prohibición de la discriminación, señalando particularmente, a las razones de «sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». Algunas de las causas de discriminación pueden recaer sobre situaciones familiares, como es el caso de las convicciones, a los efectos de optar entre la creación de familia matrimonial o la basada en mera situación de convivencia, o de la orientación sexual, relevante respecto a si las personas del mismo sexo pueden o no crear una familia. En menor grado también las razones de discapacidad, nacimiento o edad podrían tener algún tipo de repercusión sobre la institución familiar (Gorelli Hernández 2004, 497). También tiene repercusión sobre la institución familiar el art. 23, según el cual «la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución», con la incidencia que ello tiene en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, tal como la prevé el art. 33.

Por último, afectan también a la familia los preceptos de este Título que protegen a los niños (art. 24), a las personas mayores (art. 25) y a las personas discapacitadas (art. 26).

En el Título IV relativo a los derechos de solidaridad, donde se ubica el art. 33, también se refieren a la protección familiar la prohibición del trabajo infantil y la protección del trabajo juvenil (art. 32). Asimismo, repercute notablemente en la familia el art. 34 sobre seguridad social y ayuda social, porque muchas de las prestaciones de seguridad social se orientan a la protección de contingencias de tipo familiar, como la maternidad.

El art. 33 contiene dos apartados diferenciados que se refieren a la protección de la familia. El apartado primero garantiza la protección de la familia de forma genérica en los ámbitos jurídico, económico y social, objetivo que puede alcanzarse con la adopción de una variada panoplia de medidas que pueden ir desde reducciones fiscales hasta el establecimiento de prestaciones de seguridad social, pasando por la concesión de ayudas públicas o subvenciones. El apartado segundo del art. 33 es mucho más concreto porque se centra en un medio fundamental para proteger a la familia, cual es la conciliación de la vida familiar con la vida laboral y reconoce varios derechos orientados a la consecución de este objetivo.

1. Los precedentes internacionales

El art. 33 protege la familia teniendo como precedentes un amplio abanico de normas internacionales. En el ámbito de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos se refería ya a la familia como un elemento fundamental de la sociedad que debía ser protegido por el Estado (art. 16.3). El art. 23 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos calcó el contenido de la Declaración Universal sobre la protección familiar y el art. 10.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue más allá afirmando que los Estados reconocen la necesidad de proteger lo más ampliamente posible a la familia, elemento fundamental de la sociedad, para su formación y durante todo el tiempo que asume la responsabilidad del cuidado y de la educación de los niños.

Estas disposiciones genéricas sobre protección familiar fueron desarrolladas en materia laboral por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) mediante la elaboración de varios convenios. Destaca el Convenio número 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, de 1981, que se aplica a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella; así como a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella. El objetivo del Convenio es crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, y para ello indica que los Estados deberán incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales. No obstante, es un convenio muy genérico que concreta muy poco las medidas adoptables por los Estados.

El Convenio número 175 sobre el trabajo a tiempo parcial de 1975 es otra norma de interés para la conciliación de vida familiar y personal, porque los padres pueden recurrir a él como una forma de conjugar las exigencias familiares con el mantenimiento de una ocupación laboral a jornada reducida. Este Convenio pretende que los Estados adopten medidas para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial reciban la misma protección de que gozan los trabajadores a tiempo completo en situación comparable respecto a los elementos fundamentales de la relación laboral.

Un tratado de la OIT de gran interés para la protección familiar es el Convenio número 183 sobre la protección de la maternidad, de 2000, que establece un importante arsenal de medidas protectoras de la madre, que están orientadas en la mayoría de los casos a que la mujer trabajadora no resulte desfavorecida por el hecho de la maternidad. Así, el art. 3 obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres em-

barazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido, mediante evaluación, que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo. El art. 4 del Convenio regula el permiso por maternidad, señalando que toda mujer tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas. El permiso de maternidad incluirá un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto, a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores. Además de ello, el art. 5 prevé que sobre la base de la presentación de un certificado médico, se deberá otorgar una licencia, antes o después del período de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan como consecuencia del embarazo o del parto. La naturaleza y la duración máxima de dicha licencia podrán ser estipuladas según lo determinen la legislación y la práctica nacionales. El art. 6 establece que las mujeres beneficiarias de las anteriores licencias deberán disfrutar de prestaciones pecuniarias en una cuantía que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado.

El art. 8 del Convenio número 183 prohíbe al empleador que despida a una mujer embarazada, beneficiaria de la licencia de maternidad o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador. Además, se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad. El art. 9 obliga a los Estados parte a adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo o en el acceso al empleo.

En cuanto a las madres lactantes, el art. 10 del Convenio dispone que la mujer tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo, que se contabilizarán como tiempo de trabajo y se remunerarán en consecuencia, y cuya frecuencia y duración serán fijadas por la legislación y la práctica nacionales.

Estas medidas del Convenio número 183 protectoras de la maternidad pretenden ser mejoradas por la OIT animando a los Estados miembros de esta organización a que sigan la Recomendación número 191 sobre la protección de la maternidad, adoptada en 2000, y que extiende los derechos del Convenio, previendo, por ejemplo, que la duración de la licencia de maternidad se amplíe a dieciocho semanas, por lo menos, o que se prolongue en el caso de nacimientos múltiples.

La Carta Social Europea contiene, también, una regulación detallada de la protección familiar. En el art. 16 se otorga a la familia la calificación de *célula fundamental de la sociedad* y establece el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica, «especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas apropiadas». Aparte de esta protección genérica a la institución familiar, el art. 8 regula el derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, previendo una serie de medidas para garantizar el ejercicio efectivo de este derecho, entre las que destacan:

— período mínimo de descanso antes y después del parto de, al menos, catorce semanas mediante vacaciones pagadas, prestaciones de la seguridad social o subsidios sufragados con fondos públicos;
— consideración como ilegal del despido de una trabajadora entre el período que se extiende desde la notificación de su embarazo hasta la terminación de su permiso de maternidad;
— derecho a interrupciones suficientes a las madres lactantes; y
— regulación del trabajo nocturno de las mujeres embarazadas, lactantes o que hayan dado a luz recientemente, así como prohibición de que sean empleadas en trabajos subterráneos de minería o en cualquier otro trabajo peligroso o insalubre.

Por último, el art. 27 de la Carta Social Europea protege el derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de trato, previendo una serie de medidas para garantizar su ejercicio: posibilidad de permiso parental para cuidar a los hijos después del permiso de maternidad; prohibición de que las responsabilidades familiares constituyan un motivo válido de despido; y promover servicios, públicos o privados, como guarderías infantiles que faciliten la conciliación de la vida familiar y la vida profesional.

2. La protección de la familia

El apartado primero del art. 33 contiene una cláusula general de protección de la institución familiar, redactada en términos muy amplios y poco precisos, «se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social».

La primera cuestión que se plantea es la de los beneficiarios de esta protección, debido a que ni el art. 33 ni ningún otro precepto de la Carta de Derechos Fundamentales ofrece una definición de lo que debe entenderse por familia ni de las personas que la conforman. Resulta lógico, porque ya hemos visto que la Unión Europea no tiene atribuidas competencias en materia de familia, siendo los Estados miembros los encargados de regular la institución familiar mediante sus derechos internos. Esta circunstancia provoca la existencia de diferencias entre distintos países sobre la composición del grupo humano que puede ser considerado como familia, máxime con la notable evolución que se ha producido en los últimos años en esta materia. A la familia clásica (hombre y mujer unidos por el matrimonio) se han sumado uniones de hecho (hombre y mujer conviviendo sin matrimonio), familias monoparentales (mujer u hombre que conviven con su hijos) o familias formadas por progenitores del mismo sexo, cuyo reconocimiento jurídico varía de unos países a otros. El art. 9 confirma la remisión al Derecho interno de cada Estado para la determinación del concepto de familia, ya que reconoce el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia «según las leyes nacionales que regulen su ejercicio».

En el Derecho Comunitario derivado se hacen menciones a la familia, pero siempre de modo indirecto y a los efectos de aplicar alguna norma comunitaria. Así ocurre con las normas sobre reagrupación familiar en el caso de ejercicio del derecho de libre circulación y residencia por parte de los nacionales de los Estados miembros. En efecto, la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) número 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (*DO* L 158, de 30 de abril de 2004, p. 77), considera como miembros de la familia a efectos de reagrupación: el cónyuge; la pareja registrada si la legislación del Estado miembro anfitrión equipara la unión registrada al matrimonio; los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los descendientes del cónyuge o pareja registrada; los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o pareja registrada. Esta Directiva permite a los Estados miembros establecer regulaciones más favorables y permitir reagrupaciones basadas en un concepto más amplio y flexible de familia.

Otra cuestión que plantea el concepto de familia es su relación con el vínculo matrimonial, es decir, se trata de determinar si el derecho a la protección familiar del art. 33 requiere la existencia de matrimonio o no. El art. 9 regula conjuntamente el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia y, por ello, podría dar a entender que el matrimonio es la única forma de crear una familia. Pero esta interpretación debe descartarse. Entiendo que el matrimonio es la vía más habitual para crear una familia y, por ello, el art. 9 regula conjuntamente ambos derechos. Pero las uniones de hecho son otra forma de creación de una familia y quienes las conforman tienen derecho a la protección familiar prevista en el art. 33.1, que habla de familia de forma general, incluyéndose así las formadas por uniones de hecho. Esta interpretación se refuerza, porque el reconocimiento de la protección sólo a las familias matrimoniales supondría una discriminación incompatible con el art. 21, por ejemplo, con respecto a los hijos nacidos de uniones de hecho, cuyos derechos serían inferiores a los hijos matrimoniales.

Es cierto, no obstante, que algunas normas de Derecho Comunitario derivado en materia de seguridad social, por ejemplo, confieren derechos a los cónyuges que no siempre se extienden a las parejas de hecho, aunque se va produciendo una evolución similar a la de los derechos internos de la mayoría de los Estados miembros.

Determinada la concepción amplia del concepto de familia que utiliza el art. 33.1, procede referirse ahora al contenido o alcance de la protección que otorga esta disposición a la institución familiar. Se trata de una protección de carácter genérico a la familia «en los planos jurídico, económico y social», que no define de forma deliberada este precepto, ya que se inspira en el art. 16 de la Carta Social Europea revisada, pero sin especificar ninguno de los medios que allí se identifican para hacer efectiva la protección (prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, viviendas adaptadas a las necesidades familiares y ayudas a las familias jóvenes). En consonancia con ello, la Carta de los Derechos Fundamentales tampoco incorporaba el derecho a la vivienda, que sí prevé el art. 31 de la Carta Social Europea revisada (Marguenaud 2005, 438). La protección familiar genérica del art. 33.1 tiene una proyección en materia laboral, plasmada en la necesidad de conciliación de la vida familiar y laboral, que se regula en el apartado segundo de este precepto, pero también se puede proyectar en medidas de protección y promoción social, que el art. 33 no concreta, como ayudas directas a las familias o subvenciones indirectas de los gastos familiares más importantes.

Las políticas de protección familiar son competencia de los Estados miembros y en la actualidad se orientan a:

— la compensación de los costes, directos e indirectos, vinculados a la familia (prestaciones o ventajas fiscales ligadas al cuidado de hijos y personas dependientes);
— la implantación de servicios de ayuda a los padres para la educación y el cuidado de los hijos y, cada vez más, servicios para las personas mayores dependientes, cuyo número aumenta en esta sociedad europea que envejece rápidamente;
— el establecimiento de condiciones de trabajo y empleo adecuadas, mediante la flexibilización de horarios y permisos que permitan conciliar vida profesional y familiar.

La Unión Europea se limita a apoyar e incentivar a los Estados miembros para que desarrollan políticas familiares sostenibles, que son cada vez más necesarias por la situación demográfica de Europa, afectada por un notable envejecimiento de su población, y por las exigencias de desarrollar la competitividad de la economía europea. Aparte de tener en cuenta la incidencia en las familias de las políticas de la Unión Europea en áreas de su competencia, ésta se viene ocupando de la protección familiar en el marco de la Estrategia de Lisboa y mediante el recurso al método abierto de coordinación, con el objeto de llevar a cabo una modernización de las políticas de protección familiar de los Estados miembros mediante la promoción de la igualdad de oportunidades y la mejora de la conciliación entre vida familiar y laboral, que debe favorecer una mayor incorporación de las mujeres al empleo (v. las Conclusiones del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre la importancia de las políticas favorables a la familia en Europa y el establecimiento de una Alianza en favor de las Familias, *DO* C 163, de 17 de julio de 2007, p. 1).

3. El derecho a la conciliación de la vida personal y familiar

La protección familiar tiene su proyección más importante en materia laboral en el derecho a la conciliación de la vida personal y familiar, que regula el apartado segundo del art. 33, inspirándose en el Convenio número 183 de la OIT y en los arts. 8 y 27 de la Carta Social Europea, antes analizados. Este derecho pretende que los trabajadores no tengan que dejar su actividad profesional cuando aparezcan las responsabilidades familiares o que, debido al desarrollo de una actividad profesional, retrasen o decidan no tener responsabilidades familiares. La realidad sociológica predominante en los Estados miembros convierte a las mujeres trabajadoras en las principales beneficiarias de este derecho, porque son las que mayores obligaciones familiares asumen, aunque esta realidad afortunadamente va evolucionando (Gorelli Hernández 2004, 492).

El art. 33.2 identifica tres derechos que deben permitir la conciliación de la vida familiar y profesional, a saber: el derecho a la pro-

tección contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad; el derecho a un permiso pagado por maternidad; y el derecho a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño. Estos derechos, reconocidos por la OIT y la Carta Social Europea, no son una novedad en el ámbito de la Unión Europea, puesto que todos ellos habían sido ya objeto de regulación mediante normas de Derecho derivado adoptadas en el marco de la política social.

No obstante, estos tres derechos que menciona el art. 33.2 no son las únicas medidas que permiten la conciliación de la vida familiar y profesional, ya que hay muchas otras acciones que coadyuvan a la consecución de este derecho. Éste es el caso del trabajo a tiempo parcial o de las medidas relativas a las guarderías.

3.1. *El derecho a la protección contra despidos relacionados con la maternidad*

El derecho a la protección contra el despido relacionado con la maternidad está consagrado en los textos internacionales antes referidos y ha sido incluido en normas de Derecho derivado actualmente aplicables en la Unión Europea. Como el precepto habla de despidos *relacionados con la maternidad* debe entenderse en sentido amplio, de forma que engloba tanto despidos motivados directamente por el hecho del embarazo o el parto, como una extinción motivada por el disfrute de los derechos a permisos generados por la maternidad. Esta interpretación viene avalada por el Derecho derivado existente en la Unión Europea.

En efecto, el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CEE) (*DO* L 348, de 28 de noviembre de 1992, p. 1) establece que: «Los Estados miembros tomarán las medidas para prohibir el despido de las trabajadores […] durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso por maternidad […] salvo en los casos excepcionales no inhe-

rentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales […]». Este precepto señala, además, que los Estados deberán tomar las medidas necesarias contra el despido en estos casos, pues *sería ilegal* y siempre deben justificarse las causas de estos despidos por escrito.

La aplicación de esta Directiva ha generado una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). El despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo que es contraria al art. 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 (TJCE, sentencias de 8 de noviembre de 1990, *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund*, C-179/88, Rec., p. I-3979, apartado 13; de 5 de mayo de 1994, *Habermann-Beltermann*, C-421/92, Rec., p. I-1657, apartado 15, y de 14 de julio de 1994, *Webb*, C-32/93, Rec., p. I-3567, apartado 19). El legislador comunitario tomó también en consideración el riesgo que un posible despido crea respecto a la situación física y psíquica de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitarlas a interrumpir voluntariamente su embarazo, por lo que previó, en el art. 10 de la Directiva 92/85, una protección especial en favor de estas trabajadoras imponiendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad. El art. 10 de la Directiva 92/85 no establece ninguna excepción o inaplicación de la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado que la negativa de contratación debida al embarazo no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su permiso de maternidad (sentencia de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, C-177/88, Rec., p. I-3941, apartado 12) y que la misma conclusión se impone respecto del perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto correspondiente durante su embarazo (sentencia de 3 de febrero de 2000, *Mahlburg*, C-207/98, Rec., p. I-549, apartado 29). Esta interpretación no puede ser modificada por la circunstancia de que el contrato de trabajo celebrado

sea de duración determinada. En efecto, puesto que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, independientemente de la naturaleza y el alcance del perjuicio económico sufrido por el empresario debido a la ausencia ocasionada por el embarazo, el hecho de que el contrato de trabajo celebrado sea de una duración determinada o por tiempo indefinido sigue careciendo de incidencia sobre el carácter discriminatorio del despido. En ambos casos, la incapacidad de la trabajadora para ejecutar su contrato de trabajo se debe al embarazo (TJCE, sentencias de 4 de octubre de 2001, *Tele Danmark*, C-109/00, Rec., p. I-6993, apartados 26-31, y de 4 de octubre de 2001, *Jiménez Melgar*, C-438/99, Rec., p. I-6915, apartado 43).

La cláusula 2.ª 4 de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la Unión de Confederaciones Industriales y Empresariales de Europa, el Centro Europeo de la Empresa Pública y la Confederación Europea de Sindicatos (*DO* L 145, de 19 de junio de 1996, p. 4) prevé que los Estados miembros adopten «las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido por haber presentado la solicitud o cogido un permiso parental, conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a los usos nacionales».

3.2. *El derecho a un permiso de maternidad pagado y el derecho a un permiso parental*

El art. 33.2 establece otros dos derechos expresamente para conseguir la conciliación de la vida profesional y familiar, que también han sido previstos en los convenios de la OIT y en la Carta Social Europea. Se trata del permiso pagado por maternidad y del permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño. Ambos permisos estaban también previstos en el Derecho Comunitario derivado.

El art. 8 de la Directiva 92/85/CE dispone que las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia disfrutarán de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. Este permi-

so deberá incluir otro de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. Además, el art. 9 de esta Directiva prevé que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas disfruten, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales, de un permiso sin pérdida de remuneración para realizar los exámenes prenatales en caso de que dichos exámenes tengan lugar durante el horario de trabajo.

El TJCE cuenta ya con una nutrida jurisprudencia sobre el permiso de maternidad referente a la Directiva 92/85 y a su antecesora la Directiva 76/207/CEE. El TJCE ha considerado que con el permiso de maternidad se reconoce la legitimidad, por una parte, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, y, por otra parte, de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto (TJCE, sentencias de 12 de julio de 1984, *Hofmann*, 184/83, Rec., p. 3047, apartado 25, y de 18 de marzo de 2004, *Merino Gómez*, C-342/01, Rec., p. I-2605, apartado 32). Por ello, la Directiva permite la adopción de disposiciones nacionales que garanticen a las mujeres derechos específicos a causa del embarazo y de la maternidad, como es el caso del permiso de maternidad (TJCE, sentencia de 30 de abril de 1998, *Thibault,* C-136/95, Rec., p. I-2011, apartado 24). Además, el ejercicio del derecho al permiso de maternidad no puede dar lugar a un trato desfavorable en lo que respecta a los requisitos de acceso a un nivel superior de la jerarquía profesional (TJCE, sentencias de 18 de noviembre de 2004, *Sass*, C-284/02, Rec., p. I-11143, apartados 35 y 36; y las sentencias antes citadas *Merino Gómez*, apartado 37, y *Thibault,* apartado 26). Una mujer que sufre un trato desfavorable a consecuencia de su ausencia debida a un permiso de maternidad está discriminada por razón de su embarazo y de este permiso. Tal comportamiento constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 76/207 (v. las sentencias de 13 de febrero de 1996, *Gillespie y otros*, C-342/93, Rec., p. I-475, apartado 22; *Thibault*, antes citada, apartados 29 y 32, y de 30 de marzo de 2004, *Alabaster,* C-147/02, Rec., p. I-3101, apartado 47). También infringe esta Directiva 76/207 una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora, que se encuentre en permiso de materni-

dad, los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, aplazando la toma de posesión de esa trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad (TJCE, sentencia de 16 de febrero de 2006, *Sarkatzis Herrero*, C-294/04, apartado 47).

El permiso parental está regulado por la Directiva 96/34/CE como un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros y/o los interlocutores sociales. Su aplicación no ha generado jurisprudencia relevante del TJCE.

Hay que tener en cuenta que la Directiva 96/34/CE establece un derecho al *permiso parental* para «los trabajadores hombres y mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo». Por tanto, el permiso de maternidad beneficia sólo a las trabajadoras, mientras que el permiso parental puede ser disfrutado por cualquiera de los progenitores. Otra diferencia es el carácter retribuido del permiso maternal, que asume el empresario o la seguridad social, frente a la no retribución del permiso parental, que constituye una opción del trabajador a favor de la vida familiar durante un período de tiempo que puede ser largo (hasta los 8 años del niño) y cuyo coste el Estado no asume.

Aunque el art. 33 habla de permiso pagado por maternidad y de permiso parental con motivo del nacimiento o la adopción de un niño, debe entenderse que ambos permisos se pueden obtener tanto con el nacimiento de hijos biológicos como con la adopción de hijos.

A modo de conclusión, puede decirse que el art. 33 es un precepto interesante porque aúna la protección de la familia, como derecho de carácter civil y político, con el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, que es un derecho socioecómico, aunque englobado en el más amplio derecho a la protección familiar. No obstante, es una disposición bastante genérica en su apartado primero y más concreta en su apartado segundo, pero que no añade elementos nuevos a las medidas protectoras de la familia ya consa-

gradas en los convenios de la OIT, en la Carta Social Europea y en el propio Derecho Comunitario derivado.

Bibliografía

Barbera, M. «The unresolved Conflict: Reshaping Family Work and Market Work in the EU Legal Order». En T. K. Hervey y J. Kenner. *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 139-160.

CEDS. *Charte sociale européenne: Digest de jurisprudence du CEDS* (2004), p. 287.

Flaquer, L. *Políticas familiares en la Unión Europea*. Barcelona: Bosch, 2002.

Garrido Gómez, M. I. *La política social de la familia en la Unión Europea*. Madrid: Dykinson, 2005.

Freixes, T. «Article 33». En AA. VV. *Commentary of the Charter of Fundamentals Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 293-303.

Giorgis, A. «Art. 33». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali del'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 236-240.

Gorelli Hernández, J. «El Proyecto de Constitución Europea y la protección familiar». En R. Quesada Segura, ed. *La constitución europea y las relaciones laborales*. Sevilla: XXII Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales, 2004, pp. 491-526.

Marguenaud, J.-P. «Article II-93». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 435-442.

Rivas Vallejo, M. P. y J. I. García ninet. «Solidaridad: vida familiar y vida profesional». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1215-1256.

Rivas Vallejo, P. y C. Villagras Alcaide. «La protección de la familia y de las uniones de hecho». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 505-525.

Sanz Caballero, S. *La familia en perspectiva internacional y europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

Artículo 34
Seguridad social y ayuda social

1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales.

2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.

3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales.

Preceptos relacionados

- Carta: arts. 31, 33 y 35.
- TFUE: arts. 153 y 156.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 42, 137 y 140 del TCE.

– Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-94, III-113, III-210 y III-213.
– Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 34.

COMENTARIO

Manuel López Escudero
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

El art. 34 se ubica después de los derechos de solidaridad vinculados con la relación laboral y constituye una prolongación de éstos, ya que pretende establecer un mecanismo de seguridad económica para los trabajadores expuestos a determinados riegos sociales. Pero el art. 34 supera estos derechos sociales vinculados al ámbito laboral, porque en su tercer apartado contempla derechos orientados a evitar la exclusión social y la pobreza. De esta manera, este precepto inicia el conjunto de derechos sociales universales que la Carta de Derechos Fundamentales incluye en el título de solidaridad, a saber, la protección de la salud (art. 35), el acceso a los servicios de interés general (art. 36), la protección del medio ambiente (art. 37) y la protección de los consumidores (art. 38).

El derecho de acceso a las prestaciones de la seguridad social y de la ayuda social es un derecho social clásico, consagrado por numerosos textos internacionales y que cuenta con un importante desarrollo en el seno de la Unión Europea, vinculado especialmente con la libre circulación de personas.

1. Los textos internacionales de referencia

El derecho a la seguridad social y la ayuda social cuenta con una extensa regulación en el Derecho Internacional de los derechos humanos, por tratarse de uno de los derechos sociales más clásicos e importantes. La primera mención a este derecho la encontramos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones

Unidas, cuyo art. 22 dispone que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables para su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad. Además, el art. 25 de esta Declaración establece que «toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad».

Este derecho es reiterado en el marco de Naciones Unidas por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 9, que reconoce «el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social». En el art. 11 de este Pacto se determina que los Estados parte en él presente reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) cuenta con un importante conjunto de normas sobre seguridad social y asistencia social. La principal referencia es el Convenio número 102 sobre la seguridad social (norma mínima), de 1952, que establece las prestaciones mínimas que deben incluir los regímenes de seguridad social de los Estados parte. Otras normas de la OIT en esta materia son:

— Convenio número 70 sobre la seguridad social de la gente de mar, de 1946;
— Convenio número 71 sobre las pensiones de la gente de mar, de 1946;
— Convenio número 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, de 1964;
— Convenio número 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez, y sobrevivientes, de 1967;

— Convenio número 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, de 1969.

En el marco regional del Consejo de Europa también ha sido objeto de un importante desarrollo el derecho a prestaciones de seguridad social y de asistencia social. Ambos derechos aparecen regulados de forma exhaustiva en la Carta Social Europea revisada de 1996. Los arts. 12 y 13 se ocupan del derecho a la seguridad social y los arts. 30 y 31 del derecho a la ayuda social, regulando específicamente el derecho de protección contra la pobreza y la exclusión social y el derecho a la vivienda. El art. 12 de la Carta Social Europea dispone que, «para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, las partes contratantes se comprometen:

1. A establecer o mantener un régimen de Seguridad Social.

2. A mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social.

3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social.

4. A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir:

a) La igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes contratantes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las partes contratantes.

b) La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las partes contratantes».

El art. 13 de la Carta Social Europea regula el derecho a la asistencia social y médica, que constituye una especificación del derecho a la seguridad social. Para el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, los Estados contratantes se comprometen a velar por que toda persona que no disponga de recursos suficien-

tes pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su Estado. Asimismo, dispondrán lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar. Este derecho a la asistencia social y médica será garantizado por los Estados en condiciones de igualdad con sus nacionales a los de las restantes partes contratantes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953. El art. 14 de la Carta completa este derecho de asistencia social con el reconocimiento del derecho a los beneficios de los servicios sociales. Los arts. 30 y 31 de la Carta son complementarios de los arts. 14 y 15, ya que apuntalan el derecho a la ayuda social con la obligación de los Estados de adoptar medidas contra la pobreza y la exclusión social (art. 30) y para favorecer el derecho de acceso a la vivienda (art. 31).

En el marco del Consejo de Europa se ha elaborado, también, el Código Europeo de Seguridad Social de 1964, revisado en 1988, que es un tratado internacional elaborado para su ratificación por los Estados miembros del Consejo de Europa, que pretende armonizar con estándares superiores a los del Convenio número 102 de la OIT las prestaciones ofrecidas por los sistemas nacionales de Seguridad Social. El art. 73 de este Código relativo a los trabajadores migrantes fue objeto de desarrollo mediante la Convención Europea de Seguridad Social de 1972, que establece mecanismos para asegurar el disfrute de las prestaciones de seguridad social a las personas que se desplazan de un Estado a otro.

2. El art. 34 y el acervo comunitario en materia de seguridad social y ayuda social

El art. 34 incide en un ámbito en el que existe un importante acervo de Derecho derivado que hay que tener en cuenta para comprender el alcance de los derechos que esta disposición protege.

En efecto, para posibilitar la libre circulación de trabajadores, el art. 42 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) confiere com-

petencia a las instituciones comunitarias para adoptar medidas en materia de seguridad social, con objeto de establecer «un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes: 1) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; 2) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros». Era necesario un sistema de coordinación entre los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros para garantizar la libre circulación de personas. Sobre la base de esta disposición, la Unión Europea ha adoptado una ingente normativa de Derecho derivado, cuyo objetivo no ha sido crear un sistema comunitario propio, común y uniforme de seguridad social, sino articular un mecanismo de coordinación de la aplicación de los sistemas y legislaciones de Seguridad Social nacionales —sistemas que subsisten con sus peculiaridades y diferentes prestaciones— con una serie de criterios comunes. Estos criterios han de permitir evitar las disfunciones y garantizar que al trabajador le sean reconocidos, para su cálculo y totalización, los períodos cotizados en otros Estados a efectos de adquirir y conservar sus derechos sociales, al haber ejercitado la libre circulación amparada por el derecho comunitario bajo diferentes legislaciones estatales (Valle Gálvez 2000, 104).

La coordinación de los sistemas de Seguridad Social se inició con la adopción del Reglamento (CEE) número 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (*DO* L 149, de 5 de julio de 1971, p. 2), completado por el Reglamento (CEE) número 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) número 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad (*DO* L 74, de 27 de marzo de 1972, p. 1). Desde 1971, este reglamento se ha modificado en numerosas ocasiones para adaptarse a la evolución de las legislaciones nacionales y para incorporar las mejoras aportadas por las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE),

lo que ha aumentado la complejidad de las normas comunitarias de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social. Para clarificar esta normativa se ha adoptado el Reglamento (CE) número 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (*DO* L 166, de 30 de abril de 2004, p. 1), cuya entrada en vigor está aún pendiente de la adopción del reglamento de aplicación.

Tanto el Reglamento número 1408/71, como el nuevo Reglamento número 883/2004, que lo sustituirá cuando los Estados se pongan de acuerdo sobre el reglamento de aplicación, pretenden asegurar que la utilización de los diversos regímenes nacionales de seguridad social no afectarán desfavorablemente a las personas que ejercen su derecho de libre circulación. Para lograr este objetivo, las normas de coordinación prevén un mecanismo basado en los siguientes principios:

— La igualdad de trato entre nacionales y no nacionales, de manera que una persona que resida en el territorio de un Estado miembro esté sometida a las mismas obligaciones y disfrute de las mismas prestaciones que los nacionales de dicho Estado miembro, sin ninguna discriminación por razones de nacionalidad.
— La acumulación de los períodos, de manera que los períodos de seguro, empleo o residencia cumplidos con arreglo a la legislación de un Estado miembro se tengan en cuenta, en su caso, para la adquisición de un derecho de prestaciones con arreglo a la legislación de otro Estado miembro.
— La exportación de las prestaciones, de manera que las mismas puedan pagarse a personas que residan en otro Estado miembro.
— La determinación del Estado miembro cuya legislación en materia de seguridad social es aplicable; en principio, sólo se aplica una seguridad social a la vez, de manera que una persona pueda disfrutar de una cobertura adecuada de seguridad social sin estar sometido a la legislación de dos Estados miembros al mismo tiempo, teniendo que pagar una doble cotización, o sin pagar ninguna.

El Reglamento número 883/2004 se aplica a todos los nacionales de un Estado miembro que estén o hayan estado sujetos a la legislación sobre seguridad social de uno o más Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites. Esto significa que no sólo los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia, los funcionarios, los estudiantes y los jubilados, sino también las personas no activas quedarán protegidos por las normas de coordinación.

Las disposiciones del nuevo Reglamento se aplican a todas las ramas clásicas de la seguridad social: enfermedad, maternidad, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, prestaciones de invalidez, subsidios de desempleo, prestaciones familiares, prestaciones de jubilación y de jubilación anticipada, y subsidios de defunción.

La asistencia social, que comprende pagos discrecionales basados en la necesidad, no está incluida en esta coordinación a nivel comunitario. Por tanto, cada Estado miembro tiene libertad para determinar quién debe estar asegurado con arreglo a su legislación, qué prestaciones se le conceden y en qué condiciones (TJCE, sentencia de 23 de enero de 1997, *Stöber y Piosa Pereira*, asuntos acumulados C-4/95 y C-5/95, Rec., p. I-511).

Además de esta competencia de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social, el art. 137 del TCE confiere poder a las instituciones comunitarias para apoyar y completar la acción de los Estados miembros en el ámbito de la seguridad social y la protección social de los trabajadores, donde pueden adoptarse directivas de armonización y de modernización de los sistemas de protección social. El apartado 4 del art. 137 impone que estas medidas no afecten a la facultad de los Estados miembros de definir los principios fundamentales de sus sistemas de Seguridad Social, ni al equilibrio financiero de éstos. El art. 140 del TCE prevé que la Comisión fomente la colaboración y la coordinación de las actuaciones de los Estados miembros, entre otros, en el ámbito de la seguridad social.

El Tratado de Lisboa mantiene inalteradas las competencias de la Unión Europea con respecto a la coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social, con objeto de facilitar la libre circulación de personas. No obstante, el nuevo art. 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) sustituye la unanimidad por la nueva mayoría cualificada para la adopción de actos legislati-

vos de la Unión Europea en materia de coordinación de seguridad social, aunque en el apartado segundo de este precepto se permite a un Estado suspender su adopción y elevar la cuestión al Consejo Europeo, cuando considere que el acto perjudica a aspectos importantes de su sistema de Seguridad Social. Es una garantía adicional para que la competencia de los Estados sobre sus sistemas de Seguridad Social no se vea afectada por la competencia de la Unión Europea para coordinarlos. El art. 153.1 del TFUE, de forma similar al actual art. 137 del TCE, prevé que «la Unión apoyará y complementará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: […] *c*) la Seguridad Social y la protección social de los trabajadores; […] *k*) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c)». Por su parte, el contenido del art. 140 del TCE es retomado por el art. 156 del TFUE, en el que se implica directamente a la Comisión para que fomente la «cooperación entre los Estados miembros» y facilite la «coordinación de sus acciones en los ámbitos de política social […] particularmente en las materias relacionadas con: […] d) la Seguridad Social». Del análisis de estos preceptos deducen algunos autores que la principal capacidad de actuación de la Unión en materia de protección social se refiere al fomento de la cooperación entre los Estados, a través de iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y buenas prácticas, así como para promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias (Ojeda Avilés 2001; Gorelli Hernández 2004, 1263), en aplicación de la técnica del método abierto de coordinación.

3. El derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales

El apartado 1 del art. 34 regula de forma genérica el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales, inspirándose en los arts. 12-14 de la Carta Social Europea revisada y manteniendo una clara continuidad con el acervo vigente en el derecho de la Unión Europea sobre seguridad social. En concreto, este precepto establece que «la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios

sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo […]». Esta disposición se refiere a las prestaciones de seguridad social de forma genérica, con lo que su concreción debe realizarse según el Derecho interno de cada Estado, y a los servicios sociales, que son el conjunto de servicios que orientan y se hacen cargo de personas necesitadas.

Así pues, con una formulación amplia, se ha reconocido el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social especialmente en los casos de maternidad, enfermedad, accidentes laborales, la dependencia, la vejez y la pérdida del empleo, conforme a las «modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales». Con esta formulación del derecho a la seguridad social, la protección viene a ser básicamente coincidente con la existente ahora en la Unión Europea de acuerdo con el acervo comunitario vigente. Se trata de un sistema de protección a cargo de los diferentes Estados miembros conforme al cual cada Estado tiene competencia para establecer el alcance de la protección conferida por su sistema nacional de Seguridad Social, aunque con obligación de coordinación en el marco de la Unión Europea para garantizar que no haya diferencias sustanciales en la protección por lo que respecta a los trabajadores migrantes.

Es interesante señalar que el art. 34.1 hace referencia a la protección conforme a «las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión», además de por las «legislaciones y prácticas nacionales». Según algunos autores ésta es la primera vez que la Unión parecería querer implicarse directamente en la regulación de la seguridad social de los trabajadores junto con los Estados miembros (Sempere Navarro 2004, 883). Además, con las referencias a la seguridad social en los arts. 153 y 156 del TFUE, la Unión Europea podría involucrarse de forma directa en la estructuración del sistema de Seguridad Social, adoptando los instrumentos que considere necesarios para reforzar la coordinación entre las fórmulas de protección vigentes en cada Estado como medio para alcanzar fórmulas de protección más unificadas (Barrios Baudor; Meléndez Morillo-Velarde 2005, 424). Esta interpretación del art. 34.1 no es aceptable, porque las competencias en materia de seguridad y ayuda social que establece el TFUE (arts. 153 y 156) son coincidentes con las que

ahora tiene la Unión Europea sobre la base de los arts. 137 y 140, y con ellas ésta no dispone de la posibilidad de establecer un sistema común de Seguridad Social, sino de coordinar los sistemas nacionales. Como el art. 34 no puede suponer una ampliación de las competencias de la Unión Europea, ésta va a continuar ocupándose únicamente de la coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social. En las Explicaciones del Praesidium se pone de manifiesto esta idea al señalar que la mención a los servicios sociales se refiere a los ya creados, pero no supone que dichos servicios deban ser establecidos cuando no existen.

La interpretación precedente viene avalada por la jurisprudencia del TJCE, que ha dejado claro que el Derecho Comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de Seguridad Social (TJCE, sentencia de 13 de mayo de 2003, *Müller-Fauré y Van Riet*, C-385/99, Rec., p. I-4509, apartado 100). Como no existe una armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos del derecho o de la obligación de afiliarse a un régimen de seguridad social, así como el nivel de las cotizaciones que deben pagar los afiliados (TJCE, sentencia de 8 de septiembre de 2005, *Blanckaert*, C-512/03, Rec., p. I-7685, apartado 49), y qué ingresos han de tenerse en cuenta para el cálculo de dichas cotizaciones (TJCE, sentencia de 26 de enero de 1999, *Terhoeve*, C-18/95, Rec., p. I-345, apartado 51). No obstante, los Estados miembros deberán, en el ejercicio de dicha competencia, respetar el Derecho Comunitario (TJCE, sentencias de 7 de julio de 2005, *Van Pommeren-Bourgondiën*, C-227/03, Rec., p. I-6101, apartado 39). A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el TCE no garantiza a un trabajador que la extensión de sus actividades a más de un Estado miembro o su traslado a otro Estado miembro sean neutros en materia de seguridad social. Habida cuenta de las disparidades de las legislaciones de seguridad social de los Estados miembros, tal extensión o tal traslado pueden, según los casos, ser más o menos ventajosos o desventajosos para el trabajador en el ámbito de la protección social. De lo anterior se deriva que, aun en el caso de que su aplicación resulte menos favorable, dicha legislación no es contraria a las disposiciones de los arts. 48 y 52 del Tratado si no perjudica a dicho trabajador con relación a quienes ejercen todas sus activida-

des en el Estado miembro en el que aquélla se aplica o con relación a quienes ya estaban sujetos a la misma anteriormente y si no conduce pura y simplemente a un abono de cotizaciones sociales a fondo perdido (TJCE, sentencia de 9 de marzo de 2006, *Piatkowski*, C-493/04, Rec., p. I-2369, apartados 33 y 34).

El art. 34.1 se refiere de forma expresa al derecho de acceso a las prestaciones, en general, incluyéndose las reconocidas por los sistemas de Seguridad Social de los distintos Estados miembros. Por otra parte, se menciona el derecho a la protección en determinadas situaciones, en particular, maternidad, enfermedad, accidentes laborales, la dependencia o la vejez y la pérdida del empleo, aunque sin identificar las prestaciones que deban conceder los Estados en tales situaciones. La Carta de Derechos Fundamentales ha optado por una formulación genérica, mediante la cual se reconoce el derecho a las prestaciones, pero sin concretar su contenido. No obstante, la indeterminación del alcance de la protección no representaría un problema insalvable, ya que, en último término, correspondería a cada Estado establecerla, aunque sin olvidar que los Estados deben estar coordinados para conceder una protección similar a los ciudadanos comunitarios que se desplacen por el territorio de más de un país miembro (Barrios Baudor; Meléndez Morillo-Velarde 2005, 425).

4. El derecho a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales en los supuestos de ejercicio de libre circulación de personas en la Unión Europea

El apartado 2 del art. 34 afirma que «toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales». Esta disposición protege el derecho de acceso a las prestaciones de la seguridad social y a las ventajas sociales de toda persona que resida en la Unión Europea y que haya hecho uso del derecho de libre circulación de personas para ejercer una actividad económica asalariada o independiente o del derecho de libre circulación y residencia como derecho de la ciudadanía europea.

Este derecho de acceso a la seguridad social y a las ventajas sociales para los migrantes se configura ampliamente desde el punto de vista subjetivo, ya que no se reserva a los nacionales de los Estados miembros, sino que el precepto se refiere a *toda persona* y engloba así a los inmigrantes de terceros Estados con residencia legal y situación regular en la Unión Europea, que ejercen el derecho de circulación y cambian de país de residencia dentro de la Unión Europea. Esta configuración extensiva del ámbito de aplicación subjetivo del derecho de acceso a la seguridad social de las personas que ejercen la libre circulación está en consonancia con la ampliación progresiva de las personas a las que se les ha aplicado el sistema de coordinación de las legislaciones nacionales de seguridad social establecido por le Reglamento 1408/71. Inicialmente, este Reglamento se aplicó sólo a los trabajadores migrantes asalariados que estaban en activo, luego se extendió a los trabajadores migrantes por cuenta propia y, después, a todos los trabajadores incluso inactivos, pero beneficiarios de prestaciones de seguridad social, con lo que el Reglamento se escoró en cuanto a los beneficiarios de la noción de trabajador a la de asegurado social (Lhernould 2005, 6). También se extendía la protección a los miembros de la familia del trabajador y a sus causahabientes beneficiarios según las legislaciones nacionales de prestaciones de seguridad social.

En la década de los noventa se modificó el Reglamento 1408/71 para incluir en su ámbito de aplicación a los funcionarios con regímenes especiales de seguridad social, tras la sentencia *Vougioukas* (TJCE, sentencia de 22 de noviembre de 1995, *Vougioukas*, C-443/93, Rec., p. I-4033) y a los estudiantes que se desplazaban a recibir servicios educativos a otros Estados miembros. Más recientemente, el Reglamento (CE) número 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) número 1408/71 y del Reglamento (CEE) número 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas (*DO* L 124, de 20 de mayo de 2003, p. 1) se ha adoptado para garantizar a todos los nacionales de países terceros, que residen legalmente en el territorio de la Comunidad y que cumplen las demás condiciones del Reglamento número 1408/71, el beneficio de los derechos en materia de seguridad social cuando se desplazan a otro Estado miembro para estancias de

corta duración, para vivir o para trabajar. Con anterioridad, sólo estaban cubiertas determinadas categorías de nacionales de terceros países: apátridas, refugiados y miembros de familias y descendientes de ciudadanos comunitarios tal como son definidos por el propio Reglamento número 1408/71. Los nacionales de terceros Estados que se encuentran en situación irregular en el territorio de la Unión Europea, esto es, los inmigrantes ilegales, no se benefician de este derecho de acceso a las prestaciones de la seguridad social garantizadas por la normativa comunitaria de Derecho derivado. En línea con este avance, el art. 11 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*DO* L 16, de 23 de enero de 2004, p. 44) concede igualdad de trato con los nacionales en lo que respecta a «las prestaciones de la seguridad social, de la asistencia social y de la protección social tal como se definen en la legislación nacional» a los nacionales de terceros países que hayan residido legal e ininterrumpidamente en su territorio durante los cinco años (residentes de larga duración), aunque los Estados pueden mantener algunas diferencias.

En lo que respecta al ámbito de aplicación material del derecho contemplado en el art. 34.2 abarca las «prestaciones de seguridad social y las ventajas sociales». El alcance de este derecho hay que determinarlo por remisión al Derecho derivado. En este sentido, el Reglamento número 1408/71 incluye las ocho prestaciones de seguridad social clásicas, contenidas en el Convenio número 102 de la OIT. En efecto, este Reglamento se aplica a las ramas de seguridad social relacionadas con las prestaciones de enfermedad y maternidad, invalidez, vejez, supervivencia, accidente de trabajo y enfermedad profesional, desempleo, así como a las prestaciones familiares y subsidios de defunción. Es aplicable, además, a los regímenes de seguridad social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empresario o del armador. No se aplica ni a la asistencia social y médica, ni a los regímenes de prestaciones en favor de las víctimas de la guerra. El nuevo Reglamento (CE) número 883/2004 amplía el ámbito de aplicación del mecanismo comunitario de coordinación a los regímenes legales de prejubilación, lo que implica que los beneficiarios de estos regímenes tendrán la garantía de que las prestaciones po-

drán abonarse en otro Estado miembro y quedarán cubiertos por los servicios sanitarios y las prestaciones familiares.

5. El derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda

El apartado tercero del art. 34 regula el derecho a una ayuda social y de vivienda, estableciendo que «[…] la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales». Estos dos derechos se reconocen «con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza».

Se trata de dos derechos sociales cuya regulación se inspira en los arts. 30 y 31 de la Carta Social Europea revisada y en el punto 10 sobre protección social de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989. Esta norma establece que «Con arreglo a las modalidades propias de cada país: […] las personas que estén excluidas del mercado de trabajo, ya sea por no haber podido acceder a él, ya sea por no haber podido reinsertarse en el mismo, y que no dispongan de medios de subsistencia, deben poder beneficiarse de prestaciones y de recursos suficientes adaptados a su situación personal».

La ayuda social y la ayuda a la vivienda son dos derechos sociales de carácter netamente programático, cuya invocación pasa necesariamente por la actuación de los Estados miembros de conformidad con sus derechos internos, porque la Unión Europea no dispone de competencias atribuidas en materia de ayuda social y menos aún con respecto a la vivienda. En materia de ayuda social, el art. 137.1, letra j, incluye la lucha contra la exclusión social como uno de los ámbitos en los que la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros, pero sin posibilidad de adoptar normas de armonización. El art. 153 del TFUE mantiene esta mínima posibilidad de intervención de la Unión Europea en materia de ayuda social.

En el caso de la vivienda no hay ninguna competencia ni siquiera complementaria o de apoyo reconocida a la Unión Europea, por

lo que sus posibilidades para dar efectividad al derecho de ayuda a la vivienda son aún menores.

La actuación de la Unión Europea con respecto a la ayuda social y la vivienda se lleva a cabo como un componente de la Estrategia de Lisboa que debe favorecer el crecimiento y empleo. Como instrumento jurídico para favorecer la coordinación de las políticas nacionales sobre protección e inclusión social, los Estados y las instituciones comunitarias recurren al conocido como «método abierto de coordinación». La Estrategia de Lisboa promueve un modelo de desarrollo sostenible que vincula de forma interdependiente la política económica, la política de empleo y la política social. Con este objetivo, la Unión Europea a partir de 2006 ha emprendido una racionalización de los mecanismos de coordinación a escala de la Unión Europea relativos a la protección social y la inclusión social. Estas actuaciones de la Unión Europea no suponen el ejercicio de competencia normativa alguna que pueda dar efectividad a los derechos del art. 34.3.

A modo de conclusión puede decirse que el art. 34 regula un derecho social clásico, como el derecho a la seguridad social en la línea de los acuerdos internacionales existentes en el marco de Naciones Unidas, la OIT y el Consejo de Europa. El ejercicio de este derecho cuenta con un respaldo normativo importante de normas de Derecho derivado, desarrolladas para facilitar la libre circulación de personas. Por el contrario, el derecho a la ayuda social se regula de forma mucho más programática y general, y su ejercicio no se ve facilitado por la existencia de acervo comunitario de Derecho derivado, debiendo descansar, casi por completo, en la aplicación de los derechos internos de los Estados.

Bibliografía

Barrios Baudor, G. L. y L. Meléndez Morillo-Velarde. «La protección social en la Constitución Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 419-434.

Borgetto, M. y R. Lafore. «Article II-94». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article.* Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 443-463.

CARRASCOSA BERMEJO, D. *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2004.

COMISIÓN EUROPEA. *Normativa comunitaria en materia de seguridad social. Sus derechos de seguridad social cuando se desplaza en la Unión Europea*. Bruselas, 2004. http://ec.europa.eu/employment_social/publications/2005/ke6404022_es.pdf.

FERRARI BRAVO, L., F. M. DI MAJO y A. RIZZO. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Milán: Giuffrè, 2001, pp. 115-123.

GIORGIS, A.: «Art. 34». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali del'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 240-245.

GORELLI FERNÁNDEZ, J. y A. OJEDA AVILÉS. «Solidaridad: La asistencia social en la Constitución europea». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1257-1298.

LABAYLE, H. «Article 34». *Commentary of the Charter of Fundamentals Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 298-303.

LHERNOULD, J.-Ph. «Conseil de l'Europe et protection sociale». *Jurisclasseur Europe*, fasc. 6300, abril 2006.

— «Droit communautaire et protection sociale. Règles de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale». *Jurisclasseur Europe*, fascículo 630, marzo 2005.

OJEDA AVILÉS, A. «El proceso de integración europea en materia de Seguridad Social: principios, fines y medios». *Revista Española de Derecho del Trabajo* 107 (2001), pp. 678 y ss.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*. Granada: Comares, 2006.

SEMPERE NAVARRO, A. V. «Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004». *Aranzadi Social* 9 (2004): pp. 9-36.

TOOZE, J. «Social Security and Social Assistance». En T. K. Hervey y J. Kenner. *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamentals Rights – a Legal Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 161-192.

VALLE GÁLVEZ, A. «La libre circulación de trabajadores». En M. López Escudero y J. Martín y Pérez de Nanclares, coords. *Derecho Comunitario Material*. Madrid: McGraw-Hill, 2000: pp. 95-105.

VIDA SORIA, J., J. L. MONEREO PÉREZ y J. A. MALDONADO MOLINA, coords. «Solidaridad y protección social en el marco de la Constitución europea». En R. Quesada Segura, ed. *La Constitución Europea y las relaciones laborales*. Sevilla: XXII Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales, 2004, pp. 309-476.

WHITE, R. «Social Security». En S. Peers y A. Ward, eds. *The EU Charter of Fundamental Rights. Politics, Law and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 309-321.

Artículo 35
Protección de la salud

Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana.

Preceptos relacionados

- Carta: arts. 2, 3 y 34.
- TFUE: art. 168.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 152 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-94 y III-278.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 35.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Por ello, el derecho a la protección de la salud es un derecho social al que los ciudadanos de la Unión Europea conceden cada vez mayor importancia, tanto en su vertiente de asistencia sanitaria como en la de exigencia de controles para que el uso de mercancías y servicios no ponga en peligro la salud. Además, es un derecho previsto en numerosas normas internacionales. Por ello, era normal que la Carta de Derechos Fundamentales lo incluyera entre los derechos de solidaridad.

En el ámbito de Naciones Unidas hay numerosos tratados que incluyen el derecho a la protección de la salud o medidas que se orientan a su garantía. Destaca el párrafo 1 del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual «toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios». El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. La referencia más importante aparece, no obstante, en el párrafo 1 del art. 12 del Pacto, mediante el que los Estados parte reconocen «el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental», mientras que en el párrafo 2 del art. 12 se indican, a título de ejemplo, diversas medidas que deberán adoptar los Estados parte con el fin de asegurar la plena efectividad de este derecho: 1) la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; 2) la mejora en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; 3) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endé-

micas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; 4) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

En el marco del Consejo de Europa, hay también numerosas normas de distinta obligatoriedad jurídica relativas al derecho a la salud. La más importante es el art. 11 de la Carta Social Europea, según el cual los Estados garantizarán el derecho a la protección de la salud mediante la adopción de «medidas adecuadas para entre otros fines: eliminar, en lo posible, las causas de la salud deficiente; establecer programas educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; y prevenir, en lo posible, enfermedades epidémicas, endémicas y otras».

El derecho a la salud y a su protección está relacionado con otros numerosos preceptos de la Carta de Derechos Fundamentales. Así, la protección de la salud constituye un medio de aseguramiento del derecho a la vida (art. 2) o el derecho a la integridad de la persona (art. 3). Más notoria aún es la relación con el art. 34 sobre seguridad social y ayuda social, ya que el sistema de Seguridad Social ha sido el principal medio a través del cual ha sido posible conseguir en la mayor parte de los países europeos la extensión de la protección de la salud a la inmensa mayoría de la población. No obstante, se aprecia en la actualidad una tendencia a la independencia de la asistencia sanitaria de la seguridad social, circunstancia que explica el reconocimiento separado de ambos derechos en los arts. 34 y 35. Es importante poner de manifiesto la diferencia entre el derecho a la salud del art. 35 y el derecho a prestaciones médico-sanitarias que se engloba en el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social para las personas que ejercen la libre circulación de personas en el seno de la Unión Europea, previsto en el art. 34.2. En efecto, el derecho a la asistencia sanitaria se configura como un derecho de toda persona, incluida o no en el ámbito de protección de un sistema de Seguridad Social, que resida en el territorio de la Unión Europea, y no como un derecho de prestación reconocido a determinados sujetos por estar incursos en una situación transnacional (residencia o estancia temporal en otro Estado miembro) que afecte a su relación de seguridad social (Cavas Martínez; Sánchez Triguero 2005, 403 y 404).

El art. 35 regula el derecho a la protección de la salud como un principio programático de perfiles muy generales, con una *atristante vacuité* (Dubois 2005, 465), pero se trata de un precepto relevante en el que aparecen dos elementos claramente diferenciados, a saber, el primer inciso establece el derecho a acceder a la prevención y a la atención sanitaria, mientras que el inciso final contiene un mandato para que la Unión Europea tenga en cuenta un alto nivel de protección de la salud humana en la definición y ejecución de sus políticas.

1. El acceso a la prevención y a la atención sanitarias

El primer inciso del art. 35 establece que «toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales». Esta disposición reconoce, por tanto, el derecho de toda persona a la protección de la salud, mediante el acceso a prestaciones sanitarias de naturaleza preventiva y reparadora, correspondiendo a las legislaciones y prácticas nacionales determinar el alcance y condiciones de acceso a dichas prestaciones.

La Unión Europea carece de competencias en materia sanitaria y, por ello, corresponde a los Estados miembros la concreción del contenido material de la asistencia sanitaria a dispensar y el establecimiento de los requisitos para acceder a las correspondientes prestaciones. Ahora bien, el art. 35 impone a los Estados el principio de universalidad subjetiva, con la consecuencia de que personas no aseguradas y carentes de recursos económicos no podrán quedar marginadas de la protección dispensada por el sistema de salud existente en cada país. La protección de la salud queda configurada por el art. 35 como un derecho subjetivo de la persona, como tal reconocido universalmente, sin restricciones derivadas de la condición jurídico-política (ciudadanía) o jurídico-administrativa (estancia legal o irregular, afiliación o no a un sistema nacional de Seguridad Social) del demandante de asistencia. En línea con lo proclamado en todos los textos internacionales que recogen el derecho a la protección de la salud, el acceso a la medicina preventiva y reparadora se configura no como un derecho de ciudadanía polí-

tica, sino como un derecho del ser humano en cuanto persona (Cavas Martínez; Sánchez Triguero 2005, 402).

Con esta interpretación se podría pensar en la invocabilidad directa ante los jueces nacionales del art. 35 en los casos en que una persona no pueda, de conformidad con la legislación nacional, disponer de asistencia sanitaria en ningún caso. No obstante, el ejercicio de este derecho «en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales» supone, como regla general, la imposibilidad de que despliegue efecto directo por tratarse de una disposición general cuya aplicación requiere el complemento del Derecho nacional. En estos casos, el derecho a la protección de la salud opera como un principio inspirador de la actuación de la Unión Europea y de los Estados miembros, pero no como un derecho individual invocable ante el TJCE (Moyse 2006, 308; Dubois 2005, 465).

El art. 35 menciona la prevención y la asistencia sanitarias, lo que resulta lógico por la dificultad de diferenciar entre ambas actividades. Además, es lógico que se incluya la prevención sanitaria porque la medicina preventiva constituye un aspecto esencial de la política sanitaria, ya que su adecuado desarrollo contribuye a evitar la contracción de enfermedades y permite reducir el gasto sanitario dedicado a financiar prestaciones de asistencia sanitaria curativa.

Como la Unión Europea carece de competencia en materia sanitaria, el derecho de acceso a la prevención y a la asistencia sanitarias sólo se puede ejercer de conformidad con el Derecho interno de los Estados miembros, ya que son éstos los competentes para regular cada uno en su territorio su sistema sanitario. Al no haber un sistema sanitario común, el derecho del art. 35 sólo se puede disfrutar de acuerdo con las legislaciones y prácticas nacionales.

Ahora bien, esta competencia de los Estados sobre sus sistemas sanitarios debe ejercerse respetando las normas del Derecho de la Unión Europea existentes en otros ámbitos, y ello puede conllevar limitaciones a la soberanía estatal en esta materia. El TJCE ha afirmado en reiterada jurisprudencia lo siguiente: «aunque no se discute que el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y que, a falta de una armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos que confieren derecho a las prestaciones en materia de

seguridad social, no es menos cierto que, en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario, incluidas las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios. Dichas disposiciones prohíben a los Estados miembros que introduzcan o mantengan en vigor restricciones injustificadas al ejercicio de dicha libertad en el ámbito de la asistencia sanitaria» (TJCE, sentencias de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms*, C-157/99, Rec., p. I-5473, apartados 44-46; y de 16 de mayo de 2006, *Watts*, C-372/04, Rec., p. I-4325, apartado 92; y de 19 de abril de 2007, *Stamatelaki*, C-444/05, Rec., p. I-3185).

La incidencia del Derecho de la Unión Europea sobre los sistemas sanitarios nacionales aparece cuando el beneficiario de un sistema sanitario se desplaza y solicita atención sanitaria en otro Estado. Como las prestaciones sanitarias son inexportables por naturaleza, las normas comunitarias de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social, que incluyen las prestaciones sanitarias, han previsto soluciones para los asegurados que ejercen la libre circulación de personas. Conforme a los arts. 19 y 36 del Reglamento número 1408/1971, en caso de residencia en otro Estado miembro distinto del competente, con carácter general, las prestaciones de enfermedad y maternidad en especie son ofrecidas por los servicios del Estado de residencia, según su propia legislación, pero siempre a cargo del sistema de Seguridad Social del Estado de afiliación o competente que reembolsa los gastos al beneficiario (con una cantidad a tanto alzado o en función de los gastos efectivos) o compensa con el sistema extranjero, siendo esta legislación la que impone la duración de la prestación otorgada fuera del país de afiliación. Esta regla general resulta aplicable, con modulaciones, a los afiliados residentes en otro Estado, a los supuestos de estancia temporal en otro Estado, a la asistencia internacional concertada, a la asistencia sanitaria para los no trabajadores y a los casos de prestaciones en especie de gran relevancia.

Para facilitar la acreditación documental del derecho a recibir asistencia sanitaria en los casos antes indicados, se han sustituido los formularios existentes por la Tarjeta Sanitaria Europea mediante tres decisiones de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes (CASSTM) [Decisión núm. 189 de la CASSTM, de 18 de junio de 2003, dirigida a sustituir por una

tarjeta sanitaria europea los formularios necesarios para la aplicación de los Reglamentos (CEE) núm. 1408/71 y (CEE) número 574/72 del Consejo, en lo que respecta al acceso a la asistencia sanitaria durante una estancia temporal en un Estado miembro distinto del Estado competente o de residencia (*DO* L 276, de 27 de octubre de 2003); Decisión núm. 190 de la CASSTM, de 18 de junio de 2003, relativa a las características técnicas de la Tarjeta Sanitaria Europea (*DO* L 276, de 27 de octubre de 2003); y Decisión núm. 191 de la CASSTM, de 18 de junio de 2003, relativa a la sustitución de los formularios E 111 y E 111 B por la Tarjeta Sanitaria Europea (*DO* L 276, de 27 de octubre de 2003)]. Esta Tarjeta Sanitaria Europea, nominativa e individual, acredita el derecho de su titular a recibir prestaciones sanitarias durante una estancia temporal en cualquier Estado miembro.

Aparte de estos supuestos de ejercicio de la libre circulación, los sistemas sanitarios nacionales pueden verse afectados por la aplicación de las normas sobre libre prestación de servicios en los casos de movilidad de los pacientes, que se producen cuando un afiliado a un sistema sanitario nacional se desplaza a otro Estado para recibir una prestación sanitaria y pretende que su sistema se la reembolse. Los debates sobre la aplicación de las normas del mercado interior al acceso a la asistencia sanitaria en otros Estados miembros no se iniciaron hasta 1998, a raíz de varias sentencias del Tribunal de Justicia. Hasta entonces, se consideraba que los reglamentos sobre coordinación de los regímenes de seguridad social, que acabamos de mencionar, constituían el único mecanismo comunitario gracias al cual los pacientes podían recibir tratamiento en otro país sin tener que pagarlo de su bolsillo.

Pero, en 1998 el Tribunal definió nuevos principios a través de sus sentencias *Decker* y *Kohll* (TJCE, sentencias de 28 de abril de 1998, *Kohll*, C-158/96, Rec., 1998, p. I-1931, y *Decker*, C-120/95, Rec., 1998, p. I-1831), en las que declaró que, cuando los servicios de salud se cobran, deben considerarse servicios con arreglo a la definición del Tratado y, por tanto, les son aplicables las disposiciones pertinentes relativas a la libre circulación de servicios. Asimismo, dictaminó que, por consiguiente, las medidas que establecen la sujeción a una autorización previa del reembolso de los costes realizados en otro Estado miembro constituyen obstáculos a la libre pres-

tación de servicios, por más que resulten justificadas por motivos de interés general. Sobre la base de estos asuntos y de otros posteriores (TJCE, sentencias de 12 de julio de 2001, *Vanbraekel y otros*, C-368/98, Rec., p. I-5363; de 23 de octubre de 2003, *Inizan*, C-56/01, Rec., p. I-12403; de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms*, C-157/99, Rec., p. I-5473; de 13 de mayo de 2003, *Müller-Fauré y van Riet*, C-385/99, Rec., p. I-4509) la jurisprudencia del Tribunal desarrolló los siguientes principios:

— Cualquier ciudadano puede buscar en otro Estado miembro, sin autorización previa, toda asistencia sanitaria no hospitalaria a la que tenga derecho en su propio Estado miembro, y se le reembolsarán los gastos en el nivel previsto en su propio régimen.
— Cualquier ciudadano puede buscar en otro Estado miembro toda asistencia hospitalaria a la que tenga derecho en su propio Estado miembro, previa autorización de su propio régimen. Si su régimen no puede ofrecerle asistencia en un plazo médicamente aceptable, habida cuenta de su afección, tiene que concederle dicha autorización. Además, se le reembolsarán los gastos, como mínimo, al nivel previsto en su propio régimen.

La sentencia *Watts* (TJCE, sentencia de 16 de mayo de 2006, *Watts*, C-372/04, Rec., p. I-4325, apartado 86) aportó dos aclaraciones. En primer lugar, algunos Estados miembros con sistemas basados en la integración de la financiación pública y de las prestaciones sanitarias adujeron que no se les podían aplicar las disposiciones del Tratado sobre libre prestación de servicios, pero la sentencia *Watts* confirmó que sí se podía. En segundo lugar, varios Estados miembros argumentaron que el requisito del art. 152.5 del TCE de respetar «plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica» impide que la normativa comunitaria imponga obligaciones vinculantes relativas a los sistemas sanitarios. En la sentencia, el Tribunal declaró que esta disposición no excluye la posibilidad de que, en virtud de otras disposiciones del Tratado, como el art. 49, o de medidas comunitarias adoptadas en base a

otras disposiciones del Tratado, como el art. 22 del Reglamento número 1408/71, los Estados miembros estén obligados a introducir adaptaciones en su sistema nacional de Seguridad Social.

Como puede apreciarse, esta jurisprudencia del TJCE contribuye a garantizar un mejor ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria del art. 35, permitiendo que éste se beneficie de la existencia de un mercado interior con libre circulación de servicios. No obstante, esta movilidad de los pacientes conlleva un riesgo para el equilibrio financiero de los sistemas sanitarios nacionales, que requiere la adopción de normativa reguladora, cuyo proceso de elaboración ha iniciado ya la Comisión.

2. La protección de la salud humana en las políticas y acciones de la Unión Europea

El segundo inciso del art. 35 tiene un tenor literal casi coincidente con el del apartado 1 del art. 168 del TFUE: «Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana». Esta norma, a diferencia de la del primer inciso, no regula un derecho, sino que establece un mandato dirigido a los poderes públicos, para que en la definición y ejecución de todas las políticas de la Unión Europea, aunque su contenido no sea específicamente sanitario, integren el objetivo de garantizar una adecuada protección de la salud humana. La protección de la salud se convierte así en un objetivo transversal que deberá estar presente en el diseño y puesta en práctica de todas las políticas comunitarias.

El Tratado de Lisboa mantiene con algunas mejoras la regulación de la salud pública establecida por el art. 156 del TCE. En efecto, el art. 4.2, letra k) del TFUE, dispone que «los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública» son una competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros, pero el art. 6 del TFUE identifica «la protección y mejora de la salud humana» como un ámbito donde la Unión Europea sólo puede llevar a cabo acciones de apoyo, coordinación o complemento. Por consiguiente, son los Estados los que mantienen la competencia para desarrollar una política de salud pública y la Unión carece de com-

petencia para establecer una política comunitaria de salud pública de carácter general.

Estas competencias sobre salud pública se concretan en el art. 168, cuyo apartado 1 reitera la transversalidad de la protección de la salud pública. Además de ello, este precepto permite a la Unión Europea desarrollar una acción, complementaria de las políticas nacionales, encaminada a mejorar la salud pública, y a prevenir las enfermedades humanas y las fuentes de peligro para la salud física y psíquica. El precepto asigna además a esta acción de la Unión Europea los objetivos específicos siguientes:

— La lucha contra las pandemias, promoviendo la investigación de su etiología, transmisión y prevención, así como la información y la educación sanitarias.
— La vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, la alerta en caso de tales amenazas y la lucha contra ellas.
— El complemento de la acción de los Estados miembros dirigida a reducir la incidencia nociva de las drogas en la salud, entre otras cosas mediante la información y la prevención.
— El fomento de la cooperación entre los Estados miembros en los ámbitos antes señalados, y, en particular, la cooperación destinada a mejorar la complementariedad de sus servicios de salud en las regiones fronterizas. La Comisión, en permanente contacto con los Estados miembros, e informando cumplidamente al Parlamento Europeo, podrá adoptar cualquier iniciativa adecuada para fomentar dicha coordinación, en particular las tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos para el control y la evaluación periódicos.

El art. 168.4 desarrolla la competencia compartida sobre los problemas comunes de seguridad en materia de salud pública. Aquí, la Unión Europea aplicando el procedimiento legislativo ordinario podrá adoptar normas para establecer:

— medidas que garanticen una elevada calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano, así como de la sangre y de sus derivados;

— medidas que establezcan normas elevadas de calidad y seguridad de los medicamentos;
— medidas relativas a la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, la alerta en caso de tales amenazas y la lucha contra ellas.

El apartado quinto del art. 168 atribuye una competencia normativa más débil a la Unión Europea para establecer también medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana y, en particular, a luchas contra las pandemias transfronterizas, así como medidas que tengan directamente como objetivo la protección de la salud pública en lo que se refiere al tabaco y al consumo excesivo de alcohol, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

El art. 168 se cierra con el apartado 7, que reafirma y protege la competencia de los Estados en materia de salud pública, afirmando que «la acción de la Unión en el ámbito de la salud pública respetará las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica. Las responsabilidades de los Estados miembros incluyen la gestión de los servicios de salud y de atención médica, así como la asignación de los recursos que se destinan a dichos servicios».

La actuación general de la Unión Europea en política de salud pública se lleva a cabo mediante la elaboración de estrategias y programas. La Comisión Europea ha adoptado el 23 de octubre de 2007 una nueva Estrategia Sanitaria [Comisión Europea. Libro Blanco Juntos por la salud: un planteamiento estratégico para la Unión Europea (2008-2013), *COM* (*2007*) *630 final,* de 23 de octubre de 2007] que sustituirá a la precedente. Esta estrategia tiene la ambición de proporcionar, por primera vez, un marco más global que abarque desde los problemas sanitarios fundamentales hasta la integración del elemento *salud* en todas las políticas y los problemas sanitarios mundiales. Pretende fijar objetivos claros que guíen el trabajo futuro de la Unión Europea en el terreno sanitario, y también instaurar los mecanismos necesarios para alcanzar estos objetivos en cooperación con los Estados miembros.

En lo que respecta a la adopción de disposiciones de derecho derivado con fuerza vinculante en aspectos comunes de seguridad vinculados con la salud pública hay ya un acervo muy significativo, que el art. 35 de la Carta de Derechos Fundamentales, en combinación con el art. 168 del TFUE van a afianzar.

Podemos concluir que el art. 35, pese a su redacción general, afianza la protección del derecho a la salud en la Unión Europea y es un precepto aplicable en un sector como el sanitario, donde la evolución futura de las competencias de la Unión Europea puede ser notable como consecuencia de la jurisprudencia del TJCE sobre normas comunitarias de otros ámbitos, pero con impacto en la sanidad.

Bibliografía

Cavas Martínez, F. y C. Sánchez Triguero. «La protección social de la salud en la Constitución Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 57 (2005): pp. 401-418.

Dubois, L.: «Article II-95». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 464-471.

Ferrari Bravo, L., F. M. Di Majo y A. Rizzo. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Milán: Giuffrè, 2001, pp. 115-123.

García de Cortázar y Nebreda, C. «¿Libre circulación de pacientes en la Unión Europea? La atención de los dependientes y la tarjeta sanitaria europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 47 (2003): pp. 49-97.

González Díaz, F. A. «Solidaridad: Derecho a la protección de la salud». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1299-1326.

Hervey, T. «The Right to Health in European Union Law». En T. K. Hervey y J. Kenner. *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamentals Rights – a Legal Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 193-222.

Lhernould, J.-Ph. «Droit communautaire et protection sociale. Règles de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale». *Jurisclasseur Europe*, fascículo 630, marzo 2005.

Lucarelli, A. «Art. 35». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 245-250.

Moyse, F. «Article 35». *Commentary of the Charter of Fundamentals Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 304-311.

Ordóñez Solís, D. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*. Granada: Comares, 2006.

VIDA SORIA, J., J. L. MONEREO PÉREZ y J. A. MALDONADO MOLINA, coords. «Solidaridad y protección social en el marco de la Constitución europea». En R. Quesada Segura, eds. *La Constitución europea y las relaciones laborales*. Sevilla: XXII Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales, 2004, pp. 309-476.

WHITE, R. «Social Security». En S. Peers y A. Ward, eds. *The EU Charter of Fundamental Rights. Politics, Law and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 309-321.

Artículo 36
Acceso a los servicios de interés económico general

La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con los Tratados, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión.

Preceptos relacionados

- TFUE: arts. 14, 106 y 107.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 16 y 86.2 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-96, III-122, III-166-III-167 y III-238.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 36.

COMENTARIO

Manuel López Escudero
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

El art. 36 es una disposición de gran interés que se incluyó en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a raíz de una propuesta francesa y que se refiere a un derecho no reconocido

como tal por ninguna disposición del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sólo encontramos una referencia indirecta a este derecho de acceso a servicios de interés económico general en el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, según el cual los Estados parte en él reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha indicado que el derecho a una vivienda suficiente debe comprender ciertos equipamientos esenciales para la salud, la seguridad, el confort y la nutrición y ello se traduce en el acceso a una serie de servicios de interés general como el agua potable, la energía para cocinar, la calefacción, el alumbrado, las instalaciones sanitarias o el alcantarillado.

El acceso a los servicios de interés económico general es una cuestión que ha generado un importante debate entre la Unión Europea y sus Estados miembros respecto a la incidencia del proceso de integración económica respecto a las competencias de los Estados para proteger intereses sociales esenciales. La integración económica conlleva liberalización del ejercicio de actividades económicas para implantar el mercado interior, mientras que la protección de intereses sociales esenciales requiere intervención del Estado en la economía, para asegurar, entre otras cosas, los servicios de interés general. Esta tensión se ha visto reforzada por las diferencias entre los diferentes Estados miembros en cuanto al grado de intervención en la economía de los poderes públicos para asegurar la efectividad de este tipo de servicios.

1. Los servicios de interés general en el actual Derecho de la Unión Europea

Los servicios de interés general constituyen una realidad compleja y en constante evolución. Incluyen servicios de naturaleza tanto económica como no económica y abarcan un amplio espectro de actividades de diverso tipo, que van desde las propias de las grandes industrias de redes (energía, servicios postales, transporte y teleco-

municaciones) hasta la sanidad, la educación y los servicios sociales. Sus dimensiones varían, también, ya que puede tratarse de servicios prestados en un ámbito europeo, incluso mundial, o a escala local. Su naturaleza varía, además, en función de que las actividades englobadas en los servicios de interés general estén o no sometidas a la disciplina de mercado. La forma en que se organizan estos servicios difiere en función de las tradiciones culturales, la historia y las condiciones geográficas de cada Estado miembro, así como de las características propias de la actividad en cuestión, sobre todo de su desarrollo tecnológico.

Un tipo de servicios de interés general son los denominados «servicios de interés económico general», expresión utilizada en los arts. 16 y 86.2 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), pero sin definirla. Sin embargo, en la práctica comunitaria, se suele designar con este término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran en este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones. Este concepto abarca igualmente otras actividades económicas sometidas también a obligaciones de servicio público, que son las obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio, con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público, por ejemplo, en materia de transporte aéreo, ferroviario y por carretera, o en el sector de la energía. Estas obligaciones pueden aplicarse a escala regional, nacional o comunitaria.

El TCE no incluye el funcionamiento de los servicios de interés general entre los objetivos comunitarios y no atribuye a la Comunidad competencias positivas específicas en este ámbito. Salvo una referencia sectorial en el título consagrado a los transportes, se hace mención a estos servicios únicamente en dos disposiciones del TCE:

— El art. 16 encomienda a la Comunidad Europea y a los Estados miembros la responsabilidad de velar, con arreglo a sus competencias respectivas, por que sus políticas permitan que

los servicios de interés económico general cumplan su cometido. Esta disposición consagra un principio del Tratado, pero no dota a la Comunidad de medios de acción específicos al respecto.

— El art. 86.2 reconoce implícitamente el derecho de los Estados miembros a imponer obligaciones específicas de servicio público a los operadores económicos. Establece un principio fundamental que garantiza la prestación y el desarrollo de servicios de interés económico general en el mercado común. Los proveedores de servicios de interés general sólo están eximidos de la aplicación de las normas del TCE en aquellos casos en que sea estrictamente necesario para poder cumplir su misión de interés general. En caso de conflicto, por tanto, el cumplimiento de una misión de servicio público puede efectivamente prevalecer sobre la aplicación de las normas comunitarias, incluidas las normas sobre competencia y mercado interior, en las condiciones previstas en el art. 86.2. De esta forma, el Tratado protege la realización eficaz de una misión de interés general, pero no necesariamente al proveedor de la misma.

De conformidad con estas disposiciones del TCE, la definición, organización, financiación y supervisión de los servicios de interés general incumben primariamente a las autoridades nacionales, regionales y locales. No obstante, la Unión Europea tiene atribuidas competencias en una serie de ámbitos que guardan relación con estos servicios: mercado interior, competencia y ayudas estatales, libre circulación, política social, transporte, medio ambiente, salud, política de los consumidores, redes transeuropeas, industria, cohesión económica y social, investigación, comercio, cooperación al desarrollo y fiscalidad. Mediante el ejercicio de estas competencias, la Unión Europea dispone de variados medios para velar por que todos sus ciudadanos tengan acceso a servicios de interés general de calidad. Teniendo en cuenta la necesidad y la intensidad de la acción comunitaria y el papel de los Estados miembros, los servicios de interés económico general pueden clasificarse en tres categorías (Comisión Europea 2004, 15):

I) *Servicios de interés económico general prestados por grandes industrias de redes.* Desde los años ochenta, la Comunidad viene procediendo a la apertura gradual de los mercados para las grandes industrias de redes (telecomunicaciones, servicios postales, electricidad, gas, transportes), en las que pueden prestarse servicios de interés económico general. Al mismo tiempo, ha adoptado para estos servicios un marco regulador global en el que se especifican las obligaciones de servicio público a escala europea y se incluyen aspectos tales como el servicio universal, los derechos de los consumidores y usuarios, y consideraciones en materia de salud y seguridad. Estas industrias presentan una dimensión comunitaria indiscutible y constituyen un ámbito en el que la necesidad de definir un concepto de interés general europeo se deja sentir con particular fuerza. Así se reconoce en el Título XV del Tratado, que atribuye a la Comunidad una responsabilidad específica en materia de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía, con el doble objetivo de mejorar el funcionamiento del mercado interior y de reforzar la cohesión económica y social.

II) *Otros servicios de interés económico general.* Otros servicios de interés económico general, como la gestión de residuos, el abastecimiento de agua o los servicios públicos de radiodifusión, no están sujetos a un régimen regulador global de ámbito comunitario. En general, la prestación y la organización de estos servicios están sometidas a las normas en materia de mercado interior, competencia y ayudas estatales, siempre que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. Además, ciertas normas comunitarias específicas, como la legislación en materia de medio ambiente o sobre radiodifusión, pueden aplicarse a determinados aspectos de la prestación de estos servicios.

III) *Servicios de naturaleza no económica y servicios sin efecto en el comercio.* Los servicios de interés general de naturaleza no económica y los servicios sin efecto en el comercio entre los Estados miembros no están sujetos a normas específicas comunitarias ni tampoco a las normas sobre mercado interior, competencia y ayudas estatales del Tratado. Sí están sometidos, en cambio, a las normas comunitarias aplicables a las actividades no económicas y a las actividades que no tienen efecto en el comercio intracomunitario, incluido el principio fundamental de no discriminación.

Como puede apreciarse, la Comunidad ha establecido progresivamente una política en materia de servicios de interés general que se basa en diversos grados de acción y en el uso de instrumentos diferentes. En la mayoría de los casos, corresponde a las autoridades competentes en los Estados miembros especificar y completar las normas comunitarias relativas a las obligaciones de servicio público y supervisar su aplicación. Para ello, la reglamentación comunitaria en el caso de las industrias de redes ha exigido la creación de autoridades de reglamentación independientes.

Por otra parte, la Comisión puede adoptar medidas específicas directas para garantizar el cumplimiento de las normas comunitarias en materia de competencia y ayudas estatales, habiendo propiciado la jurisprudencia del TJCE en algunos casos su elaboración. En la sentencia *Altmark*, confirmada por *Enirisorse* (TJCE, sentencias de 24 de julio de 2003, *Altmark*, C-280/00, Rec., p. I-7747, y de 27 de noviembre de 2003, *Enirisorse*, asuntos acumulados C-34/01 a C-38/01, Rec., p. I-14243), el TJCE abordó una cuestión crucial, a saber, las condiciones necesarias para que las compensaciones por servicio público no constituyan ayudas estatales, que el Tribunal consideró que eran las siguientes:

— La empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas.
— Los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras. Así, constituye una intervención financiera incluida en el concepto de ayuda de Estado en el sentido del art. 87.1 del TCE, la compensación por parte de un Estado miembro de las pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de tal compensación, cuando, a posteriori, se comprueba que la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones de servicio público no ha sido económicamente viable.
— La compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecu-

ción de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable.

— Cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

Tras la sentencia *Altmark*, la Comisión adoptó la Decisión número 2005/842/CE, de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del art. 86, apartado 2, del TCE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público, concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (*DO* L 312, de 29 de noviembre de 2005, p. 67) y el Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (*DO* C 297, de 29 de noviembre de 2005, p. 4) para especificar el régimen de compatibilidad con el TCE de las ayudas estatales concedidas como compensación por la gestión de servicios de interés económico general.

En 2003 se inició un proceso de reflexión sobre la conveniencia de adoptar una regulación general de los servicios de interés económico general, que serviría como marco de referencia y encuadramiento de toda la normativa sectorial con indecencia sobre este tipo de servicios. La Comisión publicó en 2003 un Libro Verde sobre los servicios de interés general, seguido de un Libro Blanco en 2004. Por el momento, esta regulación general no se ha adoptado.

2. La aportación del art. 36

El art. 36 es una disposición de mínimos, porque refleja el difícil consenso alcanzado entre los partidarios de incluir una referencia a los servicios de interés económico general en la Carta de Derechos Fundamentales y los Estados que se oponían a ello (Braibant 2000, 200). Su inclusión en la Carta de Derechos fundamentales se vincula con el art. 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que constituye el fundamento general de la actuación de la Unión Europea en relación con este tipo de servicios.

Aunque se trata de una disposición que no introduce novedades con respecto al acervo vigente en la Unión Europea, el art. 36 tiene un importante valor simbólico, porque pone de manifiesto la importancia de los servicios de interés general como uno de los pilares del modelo europeo de sociedad. Pese a las diferencias de opinión y de perspectivas, en ocasiones importantes, entre los distintos Estados, el art. 36 refleja el amplio consenso que hay entre ellos en cuanto a la necesidad de garantizar la prestación de servicios de interés general de calidad y asequibles a todos los ciudadanos y empresas de la Unión Europea. Asimismo, este precepto confirma la existencia de una concepción común de tales servicios, basada en un conjunto de elementos comunes, como el principio del servicio universal, la continuidad, la calidad del servicio, su carácter asequible, y la protección de los usuarios y consumidores. El suministro de servicios de interés general de calidad, accesibles y asequibles, que respondan a las necesidades de los consumidores y las empresas, es, por tanto, un factor importante para alcanzar el objetivo estratégico de la Unión de «convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social», que es el meollo de la Estrategia de Lisboa. La abogada general Stix-Hackl afirmó lo siguiente: «Conforme al artículo 90, apartado 2, del Tratado CE, las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas a las normas del Tratado sólo en la medida en que su aplicación no impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El nuevo artículo 16 CE y el artículo 36 de la Carta

de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea destacan la importancia de esa excepción como la expresión de un valor básico del Derecho comunitario» (Conclusiones de la abogada general Stix-Hackl en el asunto en que recayó la sentencia del TJCE, de 17 de mayo de 2001, *TNT Traco*, C-340/99, Rec., p. I-2568, apartado 68).

El art. 36 sólo menciona los servicios de interés económico general, que son sólo una parte de los servicios de interés general, pero deja fuera los servicios de interés general de carácter no económico, a los que no le son aplicables las normas de competencia del TCE, pero sobre los que sí pueden tener incidencia otras disposiciones de Derecho Comunitario, como las relativas a la libre circulación de personas o de servicios. Por ello, hubiera sido deseable que el art. 36 se hubiera referido a todos los servicios de interés general y no sólo a los de carácter económico.

El art. 36 afirma que «la Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con los Tratados», lo que pone de manifiesto que este precepto no establece un derecho subjetivo de acceso a este tipo de servicios, sino que se trata de un principio que debe ser respetado por la Unión Europea cuando ésta ejerza sus competencias en materia de libre competencia, mercado interior y demás áreas con incidencia en los servicios de interés económico general. En las explicaciones del Praesidium de la Convención se dice claramente que esta disposición «no crea nuevos derechos, sienta solamente el principio del respeto por parte de la Unión del acceso a los servicios de interés económico general tal como lo prevén las disposiciones nacionales, siempre y cuando éstas sean compatibles con el Derecho de la Unión». La lógica de esta disposición parece ser, por consiguiente, que son los Estados miembros los que regulan los servicios de interés económico general mediante sus derechos internos y que la Unión Europea puede afectar a este tipo de servicios con sus medidas liberalizadoras destinadas a establecer un mercado interior en condiciones de competencia no falseada. Para que esta normativa de la Unión no menoscabe la eficacia de las normas nacionales, el art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales establece un principio de acción a respetar siempre por la Unión, que actúa como protector de las medidas nacionales relativas al acceso a los servicios públicos (Benoît-Rohmer 2006, 312).

La interpretación precedente es perfectamente compatible con el art. 14 del TFUE (retoma el contenido del art. 16 del TCE), según el cual «sin perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular, económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios».

El art. 36, leído conjuntamente con los arts. 14 y 106.2 del TFUE (equivalente al actual al art. 86.2 del TCE), no parece, por tanto, que añada nada nuevo al reparto competencial entre la Unión Europea y los Estados miembros en materia de servicios de interés económico general. Con estas disposiciones, los Estados continúan disponiendo de un amplio margen de maniobra para ofrecer a sus ciudadanos servicios de interés general. Refiriéndose al art. 86.2 del TCE, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha establecido una clara jurisprudencia, según la cual esta disposición «pretende conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas, en particular del sector público, como instrumento de política económica o fiscal con el interés de la Comunidad en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado común. Habida cuenta del interés de los Estados miembros así descrito, no puede prohibirse que, al definir los servicios de interés económico general que encomiendan a ciertas empresas, dichos Estados tengan en cuenta objetivos propios de su política nacional e intenten su consecución mediante la imposición de obligaciones y exigencias a dichas empresas» (TJCE, sentencia de 19 de marzo de 1991, *Francia/Comisión*, C-202/88, Rec., p. I-1223, apartado 12; y de 23 de octubre de 1997, *Comisión/Francia*, C-159/94, Rec., p. I-5815, apartado 49).

El art. 36 establece la condición de *conformidad con los Tratados* del acceso a los servicios de interés económico general según las legislaciones nacionales. Esta exigencia supone que los Estados no tienen plena libertad para establecer este tipo de servicios al margen de todo el Derecho de la Unión Europea. En efecto, el art. 36 con esta exigencia plasma el contenido del art. 106.2 del TFUE, que configura como una excepción a la aplicación de las normas del TFUE, especialmente las de libre competencia, las aplicables a las actuaciones de los Estados y a las empresas encargadas de prestar estos servicios de interés general. No obstante, se trata de una excepción a las normas generales del Tratado, que debe ser interpretada restrictivamente, aunque el TJCE hasta ahora se ha mostrado condescendiente en estos casos. En efecto, según reiterada jurisprudencia, el art. 86.2 del TCE puede invocarse para justificar la concesión, por parte de un Estado miembro, a una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general de derechos especiales o exclusivos contrarios, en particular, al art. 82 del TCE, en la medida en que el cumplimiento de la misión específica a ella confiada no pueda garantizarse sino mediante la concesión de tales derechos y siempre que el desarrollo de los intercambios no resulte afectado de una forma contraria al interés de la Comunidad (TJCE, sentencia de 23 de mayo de 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, C-209/98, Rec., p. I-3743, apartado 74).

Para que se cumplan los requisitos de aplicación del art. 86.2 del TCE, según el TJCE, no es necesario que el equilibrio financiero o la viabilidad económica de la empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general estén amenazados. Basta con que, en caso de no existir los derechos controvertidos, no puedan cumplirse las misiones específicas confiadas a la empresa, tal como están precisadas mediante las obligaciones y exigencias que recaen sobre ella, o que el mantenimiento de tales derechos sea necesario para permitir a su titular el cumplimiento, en condiciones económicamente aceptables, de las misiones de interés económico general que le hayan sido confiadas. Con esta finalidad, puede resultar necesario prever no sólo la posibilidad de una compensación entre los sectores de actividad rentables y los sectores menos rentables del titular de la misión de interés general que constituye la gestión del servicio universal (TJCE, sentencia de 19 de mayo de 1993,

Corbeau, C-320/91, Rec., I-2533, apartado 17), sino también la obligación para los prestadores de los servicios postales no comprendidos en dicho servicio universal de contribuir, mediante el pago de una tasa postal como la controvertida en el asunto principal, a la financiación de este servicio universal y permitir de este modo al titular de la citada misión de interés general cumplirla en condiciones económicamente equilibradas. No obstante, señala el TJCE, que al tratarse de una disposición que permite, en determinadas circunstancias, establecer una excepción a las normas del Tratado, el art. 86.2 del TCE debe interpretarse en sentido estricto, por lo que no permite que los ingresos totales, procedentes del pago de una tasa postal por todos los operadores económicos que prestan un servicio de correo rápido no comprendido en el servicio postal universal sean superiores al importe necesario para compensar las eventuales pérdidas que por la gestión del servicio postal universal, sufra la empresa encargada de prestarlo (TJCE, sentencia de 17 de mayo de 2001, *TNT Traco*, C-340/99, Rec., p. I- 2568, apartados 56-58).

En el razonamiento expuesto hasta ahora, la garantía del acceso a los servicios de interés general queda en manos de los Estados miembros y así lo recoge el art. 36. Pero esta interpretación es, en parte, cuestionable, porque el respeto de la Carta de Derechos Fundamentales en este punto puede abrir la puerta para que la Unión Europea incida en el suministro de este tipo de servicios de forma positiva, junto con los Estados. La normativa de Derecho derivado existente sobre bastantes servicios de interés general no restringe el suministro de estos servicios por parte de los Estados a los ciudadanos, sino que regula su organización y funcionamiento, estableciendo en muchas ocasiones estándares de protección superiores a los existentes en los derechos internos de algunos Estados. Por ello, habría sido más lógico que el art. 36 hubiera establecido el acceso a estos servicios, de conformidad con el Derecho de los Estados miembros y con las normas de la Unión Europea, pero las reticencias de algunos Estados lo impidieron.

El art. 36 regula el acceso a los servicios de interés económico general, «con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión». La cohesión social va a resultar favorecida por la obligación de los Estados de garantizar el acceso de todos los ciudadanos, con independencia de sus recursos, a los servicios de interés general. La

cohesión territorial se obtiene mediante el establecimiento por parte de los Estados de mecanismos para que los servicios de interés general se presten en todo su territorio, incluyendo las zonas donde el suministro no es rentable en términos económicos. Sin duda, en la Unión Europea los servicios de interés general resultan fundamentales para garantizar la cohesión social y territorial, así como la competitividad de la economía europea. Los ciudadanos y las empresas tienen legítimas expectativas de acceso a servicios de interés general asequibles y de calidad en todo el territorio de la Unión Europea. Para los ciudadanos de la Unión, tal acceso constituye parte esencial de la ciudadanía europea, necesario para disfrutar plenamente de sus derechos fundamentales. Por lo que se refiere a las empresas, la disponibilidad de servicios de interés general de calidad constituye un requisito previo indispensable de todo entorno empresarial que favorezca la competitividad (Comisión Europea 2004, 3).

Hay que señalar que la Carta de Derechos Fundamentales sí regula como derecho subjetivo el acceso a un servicio de interés general, que es el servicio de colocación (art. 29).

En definitiva, la introducción del art. 36 debe ser bienvenida, pese a la generalidad y carácter timorato de su redacción, porque reafirma el compromiso de la Unión Europea y de sus Estados miembros con la protección de los servicios de interés general frente a las injusticias sociales que la liberalización y desregulación económica puedan generar en el proceso de integración europea.

Bibliografía

Benoît-Rohmer, F. «Article 36». *Commentary of the Charter of Fundamentals Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 312-314.

Braibant, G.. *La Charte des droit fondamentaux de l'Union européenne*. París: Pédone, 2000.

Cherot, Y. «Article II-96». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 472-482.

Comisión Europea. «Libro Blanco sobre los servicios de interés general». *COM* (*2004*) *374 final*, 12 de mayo de 2004.

— Libro Verde sobre los servicios de interés general. *COM* (*2003*) *270 final*, 21 de mayo de 2003.

Ferrari Bravo, L., F. Di Majo M. y A. Rizzo. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Milán: Giuffrè, 2001, pp. 127-130.

GRAU RUIZ, M. A. «La protección del interés económico general y de la cohesión social y territorial en la Unión Europea». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 3: políticas comunitarias, las finanzas de la Unión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004: pp. 103-138.

LOUIS, J.-V. y S. RODRIGUES, dirs. *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*. Bruselas: Bruylant, 2006.

LUCARELLI, A. «Art. 36». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali del'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 251-258.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*. Granada: Comares, 2006.

Artículo 37
Protección del medio ambiente

En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad.

Preceptos relacionados

- Carta: arts. 35 y 38.
- TUE (TLisboa): art. 3.
- TFUE: arts. 11 y 191-193.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 6 y 174-176 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-97, III-119, III-233-III-234.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 37.

COMENTARIO

Manuel López Escudero
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

El art. 37 es el precepto que la Carta, en el apartado de los derechos de solidaridad, dedica a la protección del medio ambiente. La in-

clusión del medio ambiente en el catálogo de derechos sociales de la Unión Europea es un avance significativo, aunque el tenor literal del art. 37 es muy pobre y se limita a establecer un principio de acción que debe respetar la Unión en el desarrollo de sus políticas, no consagrando un derecho subjetivo a un medio ambiente sano.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la articulación jurídica del derecho a un medio ambiente sano es aún incipiente. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 25.1 recoge el derecho a un nivel de vida que asegure la salud y el bienestar. Con mayor calado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere a la necesidad de mejorar el medio ambiente como uno de los requisitos para el disfrute por parte de la persona del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12.2, letra b). La Declaración de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y el desarrollo, de 1992, supuso un impulso decisivo a la protección del medio ambiente en el Derecho Internacional. El principio primero de esta Declaración reconoce que todo ser humano «tiene derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza».

En el ámbito regional europeo, el derecho a un medio ambiente sano no está regulado directamente por ningún tratado internacional de derechos humanos. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha conferido una protección indirecta a este derecho considerando en su jurisprudencia que los atentados al medio ambiente que afectan gravemente a la vida privada de la persona constituyen una violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia. En el asunto *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* (TEDH, sentencia de 21 de febrero de 1990, Serie A, núm. 172, p. 18, § 40), el TEDH entendió que se podía invocar el art. 8 del CEDH por los demandantes que reclamaban contra el ruido generado por los vuelos durante el día de los aviones en el aeropuerto de Heathrow, debido a que dicho ruido disminuía la calidad de su vida privada. En el asunto *López Ostra* (TEDH, sentencia de 9 de diciembre de 1994, *López Ostra contra España*, Serie A, 303-C, p. 55; y sentencia de 16 de noviembre de 2004, asunto *Moreno Gómez contra España*, demanda núm. 4143/02) estimó el TEDH

que atentados graves contra el medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona, impidiéndole el disfrute de su domicilio, lesionando su vida privada y familiar, sin necesidad de que pongan en peligro la vida de la persona. En el asunto *Guerra* (TEDH, sentencia de 19 de febrero de 1998, *Guerra y otros contra Italia*, Asunto 116/1996/735/932, Rec., 1998-I, apartado 60) juzgó que la falta de información oficial sobre la oportuna actitud ciudadana ante las emisiones contaminantes de una industria cercana atenta al referido derecho fundamental.

Pero esta jurisprudencia del TEDH, favorable a la protección del derecho a un medio ambiente sano, se ha visto frenada por el asunto *Hatton* (TEDH, sentencia de 8 de julio de 2003, *Hatton y otros c. Reino Unido*, núm. 36022/97, § 99, CEDH 2003-VIII). El TEDH recuerda que el Convenio no reconoce expresamente el derecho a un medio ambiente sano y tranquilo, aunque si un individuo se ve gravemente afectado por el ruido u otras formas de contaminación puede resultar aplicable el art. 8 del CEDH, en los términos de su jurisprudencia precedente antes explicada. En este asunto, un conjunto de personas residentes cerca del aeropuerto londinense de Heathrow se quejaba del ruido provocado por los vuelos nocturnos. El TEDH considera que, en estos casos, puede analizar el contenido material de la actuación del Estado, así como el procedimiento seguido para aplicarla. En lo que respecta al primero, el Estado disfruta de un amplio margen de apreciación, que en este caso no se superó, porque el gobierno británico había analizado exhaustivamente las consecuencias de este tipo de vuelos. También considera el TEDH que la administración británica tuvo en cuenta los intereses de los individuos afectados por la contaminación acústica en el aeropuerto londinense. El Reino Unido no infringió ninguna reglamentación medioambiental nacional, a diferencia de lo que ocurrió en los asuntos *López Ostra* y *Guerra,* y los perjudicados por la contaminación acústica podían cambiar de domicilio porque sus viviendas no se habían depreciado. En una opinión disidente, los jueces Costa, Ress, Türmen, Zupancic y Steiner, citando en apoyo de su tesis el art. 37 de la Carta de Derechos Fundamentales, consideran que sí hubo violación del art. 8 del CEDH y adoptan una posición más favorable a la protección del derecho a un medio ambiente sano y tranquilo en el marco de dicho artículo.

El art. 37 sí es una disposición que se ocupa directamente de la protección medioambiental, pero, como veremos, no garantiza un derecho subjetivo a un medio ambiente sano, sino que establece un principio que deben respetar la Unión Europea y sus Estados miembros en el ejercicio de sus competencias.

1. El acervo comunitario en materia de protección medioambiental

El art. 2 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE) dispone que la Unión Europea tiene por misión promover un «alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente» y, a tal fin, el art. 3.1, letra l) del TCE prevé la aplicación de una «política en el ámbito del medio ambiente». La protección del medio ambiente constituye, por tanto, uno de los objetivos esenciales de la Comunidad (TJCE, sentencias de 7 de febrero de 1985, *ADBHU*, 240/83, Rec., p. 531, apartado 13; de 20 de septiembre de 1988, *Comisión/Dinamarca*, 302/86, Rec., p. 4607, apartado 8, y de 2 de abril de 1998, *Outokumpu*, C-213/96, Rec., p. I-1777, apartado 32).

Además, el art. 6 del TCE establece que «las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad […], en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible», lo que convierte a la protección medioambiental en un objetivo de carácter transversal y fundamental.

Los arts. 174-176 del TCE constituyen, en principio, el marco en el que debe desarrollarse la política comunitaria en el ámbito del medio ambiente. En particular, el art. 174.1 enumera los objetivos de la política medioambiental de la Comunidad: la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente; la protección de la salud de las personas; la utilización prudente y racional de los recursos naturales; y el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. El art. 174.2 dispone que la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Co-

munidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de que quien contamina paga. El apartado tercero de este precepto señala que en la elaboración de su política en el área del medio ambiente, la Comunidad tendrá en cuenta: los datos científicos y técnicos disponibles; las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Comunidad; las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción; y el desarrollo económico y social de la Comunidad en su conjunto y el desarrollo equilibrado de sus regiones. Por su parte, el art. 175 del TCE define los procedimientos que deben seguirse para alcanzar tales objetivos y el art. 176 permite a los Estados el mantenimiento de medidas de mayor protección, que deben ser compatibles con el TCE y se notificarán a la Comisión.

El TJCE cuenta con una importante jurisprudencia sobre la articulación de la política comunitaria en materia de medio ambiente. En varias sentencias ha favorecido la utilización de la base jurídica de medio ambiente a la hora de adoptar disposiciones medioambientales con impacto en otras materias. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha declarado que todas las medidas contempladas en los tres guiones del art. 175.2 del TCE suponen una intervención de las instituciones comunitarias en ámbitos como la política fiscal, la política energética o la política de ordenación del territorio, en los que, al margen de la política comunitaria sobre el medio ambiente, o bien la Comunidad carece de competencias legislativas, o bien el Consejo ha de decidir por unanimidad (TJCE, sentencias de 30 de enero de 2001, *España/Consejo*, C-36/98, Rec., p. I-779, apartado 54). De especial interés ha sido la controversia sobre la base jurídica de la Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal (*DO* L 29, p. 55), que el TJCE anuló porque se adoptó sobre la base de las disposiciones del tercer pilar de cooperación policial y judicial penal, cuando se trataba de una norma que perseguía un objetivo de protección del medio ambiente, aunque recurría para ello a instrumentos del Derecho Penal sobre los que la Unión Europea carece de competencias. El TJCE consideró que esta circunstancia no era «óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas

con el Derecho penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección medioambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente» (TJCE, sentencia de 13 de septiembre de 2005, *Comisión/Consejo*, C-176/03, Rec., p. I-7879, apartado 14).

La protección del medio ambiente ha sido también considerada por el TJCE como una exigencia imperativa que permite a los Estados mantener reglamentaciones nacionales restrictivas de la libre circulación de mercancías, contrarias al art. 28 del TCE por constituir medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas. Así, el fomento de la utilización de fuentes de energía renovables para la producción de electricidad ha sido considerado útil por el TJCE para la protección del medio ambiente en la medida en que contribuye a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, que figuran entre las principales causas de los cambios climáticos que la Comunidad Europea y sus Estados miembros se han comprometido a combatir. Por ello, es compatible con el art. 28 del TCE una normativa de un Estado miembro que, por una parte, obliga a las empresas privadas suministradoras de electricidad a adquirir la electricidad generada en su zona de suministro por fuentes de energía renovables a precios mínimos superiores al valor económico real de este tipo de electricidad y, por otra, reparte la carga financiera derivada de esta obligación entre dichas empresas suministradoras de electricidad y los gestores privados de redes eléctricas que están situados en un nivel de distribución anterior (TJCE, sentencia de 13 de marzo de 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec., p. I-2099, apartado 73).

En desarrollo de sus competencias en materia de medio ambiente, la Unión Europea cuenta ya con un abundante acervo de Derecho Comunitario derivado formado principalmente por directivas destinadas a la protección de la calidad del aire y el agua, a la conservación de los recursos y de la biodiversidad, a la gestión de los residuos y de las actividades con efectos perjudiciales sobre el medio ambiente, la protección del suelo, el uso de productos químicos o la regulación del ruido.

2. El alcance del art. 37

Las explicaciones del Praesidium de la Convención señalan que el art. 37 se basa en los arts. 2, 6 y 174 del TCE, así como en las disposiciones de determinadas constituciones nacionales. En efecto, el art. 37 es una mezcla de contenidos de los actuales arts. 2 y 6 del TCE, como se aprecia con su simple lectura «en las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad».

La exigencia de un elevado nivel de protección y mejora del medio ambiente procede del art. 2 del TCE, que tras el Tratado de Lisboa tiene su equivalente en el art. 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), referente a los objetivos de la Unión, cuyo apartado tercero afirma que «la Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente».

La integración de la exigencia de la protección del medio ambiente conforme al principio de desarrollo sostenible la toma el art. 37 de la Carta de Derechos Fundamentales del actual art. 6 del TCE, que ha pasado a ser el art. 11 del TFUE con un tenor literal casi idéntico: «Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y ejecución de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

Por otra parte, el TFUE en su art. 4.2, letra e), incluye el medio ambiente entre los ámbitos de competencia compartida entre la Unión Europea y sus Estados miembros. El ejercicio de esta competencia por parte de la Unión se regula en los arts. 191-193, que retoman, con escasos cambios, el contenido de los actuales arts. 174-176 del TCE.

El art. 37 tiene también como referente algunas constituciones de los Estados miembros que se ocupan del derecho al medio ambiente. El art. 20 a de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania dispone que «el Estado protegerá también, asumiendo

la responsabilidad ante las generaciones venideras, las condiciones naturales de vida en el marco del orden constitucional». El art. 45 de la Constitución española incluye entre los principios rectores de la política social y económica el derecho de todos «a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona». Con palabras semejantes se expresa el art. 66.1 de la Constitución de la República Portuguesa. En Suecia, el art. 18.3 del Capítulo II de la Ley de 24 de noviembre de 1994, por la que se reforma el Instrumento de Gobierno, reitera el derecho de acceder a la naturaleza.

En la jurisprudencia del TJCE, encontramos ya referencias al art. 37 en los apartados 58-64 de las conclusiones del abogado general Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, de 26 de mayo de 2005, en el asunto *Comisión/Consejo* (TJCE, sentencia de 13 de septiembre de 2005, *Comisión/Consejo*, C-176/03, Rec., p. I-7879), en las que se dice que el *medio ambiente* constituye una competencia de la Comunidad, erigiéndose también en un bien jurídico cuya defensa inspira las demás políticas, actividad tuitiva que puede calificarse, además, de designio esencial del sistema comunitario. Además, el abogado general se refiere al «derecho a un medio ambiente adecuado y la responsabilidad pública en su preservación», diciendo que los conceptos *desarrollo sostenible* y calidad de vida empleados en el TCE aparecen íntimamente ligados al de medio ambiente, aludiendo a una dimensión subjetiva que no puede preterirse cuando se habla de protegerlo y de mejorarlo. En el soporte geofísico que representa el entorno natural, la calidad de vida se afianza como un derecho de los ciudadanos surgido de diversos factores, unos materiales (el uso racional de los recursos y el desarrollo sostenible) y otros más intelectuales (el progreso y el avance cultural). Se trata de alcanzar una vida digna cualitativamente, una vez superado el límite cuantitativo suficiente para subsistir. Así, se atisba un derecho a gozar del debido medio ambiente, no tanto del individuo en cuanto tal, sino como miembro de la colectividad, en la que comparte intereses comunes de índole social. Este derecho se complementa con los correlativos deberes de las instancias públicas. La dimensión subjetiva de esta preocupación medioambiental se acoge de forma implícita en el art. 37 de la Carta de Derechos Fundamentales.

Pese a estas conclusiones, no hay jurisprudencia del TJCE que haya establecido el derecho a un medio ambiente sano como un de-

recho fundamental protegible en tanto que principio general de derecho.

El art. 37 tampoco regula el derecho al medio ambiente como un derecho subjetivo, sino que se impone como un principio a respetar por la Unión Europea en todas sus acciones. Esto supone, según el art. 52.5 de la Carta, que la invocabilidad del art. 37 depende de su aplicación y ejecución mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión Europea. Sólo cabe invocar ante los jueces el art. 37 en el marco de recursos orientados a la interpretación y control de la legalidad de estos actos adoptados en materia de medio ambiente.

Se podía haber incluido posiblemente en el art. 37 como derecho subjetivo el derecho de información o consulta en materia de medio ambiente, que tiene una abundante regulación en el Derecho Comunitario derivado, adoptada en desarrollo del Convenio de Aarhus de 1998, sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Este Convenio fue incorporado al Derecho de la Unión Europea mediante la Decisión 2005/370/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (*DO* L 124, de 17 de mayo de 2005, p. 1). El Convenio de Aarhus incluye tres pilares. El primero se refiere al acceso del público a la información y se aplicó a escala comunitaria por medio de la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo (*DO* L 41, de 14 de febrero de 2003, p. 26). El segundo pilar, incorporado por medio de la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo y la Declaración de la Comisión (*DO* L 156, de 25 de junio de 2003,

p. 17). Por último, el tercero se refiere al acceso del público a la justicia en materia de medio ambiente, con respecto al cual hay una propuesta de directiva de la Comisión. Además de ello, se ha adoptado el Reglamento (CE) número 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (*DO* L 264, de 25 de septiembre de 2006, p. 13).

El art. 37 establece que la integración de las exigencias medioambientales en las demás políticas se realizará de conformidad con el principio del desarrollo sostenible, al que aluden las otras disposiciones sobre medio ambiente del TUE y del TFUE, pero sin ofrecer una definición del mismo. No obstante, la práctica de las instituciones de la Unión es amplia respecto al desarrollo sostenible, que se configura como un desarrollo para responder a las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras a la hora de satisfacer sus propias necesidades. La Unión Europea adoptó en 2001 una estrategia para un desarrollo sostenible, que ha sido revisada en 2005. Esta estrategia establece un marco político para permitir el desarrollo sostenible, basado en tres pilares (económico, social y medioambiental), que deben reforzarse mutuamente. Las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de todas las políticas deberán examinarse de forma coordinada y tenerse en cuenta en el momento de su elaboración y adopción. El objetivo de esta estrategia, que añade una tercera dimensión —la dimensión medioambiental— a la Estrategia de Lisboa, es servir de catalizador ante la opinión pública y los responsables políticos para influir en el comportamiento del conjunto de la sociedad. Se basa en propuestas en ámbitos distintos, en medidas destinadas a lograr objetivos a largo plazo y en la elaboración y el seguimiento eficaces de las políticas [Comisión Europea: Comunicación de la Comisión, de 13 de diciembre de 2005, relativa a la revisión de la Estrategia para un desarrollo sostenible. Plataforma de acción, *COM* (*2005*) *658 final*].

Por otra parte, el art. 37 establece que la integración de las exigencias medioambientales en las demás políticas se realizará asegu-

rando un nivel de protección elevado del medio ambiente. En la jurisprudencia, el TJCE se pronunció sobre lo que debe entenderse por nivel de protección elevado en el asunto *Safety Hi-Tech,* afirmando que «si bien es sabido que el apartado 2 del artículo 130 R del Tratado exige que la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tenga por objeto un nivel de protección elevado, dicho nivel de protección, para ser compatible con la referida disposición, no es necesario que sea técnicamente el más elevado posible. En efecto, como se indica en el apartado 43 de la presente sentencia, el artículo 130 T del Tratado autoriza a los Estados miembros a mantener o establecer medidas de mayor protección» (TJCE, sentencia de 14 de julio de 1998, *Safety Hi-Tech*, C-284/95, Rec., p. I-4301, apartado 48).

Para terminar, podemos concluir que la inclusión del art. 37 entre los derechos de solidaridad constituye un elemento significativo de afianzamiento del acervo comunitario en materia de protección del medio ambiente. Ciertamente, se trata de una disposición muy general que refleja dicho acervo y que establece un principio de acción para la Unión Europea y no un derecho subjetivo para los particulares, pero su valor simbólico es innegable en un momento en el que la protección del medio ambiente se ha convertido en un problema no sólo europeo, sino mundial de primer orden. Algunos (Prieur 2005, 492) consideran que se ha perdido una excelente ocasión para situar a la Unión Europea en la vanguardia de la protección de los derechos humanos, consagrando un auténtico derecho fundamental a un medio ambiente sano.

Bibliografía

Benoît-Rohmer, F. «Article 37». En AA. VV. *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.* Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 315-317.

Braibant, G. *La Charte des droit fondamentaux de l'Union européenne.* París: Pédone, 2000.

Caballero, F. «Protección del medio ambiente en el constitucionalismo europeo». *Noticias de la Unión Europea* 190 (2000): pp. 183-190.

Ferrari Bravo, L., F. M. Di Majo y A. Rizzo. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.* Milán: Giuffrè, 2001, pp. 130-136.

Grassi, S. «La Carta dei diritti e la tutela dell'ambiente (art. 37)». En G. Vettori, ed. *Carta Europea e diritti dei privati.* Milán: Giuffrè, 2002, pp. 227-246.

HERRERO DE LA FUENTE, A. «El derecho a la protección del medio ambiente y el artículo 37 de la Carta de Derechos Fundamentales». *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: una perspectiva pluridisciplinar* (2003): p. 113.

JORDANO FRAGA, J. *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*. Barcelona: Bosch, 1995.

KISS, A. «Un droit à l'environnement, un droit fondamentale dans l'Union européenne». *Revue européenne de droit de l'environnement* 4 (2001): p. 381.

— «The European Charter of Fundamentals Rights and Freedoms, Environment and Consumer Protection». En S. Peers y A. Ward, eds. *The EU Charter of Fundamental Rights. Politics, Law and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 322-358.

LUCARELLI, A. «Art. 37». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali del'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 258-266.

NAVAS CASTILLO, F. «L protección del medio ambiente». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1354-1384.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*. Granada: Comares, 2006.

PRIEUR, M.: «Article II-97». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 483-493.

RIECHENBERG, K. «Solidaridad: La Constitución europea y el medio ambiente». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 2: Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1337-1352.

SMETS, H. «Une Charte des droits fondamentaux sans droit à l'environnement». *Revue européenne de droit de l'environnement* 4 (2001): p. 383.

Artículo 38
Protección de los consumidores

En las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores.

Preceptos relacionados

- Carta: arts. 35-37.
- TFUE: arts. 12 y 169.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 153 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-98, III- 120 y III-235.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 38.

COMENTARIO

Manuel López Escudero
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

La inclusión entre los derechos de solidaridad de un precepto dedicado a la protección de los consumidores resulta, hasta cierto punto, sorprendente porque en los instrumentos internacionales sobre de-

rechos humanos no aparecen referencias al derecho a la protección de los consumidores en cuanto tales. En efecto, los intereses de los consumidores sólo se salvaguardan de forma indirecta mediante la protección de los derechos del consumidor como persona. Así, la libertad de asociación permite proteger las asociaciones dedicadas a la defensa de los consumidores, la libertad de información ampara el derecho a conocer los productos y servicios que se utilizan, o el derecho a la salud, que protege frente al consumo de productos peligrosos. No hay un derecho a la protección del consumidor como tal, es decir, como agente económico, social y político en la sociedad actual.

El art. 38 no regula como un derecho fundamental la protección de los consumidores, sino que la establece como un principio inspirador de la actuación de las instituciones de la Unión Europea en el marco de las competencias que ésta tiene atribuidas. No obstante, esta referencia a la protección de los consumidores en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión constituye una reafirmación de la posición cada vez más relevante de este principio en el seno del Derecho de la Unión Europea. Además, los 493 millones de consumidores desempeñan un papel fundamental en tres retos básicos a los que se enfrenta en la actualidad la Unión, a saber: el crecimiento, el empleo y la necesidad de retomar la conexión con los ciudadanos. Los consumidores son el elemento vital de la economía, ya que su consumo representa el 58% del producto interior bruto de la Unión Europea. Unos consumidores seguros, informados y capacitados son el motor del cambio económico, puesto que su libertad de elegir es el motor de la innovación y la eficiencia. La Unión con la implantación del mercado interior ha favorecido el desarrollo del comercio de mercancías y servicios entre los Estados miembros, beneficiando con ello a los consumidores. Pero la liberalización que supone la aplicación de las disposiciones del mercado interior pueden afectar a los derechos de los consumidores y la Unión Europea debe protegerlos.

1. El desarrollo de las competencias comunitarias en materia de consumo

Los Estados miembros de la Unión Europea desarrollaron a partir de los años sesenta políticas destinadas a defender los intereses específicos de los consumidores, cuyo papel económico y político en la sociedad ha ido en aumento desde entonces. Estas políticas se orientaban a reducir las desigualdades, luchar contra las prácticas desleales, promover la salud y la seguridad y mejorar el nivel de vida en general. Los métodos utilizados para garantizar estos derechos reflejaban diferentes sistemas jurídicos, tradiciones socioculturales y contextos institucionales y políticos. Algunos Estados optaron por un enfoque reglamentario y se apoyaron en una estructura administrativa completa para tratar los problemas relacionados con los consumidores. Otros adoptaron un enfoque más pragmático, confiando en la autorregulación de los mercados o de los sectores. Por último, algunos gobiernos dieron prioridad a la legislación sobre los productos alimentarios, mientras que otros prefirieron concentrarse en las denominaciones comerciales o en el suministro de bienes y servicios.

La existencia de esta diversidad de reglamentaciones y de estructuras justificó que se elaborase una política a nivel comunitario, con el fin de que los consumidores tuvieran la suficiente confianza para desempeñar un papel activo en el mercado único, sin dejar de disfrutar de un elevado nivel de protección.

La concepción de una política en materia de consumo apareció a mediados de los años setenta en la Unión Europea. Como el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) no preveía la instauración de dicha política, los Jefes de Estado y de Gobierno manifestaron su voluntad política de iniciarla en la Cumbre de París de 1972 y, poco después, la Comisión presentó el primer programa de acción relativo a la protección de los consumidores (*DO* C 92, de 25 de abril de 1975). Este texto de referencia recoge las cinco categorías de derechos de los consumidores que constituirían la base de la legislación comunitaria en la materia, a saber: el derecho a la protección de la salud y la seguridad; el derecho a la protección de los intereses económicos; el derecho a la indemnización de los daños; el derecho a

la información y a la educación; y el derecho a la representación. Además, este programa preliminar subrayó el carácter transversal de la política de los consumidores, señalando que los objetivos mencionados habían de integrarse en las políticas específicas de la Comunidad, como la política económica, la política agrícola común y las políticas de medio ambiente, transportes y energía, que afectan a los consumidores en mayor o menor medida.

Con el fundamento jurídico de la armonización de legislaciones del mercado interior, la Comunidad Europea empezó a adoptar directivas sobre distintas cuestiones de interés para los consumidores, hasta que el Tratado de Maastricht estableció una base jurídica específica para la política de protección de los consumidores, que el Tratado de Amsterdam reforzó y que es el actual art. 153 del TCE. La política de los consumidores, según este precepto, tiene como objetivos principales la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como la promoción de su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses. Además, según dicho artículo, los intereses de los consumidores deben tenerse en cuenta al definir y ejecutar las demás políticas comunitarias. Por último, otras disposiciones del Tratado, sobre todo en materia de salud pública, se orientan hacia una mayor protección de los consumidores. Esta vinculación entre protección de consumidores y de la salud pública en lo referente a seguridad alimentaria se acentuó tras la crisis de la encefalopatía espongiforme bovina (mal de las vacas locas), llegándose a crear en 2002 una agencia especializada, denominada Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, con sede en Parma, que evalúa los riesgos de la cadena alimentaria.

Al primer programa de acción de 1975 en materia de consumidores le han seguido varios posteriores, siendo el último adoptado para el período 2007-2013 mediante la Decisión número 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, por la que se establece un programa de acción comunitaria en el ámbito de la política de los consumidores (2007-2013) (*DO* L 404, de 30 de diciembre de 2006, p. 39). El acervo de Derecho derivado sobre política de consumidores, que se ha elaborado con estos programas y sobre la base del art. 153 del TCE y disposiciones conexas, es ya muy abundante y en él podemos destacar, por ejemplo:

— La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (*DO* L 149, de 11 de junio de 2005, p. 22).
— La Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa (*DO* L 250, de 19 de septiembre 1984, p. 17).
— La Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (*DO* L 210, de 7 de agosto de 1985, p. 29).
— La Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos (*DO* L 11, de 15 de enero de 2002, p. 4).
— El Reglamento (CE) número 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente (*DO* L 268, de 18 de octubre de 2003, p. 1).
— Varias directivas sobre contratos y cuestiones contractuales con especial incidencia para los consumidores, entre las que destaca la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (*DO* L 95, de 21 de abril de 1993, p. 29).
— La Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios (*DO* L 109, de 6 de mayo de 2000, p. 29), así como otras muchas normas sobre etiquetado y embalaje de productos alimenticios específicos y productos no alimenticios.

Como es lógico hay, también, una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) que interpreta este extenso acervo de Derecho Comunitario derivado en ma-

teria de protección de consumidores. Además de ello, el TJCE ha considerado en una consolidada jurisprudencia que la protección de los consumidores constituye una exigencia imperativa de interés general que permite a los Estados justificar el mantenimiento de medidas nacionales que infringen las prohibiciones a los obstáculos a la libre circulación de mercancías o servicios, establecidas por el TCE (arts. 28 y 49, fundamentalmente). Una normativa nacional contraria en principio al art. 28 del TCE, adoptada a falta de normas comunes o armonizadas y aplicable indistintamente a los productos nacionales y a los importados de otros Estados miembros, puede ser compatible con el Tratado, en la medida en que sea necesaria para satisfacer exigencias imperativas relativas, especialmente, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la defensa de los consumidores, siempre que sea proporcionada al objetivo perseguido y que este objetivo no haya podido lograrse aplicando medidas menos restrictivas de los intercambios intracomunitarios (TJCE, sentencia de 5 de diciembre de 2000, *Guimont*, C-448/98, Rec., p. I-10663, apartado 27).

El TJCE ha llevado a cabo, también, una interpretación de las directivas referentes a la protección de los consumidores tendente a reforzar su efectividad de forma parecida a lo que ocurre con los derechos fundamentales (Picod 2005, 499). Así, con respecto a la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, el TJCE ha dicho que su sistema de protección se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas. Esta situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (TJCE, sentencia de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, C-240/98 a C-244/98, Rec., p. I-4941, apartados 25 y 27). A la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha considerado que la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el art. 6 de la Directiva —impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva—, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su art. 7, ya que dicho examen puede ejercer un

efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (TJCE, sentencia de 21 de noviembre de 2002, *Cofidis*, C-473/00, Rec., p. I-10875, apartado 32). Esta facultad reconocida al juez se ha considerado necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva, habida cuenta, en particular, del riesgo no desdeñable de que éste ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos. De esta forma, la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor que haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos (TJCE, sentencia de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro* C-168/05, Rec., p. I-10421, apartados 28 y 29).

2. El alcance del art. 38

Al igual que el art. 37, referente a la salud, el art. 38 es una disposición escueta que se limita a disponer que «en las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores». Su fuente de inspiración, como indican las Explicaciones del Praesidium, es el art. 169 del TFUE, que es la norma que retoma el contenido del actual art. 153 del TCE.

El TFUE considera la protección de los consumidores un ámbito de competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros en el art. 4.2, letra f). El art. 12 del TFUE define las exigencias de la protección de consumidores como un principio de carácter transversal que debe tenerse en cuenta en la definición y ejecución de otras políticas y acciones de la Unión, de forma similar a la protección del medio ambiente. La concreción de las competencias de la Unión Europea en esta materia se lleva a cabo en el art. 169, según el cual «1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un nivel elevado de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para defender sus intereses.

2. La Unión contribuirá a que se alcancen los objetivos enunciados en el apartado 1 mediante:

a) medidas adoptadas en aplicación del artículo 114 en el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior;

b) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.

3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 2.

4. Los actos adoptados en aplicación del apartado 3 no obstarán a que cada Estado miembro mantenga o adopte disposiciones de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados. Se notificarán a la Comisión».

Como puede apreciarse, el art. 38 es una mezcla de los arts. 12 y 169.1 del TFUE, ya que exige el respeto de un nivel elevado de protección de los consumidores en todas las políticas y acciones de la Unión Europea. Así articulado, el art. 38 no configura la protección de los consumidores como un derecho subjetivo, sino como una exigencia que debe respetar la Unión en la elaboración y aplicación de sus políticas y los Estados miembros cuando aplique el Derecho de la misma sobre protección de consumidores. Para desplegar efectos con respecto a los justiciables, el art. 38 requiere la adopción de disposiciones normativas por parte de la Unión Europea sobre la base del art. 169 del TFUE, precepto con respecto al cual el art. 38 no aporta ninguna posibilidad de actuación adicional para la Unión Europea.

La exigencia de un nivel elevado de protección de los consumidores que establece el art. 38, debe entenderse en la línea establecida en la jurisprudencia del TJCE, relativa a disposiciones de Derecho derivado en materia de protección de consumidores. Así, el Tribunal ha declarado que, para determinar si la denominación, marca o mención publicitaria consideradas son o no engañosas, hay que tomar en consideración la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (v., en particular, la sentencia de 16 de julio de 1998, *Gut Springenheide y Tusky*, C-210/96, Rec., p. I-4657, apartado 31). Por consiguiente, este parámetro del consumidor medio, normalmente

informado y razonablemente atento y perspicaz es el que debe tenerse en cuenta para determinar si una reglamentación de la Unión Europea establece o no un elevado nivel de protección de los derechos de los consumidores. No es necesario, por tanto, que ésta opte por el máximo nivel de protección, lo que además confirma el art. 169.4 del TFUE al permitir a los Estados el mantenimiento de normas nacionales más protectoras de los intereses de los consumidores.

Como conclusión, puede considerarse que el art. 38, pese a su carácter genérico, es una disposición que apuntala la actuación de la Unión Europea en defensa de los intereses de los consumidores. El derecho a la protección de los consumidores al que se refiere este precepto no llega a ser ni siquiera «un derecho fundamental en vía de formación de contornos aún inciertos», como lo califica algún autor (Picod 2005, 496). Se trata sólo de un principio que tiene que tener en cuenta la Unión Europea en el ejercicio de sus competencias en materia de consumo, pero su inclusión en el catálogo de derechos de solidaridad de la Unión es, sin duda, muy destacable.

Bibliografía

Azparren Lucas, A. «La protección de los consumidores en la Unión Europea». En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea. Vol. 3: políticas comunitarias, las finanzas de la Unión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 71-102.

Benoît-Rohmer, F. «Article 38». En AA. VV. *Commentary of the Charter of Fundamentals Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 318-321.

Comisión Europea. Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo. *COM (2006) 744 final*, 8 de febrero de 2007.

Defalque, L. «L protection des consommateurs. Une politique inachevée». En O. de Schutter y P. Nihoul, eds. *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*. Bruselas: Bruylant, pp. 341 y ss.

Esteban de la Rosa, F. *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*. Granada: Comares, 2003.

Lucarelli, A. «Art. 38». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali del'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 266-272.

Ordóñez Solís, D. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*. Granada: Comares, 2006.

Picod, F. «Article II-84». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 494-502.

TÍTULO V

CIUDADANÍA

Artículo 39
Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo

1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

2. Los diputados al Parlamento Europeo serán elegidos por sufragio universal libre, directo y secreto.

Preceptos relacionados

- Carta: párrafo segundo del Preámbulo; arts. 10-12 y 52.2.
- TUE (TLisboa): párrafos décimo y décimo tercero del Preámbulo; arts. 9, 10 y 14.3.
- TFUE: arts. 20.2, 22 y 223.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 19.2, 189 y 190; véase igualmente el Acto relativa a la elección de los representantes al Parlamento Europeo por sufragio universal directo de 1976, modificada por la Decisión 2002/772/CE, Euratom del Consejo, de 25 de junio de 2002 y de 23 de septiembre de 2002 (*DO* L 283), así como la Declaración núm. 47, aneja al TCE, del Reino de España relativa a la definición del término *nacionales* (retirada en el Tratado de Lisboa).
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-99.

– Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 39.

PROTOCOLOS Y DECLARACIONES RELACIONADOS

– Declaración núm. 63 del Reino unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativa a la definición del término *nacionales;*
– Declaración núm. 64 del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativa al derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El art. 39 reproduce en sustancia, con una mejor redacción por su brevedad, sencillez y claridad, los arts. 19.2 y 190.1 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) tal como fue modificado por el Tratado de Maastricht. Por otra parte, el mérito de la buena redacción del art. 39 hay que atribuirlo a los trabajos de la Primera Convención convocada para redactar la Carta de los Derechos Fundamentales por el Consejo Europeo de Colonia en junio de 1999. Es bien sabido que la segunda Convención, encargada de redactar el Tratado Constitucional, acordó incorporar la Carta de Niza adoptada el 7 de diciembre de 2000 como Parte II del Tratado Constitucional haciendo sólo una adaptación más terminológica que *técnica* como fue la alusión al derecho *de sufragio activo y pasivo,* frente a la redacción de la Primera Convención (y del Derecho vigente en ese momento en el art. 19.2 TCE) que alude al derecho *a ser elector y elegible.* No hay otras adaptaciones en su redacción. Tras fracasar el Tratado Constitucional, en la Carta proclamada en 2007 no se han hecho nuevas adaptaciones formales a este precepto.

Con anterioridad al Tratado de Maastricht (1992), únicamente los nacionales de los Estados miembros tenían reconocido por el

Derecho Comunitario el derecho de sufragio activo y pasivo en el Estado miembro del que eran nacionales, y así se había ejercido en las elecciones mediante sufragio universal directo habidas hasta entonces (1979, 1984, 1989). Era un derecho de participación política del nacional del Estado miembro en el marco territorial de *su* Estado en calidad de ciudadano de *su* Estado.

Pero si un nacional de un Estado miembro, en el ejercicio de su derecho de libre circulación y residencia, residía en otro Estado miembro, no podía ejercer el derecho a votar a sus representantes en el Parlamento Europeo, a menos que su Estado le permitiera votar por correo (España) o el voto en la embajada o consulado (Italia), o se desplazase a su país a tal fin; en definitiva, sólo votaba fuera de su país de origen, o era elegible, si cada Estado discrecionalmente regulaba estas situaciones. Por ello, el reconocimiento del derecho a ser elector y elegible en cualquier Estado miembro por el Tratado de Maastricht constituyó «un *complemento* al derecho de residencia en la Comunidad» que desde 1957 preveía el Tratado de Roma (Durand 1992, 441).

La innovación que se produjo a partir del Tratado de la Unión Europea (TUE) de Maastricht consistió en permitir el ejercicio de ese derecho político en cualquier otro Estado miembro en el que se resida, por lo que se transforma en derecho exigible respecto de los *otros* Estados miembros. Desde entonces este derecho se ha regulado en el art. 19.2 del TCE (art. 22 TFUE).

2. La adaptación al nuevo marco jurídico

El derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo se prevé en parecidos términos a los del art. 19.1 del TCE (art. 22.2 TFUE) con la única adaptación ya mencionada al derecho de sufragio activo y pasivo.

El primer Anteproyecto de Tratado Constitucional (CONV 369/02) mencionaba entre los derechos de la ciudadanía en su art. I-5 el *derecho de sufragio activo y pasivo* a las elecciones al Parlamento Europeo; además, preveía que el Parlamento Europeo seguiría siendo elegido por sufragio universal directo. No precisaba que fuera libre y secreto, seguramente por descuido involuntario al haberse

atenido a la redacción del art. 190.1 del vigente TCE. El Acto relativa a la elección del Parlamento Europeo precisa algo obvio: su carácter secreto.

El art. 39 es, en consecuencia, una síntesis precisa y breve del derecho proclamado y regulado en el Derecho en vigor. Se formula con un estilo más conciso, pero sin variación sustancial. Al igual que todos los preceptos de la Carta de los Derechos Fundamentales, debe ser interpretado y aplicado a la luz de las Explicaciones relativas a la Carta redactadas a instancia del Praesidium de la Primera Convención, con ciertos añadidos por el Praesidium de la Segunda Convención, tal como lo prevén el art. 6 del TUE, tras la reforma de Lisboa, y el art. 52.7 de la Carta. Aunque estas Explicaciones permiten a los ciudadanos y los órganos llamados a aplicarlas una correcta comprensión de su alcance, no tienen utilidad práctica alguna por lo que respecta al art. 39. Se limita a recordarnos que el ejercicio de este derecho de participación electoral europea tiene que hacerse en las condiciones que se regulen en los tratados, así como la correspondencia existente con el art. 20.2 del TFUE (marco general de la ciudadanía de la Unión) y con el art. 14 del TUE (precepto marco sobre el Parlamento Europeo).

No cabe, pues, más que constatar la ausencia de ideas nuevas entre los convencionales y la falta de iniciativa del Praesidium o del Parlamento Europeo para mejorar la participación electoral de los ciudadanos de la Unión, y para mejorar la propia participación del Parlamento, limitada a la mera consulta, en la adopción de las normas que facilitan el ejercicio del derecho. Lo más razonable y progresivo es que las normas sobre las condiciones de participación electoral de los ciudadanos europeos sean aprobadas por procedimiento legislativo ordinario con participación vinculante del Parlamento Europeo. No hubo propuestas rechazadas por el Praesidium, lo grave es que ni tan siquiera hubo propuestas. Tampoco en las Conferencias Intergubernamentales (CIG) de 2004 y 2007 se presentó ninguna.

3. Significado general del derecho reconocido

La participación de los pueblos de los Estados miembros en el Parlamento Europeo y su elección directa hacen de la Unión Europea una organización fundada en la democracia representativa y en el pluralismo político, al igual que sus Estados miembros (arts. 10 y 14 TUE).

Desde 1952 hasta 1979 los diputados al Parlamento Europeo fueron designados en el seno de los parlamentos nacionales, de forma que su representación era de segundo grado, lo que obligaba, por tanto, a la acumulación del doble mandato: la duración del mandato europeo se vinculaba a su permanencia como parlamentario nacional. Pero los tratados fundacionales de las tres comunidades preveían su propia evolución hacia un sistema de elección directa por sufragio universal, mediante la elaboración por parte del propio Parlamento Europeo del proyecto que posibilitase su elección. En 1976 se adoptó la Decisión y el Acto relativo a la elección de representantes en el Parlamento Europeo que regulaba parcialmente los comicios europeos sin lograr un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros. La primera elección del Parlamento Europeo por sufragio universal se celebró en junio de 1979, y desde entonces en ese mismo mes cada cinco años.

Tras la reforma introducida por el Tratado de Amsterdam, el art. 190.4 del TCE prevé que una alternativa al procedimiento electoral uniforme es un procedimiento «de acuerdo con principios comunes a todos los Estados miembros» (art. 223 TFUE). Estos cambios facilitaron la reforma del Acta Electoral Europea en 2002 (*DO* L 283 de 21 de octubre de 2002, que pasó a denominarse *Acto*), renunciando a una *ley* uniforme, pero estableciendo principios comunes y aproximando la regulación de diversos aspectos electorales. Esta misma inspiración alternativa se recoge en el art. 14 del TFUE, manteniendo su naturaleza de acto mixto sui géneris sometido a un procedimiento legislativo especial, de naturaleza comunitaria (una decisión) e internacional (un acuerdo internacional en forma simplificada), a propuesta del Parlamento y con su previa aprobación —como en el Derecho vigente, art. 190.4 TCE —. Casi todo igual.

Todos los ciudadanos de la Unión tienen el derecho a votar (derecho de sufragio activo) y ser votados (sufragio pasivo), o, como

dice el art. 19 del TCE (22.2 TFUE), ser *electores y elegibles* en las elecciones al Parlamento Europeo en su lugar de residencia. Este derecho se desarrolló mediante la Directiva 93/109/CE de 6 de diciembre de 1993 (*DO* L 329, de 30 de diciembre de 1993). Esta Directiva resuelve y concreta un aspecto esencial, relativo a la naturaleza del derecho de voto en estas elecciones, pues no supone que obligue a votar en el lugar de residencia, sino que es una opción para el ciudadano de la Unión que ha optado por residir en un Estado miembro del que no es nacional. El derecho de sufragio activo y pasivo otorga un plus, un derecho a votar y ser elegido en el lugar de residencia, lo que significa que se debe optar por el ejercicio del sufragio activo y pasivo en el Estado del que se es nacional o en el Estado de residencia. Si se opta por el Estado de residencia, deberá inscribirse en el censo electoral y disfrutará del derecho en igualdad de condiciones con los nacionales.

El principio general en materia de modalidades o condiciones de ejercicio está explicitado en la Carta y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión, coincidente con el TCE: «en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado» (arts. 39 de la Carta, 19.2 TCE y 22 TFUE) y lógicamente estas modalidades no deben diluir o dificultar el derecho atribuido por estos preceptos. La igualdad de trato de los electores y los candidatos a diputados europeos nacionales y comunitarios se extiende ya sea a la residencia previa exigible (la misma duración y la misma prueba del período de residencia aplicables a los nacionales), edad mínima, financiación, acceso a los medios de comunicación, porcentajes mínimos en el escrutinio, así como igualdad de condiciones en caso de exclusión del derecho de sufragio activo o pasivo en virtud de resolución civil o penal.

La legislación electoral de cada Estado miembro debe desarrollar la Directiva y adaptarla al sistema nacional. Así, en España se modificó en 1987 la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para introducir el Título VI: «Disposiciones especiales para las Elecciones al PE», si bien ha sido objeto de varias modificaciones posteriores, entre otras, para transponer la Directiva 93/109/CE, y permitir así el derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos de la Unión residentes en nuestro país que han optado previamente por ejercer su derecho de voto en España.

Cabe reseñar que el índice de participación de los ciudadanos de la Unión en el Estado miembro del que no son nacionales es bastante bajo. El número de candidatos presentados (elegibilidad) es también muy bajo y están situados en las listas en puestos casi irrelevantes. Claro que la participación popular en las elecciones al Parlamento Europeo es baja y alarmantemente decreciente; si en las primeras elecciones de 1979 fue del 63%, en las de 2004 fue del 45,6%, y hasta ahora el interés de la ciudadanía de la Unión ha sido siempre decreciente.

La Directiva 93/109 mantendrá en principio su vigencia cuando entre en vigor el Tratado de Lisboa. El Tratado de Funcionamiento prevé que el desarrollo de las modalidades se haga por el Consejo mediante un procedimiento legislativo especial con previa consulta al Parlamento (pero sin carácter vinculante). Este precepto retoma el contenido de los arts. 19.2 del TCE/22.2 del TFUE en lo relativo a la necesidad de que el ejercicio efectivo del derecho de participación política europea tenga una normativa común armonizada. Estos artículos son la base jurídica que facultará a las instituciones tanto para regular las condiciones del ejercicio del derecho de participación política en las elecciones al Parlamento Europeo como en las elecciones municipales.

El procedimiento de adopción de esta importante norma política no se ha democratizado: ni en el fracasado Tratado Constitucional ni en el Tratado de Lisboa. La Convención no debatió sobre el procedimiento de adopción de la normativa que facilita y armoniza el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo; tampoco sobre el derecho en sí al concentrarse el Grupo II sobre el destino de la Carta en su totalidad y no sobre su contenido. Y como la Convención tampoco debatió sobre la Parte III de la Constitución, que fue endosada al grupo de expertos de los servicios jurídicos de las instituciones, éstos se limitaron a redactar el art. III-126 (hoy art. 22 TFUE) con los restos de las frases que sobraban del art. 19.2 del TCE (CONV 729/03, 12 de mayo de 2003). El contenido de este vigente precepto estará repartido en el TFUE entre los arts. 20 del TFUE, 39 de la Carta y 22 del TFUE y con una remisión al art. 14 del TUE de Lisboa.

Ni tan siquiera los informes del Parlamento Europeo sobre el Tratado Constitucional tras la Convención (A5-0299/2003, ponentes

José María Gil Robles y Dimitris Tsatsos) y después de la CIG (A6-0070/2004, ponentes Richard Corbett e Iñigo Méndez de Vigo) critican esa falta de evolución democrática y se limitan a constatar la correspondencia entre el art. 19 del TCE y el III-126 (22 TFUE). Ni tan siquiera se adoptará mediante un procedimiento legislativo ordinario de la doble rama legislativa. Será un acto del Consejo sometida a un procedimiento legislativo especial; tras este pomposo nombre se oculta el sistema tradicional, previa propuesta de la Comisión, consulta —mero dictamen no vinculante— al Parlamento europeo y aprobación unánime del Consejo. Todo como en los tratados de las Comunidades Europeas, incluso cuando se denominaba Constitución.

Finalmente, habría que recordar algunos derechos fundamentales inherentes a la participación política y que, por tanto, deben ser tenidos en cuenta como complementarios a la misma: se trata de los derechos de *asociación política* y de *libre expresión*. Ambos están indirectamente constitucionalizados en el TUE, a través del reconocimiento que se hace a la labor de los partidos políticos en los arts. 191 del TCE y 11 del TUE reformado en Lisboa: «contribuyen a la formación de la conciencia europea y a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión».

4. Los titulares del derecho de sufragio. Las declaraciones unilaterales del Reino Unido

¿Quiénes son los titulares del derecho de voto? ¿Qué ordenamiento lo regula?

Los arts. 19 del TCE, 20 y 22 del TFUE y 39 de la Carta reconocen el derecho de sufragio activo y pasivo a todos los ciudadanos de la Unión. Es cierto que la ciudadanía de la Unión está vinculada como condición sine qua non a la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro (art. 9 TUE de Lisboa y 20 TFUE). Los nacionales de la Unión tienen garantizado este derecho de sufragio, cualquiera que sea el Estado miembro en el que residan. Pero ¿el derecho de sufragio activo y pasivo es un derecho exclusivo de los nacionales de los Estados miembros? ¿Un Estado miembro puede reconocer ese derecho de sufragio a nacionales de terceros países vinculados por residencia al Estado miembro?

En un litigio entre España y el Reino Unido sobre el derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo, ambos Estados sostuvieron enfoques diferentes sobre el art. 39 de la Carta, citado por ambos Estados, aunque no por el Tribunal. Para España el art. 19 del TCE y el art. 39 de la Carta demuestran el vínculo que existe entre la nacionalidad y el derecho de voto: no se utiliza la expresión *toda persona* o una expresión que remita al Derecho nacional. Puntualiza que el derecho de voto de un nacional de un país tercero no puede calificarse como *derecho humano* ni como *libertad fundamental*. Por el contrario, estimaba que «la expresión "pueblos de los Estados" que figura en el artículo 189 TCE… no regula el derecho de voto en las elecciones… En cualquier caso, la expresión "pueblos de los Estados" es… una formula estilística que designa a las personas que comparten la misma nacionalidad y no a la población que reside en el territorio. La utilización del término "pueblo" en el sentido de "nación" por diversas Constituciones de los Estados miembros confirma esta interpretación» (TJCE, sentencia de 12 de septiembre de 2006, *España c. Reino Unido*, C-145/04, apartados 41/45).

Por el contrario, para el Reino Unido los ciudadanos de la Commonwealth a los que no se les exige título o permiso para entrar o permanecer en el Reino Unido, o que poseen un título o permiso que les autoriza a entrar y a permanecer en el Reino Unido, tienen el derecho, condicionado a la residencia, de votar en las elecciones parlamentarias británicas y en las elecciones al Parlamento Europeo. Según el Reino Unido, este reconocimiento del derecho de voto «se considera parte de su tradición constitucional». Según el Reino Unido, *pueblos* no debe entenderse necesariamente como sinónimo de *nacionales de los Estados miembros*, sino que puede también designar un conjunto de personas mucho más amplio, como las personas que residen en un territorio determinado (apartados 46-47). La Comisión Europea participaba de esta posición: el hecho de que un Estado miembro, debido a su historia y a su tradición constitucional, extienda el derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo, con determinados requisitos, a residentes de terceros países con los que mantiene especiales vínculos históricos no lesiona, según ella, el derecho de voto de los ciudadanos de la Unión (apartado 55).

Para el Tribunal, ni del art. 17 ni del 190 del TCE ni del Acta Electoral se deduce «de forma expresa y precisa quiénes son titulares del

derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo». Esas «disposiciones no excluyen, en sí mismas, que a una persona que no tenga la condición de ciudadano de la Unión… se le reconozca el derecho de sufragio activo y pasivo» (apartados 70 y ss.).

El art. 8 del Acto electoral europeo de 1976, tal como fue modificado en 2002, permite que cada Estado miembro regule a su entera discreción, respetando el Derecho Comunitario, todo lo que no se regule por el Acto electoral europeo; por lo tanto, en lo que no esté regulado por los tratados y el Acto electoral (edad, residencia, incompatibilidades, etc.), corresponde a cada Estado decidir quién puede ser elector y elegible y, por tanto, puede ampliar esa participación a nacionales de terceros países; el art. 8 reconoce que cada Estado puede tener en cuenta las particularidades existentes en los Estados miembros, con la condición de no desvirtuar globalmente el carácter proporcional del modo de elección.

Ninguna disposición del Derecho vigente ni del Tratado de Lisboa excluye la posibilidad de que los extranjeros residentes puedan participar en las elecciones. Así lo viene haciendo el Reino Unido en su propio territorio, quien defiende que la determinación de los titulares del derecho de voto en las elecciones europeas corresponde enteramente a la apreciación de los Estados miembros. Como dijera el abogado general A. Tizzano, los nacionales de los Estados miembros son al menos los titulares necesarios de este derecho (Conclusiones, 6 de abril de 2006, *España c. Reino Unido*, asunto 145/04, apartado 71).

Claro que, en lo que se refiere al derecho de voto al Parlamento Europeo *en el lugar de residencia*, es un derecho que los Estados sólo están obligados a reconocérselo a los nacionales de los Estados miembros. Es bien sabido que en algunos casos el Derecho Comunitario extiende expresamente los derechos de ciudadanía a nacionales de terceros países (por ejemplo, el derecho de petición, reclamaciones al Defensor del Pueblo, etc.) y en otros los puede extender el derecho nacional.

El Tribunal de Justicia ha declarado que de los tratados vigentes (por tanto, ni el *non nato* Tratado Constitucional ni el Tratado de Lisboa innovan en esta materia), tal como se regula la ciudadanía de la Unión, «no puede deducirse el principio de que los ciudadanos de la Unión son los únicos beneficiarios de las demás disposiciones del

Tratado, lo que implicaría que los artículos 189 CE y 190 CE sólo se aplicarían a dichos ciudadanos…», porque «… resulta que, en el estado actual del Derecho comunitario, la determinación de los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo es competencia de cada Estado miembro, dentro del respeto del Derecho comunitario, y que los artículos 189 CE, 190 CE, 17 CE y 19 CE (*sic*) no se oponen a que los Estados miembros reconozcan ese derecho de sufragio activo y pasivo a determinadas personas que tengan un estrecho vínculo con ellos y que no sean sus propios nacionales o los ciudadanos de la Unión residentes en su territorio» (TJCE, sentencia de 12 de septiembre de 2006, *España c. Reino Unido*, C-145/04, apartados 77 y 78).

Relacionadas con esta última sentencia, el Acta final del Tratado de Lisboa se cierra con las Declaraciones números 63 y 64, todas ellas incidiendo en los arts. 9 del TUE de Lisboa, 20 del TFUE y 39 de la Carta. En la Declaración número 63 el Reino Unido recuerda que sigue vigente una Declaración que se depositó en 1982 en el Consejo sobre la definición de nacionales con un ligero cambio de denominación (ciudadanos de los territorios de ultramar británicos). Y en la número 64, el Reino Unido observa que no pretende modificar la base del derecho de voto para las elecciones al Parlamento Europeo. Sin embargo, en el Tratado de Lisboa España ya no mantiene su propia Declaración, lo que sí hacía en el Tratado Constitucional: España, en la Declaración número 47, constataba entonces que sólo son ciudadanos de la Unión los nacionales de los Estados miembros y, en consecuencia, sólo los ciudadanos de la Unión tiene los derechos específicos de la ciudadanía, y que el Parlamento Europeo representa a la ciudadanía de la Unión.

Este críptico cruce de Declaraciones anexas al Tratado Constitucional de las cuales sólo perviven en el Tratado de Lisboa las dos correspondientes al Reino Unido encubren una diferencia jurídica entre el Reino Unido y España (a la que la sentencia arriba citada pone fin) relativa al controvertido derecho al voto de los habitantes de Gibraltar en las elecciones al Parlamento Europeo, incluso el desacuerdo va más lejos y se refiere a la polémica sobre el derecho al voto de los nacionales de terceros Estados en las elecciones europeas, puesto que el Reino Unido, apremiado por la criticada sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia *Matthews*, de 18 de febrero de 1999, modificó su legislación para

permitir el voto de todos los «ciudadanos cualificados de la Commonwealth» de Gibraltar, ya sean nacionales de la Unión o de terceros Estados. El Tribunal de Justicia, en la citada sentencia de 2006, estimó que «no puede reprocharse al Reino Unido que adoptase la normativa necesaria para la organización de tales elecciones en condiciones equivalentes, *mutatis mutandis,* a las previstas por la normativa aplicable en el Reino Unido» (apartado 95).

Bibliografía

Búrca, G. «Fundamental Rights and Citizenship». En B. de Witte. *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe.* European Univerty Institute. Florencia, 2003, como Documento de la Convención. CONV 703/03.

Crespo Navarro, E. «La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al derecho nacional y en el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 28 (2007): pp. 883 y ss.

Davis, R. «Citizenship of the Union… Rights for All?». *European Law Review* 2 (2002): pp. 121 y ss.

Durand, Cl.-F. «Le Traité sur l'Union Européenne. Quelques réfléxions». *Commentaire Mégret. Le Droit de la CE,* vol. 1. Bruselas: Institut d'Etudes Européennes, 1992, pp. 357 y ss.

Fraile Ortiz, M. *El significado de la ciudadanía europea.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

González Alonso, L. N. «Las secuelas del asunto *Matthews* y el voto de los gibraltareños en las elecciones al Parlamento europeo: lo que mal comienza, mal termina…». *Revista Española de Derecho Internacional* 2 (2002): pp. 987- 991.

Gori, G. y F. Kauff-Gazin. «L'arrêt Matthews: une protection global des droits de l'-homme par une réductrice de l'ordre juridique communautaire?». *Europe* 1 (2000): pp. 30-34.

Izquierdo Sans, C. *Gibraltar en la Unión Europea.* Madrid: Tecnos, 1996.

Juárez Pérez, P. *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea.* Madrid: Marcial Pons, 1998.

Mangas Martín, A. «Carta de los Derechos Fundamentales y ciudadanía de la Unión Europea». *Estudios de derecho internacional en homenaje al prof. Ernesto J. Rey Caro,* t. II. Córdoba-Argentina, 2002, pp. 985 y ss.

— «La ciudadanía de la Unión y su estatuto». En A. Mangas Martín y D. J. Liñán Nogueras. *Instituciones y derecho de la Unión europea.* Madrid: Tecnos, 2005, 5.ª ed., pp. 586 y ss.

Pérez Vera, E. «Citoyenneté de l'Union Européenne, nationalité et condition des étrangers». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1996): pp. 251 y ss.

Rodríguez Barrigón, J. M. *La ciudadanía de la Unión Europea.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Vallés Cavia, J. A. «La determinación de los titulares de derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. A propósito de las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos C-145/04 y C-300/04». *Revista General de Derecho Europeo* 13 (2007). http://www.iustel.com.

Artículo 40
Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales

Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

Preceptos relacionados

- Carta: párrafo segundo del Preámbulo; arts. 10-12 y 52.2.
- TUE (TLisboa): párrafos décimo y décimo tercero del Preámbulo.
- TFUE: arts. 20.1 y 22.

Antecedentes:

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 19.1.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-100.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 40.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Este artículo coincide con el art. 19.1 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) y con el art. 22.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en el que se reconoce a los ciudadanos de la Unión el derecho de participación en los comicios municipales en el Estado de residencia en las mismas condiciones que los nacionales.

No hay, por tanto, ninguna novedad o aportación en este precepto. Confirma el Derecho vigente.

Este derecho fue introducido por el Tratado de la Unión Europea de Maastricht de 1992. Con anterioridad al mismo, el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales era un derecho político básico, en toda democracia, de los nacionales en su propio Estado de residencia. Pero de lo que se trataba era de reconocer el derecho de voto a los nacionales de los Estados miembros, cualquiera que fuera su Estado miembro de residencia. Se trataba de ser consecuente con el derecho fundamental de libre circulación y residencia: si un trabajador o un profesional reside con su familia en el municipio de otro Estado miembro, el ejercicio de ese derecho económico —entonces— no le impidiera participar en la vida municipal de su lugar de residencia.

Es cierto que algunos Estados fueron reconociendo en los años setenta del pasado siglo, como decisión propia en el marco de acuerdos recíprocos o meramente como acción unilateral, el derecho de voto en las elecciones municipales a los extranjeros residentes. Entre aquellas excepciones cabe recordar los casos de Irlanda (desde 1973 reconoce el sufragio activo y pasivo de todos los no nacionales), Dinamarca (sufragio activo desde 1981 bajo ciertas condiciones para todos los no nacionales) y Holanda (igualmente desde 1983).

También el Parlamento Europeo venía reclamando este derecho para todos los nacionales de los Estados miembros en esa misma época. Ante el alejamiento de la ciudadanía del proceso de la integración, el Consejo Europeo, reunido en Fontainebleau en 1984, propuso un Comité ad hoc *la Europa de los ciudadanos* (o *Comité Adonino*), en cuyo segundo informe recomendaba la participación política de los ciudadanos en el proceso político interno de los Estados miembros. A raíz de esa sugerencia, la Comisión presentó una propuesta de Directiva en 1988 (*DO* C 246, de 20 de septiembre de 1988), informada favorablemente por el Parlamento Europeo, pero quedó bloqueada en el Consejo. Encontró notables resistencias en numerosos Estados miembros debido a la presencia numerosa de trabajadores de algunos Estados miembros en algunos municipios que podía desequilibrar la composición de los ayuntamientos. Por este motivo se retomaba muy cautelosamente la propuesta española de una ciudadanía de la Unión de octubre de 1990; el Consejo Europeo de diciembre de 1990 en sus instrucciones a la Conferencia Intergubernamental aceptó como *posible* dicha participación, a diferencia de la afirmación rotunda de la aceptación de ese derecho para las elecciones europeas. Finalmente, se aceptó este derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales en el Estado de residencia añadiendo una cautela que no se exigía entonces para las elecciones europeas: que en la normativa de desarrollo de las modalidades de ejercicio de este derecho «se podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro» (arts. 19.1 TCE y 22 TFUE).

A pesar de esa cautela, que trata de tener en cuenta particularidades nacionales en orden al respeto de la identidad nacional, el nuevo derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, introducido por el Tratado de Maastricht, originó problemas constitucionales en varios Estados miembros, como España y Francia, teniendo que reformarse la Constitución en esta materia antes de ratificar el Tratado de Maastricht. La reforma constitucional en España fue exigida por la *Declaración* del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, modificándose el art. 13.1 de la Constitución Española (*BOE* de 14 de agosto de 1992). Consistió en añadir «*y pasivo*» al previsto derecho de sufragio activo para los extranjeros, si así lo prevé una ley o un tratado.

2. La adaptación al nuevo marco jurídico

Durante los debates del fracasado Tratado Constitucional, este derecho se mencionó expresamente en el Anteproyecto del Tratado Constitucional, en su art. 5 (CONV 369/02). Los trabajos del Grupo II sobre la Carta de Niza no se centraron en preceptos concretos y recomendaron su incorporación vinculante al Tratado Constitucional sin reabrir ningún debate o nuevas propuestas. Por ello, el art. 40 de la Carta de Niza (entonces pasó a ser el 100 cuando se renumeró definitivamente, al término de los trabajos de la CIG) fue aceptado sin propuestas específicas, salvo la sustitución de los términos *ser elector y elegible* que figuran en la versión de Niza por los de *sufragio activo y pasivo,* armonizando los términos utilizados en el Tratado Constitucional en las tres partes en que se reiteraba y desglosaba este derecho (arts. I-10, II-100 y III-126).

Ese art. 22.1 del Tratado de Funcionamisento de la Unión Europea (TFUE) reproduce la frase segunda del art. 19.1 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) referida a las modalidades de ejercicio del derecho de voto en las elecciones municipales, y la aúna con la misma precisión que se hacía en el art. 19.2 para las modalidades del derecho de voto en las elecciones europeas. El art. 22.1 del TFUE es la base jurídica común que regula la previsión de las dos normas de desarrollo y el procedimiento para su adopción.

Como ya se señaló en el comentario al art. 39, este precepto que engloba la participación en las elecciones europeas y municipales no fue objeto de debate ni de propuestas por la Convención sobre el Futuro de Europa, sino que se confió su adaptación y redacción al grupo de expertos de los servicios jurídicos de las instituciones. Al hacer una adaptación técnica a partir del Derecho vigente, el procedimiento de adopción de la norma sobre las modalidades de ejercicio no mejoró la participación democrática del Parlamento Europeo en la aprobación de la norma que establece las condiciones de ejercicio de ese derecho (Directiva del Consejo por procedimiento legislativo especial con mera consulta al Parlamento Europeo). Se adoptará por unanimidad y no es una norma de procedimiento ordinario o plenamente democrática, sino que obedece al procedimiento legislativo especial con una

simbólica participación del Parlamento Europeo (mera consulta, como en el Derecho vigente).

3. Significado y alcance del derecho. Titularidad y modalidades de ejercicio

Ya se ha señalado que, al igual que el de derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, también el fundamento de este derecho reposa en el derecho de libre circulación y residencia: es una prolongación indispensable de dicho principio o complemento al mismo (Durand 1992, 441). Por otra parte, el principio democrático impulsa la integración y participación de todos los ciudadanos de la Unión en las decisiones públicas que les conciernen. Como ha destacado la Comisión en su Informe anual sobre ciudadanía y participación electoral, estos nacionales comunitarios forman parte integrante de la vida de su municipio, tanto en el plano económico como en el cultural, y las decisiones que se adoptan en los municipios afectan de forma inmediata a los residentes, independientemente de la nacionalidad.

Es un derecho que se ejerce y se reclama ante *otro* Estado miembro en el que se reside, distinto al propio. El titular del derecho a la luz del art. 40 (y 22 TFUE) es el ciudadano de la Unión, es decir, el nacional de un Estado miembro. Es el titular necesario al que se le debe garantizar el sufragio activo y pasivo en condiciones de igualdad con los nacionales. Pero, como ya se ha hecho notar al comentar el origen histórico del reconocimiento del derecho de voto a favor de los extranjeros residentes en general en varios Estados miembros, este derecho puede no ser exclusivo de los ciudadanos de la Unión si cada Estado miembro decide discrecionalmente, de acuerdo con su constitución nacional y sus leyes, ampliar su disfrute a determinados nacionales de terceros Estados.

Como para los ciudadanos de la Unión se trata de un derecho complementario que no le priva de participar en las elecciones municipales en el Estado miembro del que es nacional, el ciudadano de la Unión debe manifestar su voluntad de querer ejercer su derecho de sufragio en el Estado miembro de residencia del que no es nacional o mantener su derecho en su Estado de origen: se debe

inscribir previamente en el censo electoral. Si decide ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo en el Estado miembro en el que reside, el disfrute del derecho tiene que ser en las mismas condiciones que tienen los nacionales, como exigen expresamente los arts. 22 y 40 del TFUE (y el art. 19.1 TCE).

Las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales se regulan actualmente mediante la Directiva 94/80/CE del Consejo de 19 de diciembre de 1994 (*DO* L 368, de 31 de diciembre de 1994, modificada por la Directiva 96/30). Esta Directiva se aprobó, de conformidad con lo previsto en el art. 19.1 del TCE, por unanimidad del Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo. El plazo de transposición y entrada en vigor en el Derecho nacional tuvo lugar el 1 de enero de 1996. Esta Directiva mantendrá su vigencia cuando entre en vigor el Tratado de Lisboa, salvo modificaciones o adaptaciones posteriores.

En cuanto a las modalidades, el Tratado de Funcionamiento y la Directiva establecen el marco básico: las condiciones de ejercicio del sufragio activo y pasivo habrán de ser las mismas para los nacionales del Estado miembro como para los nacionales comunitarios, tanto en relación con la edad mínima para votar como para salir elegido, incompatibilidades, financiación, campaña electoral, etc. Igualmente la Directiva prevé que, si se excluye de este derecho en virtud de una resolución civil y penal a los nacionales, la misma privación se aplicará al resto de ciudadanos de los otros Estados miembros, pudiéndoseles exigir el certificado correspondiente.

El art. 22 del TFUE, como también el art. 19.2 del TCE, prevé la posibilidad de excepciones justificadas a la aplicación del derecho de sufragio en las elecciones municipales derivadas de la composición del censo electoral. La Directiva en vigor establece, de conformidad con el TCE bajo cuya vigencia fue aprobada, diversas excepciones que se podrán acordar en casos justificados (art. 12) cuando la proporción de ciudadanos de la Unión en edad de votar residentes en un Estado miembro sin ostentar la nacionalidad del mismo fuese superior al 20% del conjunto de ciudadanos de la Unión en edad de votar; también se puede excluir a los residentes comunitarios del cargo de alcalde, de teniente de alcalde o miembro de órgano directivo colegiado. Se evitan así tensiones en aquellos muni-

cipios con una amplia presencia de comunitarios no nacionales. Pero es la legislación nacional la que decidirá si se acoge a tales excepciones, legislación que fundamentalmente hay que situar en Luxemburgo y Francia.

España transpuso la Directiva mediante la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) (LO 1/97 de 30 de mayo de 1997, *BOE* de 31 de mayo de 1997) y un Decreto; en el art. 176.1 de la LOREG se reconoce el derecho de sufragio activo a quienes tengan la condición de nacionales de la Unión, reúnan los requisitos que para ser elector se exige a los españoles y hayan manifestado su voluntad de ejercer el derecho de sufragio activo en España. En el precepto siguiente se regula el sufragio pasivo o eligibilidad con los mismos requisitos que para los candidatos españoles. La LOREG añade algunos requisitos específicos, de conformidad con las dos directivas, exigiendo que hagan una declaración formal sobre su nacionalidad, su domicilio en España, el último domicilio en su Estado de origen, así como de que no han sido desposeídos del derecho de sufragio pasivo en el Estado miembro de origen; además de informar de sus candidaturas a sus respectivos Estados.

Bibliografía

Véase también la bibliografía relativa al art. 39.

Durand, Cl.-F. «Le Traité sur l'Union Européenne. Quelques réfléxions». C*ommentaire Mégret. Le Droit de la CE*. Vol. 1. Bruselas: Instuitut d'Etudes Eurpéennes, 1992.

Artículo 41
Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente;

b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;

c) la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

Preceptos relacionados

- Carta: arts. 42, 43, 47 y 48.
- TUE: art. 55.
- TFUE: arts. 20.2, 228, 296, 298 y 340.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 21, 235, 253 y 288 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. I-10, I-38, I-49-I-50, II-101-II-103, II-107, III-370, III-398 y III-431.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 41.

PROTOCOLOS Y DECLARACIONES RELACIONADOS

- Declaración núm. 16 relativa al apartado 2 del art. 55 del TUE.

COMENTARIO

LUIS N. GONZÁLEZ ALONSO
Profesor Titular de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

1. INTRODUCCIÓN

Aunque en sus distintos apartados el art. 41 de la Carta se limita a retomar derechos ya reconocidos en disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) o resultantes de la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, la proclamación en cuanto tal del derecho a una buena administración constituye una novedad absoluta respecto de otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Es, en efecto, la primera vez que esto ocurre en un texto de estas características, si bien el derecho a una buena administración había encontrado ya acogida con anterioridad en tanto que derecho fundamental en la Constitución de alguno de los Estados miembros, como por ejemplo Finlandia (Kuusikko 2001, 459).

Se trata, como veremos más adelante, de un derecho de perfiles abiertos, que hunde sus raíces en la concepción de la Unión como comunidad de derecho, al tiempo que aparece vinculado al estatuto de ciudadanía y mantiene una estrecha relación con otros derechos, sobre todo con el derecho de acceso a la información, tam-

bién reconocido con carácter autónomo en el art. 42 de la Carta, y cuya denegación o insuficiente protección ha constituido durante mucho tiempo uno de los principales supuestos de mala administración en el ámbito comunitario.

Por otro lado, el derecho a una buena administración no puede entenderse tampoco al margen de la figura del Defensor del Pueblo Europeo y del derecho, igualmente previsto en la Carta (art. 43), de dirigirse a él cuando los ciudadanos consideran que las instituciones, órganos u organismos de la Unión han incurrido en casos de mala administración.

2. La configuración del derecho a una buena administración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Fue precisamente el Defensor del Pueblo Europeo quien, a comienzos del año 2000, propuso a la Convención encargada de elaborar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que este instrumento incorporase una disposición específica sobre el derecho a una buena administración. No obstante, y si bien no hay duda de que esto fue así, como en numerosas ocasiones ha recordado el propio J. Söderman (2005, 91), algún autor ha cuestionado el carácter decisivo de aquella intervención, argumentando que el derecho a una buena administración habría sido incluido en el texto de cualquier modo, con independencia de la propuesta formal planteada en este sentido por el Defensor del Pueblo (Peters 2005, 739-740).

Sea como fuere, lo cierto es que en el art. 41 de la versión original de la Carta encontramos por primera vez reconocido este derecho, con una exposición además bastante detallada, aunque no exhaustiva, de su contenido concreto; o, dicho de otro modo, de aquellos derechos más precisos que en la Unión Europea asociamos al concepto de buena administración. Unos ya aparecen recogidos actualmente en distintas disposiciones del TCE (motivación de los actos jurídicos, responsabilidad extracontractual de las instituciones o derecho de dirigirse a las mismas, y obtener contestación, en cualquiera de las lenguas oficiales); otros, como veremos después, deri-

van de la jurisprudencia de los tribunales comunitarios en la que progresivamente ha ido tomando cuerpo el principio de buena administración como principio general del Derecho, tal y como se recuerda en las Explicaciones sobre la Carta correspondientes a este precepto (v., entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1992, C-255/90 P, *Burban*, Rec., 1992, p. I-2253; así como las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1995, T-167/94, *Nölle*, Rec., 1995, p. II-2589; de 9 de julio de 1999, T-231/97, *New Europe Consulting y otros*, Rec., 1999, p. II-2403).

Como ocurrió con el resto de disposiciones materiales de la Carta, a excepción del artículo relativo al derecho de acceso a los documentos, la segunda Convención se limitó a realizar las modificaciones técnicas indispensables para adaptar su redacción al contexto del Tratado Constitucional (CONV 726/03; CONV 811/03, p. 6), de tal modo que el tenor literal del art. II-101 coincidía en todo lo esencial con el del art. 41 de la Carta. Otro tanto ha ocurrido después con la revisión tendente a adaptar este texto al nuevo marco jurídico previsto por el Tratado de Lisboa, que tampoco ha afectado a la configuración del derecho a una buena administración.

Este proceso de adaptación técnica no puede considerarse, sin embargo, completamente satisfactorio, puesto que en su apartado cuarto el art. 41 de la Carta introduce una limitación, probablemente involuntaria y desde luego injustificada, a propósito del ámbito de aplicación del derecho de dirigirse en cualquiera de las lenguas oficiales a las instituciones de la Unión y obtener una respuesta en la misma lengua. Mientras que en su configuración actual (art. 21 TCE), e incluso en la mención que de él se hace en el art. 20.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), se contempla la posibilidad de ejercer este derecho tanto en relación con las instituciones como con los órganos consultivos de la Unión, el art. 41.4 alude sólo e incomprensiblemente a la facultad de los ciudadanos de dirigirse a las instituciones. Ello no quiere decir, en todo caso y desde el punto de vista de la práctica, que las reclamaciones dirigidas a corregir la actuación a este respecto de otros órganos o agencias de la Unión Europea no sean objeto de tramitación por parte del Defensor del Pueblo Europeo (v., por ejemplo, la Decisión 3114/2005/MHZ a propósito de la Oficina Europea de Selección de Personal).

Por lo demás, y dejando al margen esta cuestión, el derecho a una buena administración es el único de los derechos de ciudadanía que aparece configurado en la Carta como auténtico derecho fundamental; es decir, cuyo disfrute no queda condicionado por la exigencia de la nacionalidad o de la residencia en alguno de los Estados miembros. *Toda persona* tiene, por tanto, derecho a que en sus relaciones con las instituciones, órganos y organismos de la Unión imperen los parámetros propios de la buena administración. Formulación que contrasta con la del resto de preceptos en la materia, cuyo ámbito de aplicación subjetivo se limita por definición a los ciudadanos de la Unión. Todo lo más, como sucede con los derechos de acceso a los documentos (art. 42) y de presentar reclamaciones ante el Defensor del Pueblo Europeo (art. 43), su titularidad se ha extendido a aquellas personas físicas o jurídicas que, sin poseer la nacionalidad de uno de los Estados miembros, residen o tienen su domicilio social en su territorio.

Sorprende precisamente, en relación con este último derecho, que, siendo la misión primordial del Defensor del Pueblo conocer de los casos de mala administración, la facultad de someterle tales asuntos no esté abierta a todas las personas que, conforme a un precepto inmediatamente anterior del mismo instrumento jurídico, tienen derecho a disfrutar de una buena administración. Parece razonable pensar que todos aquellos respecto de los que se predica el derecho a una buena administración deberían estar en igualdad de condiciones a la hora de hacerlo valer a través de los remedios que a tal fin contempla el ordenamiento jurídico de la Unión, y en particular a través de este cauce específico, la reclamación ante el Defensor del Pueblo, que representa la vía más adecuada y eficaz para corregir los supuestos de mala administración.

En fin, la incorporación a la Carta, además de al malogrado Tratado Constitucional, del derecho a una buena administración ha favorecido la adopción de instrumentos, hasta ahora de *soft law,* tendentes a clarificar su contenido, a partir de los principios del Derecho Administrativo europeo resultantes de la jurisprudencia comunitaria, así como de las legislaciones nacionales en la materia (Defensor del Pueblo 2006, 36). Es el caso, en primer término y fundamentalmente, del *Código Europeo de Buena Conducta Administrativa* promovido por el Defensor del Pueblo con la doble intención de,

por un lado, explicar a los ciudadanos qué significa en la práctica este derecho y qué pueden esperar en concreto de la administración europea; y de dotar, por otro, a los funcionarios de las instituciones de una herramienta o guía práctica con vistas a fomentar los más elevados niveles de administración (Defensor del Pueblo 2005, 4-5).

Este Código de conducta fue inicialmente adoptado por el propio Defensor del Pueblo en julio de 1999, al término de una investigación de oficio sobre el particular puesta en marcha en 1998 (OI/1/98/OV). Posteriormente, y con ligeras modificaciones, fue aprobado por el Parlamento Europeo, mediante Resolución de 6 de septiembre de 2001. Pese a que el objetivo de ambos consistía en que su observancia y aplicación se fuese generalizando entre el conjunto de instituciones y órganos de la Unión, la aceptación del Código de conducta no ha sido en absoluto homogénea. Mientras que algunas instituciones y órganos lo han adoptado como propio o se han dotado de instrumentos similares, como por ejemplo la Comisión, que aprobó su propio Código de conducta, en gran medida aunque no del todo coincidente con el modelo propuesto por el Defensor del Pueblo, en octubre de 2000 incorporándolo como anexo a su Reglamento interno, otros no lo han hecho.

Esta última circunstancia explica la insistencia con la que tanto el Parlamento Europeo como el propio Defensor del Pueblo vienen reclamando de la Comisión una propuesta de reglamento en el que se definan, con carácter general y vinculante, las reglas y principios básicos de lo que cabría denominar *Derecho Administrativo europeo*. Aunque tal norma podría adoptarse sobre la base del art. 308 del TCE, el Defensor del Pueblo trató a toda costa de que la Convención sobre el Futuro de Europa previese un fundamento jurídico explícito al respecto en el Proyecto de Tratado Constitucional (CONV 221/02, p. 7). Y si bien no lo consiguió en los términos que planteaba, considera que el nuevo art. 298 del TFUE (art. III-398 en el Tratado Constitucional) ofrecería una base jurídica suficiente para ello (Defensor del Pueblo 2005, 9). Conforme a esta disposición, el Parlamento Europeo y el Consejo deberían establecer, mediante reglamentos adoptados por vía del procedimiento legislativo ordinario, las medidas necesarias para que en el cumplimiento de sus funciones las instituciones, órganos y organismos de la Unión puedan apoyarse en una «administración europea abierta, eficaz e independiente».

En todo caso, y sin desconocer que el derecho a una buena administración, como el resto de disposiciones de la Carta, vincula sólo a las instituciones, órganos y organismos de la Unión en el ejercicio de sus funciones, así como a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión (art. 51), el Defensor del Pueblo Europeo se muestra en general satisfecho con el impacto que las prescripciones del Código de conducta están teniendo, no sólo entre los Estados miembros, sino también fuera de la Unión (Diamandorus 2005, 224).

3. Significado y alcance del derecho a una buena administración

El concepto de buena administración es vago o difuso por naturaleza; no tiene, en efecto, un contenido cerrado, sino cambiante o evolutivo, que cubre, además, aspectos con un claro perfil jurídico, junto a otros que no lo son tanto, como por ejemplo las exigencias relativas al mantenimiento de una actitud cortés y servicial por parte de los funcionarios frente a los ciudadanos. Lejos de constituir un problema, esta vaguedad representa, como señala K. Kuusikko (2001, 458), una clara ventaja que facilita la adaptación del derecho a los cambios que puedan producirse en la Administración.

Así lo ha entendido también el Defensor del Pueblo Europeo que, pese a haber promovido después la aprobación del Código de conducta antes mencionado, apostó desde un principio por una definición lo más amplia y omnicomprensiva posible del concepto de mala administración, entendiendo por tal cualquier situación en la que un organismo público no obra de conformidad con las normas o principios a los que debe obligatoriamente atenerse. Estos principios de la buena administración han de ser, a su vez, entendidos en un sentido amplio, «requiriendo a las instituciones y órganos comunitarios no sólo que respeten sus obligaciones jurídicas, sino también que tengan voluntad de servicio y aseguren que el público reciba un trato correcto y disfrute plenamente de sus derechos. Por tanto, la mala administración no implica automáticamente la ilegalidad» (Defensor del Pueblo 2007, 37). En efecto, como el juez comunitario ha tenido ocasión de confirmar en diversos pronuncia-

mientos, el hecho de que el Defensor del Pueblo identifique un caso de mala administración no implica de forma automática que exista un comportamiento ilegal que pueda ser sancionado por un tribunal (entre otros, TPI, sentencia de 4 de octubre de 2006, *Hans-Martin Tillack c. Comisión*, T-193/04 R; apartado núm. 60).

No puede extrañar, pues, que a la hora de regular por primera vez este derecho en el ordenamiento de la Unión Europea, en el art. 41 de la Carta se haya optado por una formulación abierta, cuyo objetivo consiste en presentar de un modo coherente y sistemático los componentes jurídicos fundamentales del derecho a una buena administración, pero asumiendo de antemano que este precepto no agota todas las facetas de un derecho tan poliédrico, y que, por tanto, en la propia Carta podremos encontrar otros derechos (acceso a los documentos, tutela judicial efectiva…) íntimamente vinculados a la esencia de la buena administración. La propia redacción del precepto así lo indica, sobre todo cuando en su apartado segundo advierte con claridad del carácter no exhaustivo del desglose de derechos concretos que realiza.

Todos ellos, tanto los del apartado segundo como el resto, son derechos en vigor y con una amplia trayectoria en el ordenamiento jurídico comunitario, bien a través de la jurisprudencia del Tribunal, bien porque aparecen recogidos en disposiciones dispersas del Tratado. En este sentido, la virtualidad fundamental del art. 41 consiste en aglutinarlos en torno al concepto de buena administración y, por supuesto, la de elevarlos por esta vía al rango de componentes de un derecho fundamental en el seno de la Unión Europea.

No obstante, y junto a esta primera función que consiste en actuar como una especie de paraguas bajo el cual se cobijan toda una serie de normas en torno a la idea común de buena administración, con esta configuración abierta del derecho en la Carta se pretende favorecer también su desarrollo, la posibilidad de que puedan ir surgiendo y consolidándose nuevas normas jurídicas específicas vinculadas a aquel concepto. Desde esta óptica, se ha sugerido que la noción de buena administración vendría a representar para el Derecho Administrativo algo parecido a lo que para el Derecho Constitucional, incluso para el internacional, supone el concepto de *buena gobernanza* (Fortsakis 2005, 211).

En sus Conclusiones en el asunto *Koldo Gorostiaga c. PE* (C-308/07P, de 11 de septiembre de 2008), la AG Verica Trstenjak hace suya, en gran medida, esta aproximación doctrinal al derecho a una buena administración (apartados 89-92). Se trata, probablemente, del primer asunto en el que la parte demandante invoca el art. 41 de la Carta buscando extraer de él consecuencias concretas en defensa de su posición jurídica, aunque los órganos jurisdiccionales de la Unión ya lo habían mencionado antes tangencialmente en algunos de sus pronunciamentos (por ejemplo, TPI sentencia de 30 de enero de 2002, *max-mobil Telekommunikatión*, T-54/99, apartado 48; TPI, sentencia de 13 de enero de 2004, *JCB Service*, T-67/01, apartado 36; Tribunal de la Función pública de la Unión Europea, sentencia de 26 de octubre de 2006, *Pia Laudgren*, F-1/05, apartado 70).

Por lo que atañe, en fin, al alcance concreto del derecho a una buena administración en la Unión Europea, el art. 41 comienza enunciando sus perfiles básicos a través de la evocación de algunos de los principios esenciales sobre los que se sustenta, imparcialidad y equidad, a los que se añade una referencia a otro elemento fundamental en el correcto funcionamiento de cualquier administración, cual es la observancia de plazos razonables en la tramitación de los asuntos. Todos ellos aparecen también contemplados y desarrollados en el Código de conducta, junto a algunos otros como los principios de proporcionalidad e igualdad o no discriminación, que no recoge de forma directa el art. 41 probablemente por tratarse de principios de alcance mucho más amplios, sobre todo este último al que la Carta dedica un título específico.

Una vez formulado en términos genéricos, el art. 41 pasa a detallar el contenido específico del derecho a una buena administración desde una doble perspectiva. Desglosando, por un lado y mediante una enumeración no exhaustiva en su apartado segundo, algunos de los derechos concretos que forman parte del mismo. Y retomando, por otro, en sus apartados tercero y cuarto dos derechos ya reconocidos por los tratados, para vincularlos ahora a la idea de buena administración. En realidad, todos ellos son derechos que, por una u otra vía, gozan de protección en el estadio actual de evolución del ordenamiento jurídico comunitario y que, como se recuerda en las Explicaciones sobre la Carta, constituyen

manifestaciones o expresiones diversas de la existencia de una comunidad de derecho.

En la enumeración del apartado segundo se contemplan tres derechos concretos. Los dos primeros resultan de la prolija jurisprudencia del TJCE y del Tribunal de Primera Instancia (TPI) sobre los derechos de defensa en el marco del procedimiento administrativo comunitario. Se trata, por una parte, del derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en su contra una medida individual que le afecte desfavorablemente; y, por otra, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna.

Sin perjuicio de los pronunciamientos referidos a estos dos derechos en particular (entre otros, sentencias del TJCE de 15 de octubre de 1987, asunto 222/86, *Heylens*, Rec. 1987, p. 4097, apartado 15; de 18 de octubre de 1989, asunto 374/87, *Orkem*, Rec., 1989, p. 3283; de 21 de noviembre de 1991, C-269/90, *TU München*, Rec., 1991, p. I-5469, y sentencias del TPI de 6 de diciembre de 1994, T-450/93, *Lisrestal*, Rec., 1994, p. II-1177; de 18 de septiembre de 1995, T-167/94, *Nölle*, Rec., 1995, p. II-2589), lo cierto es que la vinculación entre derechos de defensa y buena administración viene de antiguo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pudiéndose apreciar ya incluso en el contencioso de la función pública comunitaria de los años sesenta del siglo pasado (Barbier de la Serre 2006, 234).

Y es que, como subraya más adelante M. López Escudero en su comentario al art. 48 de la Carta, al cual remitimos en este punto, la protección de los derechos de la defensa ha sido potenciada por el TJCE, fundamentalmente a través de su jurisprudencia relativa a la garantía de estos derechos en el marco de los procedimientos administrativos que se sustancian ante las instituciones de la Unión y, en particular ante la Comisión, en aquellos ámbitos en los que ésta actúa como Administración directa frente a los operadores económicos (defensa de la competencia, aplicación de medidas de defensa comercial…). Sobre todo en el primero de estos campos, el del Derecho de la Competencia, ha sido frecuente la caracterización del derecho de defensa como un derecho fundamental que despliega sus efectos en el ordenamiento jurídico comunitario en tanto que principio general del Derecho.

El tercero de los derechos mencionados en este apartado segundo deriva de la obligación general, y actualmente contemplada en

el art. 253 del TCE, que incumbe a las instituciones de la Unión de motivar sus actos jurídicos vinculantes, ya tengan naturaleza legislativa o carácter meramente administrativo.

Como es obvio, y al margen de que una mención genérica a esta obligación se mantenga en el art. 296 del Tratado de Funcionamiento, el art. 41 de la Carta alude a la exigencia de motivar los actos (*decisiones*) a través de los cuales las instituciones, fundamentalmente la Comisión, se relacionan con los administrados. Éstos tienen, en efecto, derecho a conocer con claridad y precisión las razones que llevaron a la institución a adoptar el acto, así como la base jurídica sobre la que se fundaron para hacerlo. Ello les permitirá, sobre todo en el supuesto de actos desfavorables, defender mejor su posición, e incluso, llegado el caso, cuestionar la legalidad del mismo si consideran que la motivación ha brillado por su ausencia o ha sido insuficiente. Se trata, como el Tribunal ha establecido reiteradamente en su jurisprudencia, de un vicio sustancial de forma que puede determinar la nulidad del acto afectado (entre otras muchas, TJCE, sentencia de 26 de noviembre de 1981, *Michel*, 195/80).

Por último, en sus apartados tercero y cuarto el art. 41 retoma, vinculándolos así a la idea de buena administración, dos derechos plenamente asentados y con un amplio recorrido, sobre todo el primero de ellos, en el ordenamiento comunitario.

Éste es el caso, ciertamente, del «derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones»; responsabilidad que, como ya viene ocurriendo desde los orígenes del proceso de integración, habrá de sustanciarse «de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros». La redacción y el sentido del precepto son los mismos que los del actual párrafo segundo del art. 288 del TCE, que retoma en idénticos términos el art. 340 del Tratado de Funcionamiento. No cabe esperar, por tanto, cambios sustanciales en la línea jurisprudencial seguida hasta ahora por el Tribunal de Justicia en la aplicación de este precepto, de sesgo marcadamente restrictivo.

Como es bien sabido, y al margen del resto de condiciones típicas en el ámbito de la responsabilidad (existencia de un perjuicio, nexo de causalidad), la jurisdicción comunitaria sólo considera pro-

cedente el derecho a reparación cuando se demuestra que la institución ha incurrido en «una violación suficientemente caracterizada de una regla superior de Derecho que proteja a los particulares». Y, si bien el Tribunal ha suavizado en cierto modo la valoración de este requisito cuando se trata de actos de naturaleza administrativa, apreciándolo precisamente a la luz del principio de buena administración (TPI, sentencia de 9 de julio de 1999, *New Europe Consulting*, T-231/97, antes citada), continuará siendo enormemente complicado comprometer de modo efectivo la responsabilidad extracontractual de la Unión.

En fin, el apartado cuarto del art. 41 reconoce a *toda persona* el derecho de dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los tratados y la consiguiente obligación de éstas de contestar en esa misma lengua. Estamos, como es bien sabido, ante uno de los derechos asociados al estatuto de la ciudadanía de la Unión desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, que sin perder esta marca de origen, puesto que se mantiene como tal en el art. 20.2 del Tratado de Funcionamiento, pasa a vincularse ahora también de modo explícito al concepto de buena administración. Ello trae aparejado, como consecuencia de la vocación *universal* de este último derecho, que su ámbito de aplicación personal no quede limitado a los ciudadanos de la Unión y que, por tanto, cualquier administrado disfrute del derecho de dirigirse a las instituciones y obtener una respuesta.

No obstante, la comunicación y la respuesta han de producirse en alguna de las lenguas de los tratados, es decir, aquellas en las que se han redactado las distintas versiones auténticas de los mismos conforme al art. 55 del TUE. Ciertamente, el apartado segundo de este precepto contempla la posibilidad de que los tratados puedan traducirse también a cualquier otra lengua que goce del estatuto de lengua oficial en la totalidad o en parte del territorio de alguno de los Estados miembros y que, en ese caso, corresponderá al Estado miembro afectado facilitar una copia certificada de esas traducciones para su depósito en los archivos del Consejo. Ello no quiere decir, sin embargo, que del derecho a una buena administración derive la obligación de las instituciones de la Unión de dar respuesta a las comunicaciones de los ciudadanos en esas otras lenguas. En el caso de España, que como es bien sabido ha hecho uso de la facul-

tad que ofrece el nuevo art. 55.2 del TUE, el Gobierno ha celebrado un acuerdo administrativo con la Comisión Europea para facilitar la traducción de esas comunicaciones en otras lenguas oficiales del Estado (*DO* C 73, de 25 de marzo de 2006), de tal suerte que los ciudadanos puedan emplearlas a la hora de dirigirse, al menos, a esta institución, y reciban la respuesta en la misma lengua, sin que ello suponga coste alguno para la Comisión que continuará limitándose a tramitar comunicaciones en castellano.

En todo caso, este derecho no representa más que un mínimo inexcusable en el marco de una relación entre el ciudadano y la autoridad pública basada en el principio de buena administración. Como ya apuntó en su día J. Söderman (1998, 11), la obligación de responder en la misma lengua lleva implícita la de no dejar nunca sin respuesta el correo del ciudadano. Del mismo modo, en el Código de conducta encontramos precisiones acerca de cómo deben tratar los funcionarios estas comunicaciones, incluso en los supuestos en los que no se producen por escrito, sino por vía telefónica.

Aunque muchos de los componentes del derecho a una buena administración son susceptibles de control jurisdiccional y, de hecho, lo han sido a lo largo de las últimas décadas como hemos visto, tanta o más importancia reviste, a efectos de su aplicación efectiva, la labor que en este ámbito corresponde al Defensor del Pueblo Europeo. Una labor que presenta una primera vertiente de fiscalización formal de la actuación de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, en la medida en que su principal cometido constitucional consiste precisamente en conocer de los casos de mala administración que le sometan los ciudadanos (arts. 43 de la Carta y 228 TFUE). Pero una labor que va mucho más allá, no sólo a través de las investigaciones de oficio, sino también por la vía de todo tipo de actividades de fomento de las mejores prácticas en materia de buena administración, que muchas veces se revelan tanto o más eficaces que los cauces formales de actuación. Porque de lo que se trata, en definitiva, es de ir consolidando en el seno de la *Administración europea* una voluntad o cultura de servicio, que garantice al ciudadano un trato correcto en todo tipo de situaciones y, en consecuencia, el pleno disfrute de sus derechos.

Bibliografía

Barbier de la Serre, E. «Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends». *European Public Law* 2. Vol. 12 (2006): pp. 225 y ss.

Chiti, M. P. «Il mediatore europeo e la buona amministratione comunitaria». *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Communitario* 2 (2000): pp. 303-328.

Defensor del Pueblo Europeo. *Prefacio e Introducción al Código Europeo de Buena Conducta Administrativa* (2005). http://www.euro-ombudsman.eu.int.

— *Informe Anual 2006.* Bruselas: Oficina de Publicaciones Oficiales de la CE, 2007. http://www.ombudsman.europa.eu.

Fortsakis, T. «Principles Governing Good Administration». *European Public Law* 2. Vol. 11 (2005): pp. 207-217.

Kuusikko, K. «Advice, Good Administration and Legitimate Expectations: Some Comparative Aspects». *European Public Law* 3. Vol. 7 (2001): pp. 455-472.

Lenaerts, K. y J. Vanhamme. «Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process». *Common Market Law Review*, Vol. 34 (1997): pp. 531-569.

Moreiro González, C. «El recurso de indemnización por responsabilidad civil extracontractual de la Comunidad». En F. Mariño Menéndez, V. Moreno Catena y C. Moreiro González, dirs. *Derecho procesal comunitario.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 273-286.

Muñoz Machado, S. «La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario europeo». En G. C. Rodríguez Iglesias y D. J. Liñán Nogueras, dirs. *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial.* Madrid: Civitas, 1993, pp. 133-157.

Nikiforos Diamandourus, P. «Reflections on the Future Role of the Ombudsman in a Changing Europe». *The European Ombudsman. Origins, Establishment, Evolution. Commemorative volume published on the occasion of the 10th anniversary of the institution.* Luxemburgo: OPOCE, 2005, pp. 217-240.

Peters, A. «The European Ombudsman and the European Constitution». *Common Market Law Review.* Vol. 42 (2005): pp. 697-743.

Söderman, J. «The Early Years of the European Ombudsman». *The European Ombudsman. Origins, Establishment, Evolution. Commemorative volume published on the occasion of the 10th anniversary of the institution.* Luxemburgo: OPOCE, 2005, pp. 83-105.

— «Le citoyen, l'Administration et le droit communautaire». Rapport général, Congrès 1998 de la FIDE. http://www.ombudsman.europa.eu.

Wakefield, J. *The Right to Good Administration.* Alphen: Kluwer, 2007.

Artículo 42
Derecho de acceso a los documentos

Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte.

Preceptos relacionados

- Carta: arts. 41 y 43.
- TUE (TLisboa): arts. 1, 10 y 11.
- TFUE: arts. 15 y 20.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 1 del TUE y 255 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. I-50, II-102 y III-399.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 42.

COMENTARIO

Luis N. González Alonso
Profesor titular de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

1. Introducción

Al igual que en su versión del año 2000, el art. 42 de la Carta reconoce a los ciudadanos de la Unión, así como a toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, el derecho de acceder a los documentos que se encuentren en poder de las instituciones y órganos de la Unión Europea. Se trata, no obstante, del único de los derechos recogidos en la Carta que, como veremos más adelante, experimentó una auténtica modificación material en su contenido con motivo de la incorporación de este texto al Tratado Constitucional. Esta modificación se mantiene en la nueva versión de la Carta proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en diciembre de 2007, como también se mantienen en el nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) los ajustes que la Constitución Europea realizaba en otras disposiciones relacionadas con el ejercicio de este derecho, fundamentalmente en sus arts. I-50 y III-399.

Por lo que se refiere a estos últimos, sin embargo, el Tratado de Lisboa introduce ciertos cambios que afectan, no tanto a sus previsiones materiales, como a su ubicación y, por tanto, a su significado en el nuevo marco constitucional de la Unión. En efecto, al margen del propio art. 42 de la Carta, el derecho de acceso a los documentos aparece ahora también regulado en el art. 15 del TFUE, disposición que se refiere con carácter general a la transparencia en los trabajos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, retomando prácticamente en los mismos términos el contenido de aquellos dos preceptos del Tratado Constitucional.

En torno a estas cuestiones, que no alteran en todo caso los elementos básicos de la configuración del derecho de acceso a los documentos, giran los comentarios que siguen a continuación. Conviene, no obstante, recordar antes de entrar en su análisis que la

preocupación por este derecho irrumpió con fuerza en la práctica de las instituciones comunitarias a raíz del tortuoso proceso de ratificación del Tratado de Maastricht, vinculado al debate más amplio sobre la transparencia y el acercamiento de la Unión Europea a sus ciudadanos. Originalmente regulado en virtud de un precario Código de conducta que la Comisión y el Consejo adoptaron en diciembre de 1993 (*DO* L 340, de 31 de diciembre de 1993, p. 41), el derecho de acceso a los documentos habría de pasar luego al art. 255 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), tal y como éste fue modificado en 1997 por el Tratado de Amsterdam. El desarrollo normativo de aquel precepto no se produjo, sin embargo, hasta algunos años después; en concreto, hasta el 30 de mayo de 2001, fecha en la que el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron el Reglamento (CE) 1049/2001, relativo al acceso del público a sus documentos, así como a los de la Comisión (*DO* L 145, de 31 de mayo de 2001).

El sistema previsto por este instrumento obedece a una lógica relativamente sencilla. Descansa sobre la premisa básica de que el público ha de tener *el mayor acceso posible* a los documentos que posean las instituciones (art. 1 a); y ello, con independencia de los motivos o intereses que se encuentren detrás de cada solicitud concreta de información. Aquéllas podrán ampararse, no obstante, en una serie de excepciones tasadas, y destinadas a proteger determinados intereses públicos y privados, para negar la divulgación de los documentos. En caso de producirse, cualquiera de estas decisiones de rechazo puede ser objeto, en primera instancia, de un *recurso interno* de naturaleza administrativa ante la propia institución afectada y, si ésta persiste en su actitud, bien de una reclamación ante el Defensor del Pueblo, bien de un recurso de nulidad ante la jurisdicción comunitaria (González Alonso 2002, 54).

2. Transparencia y democracia: el derecho de acceso a los documentos en su contexto

El derecho de acceso a los documentos constituye uno de los componentes esenciales de los principios de apertura y transparencia que han de imperar en el funcionamiento de las instituciones de

la Unión; sin duda, el que mejor se presta a un análisis de carácter estrictamente jurídico (Dyrberg 1997, 381). Así se reconoce ahora por primera vez y de forma explícita en el art. 15 del TFUE, que sistematiza, clarifica y amplía el alcance de buena parte de los aspectos que conforman aquellos principios y que en mayor o menor medida ya estaban presentes en los tratados, aunque de un modo disperso y más limitado. Los revaloriza, además, al situarlos en la primera Parte del Tratado, dedicada, con carácter general, a la presentación de los principios que rigen el funcionamiento de la Unión.

En efecto, en los sucesivos apartados de esta disposición se proclama el principio de apertura, al que de forma indirecta alude hoy el art. 1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) tal y como fue reformado por el Tratado de Amsterdam; se establece el carácter público de las sesiones del Parlamento Europeo y, sobre todo, del Consejo cuando éste delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo, aspecto sobre el que se ha ido progresando también en los últimos años como muestra el art. 207.3 del TCE y, en particular, los cambios introducidos en el Reglamento interno de la institución en septiembre de 2006 (Decisión 2006/683/CE, Euratom; *DO* L 285, de 16 de octubre de 2006, p. 47); y en fin, se reconoce y regula el derecho de acceso a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión en términos similares, aunque más generosos, a los que resultan del actual art. 255 del TCE.

Todo ello representa un punto de inflexión en la concepción de la transparencia en el seno del proceso de integración o, al menos, formaliza jurídicamente un cambio trascendental, demandado por muchos desde hace tiempo y que ya comenzaba a manifestarse en la práctica. La transparencia deja de concebirse, así, como una simple política o estrategia a través de la cual las instituciones tratan de reforzar su legitimidad frente a los ciudadanos, para convertirse en una condición indispensable, en elemento básico y fundamental del funcionamiento de la Unión.

Ahora bien, el Tratado de Lisboa no ha ido tan lejos como el Tratado Constitucional en cuanto a la configuración de la transparencia y del derecho de acceso a los documentos como aspectos esenciales del particular modo de vida democrática que se practica en el seno de la Unión. Ciertamente, se mantienen en las nuevas disposiciones sobre *principios democráticos* del TUE reformado las referen-

cias a la apertura y la transparencia en la adopción y ejecución de las decisiones (arts. 10.3 y 11.3). Pero no se desarrolla ahí su contenido, ni en particular la regulación del derecho de acceso a los documentos, como ocurría en el art. I-50 del Tratado Constitucional, directamente ubicado entre los preceptos relativos a la *vida democrática de la Unión*.

Aquí radicaba, sin duda alguna, el primero de los cambios que el Tratado Constitucional operaba en la regulación del derecho de acceso a los documentos. Se trataba esencialmente de un cambio en la concepción, en el modo de entender el significado de este derecho en el seno de la Unión Europea, puesto que, como ya hemos adelantado, tanto la redacción como la estructura del art. I-50 coincidían con las del actual art. 255 del TCE. Ahora bien, mientras a este último precepto se le reserva un lugar completamente accesorio o secundario en el TCE, entre las *Disposiciones comunes a varias instituciones* y junto a los artículos relativos a la motivación, entrada en vigor y publicidad de los actos jurídicos comunitarios, aquél aparecía inserto en un contexto muy diferente: el título de la primera parte del Tratado Constitucional en el que se identificaban los principios y rasgos distintivos de la vida democrática de la Unión.

De hecho, cuando en la fase final de la Convención surgieron dudas acerca de la conveniencia de regular repetitivamente ciertos derechos, entre ellos el derecho de acceso a los documentos, en la primera y segunda partes del Proyecto del Tratado, se impuso la opinión de aquellos sectores que defendían tal reiteración por considerar que afectaba a «componentes clave del particular modo de vida democrático de la Unión a nivel supranacional» (CONV 726/03, 3).

Lo cierto es que, con esta nueva ubicación del derecho de acceso a los documentos, el Tratado Constitucional no sólo corregía la deficiencia antes mencionada, sino que contribuía a clarificar también el auténtico significado de este derecho, sobre el que los Estados miembros, las instituciones comunitarias y la doctrina científica habían venido debatiendo con intensidad a lo largo de la década anterior.

No en vano, cuando la Comisión y el Consejo adoptaron en diciembre de 1993 el mencionado Código de conducta sobre el acceso del público a sus documentos, comprometiéndose además a desarrollar de inmediato su contenido mediante normas precisas de

aplicación (Decisión 93/731 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, *DO* L 340, de 31 de diciembre de 1993, p. 43; Decisión 94/90 de la Comisión, de 8 de febrero de 1994, *DO* L 46, de 18 de febrero de 1994), lo hicieron con la *modesta* intención de mejorar la percepción que los ciudadanos tenían de su funcionamiento. Y para ello optaron por la solución jurídicamente menos onerosa: recurrir a la capacidad de organización interna de la que ambas instituciones disponen y que pueden ejercer de un modo relativamente sencillo.

En el origen de estas iniciativas se encontraba, sin embargo, un texto (la Declaración núm. 17, aneja al Acta final de la CIG que aprobó el Tratado de Maastricht), en el que se reconocía de modo explícito el vínculo que existe entre la transparencia, y, más concretamente, el derecho de los ciudadanos de acceder a la información en poder de las autoridades públicas, y el carácter democrático de cualquier sistema político. Es más, la importancia que algunos Estados miembros atribuyen a este principio, como ocurre, entre otros, en los casos de Suecia o los Países Bajos, les ha llevado incluso a elevarlo en sus respectivos textos constitucionales al rango de derecho fundamental. No puede extrañar, pues, que una vez adoptadas las Decisiones de la Comisión y del Consejo sobre el acceso del público a sus documentos surgiese de inmediato la controversia acerca de la naturaleza de este derecho y del lugar que ocupa en el marco del ordenamiento comunitario (González Alonso 2002, 35).

Pues bien, aunque han sido ya muy numerosas las ocasiones en las que tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal de Primera Instancia (TPI) han podido pronunciarse al respecto, comenzando por el célebre asunto *Países Bajos c. Consejo* (TJCE, sentencia de 30 de abril de 1996, C-58/94), en el que el juez comunitario se decantó por una concepción inicial abiertamente restrictiva del derecho de acceso a los documentos, ambos órganos jurisdiccionales continúan manteniendo en la actualidad una actitud esquiva, de calculada ambigüedad, sobre esta cuestión, evitando en todo momento, incluso cuando alguno de los abogados generales se lo ha propuesto de modo directo (por ejemplo, el AG Lèger en sus conclusiones de 10 de julio de 2000 en el asunto *Heidi Hautala*, C-353/99 P), reconocer que este derecho haya alcanzado la consideración de derecho fundamental en el sistema jurídico de la Unión Europea (Kranenborg 2006, 272). Tampoco han aceptado situarlo definitivamente en la ór-

bita de los principios generales del Derecho Comunitario, como en última instancia demuestran, entre otros, los asuntos *Messina c. Comisión* (TPI, sentencia de 17 de septiembre de 2003, T-76/02) o *IFAW c. Comisión* (TPI, sentencia de 30 de noviembre de 2004, T-168/02) (Flanagan 2007, 597).

En este contexto, como es lógico, cobraba especial relevancia la nueva ubicación que el Tratado Constitucional otorgaba al derecho de acceso a la información como elemento básico de la vida democrática de la Unión, sin perjuicio de que también pudiera aparecer regulado en su Parte II (Carta de Derechos) asociado al estatuto de la ciudadanía. Y es que, más que de un derecho fundamental, rango que no se le reconoce en muchos de los sistemas constitucionales de los Estados miembros, estamos en presencia de lo que algún autor ha denominado *aspecto o vertiente críticos* del principio democrático: un derecho sin el cual los ciudadanos no pueden limitar, controlar y someter a escrutinio el ejercicio del poder público (Harden 2001, 185).

En fin, pese a no dotarla del mismo grado de visibilidad, rebajando en cierto modo su rango constitucional, lo que no puede negarse es que el Tratado de Lisboa preserva esta concepción del derecho de acceso a los documentos. Prueba de ello es que, tanto en el apartado primero del art. 15 del TFUE como en el nuevo art. 10.3 del TUE, relativo al principio de democracia representativa, se reconoce que del compromiso de las instituciones con la apertura y la transparencia depende que los *ciudadanos* o la *sociedad civil* puedan participar de modo efectivo en la vida democrática de la Unión. La observancia de estos principios constituye también, como establece el primero de estos preceptos, un requisito inexcusable para fomentar el buen gobierno, aspecto sobre el que ya había insistido la Comisión en su Libro Blanco de 2001 al identificar la *apertura* como uno de los cinco principios básicos de la *buena gobernanza* europea [*COM (2001) 428 final*, de 25 de julio de 2001, p. 10].

Una última cuestión. Mientras que la Carta siempre ha contemplado el derecho de acceso a los documentos en el marco de su capítulo sobre *Ciudadanía,* el Tratado Constitucional lo obviaba en la enumeración de los derechos que conforman este estatus vinculado a la nacionalidad de los Estados miembros. De hecho, cuando en su art. I-10 enumeraba los derechos de ciudadanía, aludía de un modo

u otro a todos los contemplados en el capítulo correspondiente de la Carta, incluso a una de las facetas del novedoso derecho a una buena administración (derecho a dirigirse a las instituciones en cualquiera de las lenguas oficiales y de obtener una contestación en la misma lengua), excepto al derecho de acceso a los documentos. El Tratado de Lisboa corrige en parte esta deficiencia al no configurar como exhaustiva la enumeración que a este respecto aparece ahora recogida en el art. 20.2 del TFUE: los ciudadanos de la Unión «tienen, entre otras cosas», los derechos que en él aparecen explícitamente mencionados, pero también otros…

3. El ámbito de aplicación del derecho de acceso a los documentos

En su versión de 2007, el art. 42 de la Carta reconoce a «todo ciudadano de la Unión y a toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro» el derecho de acceder a los documentos «de las instituciones, órganos y organismos de la Unión». Este enunciado contrasta con la redacción original que la Carta dio a este precepto y con la del actual art. 255 del TCE en un aspecto fundamental: el derecho de acceso ya no se contempla sólo respecto de los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Sin perjuicio de que después se precise en el apartado tercero del art. 15 del TFUE que en el caso del Tribunal de Justicia, del Banco Central Europeo y del Banco Europeo de Inversiones sólo los documentos adoptados en el ejercicio de sus funciones administrativas estarán sometidos al régimen de acceso público, la mencionada modificación representa una ampliación sustancial del ámbito de aplicación de este derecho.

Junto a ella, también será objeto de análisis en el presente epígrafe otro aspecto relacionado y que, si bien no se ve directamente afectado por la nueva configuración del derecho de acceso, suscitó cierto debate o controversia durante el proceso de elaboración del Tratado Constitucional.

3.1. *La extensión del derecho de acceso al conjunto del sistema institucional de la Unión*

Ésta es, sin duda, la gran novedad que aportan el art. 42 de la Carta y el art. 15.3 del TFUE respecto del Derecho en vigor. En efecto, conforme a lo previsto en el art. 255 del TCE y en el Reglamento 1049/2001 (*DO* L 145, de 31 de mayo de 2001) que desarrolla su contenido, los ciudadanos disfrutan de un derecho de acceso a los documentos limitado a las tres instituciones que participan en el proceso legislativo comunitario: el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Con independencia de si esta restricción obedeció en su momento a una concepción errónea del derecho de acceso (Öberg 1998, 12) o a motivos más prosaicos, de origen estrictamente técnico-jurídico (Harden 2001, 181), lo cierto es que resulta difícil de conciliar con la simple constatación de que la ausencia de normas precisas sobre el trato que todas las instituciones y órganos de la Unión Europea deben dispensar a las solicitudes de acceso a sus documentos por parte de los ciudadanos constituye un claro supuesto de mala administración, tal y como concluyó el Defensor del Pueblo Europeo al término de su primera investigación de oficio en la materia.

Aunque, a raíz de esta iniciativa, la mayoría de instituciones y órganos comunitarios se dotó voluntariamente de este tipo de normas, el alcance de sus previsiones en cuanto a la amplitud del derecho de acceso no era equiparable al establecido por el Reglamento 1049/2001. De ahí que, en un primer momento y a través del propio Reglamento, se tratase de paliar estas deficiencias extendiendo su ámbito de aplicación, al menos, al conjunto de agencias u organismos similares creados por las tres instituciones directamente afectadas por su régimen jurídico.

Es cierto que esta previsión tan sólo aparece contemplada en la exposición de motivos del Reglamento. Pero, tras su adopción, el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo confirmaron formalmente su compromiso en este sentido mediante una Declaración conjunta (*DO* L 173, de 27 de junio de 2001, p. 5), en la que la Comisión anunciaba además su intención de elaborar lo antes posible propuestas de modificación de los actos constitutivos de las agencias

y organismos existentes con el fin de incluir en los mismos disposiciones equiparables a las del Reglamento. Estas modificaciones habrían de ser finalmente aprobadas en junio y julio de 2003 (Reglamentos 1641/2003 a 1655/2003, *DO* L 245, de 29 de septiembre de 2003). Ahora bien, la Declaración no afectó al resto de instituciones y organismos comunitarios, a los que se limitaba a exhortar para que adoptasen normas internas en este ámbito, que tuviesen en cuenta los principios y límites establecidos por el Reglamento 1049/2001.

Como constata la Comisión en su segundo informe sobre la aplicación de este instrumento [*COM (2004) 45 final*, de 30 de enero de 2004], aquella exhortación surtió efecto generando un proceso espontáneo de convergencia en la regulación comunitaria del derecho de acceso, que no ha afectado, sin embargo, por igual a todas las instituciones y órganos de la Unión. Esta situación quedaría definitivamente superada, pues, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que obligaría a modificar el Reglamento 1049/2001 con el fin de establecer un régimen de acceso público plenamente homogéneo para el conjunto del sistema institucional de la Unión.

Mientras tanto y a la espera de esa reforma, la Comunidad se ha visto obligada ya a aceptar una extensión del derecho de acceso a los documentos de todas sus instituciones y organismos, aunque sólo por lo que atañe a un sector de actividad concreto: el de la información relativa al medio ambiente. En efecto, como consecuencia de la firma y ulterior aprobación por parte de la Comunidad del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, el concepto de *autoridad pública* no puede verse sometido a restricción alguna que limite el ejercicio de este tipo de derechos por parte de los individuos y las organizaciones que los representan. En consecuencia, el Reglamento 1049/2001 ha quedado modificado por el acto comunitario de aplicación del Convenio, de tal suerte que las previsiones de aquél han pasado a ser operativas respecto de todas las solicitudes de acceso a información medioambiental que obre en poder de cualquiera de las instituciones y organismos comunitarios (art. 3 del Reglamento 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación del Convenio de Aarhus; *DO* L 264, de 25 de septiembre de 2006, p. 13).

Por lo demás, conviene recordar también a este respecto que cuando el art. 42 de la Carta, al igual que el 15.3 del TFUE, aluden a los documentos *de* las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea, esta referencia debe entenderse hecha, no sólo a los directamente elaborados por los mismos, sino a todos los documentos que obren en su poder, con independencia de cuál sea su origen. Pese a la preocupación de algunos de sus miembros a este respecto (CONV 607/03, 19), la Convención sobre el Futuro de Europa no consideró finalmente oportuno incorporar esta expresión (*obrar en poder de*) al texto de las disposiciones pertinentes de su Proyecto de Tratado. Ello se debió, sin duda, al hecho de que el Reglamento 1049/2001 deja ya meridianamente claro en su art. 2.3 que el régimen de acceso público se aplica «a todos los documentos que obren en poder de una institución: es decir, los documentos por ella elaborados o recibidos y que estén en su posesión».

Con esta previsión, aparentemente inocua, se corrigió uno de los aspectos más controvertidos y criticados del sistema inicial de acceso público a los documentos, resultante del Código de conducta de 1993. Tanto este instrumento como cada una de las decisiones que lo desarrollaban contenían una cláusula, denominada *regla del autor* y redactada en los siguientes términos: «Cuando el autor del documento que posea la Institución sea una persona física o jurídica, un Estado miembro, otra Institución u órgano comunitario, o cualquier otro organismo nacional o internacional, la solicitud deberá dirigirse directamente al mismo». Quiere ello decir que únicamente estaban sujetos al régimen de acceso público aquellos documentos elaborados por el órgano o institución ante el que se realizaba la petición, pero no los que éstos hubieran podido recibir del exterior, cualquiera que fuese su origen.

Se trataba, desde luego, de una limitación muy grave del régimen de acceso público, que resultaba inadmisible en la medida en que un ciudadano, interesado en conocer el conjunto de documentos que integran un dossier concreto, se veía obligado a reconstruirlo él mismo realizando una multiplicidad de solicitudes individuales a cada una de las instituciones u órganos afectados.

Aunque indirectamente, el propio Tratado de Amsterdam ya parecía reconocer la improcedencia de esta restricción y despejaba el camino para su supresión. Así se desprendía, al menos, de la Decla-

ración número 35 aneja al Acta final de la Conferencia Intergubernamental (CIG) de 1996, y en la que se convenía que los principios y condiciones contemplados en el art. 255 del TCE deberían permitir «a un Estado miembro solicitar a la Comisión o al Consejo que no comunique a terceros un documento originario de dicho Estado sin su consentimiento previo» (*DO* L 263, de 25 de septiembre de 1997). Es obvio que una puntualización de este tipo sólo tiene sentido en el contexto de un sistema de acceso público desprovisto de la *regla del autor*.

Ahora bien, la eliminación de esta cláusula debía abordarse con cautela (Dyrberg 1999, 169). Y así lo hizo el Reglamento 1049/2001: extendiendo, por un lado y sin matizaciones, su ámbito de aplicación a todos los documentos que obren en poder de una institución; pero garantizando, por otro, que la opinión de los *terceros* autores de esos documentos pueda ser tenida en cuenta antes de autorizar su divulgación. El grado en el que esta opinión vincula a la institución afectada varía en función de la naturaleza y, sobre todo, de la procedencia del documento. El Reglamento distingue, en este sentido, entre dos categorías de *documentos de terceros*.

Una primera que goza de un nivel de protección absoluta, como han tenido ocasión de confirmar los tribunales comunitarios en su jurisprudencia de los últimos años, en la medida en que la divulgación de los documentos que la integran sólo es posible con el consentimiento de su autor. En esta situación se encuentran los documentos considerados sensibles en el sentido del art. 9 del Reglamento (TJCE, sentencia de 1 de febrero de 2007, *Sisón c. Consejo*, C-266/05 P), así como los procedentes de los Estados miembros respecto de los cuales las autoridades nacionales hayan solicitado que no se divulguen sin su consentimiento previo (art. 4.5; TPI, asuntos *Messina* e *IFAW*, ya mencionados, y *Scippacercola c. Comisión*, T-187/03).

Esta obligación de consulta se relaja notablemente, sin embargo, respecto del resto de *documentos de terceros*. Conforme a lo previsto en el art. 4.4 del Reglamento, la institución a la que se dirija una solicitud de acceso a un documento del que no sea autora, distintos de los mencionados en el párrafo anterior, estará obligada a consultar al tercero afectado para verificar si alguna de las excepciones impide su divulgación, a no ser que se deduzca con claridad que tal divulgación debe ser permitida o denegada. Cabe pues la posibilidad

de que la institución en cuyo poder se encuentra el documento solicitado proceda a su divulgación sin consultar previamente al tercero autor del mismo; e incluso que, habiéndole consultado, decida no seguir el dictamen emitido por este último (González Alonso 2002, 65).

En la práctica, este tipo de situaciones se ha planteado sobre todo en relación con documentos procedentes de los Estados miembros que se encuentran en poder de la Comisión. Y, si bien las autoridades nacionales no han adoptado hasta ahora una actitud excesivamente restrictiva a este respecto, los supuestos de denegación de acceso por parte de la Comisión a petición de un Estado miembro suelen ser conflictivos y han generado ya un buen número de recursos ante el TPI. De hecho, como recuerda A. Flanagan (2007, 609) criticando abiertamente el enfoque restrictivo de la jurisprudencia comunitaria sobre este punto, casi la mitad de los asuntos suscitados hasta la fecha por la aplicación del Reglamento 1049/2001 tienen que ver con esta circunstancia.

3.2. *Los beneficiarios del derecho de acceso a los documentos*

Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación personal, el art. 42 de la Carta reconoce el derecho de acceso a los documentos exactamente en los mismos términos que el vigente art. 255 del TCE o que el propio Reglamento 1049/2001; dicho de otro modo, sus titulares continuarán siendo los ciudadanos de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro. No obstante, y pese a no tratarse, desde luego, de una cuestión fundamental, la incorporación de aquel precepto, primero a la Carta de Derechos y, más tarde, a la segunda parte del Tratado Constitucional, unida a la inevitable reforma del Reglamento que la entrada en vigor de este último iba a traer aparejada, han reavivado un cierto debate en torno a la eventual ampliación del círculo de beneficiarios del derecho de acceso a los documentos.

Esta ampliación consistiría, como es lógico, en reconocer el disfrute de este derecho a cualquier persona, con independencia de su vinculación, de una u otra naturaleza, con la Unión Europea o con

sus Estados miembros. Tal y como, sin ir más lejos, hace la propia Carta de Derechos Fundamentales en su art. 41 respecto del derecho a una buena administración. La disparidad de criterio a este respecto entre ambos preceptos (arts. 41 y 42) delata ya una cierta incoherencia, en la medida en que la ausencia de normas sobre acceso público a los documentos o su aplicación incorrecta por parte de las instituciones y órganos comunitarios representan probablemente el principal supuesto de mala administración identificado por el Defensor del Pueblo Europeo en sus primeros diez años de vida.

En esta misma línea, la adaptación de la legislación comunitaria a los compromisos asumidos en virtud del Convenio de Aarhus también ha puesto de manifiesto la insuficiencia de aquel enfoque en cuanto a la determinación de los titulares del derecho de acceso a los documentos. De hecho, y por lo que se refiere al ámbito de aplicación de este Convenio, es decir, la información medioambiental, el Reglamento 1049/2001 se ha visto indirectamente modificado en este punto, pasando a aplicarse ya «sin discriminación por razón de la nacionalidad, ciudadanía o domicilio, y, en el caso de las personas jurídicas, sin discriminación por razón del lugar en que éstas tengan su sede oficial o un centro efectivo de actividades» (art. 3 del Reglamento 1367/2006, antes mencionado).

En fin, la propia Comisión llama la atención, en su Informe relativo a la aplicación de los principios del Reglamento 1049/2001, sobre la imposibilidad práctica de determinar el origen de un número creciente de solicitudes de acceso, dado que, cada vez con más frecuencia, llegan a las instituciones u órganos requeridos a través del correo electrónico [*COM (2004) 45 final*, p. 11].

Sorprende pues, a la luz de estas constataciones, que la actualización de la Carta, y con ella de su art. 42, no haya sido aprovechada para retocar la configuración del derecho de acceso a los documentos también en lo que atañe a su ámbito de aplicación personal. Máxime cuando en la práctica las instituciones han venido acogiendo, sin objeciones, las solicitudes realizadas por nacionales de terceros países no residentes en la Unión desde que comenzó a aplicarse el Código de conducta de 1993.

Fue precisamente esta actitud, favorable a la tramitación de peticiones de documentos procedentes del exterior, la que llevó en su

día al Parlamento Europeo a proponer la inclusión de una referencia específica al respecto en el Reglamento 1049/2001. La propuesta fructificó en el apartado segundo del su art. 2, conforme al cual «las instituciones podrán conceder el acceso a los documentos a toda persona física o jurídica que no resida ni tenga su domicilio social en un Estado miembro», con arreglo a los principios, condiciones y límites establecidos con carácter general por el Reglamento.

A esta previsión se acogieron de inmediato las tres instituciones directamente vinculadas por el mismo, regulando en términos más o menos similares en sus respectivas normas internas sobre acceso público el trato que dispensarán a este tipo de solicitudes. Es preciso subrayar, no obstante, que ello no equivale a reconocer un auténtico derecho en este sentido a los nacionales de terceros países no residentes o establecidos en la Unión. Se trata, más bien, de una facultad de la que disponen las instituciones; aunque, eso sí, si deciden ejercerla, como ha ocurrido en la práctica, quedan obligadas a tramitar las peticiones procedentes del exterior ateniéndose escrupulosamente a los principios, condiciones y límites fijados por el Reglamento. Por su parte, el resto de instituciones y órganos comunitarios no se ha preocupado hasta la fecha de esta cuestión [*COM (2004) 45 final*, p. 16].

4. Derecho de acceso: ¿a los documentos o a la información?

Aunque en su versión de 2007 el art. 42 de la Carta sigue reconociendo formalmente un derecho de acceso *a los documentos,* al igual que hacía el viejo Código de conducta de 1993 o el propio art. 255 del TCE, bien podría haberse aprovechado la redefinición de su contenido para modernizar también su configuración en este punto, transformándolo en un auténtico derecho de acceso *a la información*. Éste es, de hecho, el sentido que tiene ya en la práctica, gracias, por un lado, a la jurisprudencia de los tribunales comunitarios y, por otro, al desarrollo normativo operado por el Reglamento 1049/2001.

Estos argumentos no resultaron, sin embargo, determinantes a los ojos de la Convención ni de la CIG de 2004; o, al menos, no has-

ta el punto de justificar un cambio en la denominación del derecho analizado. Lo que sí propiciaron ambas instancias fue la corrección de un aspecto concreto del enunciado del art. 42 de la Carta para adaptarlo a esas nuevas circunstancias. Una modificación con la que indirectamente se confirma la pertinencia de la concepción de este derecho como derecho de acceso a la información.

En efecto, la referencia a los *documentos* de las instituciones, órganos u organismos de la Unión va acompañada de una especificación mediante la que se despeja cualquier tipo de duda acerca de la irrelevancia de la forma o el soporte en los que aquéllos se presenten. En el art. II-42 del Proyecto de Tratado elaborado por la Convención se utilizaba la expresión, «cualquiera que sea la forma en que estén elaborados»; con mejor técnica jurídica, la CIG de 2004 la reemplazó por la fórmula «cualquiera que sea su soporte», que coincide en mayor medida con la empleada por el art. 3 del Reglamento 1049/2001 y que se mantiene en el texto de la Carta de diciembre de 2007.

La definición del término *documento* en aquel instrumento normativo supuso ya un paso decisivo en la modernización del derecho de acceso y fue generalmente saludada como un claro avance en la configuración de este derecho como auténtico derecho de acceso a la información (González Alonso 2002, 61). No en vano, mientras que el Código de conducta de 1993 vinculaba abiertamente el concepto de documento al de *texto escrito,* el art. 3 del Reglamento lo define como «todo contenido, sea cual fuere su soporte (escrito en versión papel o almacenado en forma electrónica, grabación sonora, visual o audiovisual) referente a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la institución» requerida. De este modo, y con independencia de que el art. 255 del TCE y el propio Reglamento que lo desarrolla continúan articulando el ejercicio de este derecho en torno a la noción de documento, materialmente estamos en presencia de un derecho general de acceso a la información, puesto que lo determinante no es la forma bajo la que ésta se presente, sino su contenido.

Así lo había confirmado ya, antes incluso de la aprobación del Reglamento, la jurisdicción comunitaria cuando hubo de pronunciarse sobre el principio del *acceso parcial* a los documentos. Esta cuestión se planteó, en efecto, bajo el régimen del Código de con-

ducta de 1993 a instancias de la parlamentaria europea Heidi Hautala, quien a comienzos de 1998 interpuso ante el TPI un recurso dirigido contra la decisión en virtud de la cual el Consejo se había negado a facilitarle un informe de su Grupo de Trabajo sobre armamento convencional. Entre otras muchas alegaciones, la demandante y los Estados miembros que apoyaban sus pretensiones, en concreto Finlandia y Suecia, trataron de hacer ver al juez comunitario que, pese al silencio de las normas entonces aplicables sobre este punto, resultaba absolutamente desproporcionado denegar el acceso a un documento en su integridad, cuando sólo la divulgación de ciertos pasajes del mismo corría el riesgo de atentar contra alguna de las manifestaciones del interés público protegida por el régimen de excepciones.

Al avalar esta argumentación, tanto el TPI (sentencia de 19 de julio de 1999, T-14/98) como ulteriormente el propio Tribunal de Justicia, en sentencia dictada a raíz del recurso de casación interpuesto contra aquel primer pronunciamiento (TJCE, sentencia de 6 de diciembre de 2001, C-353/99 P), se decantaron por una concepción desacomplejada del derecho regulado en el art. 255 del TCE; disposición que, por tanto, reconoce a los ciudadanos un derecho general de acceso a la información, y no sólo a los documentos que se encuentren en poder de las instituciones. Conforme a este principio del acceso parcial, codificado después por el Reglamento 1049/2001 en su art. 4.6, los documentos no pueden considerarse como un todo indivisible a efectos de su divulgación; si tan sólo una parte de su contenido está cubierta por alguna de las excepciones, debe facilitarse el acceso al resto. Porque lo que en definitiva importa es la información y no tanto el soporte en el que ésta aparece recogida.

Ello no quiere decir en todo caso, y como el TPI tuvo ocasión de matizar de modo inmediato (sentencia de 12 de julio de 2001, *Olli Mattila;* T-204/99, apartado 69), que la obligación que en este sentido incumbe a las instituciones comunitarias tenga un alcance ilimitado, sino que debe compaginarse con el principio de buena administración. Así, la exigencia de conceder un acceso parcial no debe llevar aparejado un trabajo administrativo inadecudado y las instituciones están, desde luego, facultadas para denegar el acceso cuando el examen de los documentos controvertidos muestre que éste carecería de

sentido ya que las partes de dichos documentos, si se divulgaran, no tendrían utilidad alguna para quien solicitó acceder a ellos.

Sea como fuere, y sin perjuicio de que el art. 42 de la Carta continúe configurando formalmente este derecho como un derecho de acceso a los documentos, de lo dicho se desprende con claridad que lo que el ordenamiento de la Unión Europea viene reconociendo ya en la práctica desde hace tiempo a sus ciudadanos es un auténtico derecho de acceso a la información.

5. Hacia una nueva regulación del ejercicio del derecho de acceso a los documentos

Como cualquier otro de los derechos reconocidos por la Carta que también constituyen disposiciones de los tratados, el derecho de acceso a los documentos habrá de ejercerse en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos (art. 52.2 de la Carta). En el caso que nos ocupa estas condiciones y límites no aparecen, sin embargo, directamente regulados en el Derecho originario, salvo por lo que se refiere a la situación excepcional en la que el art. 15.3 del TFUE coloca al Tribunal de Justicia, al Banco Central Europeo y al Banco Europeo de Inversiones, ya que sólo estarán sujetos al régimen de acceso público cuando ejerzan funciones administrativas. De este modo, se clarifica su posición a este respecto, ya que, hasta la fecha, o bien no se habían dotado todavía de normas precisas en la materia, caso del Tribunal de Justicia, o bien lo habían hecho en términos más restrictivos que el resto (González Alonso 2002, 32). Pero, en todo lo demás, habrán de ser el Parlamento Europeo y el Consejo quienes precisen, conforme al procedimiento legislativo ordinario, los principios generales y, sobre todo, los límites que por motivos de interés público o privado habrán de modular el ejercicio del derecho de acceso a los documentos.

Apenas se separa en esto el art. 15.3 del TFUE de las previsiones del art. 255 del TCE. Este precepto fijó, como es bien sabido, un plazo de dos años desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam para que el Parlamento Europeo y el Consejo determinasen, mediante el procedimiento de codecisión, aquellos principios y límites. Tras un duro enfrentamiento entre estas dos instituciones, apoya-

das, respectivamente, por los Estados miembros más progresistas y recalcitrantes en la materia, el 30 de mayo de 2001 pudo por fin aprobarse, con cierto retraso sobre el plazo previsto y bajo presidencia sueca, el ya mencionado Reglamento (CE) 1049/2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Unos meses más tarde, las tres instituciones se dotaban de normas internas específicas para facilitar el ejercicio efectivo de este derecho de acuerdo con las previsiones generales del Reglamento (Decisión de la Mesa del Parlamento Europeo de 28 de noviembre de 2001, *DO* C 374, de 29 de diciembre de 2001; Decisión del Consejo de 29 de noviembre de 2001, *DO* L 313, de 30 de noviembre de 2001; Decisión de la Comisión de 5 de diciembre de 2001, *DO* L 345, de 29 de diciembre de 2001).

Aunque el Tratado de Funcionamiento no establece ahora plazo alguno para el desarrollo legislativo del apartado 3 de su art. 15, la revisión del Reglamento 1049/2001 se ha convertido en una necesidad sentida tanto por la doctrina (Kranenborg 2006; Flanagan 2007) y por el Parlamento Europeo [Resolución de 4 de abril de 2006, P6-A(2006)052], como por la propia Comisión, sin perjuicio de que ésta se haya mostrado bastante más autocomplaciente en cuanto a la urgencia de la reforma. No obstante, y tras ciertos titubeos iniciales [*COM (2004) 45 final*, de 30 de enero de 2004], la Comisión se comprometió a abrir un procedimiento de consultas con vistas a elaborar una propuesta en ese sentido en el marco de su «Iniciativa Europea en favor de la Transparencia», lanzada en noviembre de 2005 y sistematizada en el Libro Verde de 3 de mayo de 2006 [*COM (2006) 194 final*]. A ella le ha seguido un segundo Libro Verde, de 18 de abril de 2007 [*COM (2007) 185*], específicamente centrado en la revisión del régimen de acceso del público a los documentos de las instituciones. Y por fin, poco más de un año después, una propuesta formal de nuevo reglamento [*COM (2008) 229 final*, de 30 de abril de 2008].

Son muchos los elementos de esta normativa que podrían verse afectados por la reforma, sobre todo tras la entrada en funcionamiento a finales de junio de 2007 del régimen paralelo en materia de información medioambiental que resulta de la aplicación del Convenio de Aarhus y que, como hemos visto, ha provocado ya ciertas modificaciones en el propio Reglamento 1049/2001. Al margen

de ellas, conviene llamar la atención, por ejemplo, sobre el hecho de que la regulación de las excepciones que limitan el ejercicio del derecho de acceso a los documentos no coincide exactamente en ambos instrumentos, con las complicaciones que ello podría acarrear en la práctica de las instituciones.

Es precisamente en este ámbito, el del régimen de excepciones, donde la aplicación del Reglamento ha suscitado mayores problemas, que en no pocos casos se han traducido en recursos ante la jurisdicción comunitaria. Y es que, si bien la disposición que se ocupa de esta materia (art. 4) representó en su día un avance incuestionable respecto de las previsiones del Código de conducta de 1993, la práctica de estos últimos años ha revelado serias dificultades en la gestión de alguna de las excepciones.

Así ha ocurrido fundamentalmente con el juego de las excepciones relativas a la protección del interés público en materia de procedimientos judiciales y asesoramiento jurídico, así como a la preservación de los objetivos de las actividades de inspección, investigación y auditoría, ambas encuadradas en el apartado segundo del art. 4 del Reglamento y cuya interpretación resulta muy controvertida (entre otros muchos asuntos, sentencia del TPI de 23 de noviembre de 2004, *Turco c. Consejo*, T-84/03, posteriormente anulada por el TJCE mediante sentencia de 1 de julio de 2008, C-39/05 P y C-52/05 P, a instancias del demandante inicial y del Reino de Suecia; y sentencia del TPI de 12 de septiembre de 2007, *Association de la presse internationale ASBL c. Comisión*, T-36/04). Su aplicación se complica sobre todo porque, a diferencia de los intereses enumerados en el apartado primero de esta disposición (seguridad pública, defensa y asuntos militares, relaciones internacionales, política financiera, monetaria o económica, e intimidad e integridad de la persona), la protección que aquellas actividades merecen no justifica por sí misma y de forma automática la denegación del acceso a los documentos de una institución comunitaria. No basta, por tanto, para ello con constatar que la divulgación de determinadas informaciones supone un perjuicio para aquel interés (*test del daño*), sino que además la institución afectada habrá de ponderar en cada caso si la divulgación de los documentos solicitados no reviste *un interés público superior,* que pueda prevalecer sobre el contemplado en el propio Reglamento (*test de la ponderación de intereses*).

Este ejercicio de ponderación de intereses, que bajo condiciones muy similares debería operar también en relación con los documentos que todavía no tienen un carácter definitivo (art. 4.3 del Reglamento), resulta casi impracticable en los términos en los que parecen concebirlo las instituciones, que de este modo lo han convertido en *letra muerta* (Kranenborg 2006, 262). Debería ser pues precisado, al margen de que la revisión permitiese también codificar diversos aspectos del acervo jurisprudencial que se ha ido consolidando a lo largo de estos últimos años como consecuencia de la aplicación del régimen de excepciones. La propia definición de documento, y en particular la de *documentos legislativos* (art. 12), el tratamiento que debe dispensarse a los documentos sensibles (art. 9), la relación entre acceso público y protección de datos personales, etc., constituyen algunas otras cuestiones no del todo bien resueltas por el Reglamento 1049/2001 y sobre las que, a juicio de la Comisión y de buena parte de la doctrina, debería incidir esta reforma.

Bibliografía

Comisión Europea. Informe sobre la aplicación de los principios del Reglamento (CE) núm. 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. *COM* (*2004*) *45 final*. Bruselas, 30 de enero de 2004.

— Libro Verde. Acceso del público a los documentos de las instituciones de la Comunidad Europea. Revisión. *COM (2007) 185 final*. Bruselas, 18 de abril de 2007.

Curtin, D. «Citizens' Fundamental Right of Access to EU Information: An Evolving Digital Passepartout?». *Common Market Law Review*. Vol. 37 (2000): pp. 7-41.

Dyrberg, P. «El acceso público a los documentos y las autoridades comunitarias». *Revista de derecho comunitario europeo* 2 (1997): pp. 377-411.

— «Current Issues in the Debate on Public Access to Documents». *European Law Review*. Vol. 24 (1999): pp. 157-170.

Flanagan, A. «EU Freedom of Information: Determining where the Interest Lies». *European Public Law* 4. Vol. 13 (2007): pp. 595-632.

González Alonso, L. N. *Transparencia y acceso a la información en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2002.

Harden, I. «Citizenship and Information». *European Public Law* 2. Vol. 7 (2001): pp. 163-193.

Heliskoski, J. y P. Leino. «Darkness at the Break of Noon: the Case Law on Regulation núm. 1049/2001 on Access to Documents». *Common Market Law Review*. Vol. 43 (2006): pp. 735-781.

Kranenborg, H. R. «Is it Time to Revise the European Regulation on Public Access to Documents?». *European Public Law* 2. Vol. 12 (2006): pp. 251-274.

Mangas Martín, A. *La Constitución Europea*. Madrid: Iustel, 2005.

MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. «La transparencia en la Unión Europea». *Cuadernos de Derecho Público* 26 (2005): pp. 169-193.

ÖBERG, U. «Public Access to Documents after the entry into force of the Amsterdam Treaty: Much Ado About Nothing?». *European Integration online Papers* 8 (EioP). Vol. 2 (1998). http://eiop.or.at/eiop/texte/1998-008.htm.

ÖSTERDAHL, I. «Openness v. Secrecy: Public Access to Documents in Sweden and the European Union». *European Law Review*. Vol. 23 (1998): pp. 336-356.

PÉREZ CARRILLO, E. F. «Accesibilidad a los documentos en materia de seguridad en la Unión Europea». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 28 (2007): pp. 819-854.

RAGNEMALM, H. «Démocratie et transparence: sur le droit général d'acces des citoyens de l'Union européenne aux documents détenus par les institutions communautaires». *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini* (vol. II, *Diritto dell'Unione Europea*). Milán: Giuffrè, 1998, pp. 809-830.

Artículo 43
El Defensor del Pueblo Europeo

Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a someter al Defensor del Pueblo Europeo los casos de mala administración en la actuación de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, con exclusión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Preceptos relacionados

- Carta: art. 41.
- TFUE: arts. 20.2 d), 24 y 228.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 21, segundo párrafo, y 195 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. I-10, apartado d); I-49, II-101-II-103 y III-335.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 43.

COMENTARIO

Luis N. González Alonso
Profesor Titular de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

1. Consideraciones generales

El derecho reconocido por esta disposición de la Carta es el mismo que actualmente garantizan los arts. 21 y 195 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). Se trata, por tanto, de un derecho asociado desde un principio al estatuto de la ciudadanía de la Unión y que ha sido objeto de un intenso ejercicio por parte de sus titulares a lo largo de la última década. No en vano en 2005, diez años después de que entrase en funciones el primer Defensor del Pueblo Europeo, el número de reclamaciones tramitadas por su oficina alcanzaba ya la cifra de 20.000 (Defensor del Pueblo 2005).

En este sentido, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, como ya hiciera antes el Tratado Constitucional retomando, a su vez, lo previsto en la versión original de la propia Carta, se limita a confirmar un derecho ya en vigor, depurando, eso sí, su formulación para adaptarla al *lenguaje de los derechos* (Peters 2005, 702). Esta adaptación resulta perceptible también en el art. 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que sirve de pórtico a la regulación de la ciudadanía de la Unión y en el que se enumeran ahora los derechos concretos que conforman este estatuto jurídico. Pierde de este modo razón de ser, si es que alguna vez la tuvo, la polémica suscitada por la redacción del art. 21 del TCE, en la medida en que al referirse en su párrafo segundo a las reclamaciones ante el Defensor del Pueblo no habla de auténtico derecho, sino simplemente de la posibilidad de dirigirse a este órgano, mientras que en su párrafo primero sí reconoce expresamente a todos los ciudadanos de la Unión «el derecho de petición ante el Parlamento Europeo». Esta diferencia de redacción provocó en su momento ciertas dudas acerca de la exacta naturaleza de la prerrogativa que el Tratado pone al alcance de los ciudadanos para defender sus intereses frente las instituciones y ór-

ganos de la Unión en casos de mala administración (Söderman 1997, 352).

Tal vez lo único sorprendente de esta nueva formulación es que aparezca encabezada bajo el título de «El Defensor del Pueblo Europeo», idéntico, por cierto, al que el Tratado Constitucional empleaba, además de en la disposición equivalente al actual art. 43 de la Carta, en su art. I-49, cuando de lo que se trata es de reconocer un derecho a los ciudadanos. Esta denominación contrasta, en efecto, con la del resto de preceptos de la Carta de Derechos, que sin necesidad de incorporar siempre el término *derecho* resulta mucho más esclarecedora para los titulares de los mismos. Por otro lado, y si bien la tramitación de las reclamaciones que recibe de los ciudadanos constituye el grueso de su labor, no es ésta la única función que el Tratado atribuye al *Ombudsman* europeo. Sin ir más lejos, el propio art. 195 del TCE, como ahora el art. 228 del TFUE, le encomienda expresamente la realización de investigaciones de oficio sobre supuestos de mala administración. En fin, el encabezamiento del art. 43 de la Carta probablemente obedezca a ese afán por redactar un texto «intencionadamente sencillo y casi lacónico» que caracterizó a la primera Convención (Mangas Martín 2005, 196).

En otro orden de cosas, y aunque esta reiteración desaparezca con el Tratado de Lisboa, conviene recordar que el derecho de reclamación ante el Defensor del Pueblo aparecía también contemplado en la primera parte del Tratado Constitucional. Y no sólo en su art. I-10, disposición de cabecera en la regulación del Estatuto de la Ciudadanía de la Unión y que pasa ahora a ser el art. 20 del TFUE, sino igualmente en el ya mencionado art. I-49, encuadrado en el Título relativo a la vida democrática de la Unión y mediante el que se establecía la figura del Defensor del Pueblo Europeo. Bien es cierto que en este último precepto, y a diferencia de lo que ocurría con el derecho de acceso a los documentos en el art. I-50, la reiteración era menos evidente en la medida en que de lo que se trataba era de contemplar la creación del órgano, cuya función primordial habría de consistir precisamente en recibir e investigar las quejas presentadas por los ciudadanos. Consciente en todo caso de estas repeticiones, la Convención consideró oportuno mantenerlas por afectar a cuestiones neurálgicas en el modelo de funcionamiento de la Unión (CONV 726/03, 3). Pues bien, la reiteración desaparece

con el Tratado de Lisboa que, por un lado, suprime la referencia al Defensor del Pueblo en el Título del Tratado de la Unión Europea (TUE) sobre *los principios democráticos,* manteniendo la regulación de esta figura y del derecho de dirigirse a la misma en términos similares a los tradicionalmente empleados por los arts. 21 y 195 del TCE, con la única salvedad de la mención adicional que a ellos se hace en el nuevo art. 20 del Tratado sobre el Funcionamiento.

Analizaremos a continuación las ligeras adaptaciones de que fue objeto el derecho de reclamación en el marco de la Convención sobre el Futuro de Europa con el fin de operar en el nuevo contexto jurídico resultante, en principio del Tratado Constitucional y más tarde del Tratado de Lisboa, así como algunas de las principales propuestas presentadas sin éxito en aquel foro, y que de haber prosperado habrían afectado directa o indirectamente al ejercicio del derecho en cuestión. Todo ello nos permitirá perfilar mejor las implicaciones y el alcance de la incorporación de este derecho al art. 43 de la Carta de 2007.

2. La adaptación al nuevo marco jurídico

El derecho de reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo se ha consolidado en la práctica institucional de la última década como «una vía alternativa a la del recurso ante el juez comunitario para defender sus intereses» por parte de los ciudadanos de la Unión; una vía alternativa, «extrajudicial, que responde a criterios específicos y no persigue necesariamente los mismos objetivos que la vía judicial» (TPI, sentencia de 10 de abril de 2002, *Lamberts*, T-209/00; confirmada por el TJCE mediante sentencia de 23 de marzo de 2004, C-234/02 P).

Lejos de alterar lo más mínimo este modelo, tanto la Carta de 2007 como el propio Tratado de Lisboa lo confirman reforzando su carácter de derecho asociado al estatuto de la ciudadanía de la Unión. De hecho, y al margen del cambio de enunciado a tal fin, la única diferencia que se aprecia entre la redacción de los arts. 21 y 195 del TCE y la del art. 43 de la Carta obedece a una mera adaptación técnica. Donde aquellos preceptos hablaban de reclamaciones relativas a casos de mala administración «en la acción de las ins-

tituciones y órganos comunitarios», la nueva disposición amplía el espectro de posibles encausados por las mismas al referirse a la «actuación de las instituciones, órganos u organismos de la Unión», con exclusión en ambos textos por igual del Tribunal de Justicia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Esta modificación, heredada del art. II-103 del Tratado Constitucional, resultó en su momento, por un lado, de la generalización en aquel texto de la expresión «instituciones, órganos y organismos», con la que la Conferencia Intergubernamental (CIG) reemplazó a la empleada por la Convención («instituciones, organismos y agencias»), para referirse al conjunto de los organismos creados por los tratados o por actos de Derecho derivado (CONV 726/03, p. 3). Y, por otro, de la simple desaparición de la estructura en pilares que hasta ahora ha venido caracterizando a la Unión Europea y que, en consecuencia, impide seguir aludiendo a instituciones u órganos *comunitarios*.

Esta última adaptación presenta, sin embargo, un mayor calado en la medida en que, tras la reforma operada en su día por el Tratado de Amsterdam, el Defensor del Pueblo Europeo es competente para tramitar reclamaciones relativas a supuestos de mala administración en el ámbito del tercer pilar (art. 41 TUE), pero no en el de la Política Exterior y de Seguridad Común. Sin perjuicio de que en la práctica el Consejo no se haya negado a colaborar con el Defensor del Pueblo en algún caso suscitado por la aplicación de esta política, como la reclamación presentada por un experto al servicio de la Misión de Policía de la Unión Europea en Bosnia (Decisión 471/2004/OV) o, más recientemente, una reclamación dirigida contra la Agencia Europea de Defensa que también ha sido objeto de tramitación (Defensor del Pueblo 2006, 37), la entrada en vigor del Tratado de Lisboa hace desaparecer definitivamente aquella limitación.

Por lo demás, los arts. 43 de la Carta y 228 del TFUE configuran en los mismos términos que las disposiciones concordantes del TCE tanto la legitimación para someter reclamaciones al Defensor del Pueblo Europeo, como el objeto sobre el que éstas deben versar.

En cuanto a la primera de estas cuestiones, son titulares del derecho de reclamación no sólo los ciudadanos de la Unión, sino también cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domi-

cilio social en un Estado miembro. En efecto, éste es uno de los derechos de ciudadanía, junto al de petición ante el Parlamento Europeo y el de acceso a los documentos, cuyo disfrute no se ha limitado nunca a los nacionales de los Estados miembros, a diferencia de lo que hasta ahora ha venido ocurriendo con el resto (participación política, libertad de circulación y residencia o asistencia diplomática y consular). La Carta de los Derechos Fundamentales, tanto en su versión original como en la proclamada en diciembre de 2007, introduce no obstante una novedad a este respecto, al reconocer con carácter universal, pero dentro del Título relativo a la Ciudadanía de la Unión, el derecho a una buena administración.

Sin perjuicio del análisis realizado a propósito del alcance de este derecho en el comentario de la disposición pertinente (art. 41), es preciso subrayar aquí la incoherencia que tal circunstancia provoca en relación con el derecho de reclamación ante el Defensor del Pueblo, en la medida en que este último tiene precisamente por objeto corregir los casos de mala administración. Mientras que *toda persona* tiene derecho a que «las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable», no todos los potenciales perjudicados por una conducta incorrecta a este respecto tienen abierto el cauce más accesible para reclamar y conseguir que se ponga fin a la vulneración de su derecho a una buena administración. No serán muchos, desde luego, los nacionales de terceros países que, sin residir o tener un domicilio social en uno de los Estados miembros, puedan encontrarse en condiciones de reivindicar el disfrute de este derecho, pero no cabe duda de que tal situación podría producirse en la práctica generando la consiguiente falta de protección para los afectados de un derecho que la Carta proclama como fundamental (Fraile Ortiz 2003, 286).

Tampoco se aprecia, por otro lado, ningún cambio en lo relativo al objeto de las reclamaciones: los supuestos de *mala administración* en que incurran las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Es éste un concepto que no aparece definido ni en el Tratado ni en el Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo (*DO* L 113, de 4 de mayo de 1994, p. 15). Como vimos al comentar el art. 41, ha sido el propio Defensor del Pueblo quien ha ido aquilatándolo progresivamente en la práctica, proponiendo primero una definición

lo más amplia posible del mismo («se produce mala administración cuando un organismo público no obra de conformidad con las normas o principios a los que debe obligatoriamente atenerse», Informe Anual 1997); promoviendo después la inclusión del derecho a una buena administración en la primera versión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, y elaborando por último un *Código de buena conducta administrativa,* que habría de ser aprobado por el Parlamento Europeo en septiembre de 2001 y en el que se detalla el contenido práctico de aquel derecho; es decir, cuáles son los principios y pautas de comportamiento que la Administración Europea habrá de respetar en su relación con los ciudadanos so pena de incurrir en supuestos de «mala administración».

Como única novedad relativa, tal vez quepa esperar tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa una mayor atención por parte del Defensor del Pueblo al desarrollo de la vertiente del concepto de mala administración que tiene que ver con la vulneración de derechos fundamentales. En efecto, si la proclamación de la Carta en diciembre de 2000 le llevó a asumir el compromiso de garantizar que el contenido de la misma fuese respetado por las instituciones como una cuestión de *buena administración,* lo que ha estado en el origen de algunas de sus principales investigaciones de oficio durante los últimos años (Söderman 2005, 85), no sería de extrañar que, una vez incorporada formalmente la Carta al Derecho Constitucional de la Unión, aquella preocupación se convirtiese en objetivo estratégico de su actuación (Nikiforos Diamandourus 2005, 228).

Pero, por lo demás, el alcance del derecho de reclamación no se ve alterado como consecuencia de su inclusión en la Carta de 2007. Conforme a su art. 52.2, este derecho, al igual que el resto de los reconocidos por la Carta y que también se mencionan en otras disposiciones del Tratado, continuarán ejerciéndose «en las condiciones y dentro de los límites determinados» por ellas. Condiciones y límites que pasarán a regular el art. 228 del TFUE, aunque en los mismos términos que el art. 195 del TCE, con su correspondiente desarrollo en el ya mencionado Estatuto del Defensor del Pueblo, así como en las *Normas de ejecución* adoptadas por éste en octubre de 1997.

Quiere ello decir que el *Ombudsman* europeo continuará disponiendo de un amplio margen de apreciación para llevar a cabo las investigaciones que considere justificadas a partir de las quejas reci-

bidas directamente de los ciudadanos o a través de un diputado al Parlamento Europeo, supuesto este último extremadamente raro en la práctica, salvo que los hechos alegados sean o hayan sido objeto de un procedimiento jurisdiccional. En este caso, habrá de declararse inadmisible la reclamación o darse por terminado su estudio archivándose los resultados de las investigaciones llevadas a cabo hasta ese momento (art. 2.7 del Estatuto).

Del mismo modo, la tramitación de cada expediente continuará caracterizándose por ese enfoque flexible que lleva siempre en primera instancia a buscar una solución informal o amigable que satisfaga plenamente al ciudadano que ha sufrido un caso de mala administración. Cuando esto no sea posible, el Defensor del Pueblo se dirigirá a la institución, órgano u organismo afectado formulando, si lo considera necesario, proyectos de recomendaciones a los que éstos habrán de dar respuesta motivada en un plazo máximo de tres meses. Si estas dos gestiones resultasen infructuosas, el art. 3.7 de su Estatuto le faculta para implicar directamente al Parlamento Europeo en la resolución del caso mediante la remisión a este último de un informe especial que puede contener nuevas recomendaciones. Ésta es, no obstante, una facultad a la que sólo se recurre a propósito de cuestiones de especial relevancia.

En fin, al margen de este arsenal de instrumentos expresamente previstos en su Estatuto, el Defensor del Pueblo ha desarrollado en la práctica una modalidad adicional de fiscalización consistente en el archivo de los casos tras la pertinente investigación con observaciones críticas (art. 7 de las Normas de ejecución). Este procedimiento se emplea cuando ya no es posible corregir el comportamiento administrativo concreto que dio origen a la reclamación, pero conviene establecer de cara al futuro las pautas a las que habrán de atenerse las instituciones en supuestos similares (Söderman 1997, 357-358).

3. Las propuestas rechazadas por la Convención sobre el Futuro de Europa

La preocupación del Defensor del Pueblo por perfeccionar los mecanismos de protección de los derechos de los ciudadanos en la Unión Europea le llevó a defender ante la Convención una serie de

propuestas que, sin modificar el significado y alcance del derecho de reclamación, podrían haber redundado, en caso de prosperar, en un notable fortalecimiento del mismo (CONV 221/02).

Partiendo de la base de que no existen auténticos derechos sin recursos efectivos para garantizar su protección (Söderman 2003), la primera y fundamental de esas propuestas consistía en la incorporación al futuro texto constitucional de un capítulo específico sobre *vías de recurso,* mediante el que se le presentasen al ciudadano de forma clara y sistemática los distintos cauces a través de los cuales puede hacer valer los derechos que le asisten en virtud del ordenamiento de la Unión Europea, incluidos los derechos fundamentales. Entre esas vías de recurso debería figurar, además del derecho básico a entablar un proceso ante la jurisdicción competente, el derecho de someter reclamaciones en casos de mala administración, no sólo ante el Defensor del Pueblo Europeo, sino también ante sus homólogos nacionales. La propuesta se completaba con una disposición específica sobre la *Red de defensores del pueblo y órganos dedicados al examen de peticiones en los Estados miembros,* que ya funciona en la práctica desde hace años agrupando a 90 órganos de estas características de 29 países, así como con el reconocimiento al *Ombudsman* europeo de la facultad de someter al Tribunal de Justicia de la Unión aquellos asuntos relativos a la protección de derechos fundamentales derivados de sus investigaciones que planteasen cuestiones importantes de principio y que no pudiesen resolverse de otro modo.

De estos planteamientos, todos ellos rechazados por la Convención, tal vez el más polémico fuese la incorporación al Tratado de referencias a las vías de recurso nacionales en supuestos de mala administración y a los órganos encargados de tramitarlas. La insistencia del Defensor del Pueblo Europeo a este respecto viene motivada, sin duda, por las limitaciones que afectan a su cargo y que, a diferencia de lo que ocurre con el Tribunal de Justicia en relación con la protección de derechos fundamentales, le impiden entrar a conocer de aquellos casos de mala administración en que incurren las autoridades nacionales cuando aplican normas comunitarias; sólo es competente, en efecto, para atender las reclamaciones de los ciudadanos que han sufrido este tipo de conducta en el marco de una relación directa con las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Pero, tanto o más comprensible que esa preocupación del

Ombudsman europeo resulta la de los Estados miembros por no ver condicionada su autonomía a la hora de articular en sus respectivos ordenamientos internos las vías de recurso no judiciales que consideren más adecuadas (Peters 2005, 724).

En este sentido, el Tratado de Lisboa, retomando también en este punto la opción por la que en su día se decantó el Tratado Constitucional (art. I-29), se limita finalmente a codificar en el art. 19 del TUE la obligación que incumbe a los Estados miembros en relación con el establecimiento de «las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión».

Conviene recordar, no obstante, la importancia de la cooperación entre el Defensor del Pueblo Europeo y sus homólogos nacionales, e incluso regionales, en la medida en que buena parte de las reclamaciones que recibe el primero resultan inadmisibles por referirse a asuntos respecto de los que son competentes estos últimos. De ahí que, con independencia de su frustrada regulación en el texto del Tratado, la mencionada Red de defensores del pueblo constituya en la práctica un instrumento de colaboración sumamente pertinente y necesario.

Por lo que se refiere, en fin, a la facultad de acudir al Tribunal de Justicia para reforzar la protección de los derechos fundamentales, la propuesta del Defensor del Pueblo corrió la misma suerte que en 1991, cuando también se planteó y fue descartada en el marco de la CIG previa al Tratado de Maastricht. Aunque los defensores del pueblo de algunos Estados miembros, como ocurre en el caso de España, disfrutan de prerrogativas similares, continúa siendo mayoritaria la percepción de que su reconocimiento al *Ombudsman* europeo desvirtuaría la configuración de este órgano por la que se optó en el TUE. Ni el hecho de que la Carta pase a convertirse en Derecho originario de la Unión, ni el que una figura de menor envergadura institucional que el Defensor del Pueblo, como es el Supervisor Europeo de Protección de Datos, sí esté facultado para someter al Tribunal ciertos asuntos en virtud del art. 47 del Reglamento 45/2001 (*DO* L 8, de 12 de enero de 2001, p. 1), resultaron argumentos de peso suficiente para allanar el camino de esta propuesta en el seno de la Convención. Pese a ello, el Defensor del Pueblo Europeo no ha abandonado su reivindicación en tal

sentido y continúa abrigando la esperanza de que pueda ser atendida con motivo de una futura reforma de su Estatuto. De momento, en virtud de la reforma operada en junio de 2008 (Decisión del PE de 18 de junio de 2008 por la que se modifica la Decisión 94/262/CECA, CE, EURATOM, sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones, *DO* L 189 de 17 de julio de 2008), sus poderes de investigación frente a las instituciones y órganos de la Unión se han visto notablemente reforzados.

Bibliografía

Cadeddu, S. «The Proceedings of the European Ombudsman». *Law and Contemporary Problems* 1 (Duke University School of Law). Vol. 68 (2004): pp. 207 y ss.

Carmona y Choussat, J. F. *El Defensor del Pueblo Europeo.* Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas. INAP, 2000.

Condinanzi, M. «Article I-49». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, t. 1. Bruselas: Bruylant, 2007, pp. 640-652.

Defensor del Pueblo Europeo. *Informe Anual 2005.* Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2006. http://www.euro-ombudsman.eu.int.

— *Informe Anual 2006.* Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. 2006. http://www.euro-ombudsman.eu.int.

— *Origins, Establishment, Evolution. Commemorative volume published on the occasion of the 10th anniversary of the institution.* Luxemburgo: OPOCE, 2005.

Fraile Ortiz, M. *El significado de la ciudadanía europea.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

Garzón Clariana, G. «Holding the Administration Accountable in Respect of its Discretionary Powers: the Roles and Approaches of the Court, the Parliament and the European Ombudsman». *The European Ombudsman. Origins, Establishment, Evolution.* pp. 191-209.

Harden, I. «When Europeans Complain. The Work of the European Ombudsman». *Cambridge Yearbook of European Legal Studies.* Vol. 3 (2000): pp. 199-237.

— «À l'écoute des griefs des citoyens de l'Union européenne: la mission du Médiateur européen». *Revue du Droit de l'Union Européenne* 3 (2001): pp. 573-616.

Mangas Martín, A. *La constitución europea.* Madrid: Iustel, 2005.

Marías, E., ed. *The European Ombudsman.* Maastricht: European Institute of Public Administration, 1994.

Moreiro González, C. «El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea». *Gaceta jurídica de la CE.* D-19, 1993, pp. 167-259.

Nikiforos Diamandourus, P. «Reflections on the Future Role of the Ombudsman in a Changing Europe». *The European Ombudsman. Origins, Establishment, Evolution. Commemorative volume published on the occasion of the 10th anniversary of the institution.* Luxemburgo: OPOCE, 2005, pp. 217-240.

PALOMARES AMAT, M. «El Defensor del Pueblo Europeo». *Noticias de la Unión Europea* 173 (1999): pp. 53-61.

PETERS, A. «The European Ombudsman and the European Constitution». *Common Market Law Review*. Vol. 42 (2005): pp. 697-743.

PLIAKOS, A. «Le Médiateur de l'Union européenne». *Cahiers de Droit Européen* 5/6 (1994): pp. 563-606.

SÖDERMAN, J. «A Thousand and One Complaints: The European Ombudsman en Route». *European Public Law* 3 (1997): pp. 351-361.

— «Le citoyen, l'Administration et le droit communautaire». Rapport général. Congrès 1998 de la FIDE. http://www.euro-ombudsman.eu.int.

— «The Convention, the Charter and the Remedies». Intervención en el marco del *European Policy Centre Dialogue: The Convention and the Charter of Fundamental Rights*. Bruselas, 25 de febrero de 2003. http://www.euro-ombudsman.eu.int.

— «The Early Years of the European Ombudsman». *The European Ombudsman. Origins, Establishment, Evolution. Commemorative volume published on the occasion of the 10th anniversary of the institution*. Luxemburgo: OPOCE, 2005, pp. 83-105.

Artículo 44
Derecho de petición

Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene el derecho de petición ante el Parlamento Europeo.

Preceptos relacionados

- Carta: párrafo segundo del Preámbulo; arts. 11, 41.4 y 52.
- TUE (TLisboa): art. 55.
- TFUE: arts. 20, 24 y 227.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 21, primer párrafo, y 194 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-104.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 44.

Protocolos y declaraciones relacionados

- Declaración núm. 16 relativa al apartado 2 del art. 55 del TUE (lenguas).

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Este precepto, junto con los arts. 20, 24 y 227 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), confirma un derecho reconocido a ciudadanos de la Unión y personas físicas y jurídicas de terceros Estados hace ya casi cuarenta años.

Se reproduce el derecho en vigor sin introducir cambios sustanciales, como tampoco los introducía en esta materia el Tratado Constitucional, aunque lo regulaba en sus tres partes. Por un lado, se contemplaba en el precepto de cabecera en materia de ciudadanía, reconociéndose expresamente el derecho en la letra d) del apartado 2 del art. I-10 (derecho «de formular peticiones al Parlamento Europeo», hoy art. 20 TFUE); sólo hacía referencia expresa al titular necesario, la ciudadanía de la Unión. Por otro, se enunciaba este derecho en la Parte II (la Carta) de forma menos lacónica abarcando a todos sus posibles titulares (art. II-104; hoy art. 44 de la Carta); y en la Parte III situaba la base jurídica precisando algunas características de este derecho (art. II-334, antiguo art. 194 TCE, ahora art. 227 TFUE).

Como era un derecho ya existente, apareció mencionado en el art. 5 del primer Anteproyecto manejado por la Convención (CONV 369/02). El Grupo II que reflexionó sobre la Carta de Niza lo mantuvo, como en conjunto la Carta, tal y como fue aprobado en el año 2000; también el Pleno de la Convención. El Grupo de Expertos de los Servicios Jurídicos completó su redacción con la base jurídica en la Parte III (retomando el art. 194 TCE) precisando que el derecho de petición debe referirse a «un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Unión» que afecte directamente al solicitante (coincidente con el art. 194 TCE y con el art. 227 TFUE). La Conferencia Intergubernamental (CIG) de 2004 en su primera revisión hizo una ligera mejora en la redacción al eliminar la disyunti-

va equívoca de «Todo ciudadano de la Unión o toda persona física», sustituyéndola por la conjunción copulativa *y*. No se trata de alternativas, sino de reconocer el derecho a unos y otros.

En definitiva, no fue una innovación del Tratado Constitucional ni del Tratado de Lisboa; el contenido sustantivo de estos tres preceptos del proyecto constitucional fracasado se corresponde plenamente con los arts. 21 y 194 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) (son los arts. 20 y 227 TFUE adoptado en Lisboa). Ninguna novedad. Ni la Convención que preparó el proyecto de Tratado Constitucional ni las dos CIG (de 2004 y 2007) han introducido cambios sustanciales en este antiguo derecho cuyo origen es de acervo parlamentario.

El reconocimiento del derecho de petición es muy anterior, incluso, a la creación de la ciudadanía de la Unión por el Tratado de Maastricht. En efecto, este derecho ya le había sido reconocido por el propio Parlamento Europeo a los «ciudadanos de la Comunidad», a título individual o colectivo, a través de su Reglamento interno desde los años sesenta del pasado siglo y venía siendo ejercido profusamente por ciudadanos de los Estados miembros, que hacían llegar sus quejas o solicitudes al Parlamento Europeo y se había ido extendiendo a todos los residentes en la Unión Europea.

Desde hace casi medio siglo las peticiones que envía al Parlamento cualquier persona residente en el territorio de los Estados miembros se registran, siendo este registro accesible al público. Si se admitía a trámite, la petición se hacía llegar a la Comisión Parlamentaria competente, que la estudiaba, hacía las comprobaciones necesarias y elaboraba un informe, que podía dar lugar a una resolución del Parlamento Europeo. El derecho de petición podía ejercitarse de forma individual o mediante escrito colectivo recogiendo la firma de muchas personas.

El Tratado de la Unión Europea (TUE) de Maastricht elevó el fundamento jurídico del derecho de petición, insertándolo en la institución de la ciudadanía de la Unión y extendiéndolo expresamente a nacionales de terceros países residentes en la Unión fuera del marco estricto de los ciudadanos de ésta. En efecto, además del precepto ubicado en el marco de la ciudadanía de la Unión (arts. 21 TCE y 20 TFUE), otro precepto situado en el capítulo dedicado al Parlamento Europeo, el art. 194 del TCE (art. 227 TFUE), ha preci-

sado que cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tendrá este derecho de petición. Esta extensión a las sociedades asentadas en los Estados miembros y a cualquier persona física con residencia en los mismos, independientemente de la nacionalidad, ha sido vista como algo muy progresivo.

2. Significado y alcance del derecho

Hay que destacar de este derecho que se ejerce *respecto de la Unión Europea* y no ante o frente a Estados distintos del de origen, como sucede con el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones europeas y municipales.

El derecho de petición ante el Parlamento Europeo se inscribe en el derecho general o más amplio, reconocido a partir del Tratado de Amsterdam de 1998, de dirigirse a las autoridades comunitarias. Este derecho de acceso a las instituciones y organismos de la Unión traduce la necesidad de aproximar las instituciones a los ciudadanos y hacerlas accesibles a sus inquietudes e iniciativas. Esto permite, a su vez, a las instituciones conocer de forma directa las expectativas y las corrientes de opinión de la ciudadanía.

Por ello, el derecho de petición, aun siendo anterior, se enmarca en el más amplio de la transparencia y proximidad de la actividad comunitaria a los ciudadanos y en la necesidad de dar facilidades para acceder a la información sobre las decisiones adoptadas por las instituciones. Además, hay que reconocer que, cuando un ciudadano se dirige al Parlamento Europeo o a las restantes instituciones, no sólo lleva a su conocimiento un hecho, sino que muestra su confianza en las mismas.

A diferencia de los preceptos sobre el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones europeas y municipales, este derecho amplía *expresamente* la titularidad a las personas jurídicas, ya sean comunitarias o de terceros países, y a las personas físicas nacionales de terceros Estados. Por tanto, toda persona que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro puede hacer peticiones al Parlamento Europeo sin que dependa del reconocimiento discrecional de su derecho por la legislación de uno u otro Estado miembro.

El art. 227 del TFUE (como el art. 194 TCE) precisa que la petición puede ser individual o colectiva y deberá versar sobre cuestiones comunitarias que afecten directamente al peticionario.

Estos límites objetivos ya eran seguidos por el Parlamento Europeo cuando este derecho tenía su base jurídica sólo en el Reglamento interno del Parlamento Europeo, y tratan de evitar que peticiones sobre asuntos de índole interna busquen un eco o repercusión desmedida en una sede incompetente para encontrar una solución, y se distorsione malévolamente la finalidad de este derecho.

El fracasado Tratado Constitucional regulaba expresamente en el art. III-129 la cuestión de las lenguas en las que se tiene que presentar la petición y la contestación, circunscribiendo la presentación de peticiones a las lenguas reconocidas en el art. IV-448 («lengua… española»). Los tratados vigentes no hacen referencia a la lengua de comunicación con las instituciones. Hasta ahora esa cuestión se ha regulado por el citado Reglamento interno del Parlamento Europeo, el cual permite a los ciudadanos presentar sus peticiones en cualquiera de las lenguas oficiales de la Unión Europea y, además, podrán hacerlo en otras lenguas —oficial o no en una parte del territorio de la Unión— siempre que vayan acompañadas de una traducción a una lengua oficial de la Unión. También pueden ser presentadas por correo electrónico. Por tanto, no hay variación entre el régimen lingüístico del derecho de petición regulado por el Reglamento interno de Parlamento Europeo y el del art. 55 del TUE, tal como se ha modificado por el Tratado de Lisboa en el que se establecen las lenguas oficiales (*lengua española*).

España ha celebrado un Acuerdo administrativo con la Comisión (*DO* C 73, de 25 de marzo de 2006), pero no con el Parlamento Europeo, para que las personas que presenten una comunicación escrita en lenguas oficiales según la Constitución Española la dirijan al organismo que fijará el Gobierno, quien la traducirá al *español/castellano* —como figura en el Acuerdo— y se le reenviará a la Comisión; ésta le contestará en *español/castellano* pero la remitirá al organismo español que se encargue de las traducciones, y éste la traducirá a la lengua utilizada por el ciudadano o persona que remitió la comunicación. Es de prever que se extienda este Acuerdo a otras instituciones como el Parlamento Europeo.

En el pasado, el Parlamento Europeo rechazó con contundencia las enmiendas de eurodiputados españoles en las que se pedía que

las peticiones pudieran hacerse en lenguas reconocidas como oficiales en alguna parte de la Unión (caso del catalán, euskera y gallego). Para el Parlamento, ello entrañaría una discriminación entre los idiomas oficialmente reconocidos y los no reconocidos, además de ser el derecho de petición un derecho individual de las *personas residentes* en la Unión Europea. El Parlamento permite a *toda* persona que se exprese en su lengua, aunque no sea oficial en ninguna parte de la Unión, si bien a su petición en su propia lengua debe adjuntar una traducción o resumen (art. 191 de su Reglamento interno). El Parlamento trabaja y le responde sobre la base de esa traducción o resumen y le contesta en la lengua oficial a la que haya traducido su petición. De esta forma, se facilita a los inmigrantes de terceros países que se expresen ante el Parlamento Europeo en su propia lengua (árabe, hindi, turco, etc.). En definitiva, todas las lenguas minoritarias, sean o no oficiales, tienen los mismos derechos.

El conjunto de aspectos del derecho de petición se regula en el Reglamento interno del Parlamento Europeo con más detalle, y se precisa que se deben hacer constar todos los datos personales, domicilio, etc., de cada uno de los firmantes y en cualquiera de las lenguas oficiales de la Unión Europea; las peticiones que se declaren impertinentes se archivarán notificándose a los firmantes la decisión y los motivos de la misma. Si la petición se estima pertinente, será examinada por la Comisión Parlamentaria de Peticiones, pudiéndose celebrar audiencias o hacer visitas en el lugar de los hechos, recabar documentos, información o acceso a los servicios de la Comisión. La opinión se remite a la institución competente y se informará al Pleno sobre las medidas adoptadas por la Comisión o el Consejo, en relación con las peticiones admitidas.

Bibliografía

Chueca Sancho, A. «El derecho de petición de los ciudadanos de la Unión Europea al Parlamento Europeo». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 18 (1994): pp. 199 y ss.

Ibáñez Martín, I. «La expansión del derecho de petición en el Tratado de Ámsterdam». *Noticias de la UE* 171 (1999): pp. 45 y ss.

Rideau, J. *La transparence dans l'UE. Mythe ou principe juridique?* París: Libraire Genérale de Droit et de Jurisprudence, 1998.

Shuibhne, N. N. *EC Law and Minority Language Policy. Culture, Citizenship and Fundamental Rights*. La Haya: Kluwer Law International, 2004.

Artículo 45
Libertad de circulación y de residencia

1. **Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.**
2. **Podrá concederse libertad de circulación y residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.**

Preceptos relacionados

- Carta: párrafos segundo y tercero del Preámbulo; arts. 15, 16, 21 y 52.2.
- TUE (TLisboa): párrafo duodécimo del Preámbulo.
- TFUE: arts. 20-21, 26, 45-46, 48, 77-79 y 114.

Antecedentes

- Artículos correspondientes en la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 18, 39, 43, 49, 61-62 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-105.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 45.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Este precepto reproduce y confirma un derecho consustancial al sistema económico de la integración desde su fundación en 1951 con el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y posteriormente con los Tratados de Roma relativos a la Comunidad Económica Europea y al constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Este derecho se venía disfrutando como eje esencial de un proceso de integración basado en la libre circulación para acceder a un empleo asalariado o por cuenta propia, prestar o recibir un servicio, ejercer establemente una profesión o abrir un negocio o establecimiento.

Residir en un Estado miembro para llevar a cabo esas actividades económicas, al margen de la nacionalidad, había quedado ya desde mediados los años setenta al margen del poder discrecional de los Estados miembros. A ello se debe añadir el hecho de que las eventuales excepciones a ese derecho relativas al orden público, seguridad y salud públicas del art. 39.3 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) (art. 45 TFUE) han sido y son interpretadas muy restrictivamente por el Tribunal de Justicia. A partir de su proclamación en los arts. 39 (trabajadores), 43 (establecimiento) y 49 (servicios) del TCE (arts. 45, 49 y 56 TFUE), este derecho se ha ido extendiendo por su lógica implícita a la familia del beneficiario económico como un derecho fundamental de ambos. El Tribunal reconoció el mismo derecho en caso de trabajo parcial o el de libre circulación en calidad de turistas. Así pues, la libre circulación y residencia venía abarcando un campo social muy amplio (el familiar) a partir del agente económico, pero no era un ámbito completo, es decir, no afectaba, antes de 1992, a toda la sociedad.

Con la reforma del Acta Única en 1987 y su compromiso de realización plena del mercado común, verdaderamente interior y único,

se abordó la libre circulación de personas y su derecho a residir en el territorio de cualquier Estado miembro. El Consejo aprobó tres directivas el 28 de junio de 1990 relativas a amplias capas de población que no encajaban en el hecho económico que permitía la libre circulación de trabajadores, servicios y establecimiento, y de las familias afectadas por ese hecho. Se trata de los llamados *inactivos* laborales, destacando la Directiva 90/364 que regulaba *con carácter general* el derecho de residencia para todos los nacionales que no disfrutasen de dicho derecho en virtud de otras disposiciones del Derecho Comunitario y demostrasen tener unos recursos suficientes y un seguro de enfermedad; las otras directivas, la 90/365 y la 93/95, regulaban el derecho de residencia de los jubilados y pensionistas y de los estudiantes. Estas directivas estuvieron en vigor hasta el 30 de abril de 2006, fecha en la que fueron sustituidas por una única (Directiva 2004/38 de 29 de abril de 2004, *DO* L 158, de 30 de abril de 2004).

El salto cualitativo se dio en el Tratado de Maastricht al configurar la institución de la ciudadanía de la Unión y su estatuto de derechos específicos, entre los que figura el derecho de libre circulación y residencia de *todo ciudadano de la Unión,* independientemente de la actividad económica. Con el art. 18.1 del TCE, tal como fue modificado en Maastricht (art. 21 TFUE), quedó clarificado este derecho con una base jurídica aún más sólida y de carácter autónomo.

La vigente normativa de desarrollo del derecho ha superado el enfoque sectorial y económico del derecho de libre circulación y residencia limitado hasta 1993 para los agentes económicos. La normativa anterior a 2004 tampoco facilitaba la protección de este derecho al estar dispersa y fragmentada en una multiplicidad de directivas (trabajadores y sus familias —1612/68 y 68/360—, establecimiento y prestación de servicios —73/148—, orden público —64/221—, pensionistas —90/365—, estudiantes —93/96—, rentistas —90/364—), alejadas del enfoque político de la institución de la ciudadanía de la Unión Europea.

Una nueva Directiva refunde el conjunto del Derecho derivado en vigor y lo codifica y desarrolla: la Directiva 2004/38 del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (*DO* L 229, de 29 de junio de 2004). El plazo de transposición expiró el 30 de abril de 2006. Esta Directiva fue transpuesta en España por Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en Es-

paña de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (*BOE* de 28 de febrero de 2007).

Gran parte de sus disposiciones son aplicables en la actualidad, en la medida en que refunde disposiciones en vigor o incluye en el articulado derechos o situaciones ya deducidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). El derecho de libre desplazamiento y residencia no se relaciona ya con circunstancias laborales o económicas, sino que desde la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (TUE), el 1 de noviembre de 1993, es un derecho universal de todo ciudadano.

La libre circulación y residencia, libertad fundamental vinculada a un hecho económico y prevista en los tratados fundacionales, se transformó en una libertad política fundada en un derecho de la ciudadanía de la Unión y vinculada a ese estatuto a partir de 1992. El derecho que reconoce el Tratado de Lisboa se corresponde plenamente con el derecho tal como fue renovado a partir del TUE de Maastricht de 1992: como un derecho no sólo de los agentes económicos (trabajadores, prestación de servicios, establecimiento), sino de todos los nacionales de los Estados miembros.

2. La relación entre el derecho fundamental y la competencia comunitaria

En al Anteproyecto de fracasado Tratado Constitucional figuraba en un solo precepto el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros como derecho de ciudadanía (entonces art. I-5, CONV 369/02). Entre las propuestas de los convencionales a ese artículo marco y relativas a ese derecho, merece la pena recordar, por ser la única, la relativa a la *apostilla* propuesta por un convencional de que la libre circulación debe hacerse en el respeto de la legislación nacional (CONV 574/1/03 rev. 1, p. 67), lo que no es criticable siempre que esa legislación sea acorde con la normativa comunitaria que desarrolla este derecho, exigencia que no estaba en la mente del proponente.

Unos meses después, en el Pleno de marzo de 2003, varios convencionales propusieron realzar las cuatro libertades como el fun-

damento de la Unión por su importancia, dedicándole uno de los preceptos iniciales, y el Praesidium se hizo eco de esa propuesta tan en la línea de la ortodoxia clásica. En el art. I-4 pretendían los proponentes reconocer la libre circulación más como un derecho fundamental con efecto directo —en palabras de los convencionales— que como una competencia (CONV 674/03, 10).

Quedaba configurado el derecho de libre circulación como un fundamento del sistema (antiguo art. I-4), como derecho fundamental de la ciudadanía (en su marco general, art. I-10, y en marco más específico, art. II-105, el actual art. 45 de la Carta); ese cometido lo cumple también tanto el art. 18.1 del TCE como el art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), pero sus dos siguientes apartados dotan a la Comunidad de competencia para regular las condiciones de ejercicio y sus límites. Faltaba, pues, reconducir la competencia normativa de la Comunidad para facilitar el ejercicio del derecho por cualquier ciudadano de la Unión, distinta de las bases jurídicas relativas a concretas categorías económicas —trabajadores, establecimiento y servicios—. Faltaba reubicar en la nueva estructura jurídico-institucional la atribución de la competencia normativa que prevé el art. 18.2 y 3 del TCE (art. 21 TFUE).

Una primera lectura del art. 18.3 del TCE parece excluir la competencia para regular en materia de pasaportes, documentos de identidad y asimilados, así como medidas referentes a la seguridad social o la protección social. Sin embargo, no es así en la actualidad; a pesar de su mala redacción, lo que excluye es la utilización del apartado 2, es decir, el procedimiento de codecisión y la votación por mayoría cualificada para regular en tales materias. Con la nueva redacción (art. 21 TFUE) se aclara la posibilidad de usar una base jurídica, en caso de no haber una específica, en relación con tales documentos o medidas sobre seguridad social y protección social mediante un procedimiento legislativo especial (acto del Consejo y mera consulta al Parlamento Europeo).

3. Significado y alcance del derecho

En los arts. 21 del TFUE y 45 de la Carta se confirma el derecho vigente desde 1993 (art. 18 TCE): que *todos* los ciudadanos de la Unión son titulares de un derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros. Comporta no sólo el derecho a entrar y salir del territorio de los Estados miembros, residir permanentemente y desempeñar un trabajo por cuenta propia o ajena o ejercer una profesión, sino a disfrutar del conjunto de derechos previstos en el Tratado y normas de desarrollo, como los derechos y ventajas reconocidos en los Reglamentos 1612/68 y 1408/71 (tal como han sido modificados), y, lo que es más importante, el derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad (arts. 21.2 de la Carta y 20 TFUE; art. 12 TCE).

Es un derecho fundamental inherente a la categoría política de la ciudadanía de la Unión. Se establece como una obligación de resultado. Es, además, una norma de aplicación directa cuyo disfrute en sí mismo no está condicionado por medidas de ejecución del Consejo o de los Estados miembros. Todas las condiciones de ejercicio y eventuales límites deben estar previstos en el Tratado de Funcionamiento y en las normas de desarrollo.

Es un derecho individual y fundamental de todos los ciudadanos de la Unión Europea que no dependen de una determinada actividad económica (TJCE, sentencia de 12 de mayo de 1998, *Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, C-85/96) ni de la pertenencia al grupo familiar del agente económico comunitario. Este derecho público subjetivo, cuya tutela jurisdiccional es exigible ante el juez, permite disfrutar a todos los ciudadanos de la Unión de la posibilidad de desplazarse por todo el territorio de los Estados miembros y decidir el lugar de trabajo y de residencia en las condiciones y límites previstos por el Derecho de la Unión. Desde la citada sentencia *Martínez Sala* o la sentencia *Grzelczyk* (TJCE, sentencia de 20 de septiembre de 2001, C-184/99), el Tribunal comunitario se ha servido de la institución de la ciudadanía para cohesionar los derechos económicos y sociales de todos los ciudadanos que ejercen el derecho de libre circulación y residencia en cualquier otro Estado miembro. La actividad económica ya no es trascendental y cualquier nacional de

un Estado miembro puede invocar los derechos del Tratado sin estar condicionado a una concreta actividad económica para beneficiarse el mismo ciudadano y su familia.

El estatuto común a los nacionales de los Estados miembros es el de ciudadanía de la Unión Europea, lo que les permite acceder a los mismos derechos que otros ciudadanos que se encuentren en la misma situación, cualquiera que sea su actividad laboral. La vocación del estatuto de ciudadano de la Unión —afirma el Tribunal de forma lapidaria— es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros (TJCE, sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast, R c. Secretary for the Home Department*, C-413/99).

Se constata en la jurisprudencia del Tribunal comunitario que si hay una base jurídica concreta, ligada a una actividad económica (libre circulación), en la que fundar el derecho de residencia, el Tribunal no menciona el derecho *político* de la ciudadanía, y que esta base más general es la que permite igualar al conjunto de nacionales de los Estados miembros.

En efecto, es un derecho que se ejerce con algunas condiciones y límites establecidos en el propio derecho originario de la Unión, como advierte el art. 20. Aunque el art. 45 que comentamos no lo dice, hay que tener en cuenta que, cual comodín, el art. 52 de la Carta establece que todos y cada uno de los derechos reconocidos por la Carta se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas. Por ejemplo, el derecho de libre circulación y residencia para los que se contemplan en las actividades económicas (trabajadores por cuenta propia y ajena, prestatarios y beneficiarios de servicios, etc.) se rige también por las disposiciones del TCE (a partir de su entrada en vigor, por el TFUE), así como por el Derecho derivado de aplicación a cada grupo (asalariados, abogados, médicos, seguros, arquitectos, etc.).

A las instituciones de la Unión sólo se las habilita para adoptar normas en la medida en que puedan *facilitar* su ejercicio y sólo en la medida en que sea necesario. Las disposiciones que adopten sobre limitaciones y condiciones se ajustarán de manera razonable a aplicar el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión en dicha materia. En materia de derechos fundamentales, en todo sistema de Estado de Derecho, las constituciones reconocen y garantizan los derechos y la misma norma constitucional establece los límites y

condiciones; lo que no se le puede permitir a la autoridad legislativa es disponer del alcance mismo del derecho o de una capacidad normativa que desnaturalice los derechos fundamentales.

El Derecho originario siempre ha regulado las condiciones y límites del ejercicio del derecho de libre circulación y residencia de trabajadores, servicios y derecho de establecimiento, y para el futuro también se regula en los arts. 45 y ss. del TFUE (arts. 39 y ss. TCE). Además, se le ha reconocido competencia normativa de desarrollo, y fruto de esa habilitación son importantes normas como el Reglamento 1612/68 del Consejo de 15 de octubre de 1968 sobre libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad (*DO* L 257, de 19 de octubre de 1968 —texto consolidado con las reformas posteriores de 27 de agosto de 1992, consleg. 1968R1612—) y el Reglamento 1251/70 del Consejo de 29 de junio de 1970 relativo al derecho de los trabajadores de residir en el territorio de un Estado miembro después de haber ocupado un empleo (*DO* L 142, de 30 de junio de 1970).

O, por ejemplo, por lo que se refiere a los límites o restricciones del derecho, hay que anotar la importante Directiva 6/64 de 25 de abril de 1964, ya derogada desde el 30 de abril de 2006 (Directiva 2004/38), que fue objeto de interpretación destacada por, entre otras, las sentencias de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, 41/74, o la de 19 de enero de 1999, *Donatella Calfa*, C-348/96 o en la sentencia de 26 de noviembre de 2002, *Ministre de l'Interieur c. A. Oteiza*, C-100/01, en las que se precisan las situaciones en las que se puede limitar la residencia o denegar la entrada en el territorio nacional. Con carácter más general, el Tribunal estima que las medidas nacionales que pueden obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado «únicamente pueden justificarse si reúnen cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo» (sentencia de 1 de febrero de 2001, *Dennis Mac Queen y otros c. Grandvision Belgium*, C-108/96).

Como se ha señalado en el epígrafe 1, actualmente la norma básica y general que desarrolla las condiciones y límites del derecho a

circular y residir en cualquier Estado miembro (sustituyendo a la vieja Directiva 6/64 y a las Directivas de 1990), es la Directiva 2004/38 de 29 de abril de 2004 (*DO* L 158, de 30 de abril de 2004) cuyo plazo de transposición fue el 30 de abril de 2006, estando pues en plena vigencia.

El derecho de residencia de todo ciudadano no se ejerce independientemente de la situación económica y la cobertura sanitaria y social. Se exige que el titular y su familia dispongan de recursos suficientes y seguro de enfermedad con el fin de que no se conviertan, durante su residencia, en una carga para el Estado miembro de acogida. De este modo, quedarían dos categorías de ciudadanos de la Unión fuera del derecho de residencia: los ciudadanos de la Unión que carezcan de recursos económicos suficientes y las personas excluidas por razones de orden público, seguridad o salud pública (Directiva 2004/38).

Por otra parte, los arts. 2 del TUE y 20 del TFUE confirman un principio clave en materia de libre circulación y residencia: en todos los ámbitos en que se aplican los tratados no cabe discriminación por razón de nacionalidad. Cabe recordar que gozar de los derechos de ciudadanía significa que un nacional de un Estado miembro no puede ser objeto de discriminaciones en el ejercicio de sus derechos ni por parte de las autoridades públicas ni de otros particulares en cualquier Estado miembro.

Mediante este principio de igualdad de trato invocable directamente ante toda autoridad interna (administrativa o judicial) y ante cualquier particular (aplicable pues en las relaciones verticales y horizontales, TJCE, sentencia de 6 de junio de 2000, *Angonese*, C-281/98) por cualquier nacional de un Estado miembro que se encuentre bajo el campo de aplicación de los tratados, se ha venido quebrando en numerosísimos ámbitos la dicotomía clásica nacional-extranjero. La ciudadanía de la Unión elimina, al menos de hecho y en buena medida de derecho, la categoría jurídica de *extranjero* referida a un nacional de un Estado miembro; en la vida diaria ha penetrado la noción de ciudadano *comunitario* para designar a quienes no siendo nacionales del Estado de residencia tampoco son extranjeros. Así pues, la esfera de derechos y obligaciones del ciudadano de la Unión fuera del Estado del que es nacional coincide en gran medida con la esfera nacional como consecuencia de la aplicación

del derecho de no discriminación al ejercicio del derecho de libre circulación y residencia.

Por ello, el objetivo de la ciudadanía de la Unión es doble: de un lado, crear nuevos derechos que se ejercen en cualquier Estado miembro y, de otro, extender la esfera nacional de derechos en favor de los nacionales de los otros Estados miembros que se encuentren en el territorio de aquél.

4. La extensión de derecho de libre circulación y residencia a la familia del ciudadano de la Unión. El derecho de reagrupación familiar

También al efecto combinado del principio de libre circulación y residencia de personas con el de no discriminación se debe la extensión, ya antes de reconocerse la institución de la ciudadanía de la Unión, de los beneficios del Tratado a la *familia* del agente económico nacional y su equiparación a todos los efectos. La razón de la extensión de la protección al desplazamiento y residencia de su familia ha sido el respeto a su dignidad y libertad, y, de forma más concreta, el respeto a su vida familiar y la unidad de la familia. Pero los derechos de su familia derivaban y dependían del trabajador o profesional comunitario desplazado.

Desde 1992 resulta obvio recordar que, si los miembros de la familia del ciudadano comunitario son también ciudadanos comunitarios, su derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros les corresponde por derecho propio; si tuvieran alguna dependencia económica, su vinculación con el ciudadano-agente económico (beneficiario del derecho de residencia con carácter principal) supliría el requisito de no ser una carga económica para el país de acogida.

Sin embargo, el derecho al respeto de la vida familiar no depende de la nacionalidad de los miembros de la familia del ciudadano comunitario. Es un bien superior que merece protección en sí mismo y no puede depender de los efectos de una actividad económica. Este derecho de reagrupación familiar tiene ciertos límites, pero el Estado debe justificar la negativa en situaciones previstas por la ley, motivadas por finalidades legítimas (necesidad social imperiosa) y

proporcionadas a esa finalidad. La familia extranjera de un ciudadano de la Unión tiene derecho a entrar y salir del territorio de un Estado miembro, y a que se le faciliten gratuitamente los visados necesarios de entrada y salida y derecho a trabajar. Gozarán de igualdad de trato en todos los ámbitos de aplicación del Tratado (Directiva 2004/38).

5. La extensión del derecho de libre circulación y residencia a los nacionales de terceros Estados

El apartado 2 del art. 45 prevé la posible extensión de ese derecho de libre circulación y residencia a nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro. Un trabajador extranjero que resida legalmente en un Estado miembro no tiene reconocido este derecho; su derecho se circunscribe formalmente al territorio de acogida. Pero las consecuencias del espacio sin fronteras interiores, derivadas del sistema Schengen (arts. 61 y 62 TCE, arts. 67 y 77 y ss. TFUE), facilitan su libre desplazamiento. Pero la residencia y trabajo en otro Estado miembro sería ilegal si no logran el permiso correspondiente en el nuevo Estado de acogida.

La previsión de este art. 45 facilitaría el traslado de la residencia de un Estado a otro dentro de la Unión. Pero este precepto no da competencia normativa a la Unión; las bases jurídicas que permitirán regular la extensión del derecho y sus condiciones están en el marco de la política de inmigración —competencia compartida—, de un lado, en el art. 77, referido a las condiciones de libre circulación y estancias por cortos períodos de tiempo; de otro, en el art. 79 se atribuye competencia para establecer las condiciones de la libre circulación y residencia de la larga duración de los nacionales de terceros países. A su vez, el art. 153.1 g) del TFUE reconoce a la Unión una limitada competencia de apoyo o complemento normativo en relación con las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países.

En el caso de residentes de larga duración la competencia se ejerció mediante la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*DO* L 16, de 2004, p. 44). En

ella se regulan las condiciones de concesión y retirada del estatuto de residente de larga duración otorgado por un Estado miembro a los nacionales de terceros países que residen legalmente en su territorio, así como los derechos correspondientes, y, por otra parte, las condiciones de residencia en Estados miembros distintos del que haya concedido el estatuto de larga duración de los nacionales de terceros países que gocen de dicho estatuto. Su plazo de transposición se agotó el 23 de enero de 2006 sin que haya sido transpuesta en España, habiendo constatado el Tribunal de Justicia esta infracción (TJCE, sentencia de 15 de noviembre de 2007, *Comisión c. Reino de España*, C-59/07) al no haber adoptado España las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a lo dispuesto en dicha Directiva.

Interés especial tiene la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros (*DO* L 251 de 3 de octubre de 2003). También tienen interés la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países y el Reglamento CE número 1091/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la libre circulación con un visado de larga duración (*DO* L 149, de 2 de junio de 2001). Otras directivas regulan situaciones específicas (estudiantes, Directiva 114/2004 e investigadores, Directiva 71/2004).

Finalmente, el art. 153.1 g) del TFUE reconoce a la Unión una limitada competencia de apoyo o complemento normativo en relación con las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países.

Bibliografía

Ballester Pastor, A. «La evolución del Derecho a la libre circulación de personas y trabajo. La incompleta culminación de Amsterdam». *Noticias de la UE* 204 (2002): pp. 45 y ss.

Candela Soriano, M. «Les exigences linguistiques: une entrave légitime à la libre circulation?». *Cahiers de Droit Européen* (2002): pp. 9-44.

Carrera, S. «What does Free Movement Mean in Theory and Practice in an Enlarged EU?». *European Law Journal* 6 (2005): pp. 699-721.

CRESPO NAVARRO, E. «La Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al Estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 18 (2004): pp. 531-552.

FERRER I GÓMEZ, A. *Libre circulación de nacionales de terceros estados y miembros de la familia en la UE*. Barcelona: Institut Universitari d'Estudis Europeus, 2001.

LIROLA DELGADO, I. «El código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras. Comentario al Reglamento 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006». *Revista General de Derecho Europeo* 13 (2007).

MANGAS MARTÍN, A. «Libre circulación y residencia de los ciudadanos de la UE: una aproximación a las dificultades de la movilidad». *GJ de la UE y de la competencia* 204 (1999): pp. 9-20.

— «La familia extranjera del ciudadano de la Unión: una inmigración privilegiada». *Estudios sobre derecho de extranjería*. Madrid: Instituto de Derecho Público, Universidad Rey Juan Carlos, 2005, pp. 325-359.

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

MATTERA, A. «"Civis europaeus sum". Citoyenneté européenne, droit de circulation et de séjour, applicabilité directe de l'article 8A du traité CE». *Revue du Marché Unique Européen* 3 (1998): pp. 5 y ss.

PAPAGIANNI, G. «Free Movement of Persons in the Light of the New Title IV TEC: From Intergovernmentalism Towards a Community Policy». *Yearbook of European Law*. Vol. 21 (2002): pp. 107-162.

POIARES MADURO, M. «Harmony and Dissonance in Free Movement». *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. Vol. 4 (2001): pp. 315-341.

REICH, N. «The Constitutional Relevance of Citizenship and Free Movement in an Anlarged Union». *European Law Journal* 6. Vol. 11 (2005): pp. 675-698.

VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. del M. «¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración? Comentario a la sentencia del TJCE de 27 de junio de 2006». *Parlamento Europeo c. Consejo*, C-540/2003», *Revista General de Derecho Europeo* 12 (2007).

WEISS, F. y F. WOOLDRIDGE. *Free movement of persons within the European Community*. Nueva York: Aspen Publishers, 2007.

Artículo 46
Protección diplomática y consular

Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de este Estado.

Preceptos relacionados

- Carta: art. 52.2.
- TUE (TLisboa): art. 35.
- TFUE: arts. 20, 23 y 221.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 20 del TUE y 20 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-106.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 46.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Este artículo reproduce fielmente el primer párrafo del art. 20 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) y es idéntico al art. 46 de la Carta tal como se aprobó en Niza (2000). El segundo párrafo del art. 20 del TCE constituye el art. 23 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en el que se confiere la competencia normativa para regular el ejercicio del derecho.

Este derecho fue reconocido por vez primera en el Tratado de Maastricht de 1992. La propuesta de este derecho específico fue hecha por el Gobierno de España en el marco de su proyecto de una ciudadanía europea.

El texto aprobado en Maastricht (art. 20 TCE) reconoce el derecho de los ciudadanos de la Unión a «acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado».

2. LA ADAPTACIÓN AL NUEVO MARCO JURÍDICO

La mención expresa a la protección diplomática y consular como derecho específico de la ciudadanía de la Unión figuraba en el primer Anteproyecto de Tratado presentado por el Praesidium de la Convención en el antiguo art. 5 (definitivo art. I-10.2 c). Los miembros de la Convención no presentaron enmiendas relacionadas con este particular derecho ni experimentó variación alguna durante el debate en la fase preparatoria de la Convención. Como la Parte II de la Constitución no fue objeto de debate en esa Convención sobre el Futuro de Europa, ya que la Carta de los De-

rechos Fundamentales, en su conjunto, fue insertada en el Tratado Constitucional.

Ya muy avanzados los trabajos de la Convención, el Grupo de Expertos de los Servicios Jurídicos, encargado de adaptar las normas materiales e institucionales de los tratados para conformar la Parte III (las políticas materiales y el funcionamiento, hoy TFUE), presentó un proyecto relativo a la instrumentación del ejercicio del derecho: la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para posibilitar el ejercicio del derecho, habilitando al Consejo para adoptar una ley europea con previa consulta no vinculante al Parlamento Europeo. En el mismo documento, pero en el art. III-202, se concretaba la obligación de medio de llevar a cabo negociaciones internacionales con terceros Estados conducentes a esa protección y encargaba a las misiones diplomáticas y consulares la ejecución de la obligación de protección (CONV 802/03, 12 de junio de 2003). Dicha presentación no suscitó ninguna reacción de los convencionales (CONV 812/03 COR1), si bien el Praesidium decidió eliminar de la redacción definitiva la alusión a la concreta obligación de llevar a cabo negociaciones internacionales, sin que se pueda conocer explicación alguna (CONV 848/03, 9 de junio de 2003).

En la fase decisoria de la Conferencia Intergubernamental (CIG), la primera revisión del proyecto de la Convención fue encargada al Grupo de Expertos Jurídicos de la Secretaría de la CIG de 2004, sin que presentara observación alguna a los diversos preceptos en las tres partes, relacionados con la protección diplomática y consular. Sin embargo, poco después de los primeros debates entre las delegaciones, se acordó reinsertar —en lo que es el definitivo párrafo segundo del art. 23 TFUE— la previsión del Derecho vigente relativa al compromiso de los Estados de entablar las negociaciones internacionales necesarias para garantizar la protección del derecho (CIG 50/03, 25 de noviembre), que había figurado en la adaptación que hizo el Grupo de Expertos de los Servicios Jurídicos de las instituciones, y que fue retirada sin explicación alguna por el Praesidium de la Convención. También la CIG de 2004 decidió hacer algunas modificaciones técnicas en la redacción final del art. III-306 (art. 35 TUE Lisboa) sustituyendo el término *ejecución* del derecho previsto por *aplicación,* que es propiamente lo que se encarga a las misiones diplomáticas y consulares. Las medidas de ejecución son

competencia para la que se habilita al Consejo en el art. 23. Obsérvese que ambas bases jurídicas no mencionan el art. 46 de la Carta sino el art. 20 del TFUE, que es realmente el precepto base o cabecera en materia de derechos vinculados a la ciudadanía.

Finalmente, al igual que sucede con otros derechos específicos de la ciudadanía, su regulación se hace en tres fases o niveles: por un lado, la primera previsión del reconocimiento del derecho de protección diplomática y consular se hace en el art. 20 del TFUE; la segunda referencia es el art. 46 de la Carta de Niza; y por otro, el art. 23 que prevé la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias, incluidas las negociaciones internacionales pertinentes, para garantizar el ejercicio del derecho, y habilita al Consejo de la Unión Europea, que encarga a las misiones diplomáticas y consulares la aplicación efectiva del derecho de protección diplomática y consular.

3. Significado y alcance del derecho

Por medio de este derecho, se trata de plasmar la solidaridad de la Unión y de sus Estados miembros con la ciudadanía de la Unión, en el caso de que el nacional de un Estado miembro precise asistencia y protección y *no haya embajada o consulado de su Estado de origen en el lugar en que se encuentre*. Si esto sucediera, entonces las embajadas o consulados de los otros Estados miembros se la prestarán como si se tratara de un nacional de ese Estado. Es un derecho que se reclama y se ejerce no ante la Unión sino ante los *otros* Estados miembros. No muestra vínculo directo de la ciudadanía con la Unión, sino la obligación de los Estados miembros con los nacionales de los otros Estados. Del hecho de la pertenencia de su Estado a la Unión se deriva su derecho a la protección consular y la obligación para el Estado miembro requerido.

El origen y antecedentes hay que situarlos en la experiencia habida durante los primeros meses de la guerra provocada por la invasión iraquí de Kuwait (2 de agosto de 1990) cuando al amparo de la inviolabilidad diplomática se protegió a nacionales de diversos Estados miembros. Pero en el art. 20 del TCE, como en el art. 23 del TFUE, segundo párrafo, se distingue que el reconocimiento de la

asistencia y protección que prestarán las embajadas y consulados de forma habitual será distinto del refugio en situaciones excepcionales —fundado en la inviolabilidad que no repara en la nacionalidad del beneficiario— y precisará de acuerdos específicos con terceros países. A tal fin, el art. 20 del TUE (art. 35 TUE Lisboa), relativo a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), obliga a la coordinación de las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros.

Conviene clarificar que la protección diplomática y consular a la que se refieren la Carta y los tratados, como señaló C. Jiménez Piernas (1993, 31-41), no es la protección diplomática *stricto sensu*, es decir, formal y estricta en el sentido de una reclamación ante otro Estado por el trato internacionalmente ilícito de que puedan haber sido objeto sus nacionales; se trata de una protección en un sentido general y amplio en la que se combinan y confunden actividades de gestión y actividades de naturaleza diplomática y consular.

Esta clarificación se vio confirmada por el desarrollo del derecho mediante una Decisión de 1995 (Decisión 95/353 de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo de 19 de diciembre de 1995, *DO* L 314, de 28 de diciembre de 1995): su disfrute se circunscribe a la *asistencia consular* en el sentido tradicional: asistencia en casos de fallecimiento, de accidente o enfermedad graves, en caso de arresto o detención, asistencia a víctimas de actos de violencia y el socorro y la repatriación de nacionales de la Unión en dificultad. Aunque el art. 20 no dejaba dudas al respecto, se confirma que el beneficio de la asistencia consular ante cualquier representación diplomática o consular se producirá si no existe representación permanente accesible o no hay un cónsul honorario accesible y competente. Los solicitantes deberán acreditar la nacionalidad de un Estado miembro y comprometerse a reembolsar al Gobierno del Estado miembro de su nacionalidad la totalidad del anticipo o de la ayuda económica o gastos efectuados por el Estado que le preste la asistencia, si bien éste será compensado por el Estado miembro del que es nacional la persona asistida. Como complemento a la Decisión de 1995, en la Decisión 96/409/PESC de 25 de junio de 1996 (*DO* L 168, de 6 de julio de 1996) se crea el Documento Provisional de Viaje que se expedirá a los ciudadanos de la Unión en dificultades en un tercer país, por

haber perdido o haberles sido robada su documentación, y que será válido para el regreso a su Estado de origen o de residencia.

El art. 23 del TFUE incluye una previsión que supone un cierto valor añadido respecto del Derecho vigente dado que éste no prevé una base jurídica, es decir, no da competencia a ninguna institución para dar desarrollo normativo a este derecho. Por ello, en 1995 se adoptó una Decisión de los Representantes de los Estados, una decisión sui géneris, cuya naturaleza jurídica internacional es un acuerdo en forma simplificada. En efecto, este precepto da competencia normativa al Consejo para adoptar directivas, a propuesta de la Comisión, que establezca las medidas necesarias para facilitar la protección; esta directiva del Consejo sólo requerirá la previa consulta del Parlamento Europeo (tal como preveía también el Tratado Constitucional). Fue una lástima que, con ocasión de un Tratado como el constitucional que pretendía democratizar más la toma de decisiones, no propusieran los convencionales una mayor participación en la elaboración de la norma de desarrollo en el futuro y un mayor control del Parlamento en la correcta aplicación y promoción del derecho, ampliamente desconocido por la ciudadanía. En el Tratado de Lisboa se ha mantenido sin cambio alguno.

Bibliografía

Andrés Sáenz de Santamaría, P. «La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión en el exterior». *Revista de Derecho de la Unión Europea* 11 (2006): pp. 11 y ss.

Carrera Hernández, J. «Protección diplomática y responsabilidad extracontractual de la CE en el ámbito pesquero». *Noticias UE* 161 (1998): pp. 27 y ss.

Crespo Navarro, E. *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho Internacional. La erosión del vínculo de la nacionalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

Jiménez Piernas, C. «La protección consular y diplomática del ciudadano de la Unión Europea». *Revista de Instituciones Europeas* 1 (1993): pp. 9 y ss.

— «La asistencia consular al ciudadano de la Unión: de Maastricht a Ámsterdam». *Acción exterior de la Unión Europea y comunidad internacional*. Madrid, 1998, pp. 219 y ss.

— «Estatuto de ciudadanía y derecho de asistencia a los ciudadanos de la Unión Europea». En F. Mariño Menéndez, dir. *Derecho internacional y tratado constitucional europeo*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 449 y ss.

Vilarino Pintos, E. «Representación exterior y cooperación diplomática y consular en el Tratado de la Unión Europea». *Revista de Instituciones Europeas* 2 (1995): pp. 417 y ss.

TÍTULO VI

JUSTICIA

Artículo 47
Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

Preceptos relacionados

- Carta: arts. 48-50.
- TUE (TLisboa): art. 19.
- TFUE: arts. 251-181.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 220-245 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. I-29, II-107-II-110 y III-360-III-381.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 47.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

El art. 47 regula el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, que constituye una pieza clave de todo Estado de Derecho. Este derecho coincide con el derecho a un proceso justo, que aparece regulado en los principales textos internacionales en materia de derechos humanos y que es consagrado también por la mayoría de las constituciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.

El primer enunciado de este derecho a la tutela judicial lo encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidad. Su art. 8 dispone que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley, y en su art. 10 estipula que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. El art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 regula de forma más exhaustiva este derecho a un proceso justo, estableciendo en su apartado primero lo siguiente: «Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publici-

dad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores».

En el ámbito regional europeo, la regulación del derecho a la tutela judicial efectiva se contiene en los arts. 6.1 (derecho a un proceso equitativo) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). El art. 13 del CEDH estipula que «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales». Por su parte, el art. 6.1 del CEDH afirma que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia».

El art. 47 es una norma bastante completa que se divide en tres párrafos, en los que regula respectivamente el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a un proceso justo y el derecho de asistencia jurídica gratuita.

1. El derecho a la tutela judicial efectiva

El primer párrafo del art. 47 dispone que «toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión ha-

yan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo». Esta disposición se basa en el art. 13 del CEDH, según las explicaciones de la Convención, que continúan afirmando lo siguiente: «No obstante, en el Derecho de la Unión la protección es más amplia, ya que garantiza un derecho a un recurso efectivo ante un juez. El Tribunal de Justicia consagró este derecho en su sentencia de 15 de mayo de 1986 como un principio general del Derecho de la Unión (*Johnston*, asunto 222/84, Rec. 1986, p. 1651; véanse también las sentencias de 15 de octubre de 1987, asunto 222/86, *Heylens*, Rec. 1987, p. 4097, y de 3 de diciembre de 1992, asunto C-97/91, *Borelli*, Rec. 1992, p. I-6313). Según el Tribunal de Justicia, este principio general del Derecho de la Unión también se aplica a los Estados miembros cuando éstos aplican el Derecho de la Unión. La inclusión de esta jurisprudencia en la Carta no tenía por objeto modificar el sistema de control jurisdiccional establecido en los Tratados ni, en particular, las normas relativas a la admisibilidad de los recursos interpuestos directamente ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La Convención Europea ha examinado el sistema de control jurisdiccional de la Unión, incluidas las normas relativas a la admisibilidad y ha confirmado dicho sistema, si bien se han modificado determinados aspectos, como establecen los artículos 251 a 281 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, el párrafo cuarto del artículo 263. El artículo 47 se aplica respecto de las instituciones de la Unión y de los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión, para todos los derechos que garantiza el Derecho de la Unión».

La regulación de la tutela judicial efectiva en el art. 47 se completa con el art. 19, que es el precepto dedicado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado de la Unión Europea (TUE), tras la reforma operada por el Tratado de Lisboa, y que establece en la última frase de su primer apartado que «los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión». Esta disposición incorpora la consolidada doctrina del Tribunal, explicitada en la sentencia *UPA/Consejo*, según la cual «corresponde a los Estados miembros prever un sistema de vías de recurso y de procedimientos que permita garantizar el respeto a la tutela judicial

efectiva» y, de conformidad con el principio de cooperación leal enunciado en el art. 10 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), «los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, en toda la medida de lo posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto» (TJCE, sentencia de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Consejo*, C-50/00 P, Rec., p. I-6677, apartados 41 y 42).

El art. 47 se fundamenta en los arts. 6.1 y 13 del CEDH, como se ha dicho, pero su ámbito de aplicación es más amplio, porque se aplica a toda persona que quiera hacer valer un derecho que le confiere el ordenamiento de la Unión Europea ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) (ante todas sus instancias) o ante los jueces nacionales. Este derecho a la tutela judicial efectiva obliga tanto a las instituciones y órganos de la Unión como a los Estados miembros.

La aplicación judicial del derecho de la Unión Europea es descentralizada, siendo los órganos jurisdiccionales nacionales los jueces de derecho común para conocer de los litigios suscitados en la aplicación del Derecho de la Unión y correspondiendo sólo al TJCE un número limitado de recursos. Por ello, el derecho a la tutela judicial en la aplicación de las normas comunitarias se plantea en los recursos de los que conoce el propio TJCE y se aduce, también, ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

1.1. *La tutela judicial efectiva ante los jueces nacionales*

El derecho a la tutela judicial efectiva en los procedimientos en los que los jueces nacionales aplican Derecho de la Unión Europea ha sido establecido con firmeza por el TJCE en su jurisprudencia, y sobre él ha elaborado el Tribunal buena parte de los principios y mecanismo orientados a garantizar una aplicación adecuada del Derecho de la Unión en los ordenamientos internos de los Estados miembros.

Según jurisprudencia reiterada, «el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho comunitario, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales» (sentencias de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, 222/84, Rec., p. 1651, apartados 18 y 19; de 15 octubre de 1987, *Heyens y otros*, 222/86, Rec., p. 4097, apartado 14; de 27 de noviembre de 2001, *Comisión/Austria*, C-424/99, Rec., p. I-9285, apartado 45; de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Consejo,* C-50/00 P, Rec., p. I-6677, apartado 39, y de 19 de junio de 2003, *Eribrand*, C-467/01, Rec., p. I-6471, apartado 61) «y que también ha sido reafirmado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza» (TJCE, sentencia de 13 de mayo de 2007, *Unibet*, C-432/05, apartado 37).

Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en virtud del principio de cooperación establecido por el art. 10 del TCE son los encargados de proporcionar la tutela judicial de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables (TJCE, sentencias de 16 de diciembre de 1976, *Rewe*, 33/76, Rec., p. 1989, apartado 5, y *Comet*, 45/76, Rec., p. 2043, apartado 12; de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec., p. 629, apartados 21 y 22; de 19 de junio de 1990, *Factortame* y otros, C-213/89, Rec., p. I-2433, apartado 19, y de 14 de diciembre de 1995, *Peterbroeck,* C-312/93, Rec., p. I-4599, apartado 12). El TJCE estableció por primera vez en la sentencia *Rewe I* el principio según el cual corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades procesales de los recursos en vía jurisdiccional que hayan de procurar la salvaguarda de los derechos que en favor de los justiciables genera el Derecho Comunitario, siempre que estas normas no sean menos favorables que las correspondientes a recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hagan imposible en la práctica el ejercicio de tales derechos (principio de efectividad) (TJCE, sentencia de 16 de diciembre de 1976, 33/76, Rec., p. 1989, apartado 5). La sentencia *Rewe II* confirmó este principio y añadió que el TCE no se propuso crear vías jurisdiccionales nacionales para la preservación del Derecho Comunitario, dis-

tintas de las establecidas en el Derecho nacional, y que el sistema de protección jurídica implantado por el TCE supone que cualquier acción contemplada en el Derecho nacional debe poder ejercitarse para garantizar el respeto de las normas comunitarias de efecto directo (TJCE, sentencia de 7 de julio de 1981, 158/80, Rec., p. 1805, apartado 44).

Con posterioridad, el TJCE ha concretado esta jurisprudencia declarando que, a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar a los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el efecto directo del Derecho Comunitario confiere a los justiciables; no obstante, estas modalidades no pueden ser menos favorables que las referentes a recursos semejantes de naturaleza interna, ni pueden articularse de tal manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (TJCE, sentencias *Peterbroeck,* antes citada, apartado 12; de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan*, C-453/99, Rec., p. I-6297, apartado 29, y de 11 de septiembre de 2003, *Safalero,* C-13/01, Rec., p. I-8679, apartado 49). De esta formulación se infiere que los derechos internos no escapan al control judicial comunitario, ya que las normas nacionales deben observar los principios de equivalencia y eficacia, y, aunque, en principio, incumbe al Derecho nacional determinar la condición y la legitimación de un justiciable para ejercitar una acción judicial, el Derecho Comunitario exige, no obstante, que la normativa nacional no atente contra el derecho a la tutela judicial efectiva (TJCE, sentencias de 11 de julio de 1991, *Verholen y otros*, C-87/90 a C-89/90, Rec., p. I-3757, apartado 24; y de 11 de septiembre de 2003, *Safalero*, C-13/01, Rec., p. I-8679, apartado 50). Así, corresponde a los Estados miembros prever un sistema de vías de recurso y de procedimientos que permita garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva (TJCE, sentencia *Unión de Pequeños Agricultores/Consejo*, antes citada, apartado 41).

En determinadas circunstancias, el Derecho Comunitario puede exigir una nueva vía jurisdiccional si éste es el único modo de garantizar la protección de un derecho conferido por el ordenamiento comunitario (TJCE, sentencia de 19 de junio de 1990, *Factortame*

I, C-213/89, Rec., p. I-2433). Así, por ejemplo, en el asunto *Heylens* el TJCE declaró que, dado que el libre acceso al empleo constituye un derecho fundamental atribuido por el Tratado individualmente a cualquier trabajador de la Comunidad, «la existencia de una vía de recurso de carácter jurisdiccional contra cualquier decisión de una autoridad nacional que impida el ejercicio de este derecho es esencial para garantizar al particular la protección efectiva de su derecho» (sentencia de 15 de octubre de 1987, 222/86, *Heylens*, Rec., p. 4097, apartado 14). De forma similar, en el asunto *Vlassopoulou,* el Tribunal de Justicia señaló que toda decisión de las autoridades nacionales sobre reconocimiento de títulos profesionales debe ser susceptible de recurso judicial que permita verificar su legalidad en relación con el Derecho Comunitario (sentencia de 7 de mayo de 1991, C-340/89, *Vlassopoulou*, Rec., p. I-2357, apartado 22).

El TJCE ha añadido que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales interpretar, en la medida de lo posible, la regulación procesal aplicable a la acción ejercitada ante ellos, como la exigencia de una relación jurídica concreta entre el demandante y el Estado, de modo que la aplicación de dicha regulación contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables (TJCE, sentencia *Unibet,* antes citada, apartado 44). En este asunto *Unibet,* en el que el Tribunal ha sintetizado de forma clara su jurisprudencia sobre la aplicación de tutela judicial efectiva por los jueces nacionales cuando aplican normas comunitarias, se determinó que la aplicación de este principio no exige, de por sí, que exista una acción autónoma que tenga por objeto, con carácter principal, impugnar la conformidad de las disposiciones nacionales con normas comunitarias, siempre que se garantice el respeto de los principios de equivalencia y de efectividad en el marco del sistema de vías jurisdiccionales internas. Como la empresa Unibet disponía en el Derecho sueco de otros cauces procesales para hacer valer los derechos que le conferían las normas de la Unión Europea, el Tribunal consideró que no resultaba violado su derecho a la tutela judicial por no existir una acción autónoma.

La aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva ha servido, también, de soporte al TJCE para otro importante desarrollo jurisprudencial orientado a conseguir una aplicación de las normas co-

munitarias en los derechos internos de los Estados miembros más efectiva. En primer lugar, la sentencia *Factortame* ha consagrado la competencia y la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales, en virtud del Derecho Comunitario, para adoptar medidas cautelares en orden a la tutela efectiva de los derechos reconocidos por este ordenamiento, aunque existan normas de Derecho nacional contrarias a ello (TJCE, sentencias *Factortame I*, antes citada, apartado 21; y de 11 de enero de 2001, *Siples*, C-226/99, Rec., p. I-277, apartado 19). La sentencia *Unibet* (apartado 77) ha recordado que «el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico comunitario exige que, con arreglo al Derecho de un Estado miembro, se puedan acordar medidas cautelares hasta que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre la conformidad de las disposiciones nacionales de que se trate con el Derecho comunitario, cuando la concesión de dichas medidas sea necesaria para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que resuelva sobre la existencia de tales derechos».

La sentencia *Zuckerfabrik* reconoció la competencia del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de un acto administrativo interno basado en un reglamento comunitario, cuya validez se cuestiona y la sentencia *Atlanta* ha permitido que los jueces nacionales puedan adoptar medidas cautelares positivas, que configuren o regulen provisionalmente las situaciones o las relaciones jurídicas controvertidas, en relación con actos administrativos nacionales fundados en un reglamento comunitario, cuya validez se cuestiona [TJCE, sentencias de 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest*, C-143/88 y C-92/89, Rec., p. I-415, apartados 26 y 27; de 9 de noviembre de 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft y otros* (I), C-465/93, Rec., p. I-3761, apartado 39; y de 6 de diciembre de 2005, *ABNA y otros*, C-453/03, C-11/04, C-12/04 y C-194/04, Rec., p. I-10423, apartado 104].

En los caos en los que se plantea la aplicación de medidas cautelares respecto a los efectos de una medida nacional cuya conformidad con el Derecho Comunitario se impugna, la sentencia *Unibet* afirma que el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico comunitario debe interpretarse en el sentido de que, en caso de duda sobre la

conformidad de disposiciones nacionales con el Derecho Comunitario, la concesión de medidas cautelares para suspender la aplicación de dichas disposiciones hasta que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre la conformidad de éstas con el Derecho Comunitario se rige por los criterios establecidos por el Derecho nacional aplicable ante el órgano jurisdiccional competente, siempre que dichos criterios no sean menos favorables que los referentes a recursos semejantes de naturaleza interna ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil la tutela judicial cautelar de tales derechos (TJCE, sentencia *Unibet*, antes citada, apartado 83).

1.2. *La tutela judicial efectiva en los procedimientos ante el TJCE*

En los procedimientos ante las diferentes instancias del TJCE (Tribunal de Justicia, TPI y tribunales especializados), la jurisprudencia ha establecido también la aplicabilidad de la exigencia de tutela judicial efectiva.

En este caso, la invocación de la tutela judicial efectiva se ha producido fundamentalmente respecto a la legitimación activa para interponer recursos ante el TJCE. El supuesto más conflictivo ha sido la restricción de la legitimación activa de los particulares para interponer recursos de anulación contra normas comunitarias. Con el actual art. 230 del TCE las personas físicas y jurídicas disponen de una legitimación activa muy restrictiva, ya que sólo pueden interponer un recurso de anulación contra las decisiones de las que sean destinatarias y contra las decisiones que les afecten directa e individualmente, aunque sean de alcance general. El TJCE ha interpretado de forma estricta el requisito de la afectación individual de los particulares desde la sentencia *Plaumann* (TJCE, sentencia de 15 de julio de 1962, *Plaumann*, 2562, Rec., p. 197) considerando que el particular, para recurrir un acto de alcance general, debe tener una incidencia en su persona que lo individualice de manera análoga a la de un destinatario debido a ciertas cualidades propias o a una situación de hecho que le caracterice en relación con cualquier otra persona. Estas condiciones han sido atemperadas en determinados casos y de forma casuística por la jurisprudencia posterior del TJCE, pero sin ser abandonadas, como demuestran las sentencias

UPA/Comisión y *Jégo-Quéré,* pese a la interpretación aperturista defendida por el Tribunal de Primera Instancia (TPI) en este último asunto.

El párrafo cuarto del art. 263 del TFUE ha introducido sólo una tímida apertura de la legitimación activa de los particulares a la hora de interponer recursos de anulación. En efecto, este precepto establece que «toda persona física o jurídica podrá interponer recurso […] contra los actos de los que sea destinataria o que le afecten directa e individualmente», lo que coincide con el actual art. 230 del TCE, «y contra los actos reglamentarios que le afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución», supuesto que no estaba previsto en el actual art. 230 del TCE. Esta ampliación de la legitimación activa de los particulares se limita a los actos que cumplan tres condiciones:

— deben ser *actos reglamentarios.* Se trata de una categoría confusa en la que posiblemente habría que incluir los actos de naturaleza no legislativa;
— actos que afecten directamente al demandante. El requisito de la afectación directa es fácil de cumplir según la jurisprudencia del TJCE ya que es necesario que el acto pueda influir en la situación material de los demandantes sin necesidad de adopción de medidas autónomas; y
— actos que no incluyan medidas de ejecución.

2. El derecho a un proceso justo

El segundo párrafo del art. 47 consagra el derecho a un proceso justo, en los términos siguientes: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar».

Según las explicaciones de la Convención, esta disposición se basa en el art. 6.1 del CEDH, pero «en Derecho comunitario, el derecho a un tribunal no se aplica únicamente a litigios relativos a derechos y obligaciones de carácter civil. Es una de las consecuencias del

hecho de que la Comunidad sea una comunidad de derecho, tal y como lo hizo constar el Tribunal de Justicia en el asunto 194/83, *Les Verts c. Parlamento Europeo* (sentencia de 23 de abril de 1986, Rec., 1988, p. 1339). No obstante, salvo en lo referente a su ámbito de aplicación, las garantías ofrecidas por el Convenio se aplican de manera similar en la Unión». Esto significa que el derecho a un juicio justo se regula en el art. 47 con alcance general y no sólo limitado a los ámbitos civil y penal, como en el art. 6.1 del CEDH, de forma que cubre también el contencioso administrativo, aunque siempre dentro del ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales, que se limita a las competencias atribuidas a la Unión Europea, como estipula el art. 51. Salvo esta diferencia en cuanto al ámbito de aplicación, las garantías del art. 47, párrafo segundo, se aplican de manera similar a las de los arts. 6.1 y 13 del CEDH.

En definitiva, la garantía del derecho a un proceso justo es aplicable con respecto a cualquier tipo de derecho que una norma de la Unión confiera a un individuo. Como ha dicho el TJCE en su jurisprudencia, el ámbito de aplicación material del Derecho Comunitario a un proceso justo se extiende debido a su naturaleza de principio general del Derecho Comunitario, desde el principio, a todo tipo de procesos, mientras que el principio del derecho a un proceso justo reconocido convencionalmente en el art. 6 del CEDH, sólo es de aplicación conforme a su redacción en los procesos civiles y penales (TJCE, sentencias de Justicia de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión,* 85/76, Rec., p. 461, apartado 9. TPI, sentencias de 14 de mayo de 1998, *Esso Española*, T-348/94, Rec., p. II-1875, apartado 80; y de 22 de octubre de 1997, *SCK y FNK*, T-213/95 y T-18/96, Rec., p. II-1739, apartados 53 y ss.).

En cualquier caso, el TJCE cuenta con una jurisprudencia muy asentada y abundante sobre aplicación de las diferentes garantías vinculadas al derecho a un juicio justo, en la que se aplica como principio general del Derecho Comunitario este derecho humano, inspirándose fundamentalmente para su articulación en el CEDH y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que lo ha interpretado.

El Tribunal de Justicia ha reconocido el principio general del Derecho Comunitario según el cual toda persona tiene derecho a un juicio justo (TJCE, sentencias de 17 de diciembre de 1998, *Baus-*

tahlgewebe/Comisión, C-185/95 P, Rec., p. I-8417, apartado 21; de 11 de enero de 2000, *Países Bajos y Van der Wal/Comisión*, C-174/98 P y C-189/98 P, Rec., p. I-1, apartado 17; y de 2 de mayo de 2006, *Eurofood IFSC*, C-341/04, Rec., p. I-3813, apartado 65). El Tribunal ha declarado igualmente que este principio se inspira en los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho Comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, teniendo en cuenta las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como las indicaciones proporcionadas, entre otros, por el CEDH (TJCE, sentencias *Eurofood IFSC*, antes citada, apartado 65; y de 25 de enero de 2007, *Salzgitter Mannesmann/Comisión*, C-411/04 P, apartado 41). Así pues, el derecho a un proceso justo, tal y como se garantiza en el art. 6 del CEDH, constituye un derecho fundamental que la Unión Europea respeta en tanto que principio general en virtud del art. 6.2 del TUE (TJCE, sentencia de 27 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, C-305/05, apartado 29).

A tenor del art. 6.1 del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH que lo interpreta (TEDH, sentencias de 21 de febrero de 1975, *Golder c. Reino Unido*, Serie A, núm. 18, apartados 26-40; de 28 de junio de 1984, *Campbell y Fell c. Reino Unido*, Serie A, núm. 80, apartados 97-113; y de 30 de octubre de 1991, *Borgers c. Bélgica*, Serie A, núm. 214-B, apartado 24), el derecho a un proceso justo engloba una serie de garantías procesales, entre las que destacan: el derecho de acceso a un tribunal, el principio de igualdad de armas en el proceso, el derecho a un tribunal independiente e imparcial, la publicidad y celeridad del procedimiento, y el derecho a la ejecución de las decisiones judiciales (Sudre 2005, 15). El TJCE ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse sobre muchas de estas garantías procesales vinculadas con el derecho a un juicio justo, incorporando los parámetros interpretativos del TEDH.

Así, en el reciente asunto *Ordre des barreaux francophones et germanophone* varios colegios de abogados plantearon la compatibilidad con el derecho a un proceso justo de la Directiva 91/308/CEE, debido a que obligaba a los abogados a suministrar a las autoridades la información sobre blanqueo de capitales obtenidas en las relaciones con sus clientes. El TJCE consideró que el abogado no estaría en condiciones de cumplir adecuadamente su misión de asesora-

miento, defensa y representación del cliente, quedando éste, por tanto, privado de los derechos que le confiere el art. 6 del CEDH, si, en el contexto de un procedimiento judicial o de su preparación, aquél estuviera obligado a cooperar con los poderes públicos transmitiéndoles la información obtenida con ocasión de las consultas jurídicas efectuadas en el marco de tal procedimiento. Por ello, la Directiva exonera en estos casos de la obligación de información a los abogados. Pero sí es compatible con el derecho a un juicio justo esta obligación de información, tal como la prevé el art. 2 bis.5 de la Directiva 91/308, cuando los abogados asistan a sus clientes en la concepción o realización de las transacciones, esencialmente de orden financiero e inmobiliario, contempladas en la letra a) de dicha disposición, o cuando actúen en nombre de su cliente y por cuenta del mismo en cualquier transacción financiera o inmobiliaria. Por regla general, tales actividades se sitúan, debido a su propia naturaleza, en un contexto que no tiene ninguna relación con un procedimiento judicial y, por lo tanto, al margen del ámbito de aplicación del derecho a un proceso justo (TJCE, sentencia *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, antes citada, apartados 32-36).

Con respecto a la invocación y utilización de medios de prueba en los procedimientos, el TJCE ha marcado la especificidad de los procedimientos comunitarios para aplicar las sanciones en materia de competencia, a los que se aplican, como ya se dijo, las garantías del derecho a un juicio justo. A su juicio, en asuntos del Derecho Comunitario de la competencia la prueba testifical sólo desempeña un papel secundario, mientras que los documentos escritos ocupan un lugar central, a diferencia de lo que sucede en los procedimientos penales. Estos documentos contienen a menudo secretos comerciales u otro tipo de informaciones que no pueden revelarse en absoluto o sólo con grandes reservas. Por ello, no cabe interpretar el principio de que toda persona tiene derecho a un proceso equitativo en el sentido de que los documentos que contengan pruebas de cargo han de ser descartados automáticamente como medio de prueba cuando ciertos datos deben permanecer confidenciales. Esta confidencialidad puede aplicarse también a la identidad de los autores de los documentos y de las personas que los hayan remitido a la Comisión (TJCE, sentencia *Salzgitter Mannesmann c. Comisión*, antes citada, apartados 42-44).

En relación con el derecho a ser oído en el juicio, el TJCE ha con-

siderado que ocupa un lugar preeminente en la organización y el desarrollo de un juicio justo. En el marco de un procedimiento de insolvencia reviste una especial relevancia el derecho de los acreedores o de sus representantes a participar en el procedimiento respetando el principio de igualdad de armas. Aunque la aplicación concreta del derecho a ser oído puede variar en función de la urgencia con que deba resolverse el litigio, toda restricción al ejercicio de este derecho ha de estar debidamente justificada y debe ir acompañada de las garantías procesales que ofrezcan a las personas afectadas por dicho procedimiento la posibilidad efectiva de impugnar las medidas urgentes adoptadas. La infracción de este derecho puede servir de base a un juez para negarse a reconocer un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro cuando la resolución de apertura se haya adoptado vulnerando de manera manifiesta el derecho fundamental a ser oído del que es titular la persona afectada por dicho procedimiento (TJCE, sentencia de 2 de mayo de 2006, *Eurofood IFSC*, C-341/04, Rec., p. I-3813, apartado 65).

La celeridad del procedimiento es otra garantía que comprende el derecho a un juicio justo, cuya traducción es la obligación de que el tribunal resuelva el asunto en un plazo razonable. El carácter razonable de tal plazo debe apreciarse en función de las circunstancias propias de cada asunto y, en particular, de la trascendencia del litigio para el interesado, de la complejidad del asunto, del comportamiento del demandante y de la actuación de las autoridades competentes (TEDH, sentencias de 23 de abril de 1987, *Erkner y Hofauer*, Serie A, núm. 117, § 66; de 27 de noviembre de 1991, *Kemmache*, Serie A, núm. 218, § 60; de 23 de abril de 1996, *Phocas c. Francia*, Rec., 1996-II, p. 546, § 71, y de 27 de septiembre de 1997, *Garyfallou AEBE c. Grecia*, Rec., 1997-V, p. 1821, § 39). De conformidad con esta jurisprudencia del TEDH, el TJCE analizó la actuación del TPI en el asunto del cartel de las mallas electrosoldadas y llegó a la conclusión de que éste había violado esta garantía procesal. Según el TJCE, «debe señalarse que, en el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, dos períodos son significativos a la luz del principio del plazo razonable. Así, transcurrieron aproximadamente treinta y dos meses entre el final de la fase escrita y la decisión de iniciar la fase oral. Es cierto que se decidió, mediante auto del 13 de octubre de 1992, acumular los once asuntos a efectos de la fase oral, pero procede indicar

que durante ese período no se llevó a cabo ninguna otra diligencia de ordenación del procedimiento ni ninguna diligencia de prueba. A esto se añade el hecho de que pasaron veintidós meses entre la conclusión de la fase oral y el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia» (TJCE, sentencias de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe c. Comisión*, C-185/95 P, Rec., p. I-8417, apartado 45). Ni la complejidad del asunto, ni el comportamiento de las empresas, ni la actuación de la Comisión justificaban una dilación tan importante en la actuación del TPI.

3. El derecho a la asistencia jurídica gratuita

El tercer párrafo del art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales dispone que «se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia». El derecho a la asistencia jurídica gratuita es un derecho instrumental con respecto al derecho a un proceso justo, ya que permite a las personas sin recursos económicos suficientes obtener el asesoramiento jurídico adecuado para defender sus derechos ante un tribunal.

En este punto, el art. 47 es innovador porque incluye expresamente este derecho a asistencia jurídica gratuita, que la Carta no menciona expresamente. No obstante, el TEDH sí ha establecido este derecho en el marco de la aplicación de los derechos consagrados por los arts. 6.1 y 13 del CEDH. Las Explicaciones de la Convención indican que «de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe concederse asistencia jurídica cuando su ausencia pudiera hacer ineficaz la garantía de un recurso efectivo» (sentencia del TEDH de 9 de octubre de 1979, *Airey*, Serie A, vol. 32, p. 11).

El TEDH ha considerado que la cuestión de saber si la concesión de asistencia jurídica gratuita es o no necesaria para que el procedimiento sea equitativo debe determinarse en función de los hechos y circunstancias particulares de cada caso y dependiendo de la gravedad del asunto para el demandante, de la complejidad del derecho y de los procedimientos aplicables, así como de la capacidad del

recurrente para defender efectivamente su causa. No obstante, el derecho de acceso a los tribunales no es absoluto y puede someterse a limitaciones, siempre que éstas persigan un objetivo legítimo y sean proporcionadas. En consecuencia, puede ser aceptable imponer limitaciones a la asistencia jurídica gratuita en función de la situación financiera del recurrente y de sus posibilidades de éxito en el procedimiento. Además, el Estado no tiene obligación de intentar garantizar con fondos públicos una igualdad de armas total entre la persona asistida y su adversario, desde el momento en que cada parte tiene unas posibilidades razonables de defender su causa en unas condiciones desventajosas respecto a su adversario (TEDH, sentencia de 15 de febrero de 2005, *Steel et Morris c. Reino Unido*, Rec., 2005-II, apartados 60-62). Los Estados no tienen obligación de suministrar asistencia jurídica gratuita de forma generalizada y disponen de un margen de apreciación muy amplio para articular este beneficio en su Derecho interno (TEDH, sentencia de 9 de octubre de 1979, *Airey c. Irlanda,* Serie A, núm. 32, p. 11).

En el asunto *Steel et Morris c. Reino Unido*, un grupo de ciudadanos interesados en temas sociales y ambientales fueron demandados por la empresa McDonald's por una campaña de difusión de unos panfletos con el lema «Ce qui ne va pas avec McDonald's». En este caso, el TEDH concluyó que el asunto tenía una gran complejidad y que ni la ayuda de juristas benévolos ni la libertad de acción concedida por el juez a los recurrentes, que se defendieron a sí mismos, fueron suficientes para sustituir la representación de un abogado experimentado, con conocimiento del asunto y del derecho de difamación. Por tanto, concluyó el TEDH que la denegación del beneficio de justicia gratuita a este grupo de personas les privó de la posibilidad de defender con efectividad su causa ante la justicia y conllevó una desigualdad de armas inaceptable en relación con las posibilidades de defensa de la empresa McDonald's, existiendo, por ello, una violación del art. 6.1 del CEDH (TEDH, sentencia *Steel et Morris c. Reino Unido*, antes citada, apartados 69 y 70).

Los Estados miembros cuentan con sistemas de concesión del beneficio de justicia gratuita en sus ordenamientos internos, y, en los procedimientos que se sustancian ante el TJCE, también existe la posibilidad de solicitar el beneficio de justicia gratuita. En efecto, el art. 76 del Estatuto del TJCE dispone que si una parte careciere

de medios suficientes para hacer frente en todo o en parte a los gastos del proceso, podrá solicitar en cualquier momento el beneficio de justicia gratuita. La solicitud irá acompañada de los documentos que prueben que el solicitante carece de medios y, en especial, de un certificado de la autoridad competente que lo justifique.

El desarrollo de la cooperación judicial penal en el marco del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ), ha generado un avance interesante del derecho de asistencia jurídica gratuita en los litigios transfronterizos. En efecto, la Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios (*DO* L 26, de 31 de enero de 2003, p. 41) se ha adoptado con el objetivo de promover la aplicación de la justicia gratuita en los litigios transfronterizos a las personas que no dispongan de recursos suficientes, siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar el acceso efectivo a la justicia, tal como lo recoge el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales.

Esta Directiva se aplica sólo a los litigios transfronterizos en materia civil y mercantil y pretende conseguir que toda persona pueda hacer valer sus derechos ante un tribunal, aunque su situación financiera personal no le permita hacer frente a las costas procesales. La justicia gratuita se considera adecuada cuando le permite al beneficiario el acceso efectivo a la justicia en las condiciones establecidas en la Directiva. La justicia gratuita debe incluir el asesoramiento previo a la demanda con vistas al logro de un acuerdo antes de iniciar el proceso, así como la asistencia jurídica y la representación letrada ante el tribunal y la ayuda para el pago o la exención de las costas procesales.

Todos los ciudadanos de la Unión, con independencia del lugar del territorio de un Estado miembro en que estén domiciliados o sean residentes habituales, deben poder beneficiarse de la justicia gratuita en los litigios transfronterizos si cumplen las condiciones previstas por la Directiva, que también es aplicable a los nacionales de terceros países que residan legalmente de forma habitual en el territorio de un Estado miembro.

Los mecanismos de comunicación y transmisión de las solicitudes del beneficio de justicia gratuita de esta Directiva se inspiran en los

previstos por el Acuerdo Europeo relativo a la transmisión de solicitudes de asistencia jurídica gratuita, firmado en Estrasburgo el 27 de enero de 1977 y en su Protocolo adicional firmado en Moscú en 2001.

Como conclusión, cabe señalar que el art. 47 es una disposición de gran importancia, que va a apuntalar la aplicación de dos derechos básicos del Estado de Derecho, como la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso justo. La muy asentada y trascendental jurisprudencia del TJCE sobre ambos derechos va a tener en este precepto un punto de apoyo sólido. Además, en el marco del ELSJ, la cooperación penal está alcanzando un desarrollo importante y es previsible que la aplicación del art. 47 encuentre un ámbito muy amplio, ya que las garantías procesales inherentes al derecho a un proceso justo requieren una armonización previa en muchos casos para que pueda aplicarse el reconocimiento mutuo de resoluciones penales. Por ello, en febrero de 2003 la Comisión presentó un Libro Verde sobre las garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea [*COM* (*2003*) *75 final*, de 19 de febrero de 2003], al que ha seguido una propuesta de decisión marco del Consejo, relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea [*COM* (*2004*) *328 final*, de 28 de abril de 2004], que aún no se ha adoptado y que contiene una regulación pormenorizada de las principales garantías procesales aplicables en los juicios penales.

Bibliografía

Arangüena Fanego, C. «Introducción al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el art. 6.1 CEDH, en particular, el derecho de acceso a un Tribunal». En F. J. García Roca y P. Santolaya Machetti, coords. *La Europa de los derechos: el convenio europeo de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 2005, pp. 231-234.

Carletti, C. *I diritti fondamentali e l'Unione Europea tra Carta di Nizza e Trattato-Costituzione*. Milán: Giuffrè, 2005, pp. 346-355.

D'Amico, A. «Art. 36». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali del'Unione Europea*, Bolonia: Cedam, 2002, pp. 310-330.

Ferari Bravo, L., F. M. Di Majo y A. Rizzo. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milán: Giuffrè, 2001, pp. 178-188.

Jacqué, J.-P. «Charte des droits fondamentaux et droit à un recours effectif – dialoge entre le juge et le constituant». *Il diritto dell'Unione europea* 11 (2002), pp. 1 y ss.

Martín Diz, F. «Garantías procesales básicas en la Carta de Derechos Fundamentales de

la Unión Europea». En A. Herrero de la Fuente, coord. *La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: una perspectiva pluridisciplinar*. Valladolid: Fundación Rei Alfonso Henriques, 2003, pp. 211-245.

O'Connel, D. «Article 47». En AA. VV. *Commentary of the Charter of Fundamentals Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 359-371.

Pérez Solá, N. «La tutela judicial efectiva en el ordenamiento comunitario: la Carta de derechos fundamentales de Niza y el Tratado por el que se instituye una constitución para Europa». En H. López Bofill y M. Carrillo López. *La Constitución Europea*. Actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España. Madrid, pp. 469-494.

Rideau, J. «Article II-107». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 589-607.

— dir. *Le droit au juge dans l'Union européenne*. París, 1998.

Sudre, F. «Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis. Droit à un procès équitable». *Jurisclasseur Europe*, fascículo 6526, 2005.

Artículo 48
Presunción de inocencia y derechos de la defensa

1. **Todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente.**
2. **Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.**

Preceptos relacionados

- Carta: arts. 47, 49 y 50.
- TFUE: arts. 82-86.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 31 del TUE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-107-II-110.
- Carta de 7 de diciembre de 2007: art. 48.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

El art. 48 regula de forma escueta dos garantías que constituyen manifestaciones fundamentales del derecho a un juicio justo, a saber, la presunción de inocencia y los derechos de la defensa.

En los tratados internacionales sobre derechos humanos estas dos garantías aparecen reguladas de forma habitual. Así, el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su apartado primero que «toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa». El art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 regula de forma similar la presunción de inocencia en su párrafo segundo, disponiendo que «toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley». En su tercer párrafo, esta disposición se ocupa de los derechos de la defensa, estipulando que durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

— a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
— a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
— a ser juzgado sin dilaciones indebidas;
— a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se

le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
— a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
— a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; y
— a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

En el ámbito regional europeo, el Convennio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) regula la presunción de inocencia en el art. 6.2 y los derechos de la defensa en el art. 6.3. El art. 48 se inspira directamente en estos dos preceptos, es más, las Explicaciones del Praesidium de la Convención indican que este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el derecho garantizado por el CEDH, de conformidad con el apartado 3 del art. 52 de la Carta de Derechos Fundamentales.

1. La presunción de inocencia

El art. 48.1 consagra la presunción de inocencia diciendo que «todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente». Su tenor literal es prácticamente coincidente con el del art. 6.2 del CEDH, según el cual «toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada».

La presunción de inocencia es una exigencia dirigida fundamentalmente a los jueces, que deben iniciar todo proceso sin ninguna idea preconcebida sobre la culpabilidad del acusado, que no se determinará hasta que no haya sido probada. La presunción de inocencia supone que la carga de la prueba corresponde a la acusación y que la duda beneficia al acusado.

La presunción de inocencia no es un principio absoluto y muchos ordenamientos cuentan con presunciones de culpabilidad, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su ju-

risprudencia ha considerado compatibles con el art. 6.2 del TEDH si cumplen dos condiciones. La primera es que las presunciones de culpabilidad deben ser razonables, es decir, serán supuestos excepcionales y de importancia reducida, para que la presunción de inocencia siga siendo una regla general no diezmada por las excepciones. La segunda condición es que la presunción de culpabilidad no sea irrefutable, es decir, que debe poder admitir prueba en contrario (TEDH, sentencias de 7 de octubre de 1988, *Salabiaku c. Francia*, Serie A, núm. 141-A, apartado 28; y de 25 de septiembre de 1992, *Pham Hoang c. Francia*, Serie A, núm. 243).

La extensión de la presunción de inocencia es considerable, ya que de ella se beneficia cualquier acusado con independencia de su posible reincidencia y de la gravedad de su delito. Además, puede ser invocada por toda persona hasta que no sea condenada por sentencia definitiva, e impide cualquier constatación formal de su culpabilidad (TEDH, sentencia de 25 de marzo de 1993, *Sekanina c. Austria*, Serie A, núm. 266-A). La presunción de inocencia se dirige fundamentalmente a los jueces, de manera que incluso un magistrado que hace una declaración a la prensa reconociendo la culpabilidad de un acusado viola el art. 6.2 del CEDH (TEDH, sentencia de 28 de noviembre de 2002, *Lavents c. Letonia*). Ahora bien, este precepto obliga, también, a las autoridades públicas, que están obligadas en cualquier caso a proteger la presunción de inocencia del acusado hasta que no se haya demostrado su culpabilidad (TEDH, sentencia de 10 de febrero de 1995, *Allenet de Ribemont c. Francia,* Serie A, núm. 308).

Por último, hay que señalar que la presunción de inocencia no es una garantía procesal limitada sólo al proceso penal. El TEDH ha interpretado de forma amplia el concepto de materia penal del art. 6 del CEDH y, de esta manera, la presunción de inocencia se aplica también a procedimientos sancionadores de Derecho Administrativo o de Derecho Fiscal. Precisamente, en estos ámbitos no pertenecientes al Derecho Penal ha sido donde el principio de la presunción de inocencia ha encontrado aplicación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). El principio de presunción de inocencia, tal y como se halla recogido en el art. 6.2 del CEDH, forma parte de los derechos fundamentales que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

—confirmada, por otra parte, por el Preámbulo del Acta Única Europea y por el art. 6.2 TUE, así como por el art. 48 de la Carta— están reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario. En atención a la naturaleza de las infracciones contempladas, así como a la naturaleza y grado de severidad de las sanciones correspondientes, el principio de la presunción de inocencia se aplica especialmente a los procedimientos relativos a violaciones de las normas de la competencia aplicables a las empresas susceptibles de conducir a la imposición de multas o multas coercitivas (TEDH, sentencias de 21 de febrero de 1984, *Öztürk c. Alemania*, Serie A núm. 73; y de 25 de agosto de 1987, *Lutz*, Serie A, núm. 123-A; TJCE, sentencias de 8 de julio de 1999, *Hüls c. Comisión*, C-199/92 P, Rec., p. I-4287, apartados 149 y 150, y *Montecatini c. Comisión*, C-235/92 P, Rec., p. I-4539, apartados 175 y 176; y de 21 de septiembre de 2006, *JCB Service*, C-167/04 P, Rec., p. I-8935, apartado 90).

En lo que respecta a la práctica de la prueba en el ámbito del Derecho Comunitario de la competencia, incumbe a la Comisión probar las infracciones que declare y determinar los elementos probatorios aptos para demostrar de modo suficiente en Derecho la existencia de hechos constitutivos de una infracción (TJCE, sentencias de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe c. Comisión*, C-185/95 P, Rec., p. I-8417, apartado 58,; y de 8 de julio de 1999, *Comisión c. Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, Rec., p. I-4125, apartado 86). La Comisión debe aportar pruebas precisas y concordantes para probar este tipo de infracciones, con objeto de eliminar la presunción de inocencia de las empresas. Según el TJCE, la existencia de una duda en el ánimo del juez debe favorecer a la empresa destinataria de la decisión mediante la que se declara una infracción. Por lo tanto, el juez no puede decidir que la Comisión ha acreditado la existencia de la infracción de que se trate de modo suficiente en Derecho si sigue albergando dudas sobre esta cuestión, en particular cuando conoce de un recurso de anulación de una decisión mediante la que se impone una multa (TPI, sentencia de 27 de septiembre de 2006, *Dresdner Bank c. Comisión*, Rec., p. II-3567, apartado 61).

El abogado general Ruiz-Jarabo Colomer en sus conclusiones en el asunto Volkswagen (TJCE, sentencia de 18 de septiembre de 2003, *Volkswagen c. Comisión*, C-338/00 P, Rec., p. I-9189) refirió esta jurisprudencia del TJCE sobre la aplicación en materia de com-

petencia del principio de presunción de inocencia y citó en su apoyo el art. 48 de la Carta de Derechos Fundamentales.

2. Los derechos de la defensa

El apartado segundo del art. 48 afirma de forma lacónica que «se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa». El art. 6.3 del CEDH, que es la norma de referencia para dicho precepto, es mucho más completo, ya que estipula que todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

— a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda, y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
— a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
— a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;
— a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; y
— a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

Estas exigencias procesales, derivadas del principio general de equidad, que conforman los derechos de defensa no son limitativas y la jurisprudencia del TEDH ha hecho interesantes aportaciones. Los derechos enumerados en este art. 6.3 pretenden asegurar una defensa concreta y efectiva. El TEDH analiza las garantías de este precepto como aspectos particulares del derecho a un juicio justo del art. 6 del CEDH, revistiendo especial importancia para su interpretación los principios de contradicción y de igualdad de armas en el proceso (Sudre 2005, 31). Veamos pormenorizadamente las garantías procesales del art. 6.3 del CEDH, que conforman los derechos de la defensa.

2.1. *Derecho a la participación efectiva en el proceso*

La participación efectiva de todo acusado en su proceso es un derecho básico para que el juicio sea equitativo. Para conseguir esta participación, el acusado debe, según al art. 6.3, letra a), ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él. El acusado tendrá, también, derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia art. 6.3, letra e). Además, el TEDH incluye, aunque no lo menciona expresamente el art. 6.3, el derecho del acusado de comparecer personalmente en el juicio.

En cuanto al derecho a ser informado de la naturaleza y la causa de la acusación en una lengua que comprenda, el TEDH lo ha interpretado de forma amplia y abarca no sólo los hechos materiales que se le imputan, sino también la calificación jurídica de éstos y los cambios de éstas si los hubiere (TEDH, sentencias de 19 de diciembre de 1989, *Kamasinski c. Austria*, Serie A, núm. 168; y de 25 de marzo de 1999, *Pelisier y Sassi c. Francia*, Serie A, 1999-II). Los Estados deben organizar los procesos para que las personas imputadas comprendan las acusaciones formuladas contra ellos y puedan adoptar las decisiones procesales más oportunas para su defensa, lo que es especialmente importante en el caso de los menores (TEDH, sentencia de 15 de junio de 2004, *S. C. c. Reino Unido*, Rec., 2004-V).

Cuando el acusado no comprende la lengua oficial del Estado en la que se desarrolla el juicio, tiene derecho (art. 6.3, letra e) a la asistencia gratuita de un intérprete, que le permita conocer la acusación contra él, aunque no sean traducidos todos los documentos de la causa.

Aunque no lo prevé expresamente el art. 6.3, el TEDH ha afirmado que un juicio justo conlleva el derecho del acusado a comparecer personalmente en la causa (TEDH, sentencia de 21 de septiembre de 1993, *Kremzov c. Austria*, Serie A, 268-B), aunque un proceso con ausencia del acusado puede ser válido si éste tiene posibilidad de comparecer personalmente ante una instancia superior.

2.2. *Derecho a defenderse de manera adecuada*

El acusado tiene derecho a defenderse de manera efectiva y, para ello, el art. 6.3, letra b), establece que debe disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa y el art. 6.3, letra c), dispone que el acusado tiene derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan. El TEDH ha declarado repetidamente en materia penal que, aunque no sea absoluto, el derecho de todo acusado a ser efectivamente defendido por un abogado, en su caso nombrado de oficio, figura entre los elementos fundamentales del proceso justo y que un acusado no pierde tal derecho por el mero hecho de no estar presente en los debates (TEDH, sentencias de de 23 de noviembre de 1993, *Poitrimol c. Francia*, Serie A, núm. 277-A; de 22 de septiembre de 1994, *Pelladoah c. Países Bajos*, Serie A, núm. 297-B; y de 21 de enero de 1999, *Van Geyseghem c. Bélgica*, Serie A, 1999-I).

El acusado que decida defenderse personalmente debe tener garantizado el acceso a los documentos del procedimiento. Si decide ser defendido por un abogado, la asistencia del letrado debe operar desde el inicio de la fase preliminar del procedimiento. El principio de la libre elección de abogado es fundamental y se completa con la obligación de las autoridades de asegurar la libre comunicación de éste con su cliente (TEDH, sentencia de 29 de noviembre de 1991, *S. c. Suiza*, Serie A, núm. 220, apartados 48 y 49).

Cuando el acusado no disponga de medios económicos para pagar los servicios de un abogado y la defensa de sus intereses lo exija, las autoridades le asignarán un abogado de oficio. No obstante, el Estado no será responsable de las eventuales faltas o negligencias de los abogados de oficio, salvo que las autoridades judiciales conocieran previamente sus carencias manifiestas para defender al acusado (TEDH, sentencia de 9 de abril de 1984, *Goddi c. Italia*, Serie A, núm. 76, apartados 27 y ss.). Si se produce esta carencia manifiesta del abogado de oficio, las autoridades judiciales no deberán permanecer pasivas. El derecho a la asistencia efectiva de un abogado existe aunque el acusado no comparezca personalmente ante el tribu-

nal (TEDH, sentencia de 21 de enero de 1999, *Van Geyseghen c. Bélgica*, Serie A, 1999-I).

El TJCE se ha referido a este derecho en su jurisprudencia, afirmando que el derecho a ser defendido tiene una importancia destacada en la organización y el desarrollo de un proceso justo y que figura entre los derechos fundamentales que se desprenden de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (TJCE, sentencia de 28 de marzo de 2000, *Krombach,* C-7/98, Rec., p. I-1935, apartado 38). Además, ha reconocido que el tribunal nacional de un Estado miembro puede fundadamente considerar que la negativa a oír al abogado de un acusado ausente de los debates constituye una violación manifiesta de este derecho fundamental. Esta circunstancia permite a un tribunal de un Estado, en el marco de un procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencias en aplicación del Convenio de Bruselas de 1967, aplicar la cláusula del orden público en los casos excepcionales en los que las garantías establecidas en la legislación del Estado de origen y en el propio Convenio no bastan para proteger al demandado de una violación manifiesta de su derecho a defenderse ante el tribunal de origen, tal como está reconocido por el CEDH. Por consiguiente, «el artículo II del Protocolo no puede interpretarse en el sentido de que se opone a que el tribunal del Estado requerido pueda tener en cuenta, habida cuenta del orden público contemplado en el artículo 27, número 1, del Convenio, el hecho de que, en el marco de una acción de indemnización de daños basada en una infracción, el tribunal del Estado de origen se ha negado a oír al defensor del acusado perseguido por una infracción dolosa, por el mero hecho de la ausencia de éste de los debates» (TJCE, sentencia *Krombach*, antes citada, apartado 44).

2.3. *Derecho a interrogar a los testigos*

El art. 6.3, letra d), consagra el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra el acusado y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra. Este derecho constituye un aspecto específico del principio de

contradicción e implica que los elementos de prueba deben normalmente exponerse ante el acusado en una vista pública, que asegure el debate contradictorio (TEDH, sentencia de 27 de septiembre de 1991, *Windisch c. Austria*, Serie A, núm. 186).

El concepto de testigo es propio del CEDH y tiene bastante amplitud. No obstante, la posibilidad de convocar e interrogar a testigos no es un derecho ilimitado, ya que los tribunales nacionales disponen de un poder de apreciación importante, dentro del respeto del principio de igualdad de armas. El juez nacional tiene el poder para decidir sobre la necesidad o la oportunidad de citar a un testigo y el TEDH sólo ejerce el control de la proporcionalidad (TEDH, sentencias de 19 de diciembre de 1989, *Kaminski c. Austria*, Serie A, núm. 168, apartado 91; de 27 de julio de 2000, *Pisano c. Italia,* Rec., 2002-V, apartado 21; de 2 de julio de 2002, *S.N. c. Suecia,* Rec., 2002-V, apartado 43, y de 18 de mayo de 2004, *Destrehem c. Francia*, Rec., 2004- IV, apartado 39). El art. 6.3 del CEDH no exige que se cite a todos los testigos, sino que su objetivo consiste en una completa igualdad de armas que garantice que el procedimiento controvertido, considerado en su conjunto, ha ofrecido al acusado una oportunidad adecuada y suficiente de impugnar las sospechas que recaían sobre él (TEDH, sentencia *Pisano c. Italia*, antes citada, apartado 21).

En lo referente a las modalidades de audición de los testigos, el principio de contradicción exige que se lleven a cabo delante del acusado, en audiencia pública y con ocasión de un debate contradictorio. Estas exigencias tienen la excepción de los testimonios anónimos de testigos protegidos por su seguridad, que es muy importante admitir sobre todo en delitos vinculados con la criminalidad organizada. El TEDH admite estos testimonios anónimos con determinadas condiciones que no están exentas de algunas contradicciones (TEDH, sentencia de 26 de marzo de 1996, *Doorson c. Países Bajos*, Serie A, 1996-II).

El derecho a interrogar a los testigos como derecho de defensa ha sido, también, abordado por la jurisprudencia del TJCE, especialmente en el marco de la instrucción de los procedimientos para aplicar las normas de libre competencia. Según el Tribunal de Justicia, aunque una petición de examen de testigos, formulada en un recurso contra una decisión de la Comisión en materia de competencia, indique con precisión los hechos en relación con los cuales procede

oír al testigo o testigos y las razones que lo justifican, corresponde al Tribunal de Primera Instancia apreciar la pertinencia de esta petición en relación con el objeto del litigio y con la necesidad de proceder al examen de los citados testigos (TJCE, sentencia de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe c. Comisión*, C-185/95 P, Rec., p. I-8417, apartado 70). En otro asunto posterior, el TJCE, basándose en la jurisprudencia del TEDH que hemos expuesto, concluyó que el Tribunal de Primera Instancia (TPI) no estaba obligado a ordenar de oficio el examen de testigos de descargo propuestos por las empresas, porque solicitó al grupo Henss/Isoplus, en concepto de diligencias de organización del procedimiento, que respondiera a unas preguntas escritas y presentara ciertos documentos y que las partes así lo hicieron y, además, examinó un gran número de documentos obrantes en autos para deducir de ellos que la Comisión había actuado legítimamente al imputar al grupo Henss/Isoplus una participación en el cártel desde octubre de 1991 hasta octubre de 1994 (TJCE, sentencia de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri y otros c. Commission,* asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec., p. I-5425, apartados 73-75).

2.4. *Derecho a no incriminarse*

Aunque no se prevé expresamente en el art. 6.3 del CEDH, el TEDH en su jurisprudencia ha establecido que otra garantía de los derechos de la defensa es el derecho a no incriminarse a sí mismo y mantener silencio, que supone una exigencia elemental del derecho a un juicio justo (TEDH, sentencia de 25 de febrero de 1993, *Funke c. Francia*, Serie A, núm. 256-A, apartado 44). Este derecho implica que no puede fundarse una acusación contra una persona o un reconocimiento de hechos en su silencio y que tampoco son válidas las pruebas obtenidas bajo amenaza o presión. Ahora bien, el derecho a guardar silencio no es absoluto y el juez puede tener en cuenta el conjunto de circunstancia del caso para considerar que el silencio del acusado corrobora otros elemento de prueba (TEDH, sentencia de 8 de febrero de 1996, *Murray c. Reino Unido*, Rec., 1996-I, apartados 45-51; y de 17 de diciembre de 1996, *Saunders c. Reino Unido*, Rec., 1996-VI, apartado 72).

Este derecho ha sido invocado ante el TJCE en asuntos referentes principalmente a aplicación del Derecho Comunitario de la competencia. Durante el procedimiento de investigación previa, el Reglamento número 17 (norma reguladora de los poderes de investigación de la Comisión) no reconoce a la empresa objeto de una medida de investigación derecho alguno a sustraerse a la ejecución de dicha medida, basándose en que sus resultados podrían aportar la prueba de una infracción de las normas sobre la competencia por ella cometida. Dicho Reglamento le impone, por el contrario, una obligación de colaboración activa, que implica que la empresa ponga a disposición de la Comisión todos los elementos de información relativos al objeto de la investigación. La Comisión tiene la potestad de obligar a la empresa a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que le presente, si fuere preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, aun cuando éstos puedan servir para probar, en su contra o en contra de cualquier otra empresa, la existencia de una conducta contraria a la competencia.

El Reglamento número 17 no consagra expresamente el derecho a guardar silencio por parte de las empresas investigadas y el TJCE ha afirmado que el reconocimiento de un derecho absoluto a guardar silencio excedería de lo que es necesario para proteger los derechos de defensa de las empresas y constituiría un obstáculo injustificado para el cumplimiento, por parte de la Comisión, de la misión de velar por la observancia de las normas sobre la competencia en el mercado común. No obstante, tanto en sus respuestas a las solicitudes de información como en el curso del procedimiento administrativo, en caso de que la Comisión decida iniciarlo, las empresas disponen de todas las facultades para alegar su punto de vista, en particular sobre los documentos que hayan tenido que presentar o las respuestas que hayan dado a las preguntas de la Comisión. Sin embargo, el TJCE ha establecido que la Comisión no puede, mediante una decisión de solicitud de información, vulnerar los derechos de defensa reconocidos a la empresa, imponiéndole la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión (TJCE, sentencias de 18 de octubre de 1989, *Orkem c. Comisión*, 374/87, Rec., p. 3283, apartados 27-34; de 7 de enero de 2004, *Aalborg Pórtland c. Comi-*

sión, C-204/00 P, Rec., p. I-123, apartados 61-65; TPI, sentencias de 8 de marzo de 1995, *Société générale c. Comisión*, T-34/93, Rec., p. II-545, apartado 72-74; y de 20 de abril de 1999, *LVM c. Comisión*, asuntos acumulados T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, Rec., p. II-931, apartados 445-449).

2.5. *Derechos de defensa en la jurisprudencia del TJCE*

La protección de los derechos de la defensa ha sido admitida y potenciada por el TJCE en una jurisprudencia bien consolidada, que se ha centrado principalmente en la garantía de estos derechos en los procedimientos administrativos sustanciados ante las instituciones comunitarias en aquellos ámbitos competenciales con competencias ejecutivas directas por parte de la Comisión, como es el caso de la protección de la libre competencia o de la adopción de medidas de defensa comercial frente a las importaciones desleales de terceros Estados (derechos *antidumping* y derechos compensatorios, fundamentalmente). También hay supuestos, como se ha visto, de aplicación de estos derechos de defensa en los procedimientos ante el TPI, y el TJCE ha extendido la protección de estos derechos a todos los procedimientos conducentes a la adopción de decisiones lesivas para los particulares.

Según una jurisprudencia reiterada del TJCE, el respeto del derecho de defensa, en todo procedimiento incoado contra una persona que pueda terminar en un acto que le sea lesivo, constituye un principio fundamental del Derecho Comunitario y debe garantizarse aun cuando no exista ninguna normativa reguladora del procedimiento de que se trate. Este principio exige que toda persona a la que se pueda imponer una sanción tenga ocasión de dar a conocer oportunamente su punto de vista sobre las pruebas de cargo utilizadas para justificar la sanción (TJCE, sentencias de 29 de junio de 1994, *Fiskano c. Comisión*, C-135/92, Rec., p. I-2885, apartado 39; y de 24 de octubre de 1996, *Comisión c. Lisrestal y otros*, C-32/95 P, Rec. p. I-5373, apartado 21; y de 9 de junio de 2005, *España c. Comisión*, C-287/02, Rec., p. I-5093, apartado 37). De esta jurisprudencia se deriva que, salvo excepciones, la garantía del derecho de defensa comporta, en princi-

pio, dos aspectos principales. Por un lado, se deben comunicar al interesado las pruebas de cargo que se tienen en cuenta para fundar la sanción administrativa propuesta (comunicación de las pruebas de cargo). Por otro lado, debe tener la ocasión de dar a conocer oportunamente su punto de vista sobre las mismas (audiencia). Así entendida, el Tribunal distingue la garantía del derecho de defensa en el marco del propio procedimiento administrativo de la que resulta del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo contra el acto lesivo adoptado, en su caso, al término de aquel procedimiento, siendo aplicable en ambos casos el art. 6 del CEDH (TPI, sentencia de 12 de diciembre de 2006, *Organización Mujahedin del Pueblo de Irán c. Consejo*, T-228/02, Rec., p. II-4665, apartados 91-94).

En esta sentencia, el TPI sí reconoció a la Organización Mujahedin del Pueblo de Irán la protección del derecho de defensa con respecto a la adopción de una decisión de congelación de fondos al amparo del Reglamento número 2580/2001, porque se trataba de una decisión lesiva, que le afectaba directa e individualmente. Sin embargo, el TPI negó la posibilidad de invocar el derecho de defensa respecto a una medida análoga a la congelación de fondos a personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al Qaeda y los talibanes, debido a que en este supuesto la Unión Europea se limitó a aplicar las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (TPI, sentencias de 21 de septiembre de 2005, *Yusuf c. Consejo y Comisión*, T-306/01, Rec., p. II-3533; y *Kadi c. Consejo y Comisión*, T-315/01, Rec., p. II-3649).

En materia de Derecho de la Competencia, la jurisprudencia del TJCE sobre derechos de la defensa es muy abundante y abarca diversas garantías comprendidas en estos derechos. En estos casos, el TJCE ha afirmado frecuentemente que el derecho de defensa es un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (TJCE, sentencias de 6 de marzo de 2001, *Connolly c. Comisión*, C-274/99 P,

Rec., p. I-1611, apartados 37 y 38; y de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros c. Comisión*, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec., p. I-123, apartado 64).

A modo de ejemplo, cabe referir el derecho de acceso por parte de las empresas a los documentos de la Comisión durante la fase de investigación de la práctica anticompetitiva. El respeto del derecho de defensa exige que durante el procedimiento administrativo la empresa afectada haya podido dar a conocer efectivamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y circunstancias invocados, así como sobre los documentos que la Comisión tuvo en cuenta para fundamentar su alegación de la existencia de una infracción del TCE (TJCE, sentencias de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française y otros c. Comisión*, asuntos acumulados 100/80 a 103/80, Rec., p. 1825, apartado 10, y de 6 de abril de 1995, *BPB Industries y British Gypsum c. Comisión*, C-310/93 P, Rec., p. I-865, apartado 21). La empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento, de manera que la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego (TJCE, sentencia de 21 de septiembre de 2006, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c. Comisión*, C-105/04 P, Rec., p. I-8725, apartados 47 y 50; y de 25 de enero de 2007, *Dalmin c. Comisión*, C-407/04, Rec., p. I-829, apartado 59).

Como corolario del principio de respeto del derecho de defensa, las empresas tienen el derecho a acceder al expediente, lo que implica que la Comisión debe dar a la empresa afectada la posibilidad de examinar todos los documentos que figuran en el expediente de la instrucción que puedan ser pertinentes para su defensa (TJCE, sentencias de 2 de octubre de 2003, *Corus UK c. Comisión*, C-199/99 P, Rec., p. I-3534, apartados 125 a 128, y *Aalborg Portland y otros c. Comisión*, antes citada, apartados 68 y ss.). Ello comprende tanto las pruebas materiales como las de descargo, con excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales (TJCE, sentencias de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, 85/76, Rec., p. 461, apartados 9 y 11; de 8 de julio de 1999,

Hercules Chemicals c. Comisión, C-51/92 P, Rec., p. I-4235, apartado 75, y de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros c. Comisión*, asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec., p. I-8375, apartado 315).

De conformidad con la jurisprudencia del TEDH, el TJCE ha entendido que la falta de comunicación de un documento sólo constituye una vulneración del derecho de defensa cuando la empresa afectada demuestra, por una parte, que la Comisión se ha apoyado en dicho documento para fundamentar su imputación relativa a la existencia de una infracción y, por otra, que dicha imputación únicamente puede acreditarse mediante el citado documento. Incumbe a la empresa afectada demostrar que el resultado al que llegó la Comisión en su decisión habría sido diferente si hubiera tenido que descartar como medio de prueba de cargo un documento no comunicado en el que la Comisión se basó para imputar a dicha empresa comportamientos contrarios a la competencia. En cambio, por lo que se refiere a la falta de comunicación de un documento de descargo, la empresa afectada únicamente debe probar que el hecho de no divulgarlo pudo influir, en perjuicio de ésta, en el desarrollo del procedimiento y en el contenido de la decisión de la Comisión (TJCE, sentencia *Aalborg Portland y otros c. Comisión*, antes citada, apartados 71-77).

Por último, hay que decir que el TJCE en su jurisprudencia ha considerado que el derecho de defensa no es un derecho absoluto y sin restricciones. Según el Tribunal, los derechos fundamentales, a los que pertenece el respeto del derecho de defensa, no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden ser objeto de restricciones, siempre y cuando éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la medida en cuestión y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados. Entre los objetivos que pueden justificar tales restricciones figura la protección de la salud pública (TJCE, sentencias de 8 de abril de 1992, *Comisión c. Alemania*, C-62/90, Rec., p. I-2575, apartado 23; y de 17 de octubre de 1995, *Fishermen's Organisations y otros*, C-44/94, Rec., p. I-3115, apartado 55). En el asunto *Dokter y otros*, la protección de la salud pública justificó, en princi-

pio, que la autoridad competente adoptase las medidas de control de la fiebre aftosa sin recabar previamente el punto de vista de los ganaderos afectados acerca de los datos obrantes para fundamentarlas. Una restricción de este tipo sólo constituirá una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia del derecho de defensa en el supuesto de que se prive a los interesados de la posibilidad de recurrir contra dichas medidas en un procedimiento posterior, en el que puedan alegar adecuadamente su punto de vista (TJCE, sentencia de 15 de junio de 2006, *Dokter y otros*, C-28/05, Rec., p. I-5431, apartados 76 y 77).

El TEDH en su jurisprudencia ha aceptado limitaciones a los derechos de la defensa, admitiendo que, en asuntos que afectan a la seguridad nacional y más concretamente en materia de terrorismo, pueden contemplarse ciertas limitaciones del derecho de defensa, en particular en lo que atañe a la divulgación de las pruebas de cargo o a las modalidades de acceso a los autos (TEDH, sentencias de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, Rec., 1996-V, apartado 131; y de 16 de febrero de 2000, *Jasper c. Reino Unido,* Rec., 2000-II, apartados 51-53). Basándose en esta jurisprudencia, el TPI ha esgrimido la lucha contra el terrorismo, razones imperiosas relacionadas con la seguridad de la Comunidad y de sus Estados miembros, o el mantenimiento de sus relaciones internacionales, como razones que pueden oponerse a que se comuniquen determinadas pruebas de cargo a los interesados, y, por consiguiente, a que se les oiga durante el procedimiento administrativo en relación con dichas pruebas (TPI, sentencias *Yusuf,* apartado 320; y *Organización Mujahedin del Pueblo de Irán c. Consejo*, antes citadas, apartados 133-137).

Como conclusión, cabe señalar que el art. 48 va a apuntalar la aplicación de dos garantías procesales básicas, como son la presunción de inocencia y los derechos de defensa en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, que la jurisprudencia del TJCE ya venía incorporando del CEDH con las interpretaciones del TEDH. Además, en el marco del Espacio de Libertad, de Seguridad y de Justicia, la cooperación penal está alcanzando un desarrollo importante y es previsible que la aplicación del art. 48 encuentre un campo de aplicación muy amplio. En lo que respecta a los derechos de la defensa, su armonización es un requisito para que pueda aplicarse el reconocimiento mutuo de resoluciones penales y, por ello, en febrero

de 2003 la Comisión presentó un Libro Verde sobre las garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea [*COM* (*2003*) *75 final*, de 19 de febrero de 2003], al que ha seguido una propuesta de decisión marco del Consejo, relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea [*COM* (*2004*) *328 final*, de 28 de abril de 2004], que aún no se ha adoptado y que contiene un regulación pormenorizada de las principales garantías procesales aplicables en los juicios penales.

Bibliografía

Aguilera Ramos, M. «Presunción de inocencia y derechos de la defensa» En E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea, Vol. 2:Los derechos y libertades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1544-1571.

Allué buiza, A. «Una presunción de inocencia extensa y poco intensa (art. 6.2 CEDH)». En F. J. García Roca y P. Santolaya Machetti, coords. *La Europa de los derechos: el convenio europeo de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 2005, pp. 367-388.

Arangüena Fanego, C. «Exigencias en relación con el derecho de defensa: el derecho a la autodefensa, a la defensa técnica y a la asistencia jurídica gratuita (art. 6.3.c) CEDH)». En F. J. García Roca y P. Santolaya Machetti, coords. *La Europa de los derechos: el convenio europeo de derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 2005, pp. 389-406.

Braibant, G. *La Charte des droit fondamentaux de l'Union européenne*. París: Pédone, 2000.

D'Amico, A. «Art. 48». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali del'Unione Europea*. Bolonia: Cedam, 2002, pp. 310-317.

Idot, L. «Les droits de la défense». En F. Sudre y H. Labayle, dirs. *Réalité et perspectives de droit communautaire des droits fondamentaux*. Bruselas: Bruylant, 2000, pp. 213 y ss.

O'Connel, D. «Article 486». En AA. VV. *Commentary of the Charter of Fundamentals Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 372-379.

Renucci, J.-F. «Article II-108». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 607-618.

Sudre, F. «Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis. Droit à un procès équitable». *Jurisclasseur Europe*, fascículo 6526, abril 2005.

Tróker, N. «L'articolo 47 de la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materiua di tutela giurisdizionale dei diritti». En G. Vettori y G. Barbagallo. *Carta europea e diritti privati*. Padua: Cedam, 2002, pp. 381 y ss.

Artículo 49
Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas

1. **Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta.**
2. **El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.**
3. **La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.**

Preceptos relacionados

- Carta: arts. 47, 48 y 50.
- TFUE: arts. 82-86.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 31 del TUE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-107-II-110.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 49.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

El art. 49 establece varios principios fundamentales, clásicos del Derecho Penal, que conllevan seguridad jurídica y protegen la confianza legítima de los individuos y constituyen elementos esenciales del Estado de Derecho. Se trata de los principios de legalidad penal, irretroactividad de la ley penal y proporcionalidad de las penas.

Estos principios, cuya aplicación más relevante se produce en el ámbito penal, pero que también despliegan efectos en otros sectores jurídicos, se protegen como derechos fundamentales en numerosos textos internacionales, algunos de los cuales han servido de inspiración directa a los redactores del art. 49.

El principio de legalidad de los delitos y las penas era reconocido ya en art. 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual «nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito». El art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 retoma exactamente el contenido del precepto anterior, añadiéndole un párrafo final en el que se contempla la aplicación de la ley penal posterior más favorable.

En el sistema regional europeo, la principal disposición es el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), referente directo del art. 49, cuyo tenor literal es el siguiente: «Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida». Como puede apreciarse, la consagración del principio de legalidad de los delitos y las penas en el CEDH es prácticamente coincidente con la del sistema de Naciones Unidas. A su vez, el art. 7.1 es la fuente de inspiración directa del

art. 49, puesto que las explicaciones del Praesidium de la Convención indican que este precepto recoge el principio clásico de irretroactividad de las leyes y sanciones penales y menciona expresamente el contenido del art. 7 del CEDH, al que se añade el principio de retroactividad de la pena más leve que reconocen numerosos Estados miembros y figura en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El art. 49 regula el principio de legalidad penal de forma bastante exhaustiva en comparación con las normas internacionales antes citadas, ya que en el primer párrafo establece el principio de legalidad de los delitos y de las penas, en el segundo apartado se refiere a la aplicación de este principio con respecto a los crímenes internacionales y en el tercer apartado regula el principio de la proporcionalidad de las penas.

1. El principio de legalidad de los delitos y de las penas

El principio de legalidad es una garantía básica del individuo frente a posibles abusos del *ius puniendi* por parte del Estado. Este principio tiene varias dimensiones. En primer lugar, la dimensión de la seguridad jurídica —*lex certa ad crimen* (*nullum crimen sine lege*) y *lex certa ad poena* (*nulla poena sine crimine*)— exige que la ley sea previsible y que haya sido adoptada antes de la comisión de los hechos, lo que conlleva la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex certa y lex previa*). Esta previsibilidad de la ley penal debe ser garantizada por el poder legislativo al adoptar formalmente la norma, por el poder ejecutivo al aplicarla, y por los órganos jurisdiccionales, que no podrán utilizar la analogía *in malam partem* en la esfera penal (Vervaele 2005, 621).

1.1. *El párrafo primero del art. 49: cuestiones de interpretación*

La formulación del principio de legalidad en el art. 49.1 es la clásica, coincidente con el art. 7 del CEDH, inspirada, a su vez, en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta formulación prohíbe la retroactividad de los delitos y de las penas,

pero opera sólo en el momento de la condena y no con respecto al procedimiento investigador previo. Esta deficiencia queda solventada porque el art. 49.2 debe interpretarse en la línea del art. 7 del CEDH, que ya ha extendido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a todos los aspectos del principio de legalidad, haciendo que éste opere desde el inicio de los procedimientos y no sólo en el momento de las condenas (TEDH, sentencia de 25 de mayo de 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, Serie A, vol. 260-A, apartado 52). Hay que tener en cuenta que el principio de legalidad es un instrumento tan importante del Estado de Derecho, que no puede ser suspendido o limitado en ningún caso, ni siquiera en tiempo de guerra o de excepción, por lo que se trata de un derecho inderogable en la articulación que le confiere el art. 7 del CEDH, que acoge el art. 49.

El principio de legalidad implica que la ley debe definir claramente las infracciones y las penas que las castigan. Este requisito se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir del texto de la disposición pertinente y, si fuera necesario, con ayuda de la interpretación que de ella hacen los tribunales, qué actos y omisiones desencadenan su responsabilidad penal (TEDH, sentencia de 22 de junio de 2000, *Coëme y otros c. Bélgica*, Rec., 2000-VII, apartado 145).

Con respecto al grado de previsibilidad de la norma y de la sanción exigido por el principio de legalidad, la jurisprudencia del TEDH ha determinado que se trata de una previsibilidad razonable, teniendo en cuenta el contenido de la norma, la formulación de la pena y las condiciones subjetivas del acusado. Esta jurisprudencia indica que el alcance del concepto de previsibilidad depende en gran medida del contenido del texto de que se trate, del ámbito que cubra y del número y condición de sus destinatarios. La previsibilidad de la ley no es incompatible con el hecho de que la persona afectada se vea obligada a recurrir a un asesoramiento jurídico apropiado para valorar las eventuales consecuencias de un determinado acto en una medida razonable, dadas las circunstancias del caso. Ello resulta especialmente cierto en el caso de los profesionales, habituados a la necesidad de mostrar una gran prudencia en el ejercicio de sus actividades. Cabe por tanto esperar de éstos que presten especial atención a la valoración de los riesgos que entraña el ejercicio de sus actividades (TEDH, sentencia de 15 de noviembre de 1996,

Cantoni c. Francia, Rec., 1996-V, apartado 35). De acuerdo con ello, el art. 7 no puede interpretarse en el sentido de que prohíba la clarificación gradual de las reglas de la responsabilidad penal, pero sí puede impedir la aplicación retroactiva de una nueva interpretación de una norma por la que se establezca una infracción. Éste es en especial el caso, según dicha jurisprudencia, cuando se trate de una interpretación jurisprudencial cuyo resultado no era razonablemente previsible en el momento en que se cometió la infracción, en particular, habida cuenta de la interpretación que la jurisprudencia daba en aquel momento a la disposición legal examinada.

El TEDH excluye, por tanto, una legalidad legislativa estricta, como pusieron de relieve los asuntos sobre las sanciones a los funcionarios de la República Democrática Alemana por la ejecución de fugitivos en la frontera (TEDH, sentencia de 22 de marzo de 2001, *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, Rec., 2001, apartados 44-113). De la misma manera, la formulación de la norma debe permitir al individuo conocer la infracción y la pena, pero ello no excluye que la norma utilice conceptos abstractos o que se remiten para la conformación del tipo penal a otras disposiciones del ordenamiento, como es el caso de las normas penales en blanco.

En lo que respecta al sentido de los términos *condenado* e *infracción*, que son cruciales para la aplicación del art. 49, deben tener una significación autónoma, con independencia de su regulación en el Derecho interno de cada Estado, como ha establecido el TEDH con respecto al art. 7 del CEDH (TEDH, sentencia de 9 de febrero de 1995, *Welch c. Reino Unido*, Serie A, vol. 159, apartado 46), lo que supone que no sólo las sanciones penales, sino también las aplicadas en otros ámbitos del Derecho de los Estados entran en el ámbito de aplicación del art. 49. También ha desarrollado el TEDH una interpretación autónoma del concepto de pena, al margen de los derechos nacionales, que incluye, por ejemplo, ciertas medidas de confiscación, pero no medidas tales como la expulsión de extranjeros en situación irregular o la extradición (Vervaele 2005, 624).

El art. 49.1 impide que una persona pueda ser condenada si, en el momento de la comisión de los hechos, éstos no constituían una infracción «según el derecho interno o el derecho internacional». Por tanto, el principio de legalidad exige la tipificación previa de la infracción en una norma de Derecho nacional o en una norma de

Derecho Internacional. En el caso de estas últimas, será necesario que se hayan incorporado al Derecho interno del Estado y sean directamente aplicables, porque si no son *self-executing* serán necesarias las normas internas de desarrollo que tipifiquen la infracción. La regla general en el Derecho Internacional es que las normas no son directamente aplicables, pero el Derecho de la Unión Europea es una excepción en este punto, ya que muchas de sus normas son directamente aplicables, al no necesitar normas internas de desarrollo, y, además, pueden ser invocadas directamente por los particulares ante los jueces nacionales. El art. 49.1 sólo se aplica en los ámbitos de competencia de la Unión, como ocurre con todos los derechos de la Carta de Derechos Fundamentales, de conformidad con el art. 51.1, lo que supone que el art. 49 se aplicará en los supuestos de infracciones sancionadas por normas de la Unión Europea y cuando los Estados miembros apliquen sanciones en su Derecho interno en ejecución de normas comunitarias.

Con respecto al art. 7.1 del CEDH, el art. 49.1 introduce una novedad importante, que sí recogió el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se trata del principio de la *lex mitior* o retroactividad *in mitius,* consagrado con los términos siguientes: «Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta». Este principio supone la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable y constituye, como es lógico, una excepción al principio de legalidad penal, pero orientada a favorecer a los acusados. Esta excepción se acoge ya en normas de Derecho derivado, como es el caso del art. 2.2 del Reglamento (CE, Euratom) número 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (*DO* L 312, de 23 de diciembre de 1995, p. 1), según el cual, en caso de modificación posterior de las disposiciones sobre las sanciones administrativas contenidas en una normativa comunitaria, se aplicarán con carácter retroactivo las disposiciones menos severas. En las normas comunitarias adoptadas en el marco del tercer pilar para armonizar sanciones penales no se ha incluido, por el momento, este principio. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha interpretado ya este precepto (TJCE, sentencia de 17 de julio de 1997, *National Farmers' Union y otros*, C-354/95, Rec., p. I-4559, apartados 39-41) y en la sentencia

Berlusconi ha afirmado con claridad que el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve forma parte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, por lo que debe considerarse un principio general del Derecho Comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que el juez nacional debe respetar (TJCE, sentencias de 3 de mayo de 2005, *Berlusconi y otros*, C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec., p. I-3565, apartados 67-69; y de 8 de marzo de 2007, *Campina*, C-45/06, Rec., p. I-2089).

Por último, hay que señalar que el principio de la legalidad de los delitos y las penas regulado por el art. 49.2 se limita al Derecho Penal sustantivo, pero no se aplica a las normas procesales penales, siguiendo la línea del art. 7 del CEDH. Con el aumento de la armonización penal en la Unión Europea como consecuencia de la aplicación del reconocimiento mutuo en el ámbito de la cooperación judicial penal, así como con el desarrollo de procedimientos de investigación por parte de órganos de la Unión (Dirección General de Competencia de la Comisión, OLAF, Europol, Eurojust), habría sido deseable que el art. 49 se hubiese extendido, también, a las normas procesales penales (Vervaele 2005, 625).

1.2. *La jurisprudencia del TJCE sobre el principio de legalidad*

La Unión Europea no aplica directamente sanciones penales, pero sí sanciones administrativas de distinto tipo que entran dentro del ámbito de aplicación del art. 49. El TJCE ha tenido ya ocasión en su jurisprudencia de referirse a la aplicación del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico comunitario en una abundante jurisprudencia, que lo ha considerado como un principio general de Derecho aplicable como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico comunitario con un contenido determinado a partir del art. 7 del CEDH y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. En la reciente y muy interesante sentencia *Advocaten voor Wereld*, el TJCE se ha referido además de forma expresa al art. 49 en su razonamiento. En efecto, el TJCE ha afirmado que «el principio de legalidad de los delitos y las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) forma parte de los principios generales del Derecho en que se basan las tradiciones constitucionales comunes a

los Estados miembros, y ha sido consagrado asimismo en diferentes Tratados internacionales y, en particular, en el artículo 7, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales» (TJCE, sentencias de 12 de diciembre de 1996, *X*, asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95, Rec., p. I-6609, apartado 25; y de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri y otros c. Comisión*, asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec., p. I-5425, apartados 215-219). Este principio de legalidad penal «obliga a las instituciones, que están sujetas al control de la conformidad de sus actos con los Tratados y con los principios generales del Derecho, al igual que a los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión» (TJCE, sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, Rec., p. I-3633, apartados 45 y 46).

En este asunto *Advocaten voor Wereld*, el abogado general Ruiz-Jarabo identificó con finura en el punto 103 de sus conclusiones la articulación de la aplicación del principio de legalidad penal en el Derecho vigente de la Unión Europea. A su juicio, esta garantía refleja la seguridad jurídica en el ámbito penal y adquiere una mayor intensidad por afectar a valores básicos, como la libertad personal. Su objetivo radica en que los ciudadanos sepan de antemano los comportamientos de los que han de abstenerse y las consecuencias que acarrea su comisión (*lex previa*), lo que comporta la definición estricta y sin ambigüedades de los tipos delictivos (*lex certa*), de modo que los ciudadanos, a partir de su redacción y, cuando proceda, con el auxilio de los tribunales (incluso, de un asesoramiento jurídico apropiado según la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri y otros c. Comisión*, antes citada, apartado 219) conozcan de forma razonablemente predecible las acciones o las omisiones que les comprometen penalmente, repudiándose las exégesis analógicas y extensivas *in peius*, así como las aplicaciones retroactivas.

En lo que respecta a la aplicación de sanciones administrativas, que entran, como hemos visto, dentro del ámbito de aplicación del art. 49, el principio de legalidad se acoge expresamente en el Derecho derivado Comunitario. Éste es el caso, por ejemplo, del art. 2.2 del Reglamento (Comunidad Europea, Euratom) número 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (*DO* L 312,

de 23 de diciembre de 1995, p. 1), según el cual no se podrá pronunciar sanción administrativa alguna que no esté contemplada en un acto comunitario anterior a la irregularidad.

Las sanciones administrativas más importantes que aplica la Unión Europea directamente son las multas que impone la Comisión a las empresas que realizan prácticas anticompetitivas contrarias al Derecho Comunitario de la competencia. Con respecto a la aplicación de estas multas, el TJCE ha desarrollado una notable jurisprudencia sobre la aplicación del principio de legalidad a este tipo de sanciones. Esta jurisprudencia afirma el criterio general de que el principio de irretroactividad de las normas penales, consagrado como derecho fundamental en el art. 7 del CEDH constituye un principio general del Derecho Comunitario que debe respetarse al imponer multas por infracción de las normas sobre competencia, y que dicho principio exige que las sanciones impuestas sean las vigentes en el momento en que se cometió la infracción (TJCE, sentencia de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri y otros c. Comisión*, antes citada, apartado 202; TPI, sentencias de 20 de marzo de 2002, *LR AF 1998 c. Comisión*, T-23/99, Rec., p. II-1705, apartados 218-221, y de 9 de julio de 2003, *Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients c. Comisión*, T-224/00, Rec., p. II-2597, apartado 39).

Con respecto a las directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del art. 15 del Reglamento número 17 y del apartado 5 del art. 65 del Tratado CECA (*DO* C 9, de 12 de enero de 1998, p. 3), que despliegan efectos jurídicos para la Comisión desde su publicación, se planteó la cuestión de si estaban sometidas o no al principio de irretroactividad. El TJCE consideró que sí le resultaba aplicable el principio de irretroactividad a las directrices, en cuanto instrumento de la política en materia de competencia, del mismo modo que a una nueva interpretación jurisprudencial de una norma por la que se establezca una infracción, con arreglo a la jurisprudencia del TEDH relativa al art. 7.1 del CEDH (TEDH, sentencias *S. W. y C. R. c. Reino Unido* de 22 de noviembre de 1995, Serie A, núms. 335-B y 335-C, § 34-36 y § 32-34; *Cantoni c. Francia,* de 15 de noviembre de 1996, Rec., 1996-V, § 29-32, y *Coëme y otros c. Bélgica,* de 22 de junio de 2000, Rec., 2000-VII, § 145). Como ocurre con la jurisprudencia relativa a nuevos desarrollos jurisprudenciales, la modificación de una política represiva, en el pre-

sente caso la política general de multas de la Comisión en materia de competencia, puede tener repercusiones en lo que respecta al principio de irretroactividad, en particular si dicha modificación se lleva a cabo mediante la aprobación de reglas de conducta tales como las directrices. Para determinar si el principio de irretroactividad fue respetado, el TJCE procedió a comprobar si la modificación en cuestión era razonablemente previsible en el momento en que se cometieron las infracciones en cuestión.

A este respecto, el TJCE recordó su jurisprudencia según la cual la aplicación por parte de la Comisión, en el pasado, de multas de cierto nivel a determinados tipos de infracciones no puede privarla de la posibilidad de elevar dicho nivel dentro de los límites indicados por el Reglamento número 17, si ello resulta necesario para garantizar la aplicación de la política comunitaria de la competencia. Por ello, las empresas participantes en un procedimiento administrativo que pueda dar lugar a la imposición de una multa no pueden confiar legítimamente en que la Comisión no sobrepasará el nivel de las multas impuestas anteriormente ni en que seguirá aplicando un determinado método de cálculo de las multas. Por consiguiente, dichas empresas deben tener en cuenta la posibilidad de que la Comisión decida en cualquier momento aumentar el nivel de las multas con respecto al que se aplicaba anteriormente. El TJCE concluyó, por ello, que las directrices y, en particular, el nuevo método de cálculo del importe de las multas establecido en ellas, en el supuesto de que haya producido el efecto de aumentar el nivel de las multas impuestas, resultaban razonablemente previsibles para unas empresas de las características de los recurrentes en el momento en que se cometieron las infracciones de que se trata. Por lo tanto, la Comisión no violó el principio de irretroactividad al aplicar en la Decisión controvertida las directrices a infracciones cometidas antes de la aprobación de éstas (TJCE, *Dansk Rørindustri y otros c. Comisión*, antes citada, apartado 227-231).

Aparte de la utilización del principio de legalidad en estos supuestos de aplicación de sanciones directamente por parte de las instituciones comunitarias, también se ha pronunciado el TJCE sobre el empleo de este principio en los casos de sanciones previstas en normas comunitarias, cuya aplicación corresponde a los Estados miembros mediante normas de Derecho interno.

En lo que respecta a directivas, el TJCE ha establecido que el principio de legalidad «forma parte de los principios generales del Derecho comunitario que el juez nacional debe respetar al aplicar el Derecho nacional adoptado para la ejecución del Derecho comunitario». En el contexto específico de una situación en la que las autoridades de un Estado miembro invocan una directiva contra un particular en el marco de un procedimiento penal, el Tribunal de Justicia ha precisado que «una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, crear o agravar la responsabilidad penal de quienes infrinjan sus disposiciones» (TJCE, sentencias de 8 de octubre de 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, 80/86, Rec., p. 3969, apartado 13; de 7 de enero de 2004, *X*, C-60/02, Rec., p. I-125, apartado 61; y de 14 de octubre de 2004, *Berlusconi*, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec., p. I-3565, apartados 68-70).

Otro interesante asunto en este ámbito es el referente a la principal decisión marco del tercer pilar adoptada hasta ahora, a saber, la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (*DO* L 190, p. 1). En efecto, la sentencia *Advocaten voor Wereld* resolvió la cuestión referente a la posible violación del principio de legalidad penal por parte del art. 2. 2 de la referida Decisión marco, al establecer, de forma poco precisa, la lista de más de treinta infracciones penales para las cuales se ha eliminado el requisito tradicional de la doble tipificación, siempre que estén castigadas en el Estado miembro emisor con una pena privativa de libertad de un máximo de al menos tres años. El TJCE indicó que los delitos del art. 2.2 de la Decisión marco dan lugar a la entrega, en virtud de una orden de detención europea, sin control de la doble tipificación de los hechos, pero la definición de estas infracciones y de las penas aplicables son las establecidas por el Derecho del Estado miembro emisor de la orden, ya que la Decisión marco no tiene por objeto armonizar las infracciones penales en cuestión en cuanto a sus elementos constitutivos o a las penas correspondientes. Por ello, concluyó el TJCE que aunque se suprime la doble tipificación para los delitos del art. 2.2 de la Decisión marco, la definición de estas infracciones y de las penas aplicables sigue siendo competencia del Derecho del Estado miembro emisor, que,

como se dispone por lo demás en el art. 1.3 de esta misma Decisión marco, debe respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el art. 6 del Tratado de la Unión Europea y, por ende, el principio de legalidad de los delitos y las penas (sentencia *Advocaten voor Wereld*, antes citada, apartados 52 y 53).

Un argumento adicional interesante para determinar la no violación del principio de legalidad penal en este caso es aportado por el abogado general Ruiz-Jarabo en el punto 105 de sus conclusiones, según el cual la detención y la puesta a disposición en que se traduce la ejecución de una euroorden no revisten naturaleza sancionadora. El juez encargado de despacharla comprueba que concurren los elementos para transferir al juez emisor una persona que se encuentra en su jurisdicción, pero se abstrae de conocer sobre el fondo, excepto a los efectos del procedimiento de entrega, absteniéndose de valorar las pruebas y de pronunciar un juicio de culpabilidad. Así lo entendió la Comisión Europea de Derechos Humanos en relación con la extradición, al excluirla de la noción de condena del art. 7 del CEDH (Decisiones de 6 de julio de 1976, *X c. los Países Bajos*, asunto 7512/76, D. R. 6, p. 184; de 6 de marzo de 1991, *Polley c. Bélgica*, asunto 12192/86; y de 18 de enero de 1996, *Bakhtiar c. Suiza*, asunto 27292/95).

2. Principio de legalidad penal y Derecho Internacional

El apartado 2 del art. 49 establece que esta disposición «no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones». Este precepto coincide con el art. 7.2 del CEDH, según el cual dicho precepto «no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas».

Hay únicamente dos diferencias entre ambas disposiciones. La primera es la sustitución de la expresión *naciones civilizadas* del art. 7.2 del CEDH por *conjunto de las naciones,* que no tiene el resa-

bio colonial propio de la época en que se redactó el CEDH y en la que la dominación colonial era una realidad de la sociedad internacional. No obstante, y según las Explicaciones del Praesidium de la Convención, esta modificación no supone cambio alguno del sentido de este apartado, que se refiere a los crímenes contra la humanidad. De conformidad con el apartado 3 del art. 52 de la Carta de Derechos Fundamentales, el derecho garantizado tiene por lo tanto el mismo sentido y alcance que el garantizado por el CEDH.

La segunda diferencia entre el art. 7.2 del CEDH y el art. 49 estriba en que el primero utiliza la expresión *principios generales del Derecho* y el segundo *principios generales,* lo que le confiere a éste una base más amplia.

El art. 49 establece una excepción al principio de irretroactividad de los delitos y las penas consagrado por su apartado primero, ya que permite la aplicación retroactiva de las normas penales internacionales que establecen los denominados crímenes contra la humanidad. Esta disposición está redactada de forma abierta y permite la no aplicación de la irretroactividad a las conductas consideradas actualmente como crímenes internacionales y a las que en el futuro pueden establecerse.

En la actualidad, la referencia para determinar los supuestos en los que puede aplicarse el art. 49.2 la encontramos en el Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de 1996, que define los siguientes crímenes internacionales:

— crimen de agresión;
— crimen de genocidio;
— crímenes contra la humanidad;
— crímenes contra el personal de Naciones Unidas y el personal asociado;
— crímenes de guerra.

Otro texto de referencia en este ámbito es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, que tipifica los crímenes internacionales sobre los que la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción, a saber: crimen de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y crimen de agresión.

3. El principio de la proporcionalidad de las penas

El apartado tercero del art. 49 introduce el principio general de proporcionalidad de los delitos y las penas, que no forma parte en sentido estricto del principio de legalidad. Este principio no aparece incluido en ninguno de los textos internacionales que sirven de referencia a la Carta. No obstante, y como señalan las Explicaciones del Praesidium de la Convención, «el apartado 3 recoge el principio general de proporcionalidad de los delitos y las penas consagrado por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas».

En el CEDH no se recoge el principio de la proporcionalidad de las penas, pero el TEDH en su jurisprudencia lo tiene en cuenta para saber si las restricciones a un derecho fundamental son necesarias en una sociedad democrática.

Por su parte, el TJCE cuenta con una extensa jurisprudencia sobre aplicación del principio de proporcionalidad a las sanciones establecidas por las propias normas comunitarias (por ejemplo, TJCE, sentencia de 6 de julio de 2000, *Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen*, C-356/97, Rec., I-5461) o sobre la exigencia de proporcionalidad respecto a las sanciones aplicadas de conformidad con los derechos internos de los Estados miembros para garantizar el cumplimiento de normas comunitarias.

Bibliografía

Braibant, G. *La Charte des droit fondamentaux de l'Union européenne*. París: Pédone, 2000.

D'Amico, A. «Art. 49». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali del'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2002, pp. 336-345.

Ferrari Bravo, L., F. M. Di Majo y A. Rizzo. *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Milán: Giuffrè, 2001, pp. 127-130.

O'Connel, D. «Article 49». En AA. VV. *Commentary of the Charter of Fundamentals Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 380-383.

Vervaele, J. «Article II-109». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 619-628.

Artículo 50

Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción

Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley.

Preceptos relacionados

- Carta: arts. 47-49.
- TFUE: arts. 82-86.

Antecedentes

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990 (arts. 54-58).
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-107 a II-110.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 50.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

El art. 50 protege el derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción. Este derecho es la plasmación del conocido principio *non bis in idem* en el ámbito del Derecho Penal, que constituye un medio para proteger al individuo frente a la posibilidad de que el Estado abuse del *ius puniendi*. Con este principio se impide que el Estado pueda intentar varias veces condenar a un individuo por un supuesto delito. Una vez que se ha seguido un proceso, con todas las adecuadas garantías procesales, y que se ha enjuiciado la cuestión de la posible deuda del individuo para con la sociedad, el Estado no debe someterlo a los rigores de un nuevo proceso.

El derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos ha evolucionado hasta convertirse en el derecho humano fundamental, que protege al individuo frente al *ius puniendi* del Estado, y que ha sido codificado en varios convenios internacionales. En el ámbito universal de Naciones Unidas este derecho se consagra en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, según el cual «nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país».

En el contexto europeo, la regulación más importante de este principio se encuentra en el art. 4.1 del Protocolo número 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de 22 de noviembre de 1984, cuyo tenor literal es el siguiente: «nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por los tribunales del mismo Estado por una infracción por la que ya haya sido absuelto o condenado por sentencia firme de conformidad con la ley y los procedimientos penales de dicho Estado». No obstante, el apartado 2 de este precepto dispone que «lo dispuesto en el apartado anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o revelaciones

nuevas o cuando un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada». La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre este derecho no es muy abundante y resulta, incluso, contradictoria en lo relativo al alcance exacto del principio *non bis in idem,* especialmente en cuanto a si se requiere únicamente la identidad de los hechos materiales o también se requiere la identidad del interés jurídico protegido (TEDH, sentencia de 30 de julio de 1998, *Oliveira c. Suiza*, núm. 25711/94, *ECHR Reports of Judgments and Decisions 1998-V,* y el voto particular del Juez Repki).

Es importante tener en cuenta que estas normas internacionales sobre el *non bis in idem* en materia penal sólo se aplican a nivel nacional e impiden que dentro del territorio de un mismo Estado se inicien nuevos procedimientos penales por los mismos hechos y contra la misma persona. Pero estas normas internacionales no son aplicables en las relaciones entre Estados, por lo que no prohíben que se lleve a cabo una segunda persecución penal por la misma infracción en el territorio de otro Estado. La Comisión Europea de Derechos Humanos confirmó que el art. 4 del Protocolo número 7 no garantizaba el respecto del principio *ne bis in idem* respecto a condenas penales llevadas a cabo por tribunales de diferentes Estados (Comisión Europea de Derechos Humanos, Decisión de 21 de octubre de 1998, *Bargiola c. Suiza*, *DR* 75). Para que el *ne bis in idem* pueda operar en el ámbito internacional, los Estados recurren a la celebración de tratados bilaterales sobre reconocimiento mutuo de sentencias penales o sobre aplicación del *ne bis in idem* en procedimientos penales. En el seno del Consejo de Europa se ha facilitado la tarea mediante la elaboración del Convenio europeo sobre validez internacional de las sentencias penales de 1972 (arts. 53-55) y del Convenio europeo sobre la transmisión de los autos en asuntos penales de 1972 (arts. 35-37). Estos convenios establecen la aplicación del *principio ne bis in idem* en las relaciones entre los Estados signatarios, es decir, permiten una aplicación internacional de este principio. Como el número de países que han ratificado estos convenios es muy escaso y las excepciones que éstos prevén a la aplicación del principio son numerosas, podemos concluir que en el seno del Consejo de Europa la aplicación internacional del *ne bis in idem* está lejos de alcanzarse.

La Unión Europea ha necesitado profundizar en la aplicación internacional del *ne bis in idem* y se ha dotado de normas más avanzadas que las del Consejo de Europa, para desarrollar la cooperación policial y judicial penal prevista en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ). Entre ellas, destacan las contenidas en el acervo de Schengen, que han originado una fructífera jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), y respecto a las cuales el art. 50 constituye un importante avance.

1. La jurisprudencia del TJCE sobre el *ne bis in idem*

El *ne bis in idem*, que no es privativo del Derecho Penal, es un viejo conocido en la jurisprudencia del TJCE, ya que la primera aplicación de este principio tuvo lugar en el contexto de un procedimiento disciplinario en materia de funcionarios de la Comunidad Europea (TJCE, sentencia de 15 de marzo de 1967, *Gutmann c. Comisión*, 18/65 y 35/65, Rec., p. 61). Este principio ha tenido una importante utilización en asuntos relacionados con la imposición de sanciones en el ámbito del Derecho Comunitario de la competencia.

En estos casos, el TJCE ha afirmado que «el principio *non bis in idem*, consagrado igualmente en el artículo 4 del Protocolo núm. 7 del CEDH, constituye un principio fundamental del Derecho comunitario, cuya observancia debe garantizar el juez» (TJCE, sentencia de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros c. Comisión*, asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec., 2002, p. I-8375). En el ámbito del Derecho de la Competencia Comunitario, dicho principio prohíbe que se condene a una empresa o que la Comisión inicie de nuevo un procedimiento sancionador en su contra por un comportamiento contrario a la competencia, a causa del cual ya haya sido sancionada o del que la Comisión la haya declarado no responsable mediante una decisión anterior que no puede ser objeto de recurso. No obstante, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de acumulación de sanciones, una comunitaria y otra nacional, como resultado de la existencia de dos procedimientos paralelos, que persiguen objetivos distintos, cuya procedencia resulta del especial sistema de reparto de competencias entre la Co-

munidad y los Estados miembros en materia de competencia. No obstante, una exigencia general de equidad implica que, al fijar la cuantía de una multa, la Comisión está obligada a tener en cuenta las sanciones que ya se han impuesto a la misma empresa por el mismo hecho, si se trata de sanciones impuestas por infracciones al Derecho de la Competencia de un Estado miembro y, por consiguiente, cometidas en territorio comunitario (TPI, sentencia de 29 de abril de 2004, *Tokai Carbon y otros c. Comisión* T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 y T-252/01, Rec., p. II-1181, apartados 130-133).

El TJCE ha declarado, también, que dicho «principio no se opone en sí mismo a que se reinicie un procedimiento que tenga por objeto el mismo comportamiento contrario a la competencia, cuando una primera decisión ha sido anulada por motivos de forma sin que haya habido un pronunciamiento sobre el fondo de los hechos imputados, de manera que la decisión de anulación no tiene el valor de una "absolución" en el sentido que se atribuye a dicho término en el ámbito punitivo» (*Limburgse Vinyl Maatschappij y otros c. Comisión*, antes citada, apartado 62). En la sentencia dictada en el asunto *Cemento,* el Tribunal de Justicia declaró que la aplicación del principio *non bis in idem* estaba supeditada a un triple requisito de «identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido», que ha aplicado en su jurisprudencia posterior (TJCE, sentencia de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros c. Comisión*, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec., p. I-123, apartados 334 y ss.).

Esta aplicación del principio *ne bis in idem* con respecto a la acumulación de sanciones en el ámbito del Derecho de la Competencia tiene claramente una dimensión internacional, porque opera en las relaciones entre los Estados miembros y la Unión Europea, pero no se trata de un ámbito penal, que es el que el art. 50 contempla.

En efecto, la aplicación intracomunitaria del *ne bis in idem* en materia penal se ha establecido en varias normas del Derecho de la Unión. Entre ellas destaca, sin duda, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS), de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, sus-

crito el 19 de junio de 1990 (*DO* L 239, de 22 de septiembre de 2000, p. 19). Este Convenio estableció medidas de cooperación para neutralizar la desaparición de esos controles en las fronteras comunes. El capítulo tercero, titulado «aplicación del principio *non bis in idem*», se compone de los arts. 54-58, con cobertura en los arts. 31 y 34 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

El art. 54 prescribe lo siguiente: «Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena». Se establece un principio *non bis in idem* en materia penal pero con limitaciones y condiciones. Además de éstas, el art. 55 permite a un Estado parte no aplicar el art. 54 en uno o varios de los supuestos siguientes:

— cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio, salvo que estos hechos hayan tenido lugar en parte en el territorio de la parte contratante donde se haya dictado la sentencia;
— cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera constituyan una infracción contra la seguridad del Estado u otros intereses igualmente esenciales de dicha parte contratante;
— cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan sido cometidos por un funcionario de dicha parte contratante, incumpliendo las obligaciones de su cargo.

El art. 56 del CAAS establece, por su parte, que si un Estado entabla nuevas diligencias contra una persona que ha sido juzgada en sentencia firme por los mismos hechos por otro país, de la sanción que en su caso se imponga deberán deducirse los períodos de privación de libertad que se hubieren cumplido en el territorio de este último por tales hechos. También se tendrán en cuenta, en la medida en que lo permitan las legislaciones nacionales, las sanciones no privativas de libertad que ya se hubieren aplicado. En cualquier caso, el art. 58 del CAAS permite la aplicación de las disposiciones

nacionales más extensivas relativas al efecto *non bis in idem* vinculado a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero.

La aplicación de estos arts. 54-58 del CAAS ha generado una reciente jurisprudencia del TJCE sobre el principio *non bis in idem* de gran interés y que será determinante para la aplicación futura del art. 50.

El primer caso que resolvió el Tribunal fue el asunto *Gözütok y Brügge,* en el que se le pedía que dilucidara si el principio *non bis in idem* recogido en el art. 54 del CAAS resultaba aplicable a los procedimientos nacionales que dan lugar a soluciones extrajudiciales en virtud de las cuales el Ministerio Fiscal, sin necesidad de que intervenga ninguna autoridad judicial, está facultado para ofrecer unilateralmente el archivo de las diligencias penales practicadas si el imputado cumple ciertas condiciones, en particular el pago de multas pecuniarias. En virtud del Derecho Penal nacional, la aceptación de tales condiciones extingue definitivamente la acción pública por los mismos hechos. El Tribunal respondió afirmativamente declarando que «cuando la acción pública se extingue definitivamente a resultas de un procedimiento como los controvertidos en los litigios principales, debe considerarse que la persona de que se trate ha sido "juzgada en sentencia firme", en el sentido del artículo 54 del CAAS, por los hechos que se le imputan» (TJCE, sentencia de 11 de febrero de 2003, *Gözütok y Brügge*, asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, Rec., p. I-1345, apartado 30).

El razonamiento del TJCE para llegar a esta conclusión fue muy interesante y favorable a una aplicación extensiva del principio *ne bis in idem* del art. 54 del CAAS. El Tribunal indicó, en primer lugar, que el procedimiento en cuestión sancionaba el comportamiento ilícito que se atribuía al imputado. Luego, consideró que la no intervención de ningún órgano jurisdiccional en el procedimiento era irrelevante por tratarse de aspectos procesales y formales que no influyen en modo alguno en los efectos extintivos del procedimiento que, al no existir indicación expresa en contrario en el art. 54 del CAAS, debían considerarse suficientes para la aplicación del principio *ne bis in idem*. En tercer lugar, el Tribunal declaró que la previa armonización de los derechos penales nacionales no era un requisito para la aplicación del art. 54 del CAAS. Posteriormente, el TJCE resaltó el principio de confianza mutua que subyace en este artículo, afirman-

do que dicho principio «implica necesariamente que exista una confianza mutua de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal y que cada uno de ellos acepte la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados miembros, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente». En quinto lugar, el Tribunal consideró que la interpretación adoptada permite dar prevalencia al objeto y fin del art. 54 del CAAS sobre los aspectos procesales o meramente formales, por lo demás variables en función de los Estados miembros de que se trate, y que garantiza una aplicación eficaz del principio *non bis in idem*. Finalmente, el TJCE puso énfasis en los objetivos integradores del TUE, recordando que la Unión Europea se impuso como objetivo mantener y desarrollar la Unión como un ELSJ, en el que esté garantizada la libre circulación de personas y que «la aplicación en el marco de la Unión Europea del acervo de Schengen, del que forma parte el artículo 54 del CAAS, pretende potenciar la integración europea y hacer posible, en particular, que dicha Unión se convierta con más rapidez en el espacio de libertad, seguridad y justicia que tiene por objetivo mantener y desarrollar». En este contexto, concluyó el TJCE que «el artículo 54 del CAAS, que pretende evitar que una persona, al ejercer su derecho a la libre circulación, se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios Estados miembros, sólo puede contribuir eficazmente al íntegro cumplimiento de tal objeto si se aplica también a las decisiones por las que se archivan definitivamente las diligencias penales en un Estado miembro, aun cuando se adopten sin intervención de un órgano jurisdiccional y no revistan la forma de una sentencia» (sentencia *Gözütok y Brügge*, antes citada, apartados 31-38).

En el asunto *Miraglia,* el Tribunal de Justicia se pronunció sobre un procedimiento similar al del asunto *Gözütok y Brügge,* pero llegó a la conclusión opuesta, estimando que una decisión judicial «pronunciada después de que el ministerio fiscal haya decidido no proseguir la acción penal debido únicamente a que se han iniciado actuaciones penales en otro Estado miembro contra el mismo imputado y por los mismos hechos sin que se haya efectuado apreciación alguna en cuanto al fondo, no puede considerarse una decisión que juzga en firme a esta persona en el sentido del artículo 54 del CAAS» (TJCE, sentencia de 10 de marzo de 2005 *Miraglia*, C-469/03,

Rec., p. I-2009, apartado 30). Por consiguiente, no resultaba aplicable en este caso el principio *non bis in idem* y el Tribunal en su razonamiento dio prioridad a la necesidad de sancionar efectivamente el delito, poniendo un menor énfasis en la defensa de la libre circulación de las personas, declarando que la aplicación del art. 54 del CAAS a una decisión, como la controvertida en el asunto principal, por la que se archiva un procedimiento penal, haría más difícil o incluso ilusoria cualquier posibilidad concreta de sancionar en los Estados miembros afectados el comportamiento ilícito atribuido al imputado. Además, señaló que la incoación de un procedimiento penal en otro Estado miembro por los mismos hechos se vería obstaculizada a pesar de que estas actuaciones penales son las que justificaron la renuncia al ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal del primer Estado miembro.

En el asunto *Van Esbroeck,* se pidió al Tribunal de Justicia que aclarara, entre otros extremos, el alcance del concepto de *los mismos hechos* que figura en el art. 54 del CAAS. La cuestión se suscitó en el contexto de procedimientos penales incoados contra la misma persona en dos Estados diferentes (Noruega y Bélgica) y derivados de los mismos hechos, a saber, el transporte de drogas ilegales de Bélgica a Noruega. El inculpado fue perseguido en Noruega por el delito de importar sustancias ilegales y en Bélgica, por el delito de exportarlas. La cuestión prejudicial pretendía dilucidar si *los mismos hechos* requerían únicamente la identidad de los hechos materiales, o si se requería, además, que los hechos fueran considerados el mismo delito en ambos sistemas penales nacionales. El Tribunal se inclinó por interpretar el principio *non bis in idem* de un modo amplio y declaró que el único criterio pertinente a efectos de la aplicación del art. 54 del CAAS es el de la «identidad de los hechos materiales, entendidos como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas» (TJCE, sentencia de 9 de marzo de 2006, *Van Esbroeck*, C-436/04, apartado 36). Para llegar a esta conclusión, el Tribunal siguió un razonamiento similar al de la sentencia *Gözütok y Brügge,* haciendo hincapié en la argumentación relativa a la promoción de la libertad de circulación y a la confianza mutua, lo que le condujo a entender que la circunstancia de que puedan aplicarse distintas calificaciones jurídicas a los mismos hechos en dos Estados distintos no debe suponer obstáculo al-

guno para la aplicación del art. 54 del CAAS. En su opinión, debido a la falta de armonización de las legislaciones penales nacionales, «un criterio basado en la calificación jurídica de los hechos o en el interés jurídico protegido crearía tantos obstáculos a la libertad de circulación en el espacio Schengen como sistemas penales existen en los Estados contratantes» (sentencia *Van Esbroeck*, antes citada, apartado 35).

En varias sentencias posteriores, el TJCE ha confirmado esta interpretación extensiva del concepto *los mismos hechos,* afirmando que los hechos punibles consistentes en la exportación y la importación de las mismas mercancías ilícitas y perseguidos en diferentes Estados contratantes del CAAS constituyen comportamientos que pueden estar incluidos en el concepto de *los mismos hechos* a efectos del art. 54 del CAAS (TJCE, sentencias de 28 de septiembre de 2006, *Van Straaten*, C-150/05, Rec., p. I-932, apartado 51; de 28 de septiembre de 2006, *Gasparini y otros*, C-467/04, Rec., p. I-9199, apartado 57; de 18 de julio de 2007, *Kretzinger*, C-288/05; y de 18 de julio de 2007, *Kraaijenbrink*, C-367/05). En el asunto *Van Straaten* aclaró el Tribunal que el criterio pertinente a efectos de la aplicación del art. 54 del CAAS está constituido por el de la identidad de los hechos materiales, entendido como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido.

En las conclusiones del abogado general Ruiz-Jarabo Colomer en los asuntos *Gözütok, Van Straaten* y *Van Esbroeck* y de la abogado general Sharpston en el asunto *Gasparini* se ha hecho referencia en apoyo de sus argumentaciones a la prohibición del *non bis in idem* contenida en el art. 50. También lo ha mencionado el Tribunal de Primera Instancia en algunos asuntos referentes a la aplicación de dobles sanciones en el Derecho de la Competencia, aunque en estos casos su invocación es de menor interés, por estar fuera del Derecho Penal.

2. Alcance del art. 50 en el contexto del ELSJ

El art. 50 establece el derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos sin especificar si se aplica dentro del territorio de cada Estado miembro o en las relaciones intracomunitarias en el

marco de la cooperación policial y judicial penal existente en la Unión Europea como ELSJ.

La aplicación en el interior del territorio de cada Estado de este principio es indiscutible, ya que las explicaciones del Praesidium de la Convención establecen que cuando el art. 50 se aplique en el interior de un mismo Estado tendrá el mismo sentido y alcance que el art. 4 del Protocolo número 7 al CEDH. Esta aplicación interna del art. 50 no plantea dificultades, dado que el *ne bis in idem* es un principio ampliamente protegido como derecho fundamental en los derechos constitucionales internos de los Estados miembros.

Ahora bien, el art. 50 se aplica también en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea y es aquí donde reside su importancia, porque establece un derecho de carácter general a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción, cuya extensión es mucho mayor que la del art. 54 del CAAS. En efecto, el art. 55 del CAAS permite a los Estados miembros rechazar la autoridad de cosa juzgada de sentencias penales de otros Estados en tres casos, a saber, cuando los hechos punibles supongan una infracción contra la seguridad nacional u otros intereses igualmente esenciales del Estado perseguidor, cuando la infracción haya sido cometida por un funcionario de dicho Estado y cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en el territorio del segundo o posteriores Estados perseguidores, salvo que estos hechos hayan tenido lugar en parte en el territorio de la parte contratante donde se haya dictado la sentencia. En estos casos, el individuo puede ser juzgado y condenado nuevamente, aunque exista sentencia firme anterior en otro Estado por la misma infracción. La excepción más importante es la que se basa en la competencia territorial del segundo Estado perseguidor, que no tendrá que aplicar el *ne bis in idem* si la infracción se ha cometido en su territorio, salvo que se trate de un supuesto de delincuencia transnacional y la sentencia firme sea de un tribunal de otro Estado en cuyo territorio también se llevó a cabo la infracción.

Dado el carácter general y sin excepciones del art. 50, la competencia territorial cede también ante el *ne bis in idem*, lo que supone un avance notable con respecto al CAAS. El art. 50 se aplica sin necesidad de tener en cuenta la competencia penal ejercida previa-

mente por un Estado y la que posteriormente pretenda ejercer otro país miembro de la Unión Europea (Rebut 2005, 634).

La generalidad del principio *ne bis in idem* establecido por el art. 50 se pone de relieve, también, en que se aplica no sólo a las resoluciones penales condenatorias, sino también a las resoluciones dictadas durante la instrucción de los procedimientos penales, de manera que un Estado debe renunciar a la persecución de una persona por hechos que originaron un procedimiento penal contra él en otro Estado que no concluyó con condena. Esta interpretación ha sido confirmada con respecto al art. 54 del CAAS por el TJCE en la sentencia *Gözütok y Brügge,* que declaró aplicable el *ne bis in idem* a los procedimientos nacionales que dan lugar a soluciones extrajudiciales, en virtud de las cuales el Ministerio Fiscal, sin necesidad de que intervenga ninguna autoridad judicial, está facultado para ofrecer unilateralmente el archivo de las diligencias penales practicadas si el imputado cumple ciertas condiciones, en particular el pago de multas pecuniarias. También, la sentencia *Van Straaten* consideró que el principio *non bis in idem*, consagrado en el art. 54 del CAAS, es aplicable a una resolución de las autoridades judiciales de un Estado contratante mediante la cual se absuelve definitivamente a un acusado por falta de pruebas. Por el contrario, la sentencia *Miraglia* negó la aplicación de este principio a una decisión judicial pronunciada después de que el Ministerio Fiscal hubiera decidido no proseguir la acción penal debido únicamente a que se habían iniciado actuaciones penales en otro Estado miembro contra el mismo imputado y por los mismos hechos sin que se hubiese efectuado apreciación alguna en cuanto al fondo. En este caso, el TJCE puso el énfasis en la necesidad de que el *ne bis in idem* no impidiera la persecución efectiva de la infracción.

Otro elemento que pone de manifiesto la generalidad del art. 50 es la inexistencia de una limitación como la del art. 54 del CAAS, que hace depender la aplicación del *ne bis in idem* de la ejecución de la sanción anterior, ya que su ausencia o su imposibilidad abren la vía para un segunda persecución penal por los mismos hechos. El art. 50 no subordina en absoluto la efectividad del *ne bis in idem* a la eventual ejecución o no de la sanción penal. El incumplimiento de las condenas penales no puede resolverse mediante nuevos procedimientos penales, sino que deben buscársele soluciones me-

diante instrumentos de cooperación penal internacional como la extradición o el reconocimiento mutuo de las resoluciones penales condenatorias.

Con la redacción general e incondicionada del art. 50, el *ne bis in idem* adquiere claramente la condición de derecho fundamental y se refuerza notablemente en el seno de la Unión Europea con respecto a los tratados internacionales de derechos humanos.

La regulación tan general del derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos que establece el art. 50 tiene como contrapartida que su aplicación puede plantear importantes problemas interpretativos (Rebut 2005, 636 y ss.). El más relevante es la determinación del concepto de *sentencia penal firme,* utilizado en el art. 50.

Cuando el art. 50 habla de sentencia, una interpretación estricta podría hacer pensar que el *ne bis in idem* opera sólo con respecto a las resoluciones judiciales que ponen fin a un procedimiento penal. Sin embargo, esta interpretación estricta hay que descartarla, porque el TJCE en relación con el art. 54 del CAAS ya lo ha hecho en la sentencia *Gözütok y Brügge,* al considerar aplicable este principio a una decisión del Ministerio Fiscal que, en aplicación de una solución extrajudicial y sin necesidad de la intervención de autoridad judicial, ofrece unilateralmente el archivo de las diligencias penales practicadas si el imputado cumple ciertas condiciones, en particular el pago de multas pecuniarias. De acuerdo con esta jurisprudencia, el *ne bis in idem* será aplicable respecto a las sentencias, por supuesto, pero también a los autos de jueces de instrucción y a todo tipo de resoluciones que supongan extinción de la acción penal.

Otra dificultad aplicativa del art. 50 será la determinación de lo que deba considerarse sentencia *penal,* ya que este precepto sólo se aplica en el ámbito penal. En este punto las tradiciones de los Estados miembros varían y no hay coincidencia sobre lo que son infracciones penales y lo que son sólo infracciones administrativas. Por ello, el TEDH en el marco de la aplicación del art. 6.1 del CEDH ha elaborado un concepto de procedimiento penal de carácter sustantivo y no formal que puede ser extrapolable para la aplicación del art. 50 (TEDH, sentencia de 2 de septiembre de 1998, *Lauko c. Eslovaquia,* Rec., 1998-VI), con lo que no serían procedimientos penales y sentencias penales sólo las emanadas de los tribunales del orden jurisdiccional penal, sino todo procedimiento y sentencia de simila-

res características, con independencia de su catalogación en el Derecho interno. Sin duda, el caso se planteará con respecto a las sanciones administrativas impuestas por la Comisión y las autoridades nacionales en el ámbito del Derecho de la Competencia o por el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales en materia financiera y bancaria. La jurisprudencia del TJCE aplica el *ne bis in idem* en los casos de sanciones en materia de libre competencia para impedir dobles procedimientos con finalidades similares, pero puede plantearse en el futuro si una de estas sanciones puede impedir, por aplicación del art. 50, el inicio de un procedimiento penal por los mismos hechos.

La última cuestión aplicativa que puede suscitarse en la aplicación del art. 50 es la relativa al carácter definitivo de las sentencias penales para que pueda operar el *ne bis in idem*. En este punto, el precepto es claro, ya que los Estados tienen libertad para iniciar procedimientos penales con respecto a unos mismos hechos hasta que no exista una sentencia penal definitiva, firme. Si se han iniciado procedimientos penales por parte de varios Estados, cuando hay sentencia firme en uno de ellos, los procedimientos de los demás deberán archivarse, como consecuencia del efecto del principio *ne bis in idem*.

Como conclusión, cabe afirmar que pese a las dificultades que puedan surgir en su aplicación, el art. 50 establece una aplicación internacional muy amplia del principio del *ne bis in idem* en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea, lo que supone la renuncia de un Estado a perseguir penalmente una infracción cuando ya ha sido castigada por otro Estado miembro. El avance con respecto a la normativa actualmente aplicable en la Unión, los arts. 54-58 del CAAS, es muy significativo, y el art. 50 es una disposición que contribuirá, sin duda, junto con las nuevas disposiciones de los arts. 82-86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al fortalecimiento de la cooperación judicial penal en el ELSJ que pretende ser la Unión Europea.

Bibliografía

Blanco Cordero, I. «El principio *ne bis in idem* en la Unión Europea». *Diario La Ley* 6285, 30 de junio de 2005.

Braibant, G. *La Charte des droit fondamentaux de l'Union européenne*. París: Pédone, 2000.

COMISIÓN EUROPEA. Libro Verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio *non bis in idem* en los procedimientos penales. *COM* (*2005*) *696 final*, 23 de diciembre de 2005.

DA CUNHA RODRIGUES, N. J. «A propos du principe «Ne bis in idem»: un regard sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes». *Une communauté de droit: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*. Berlín: BWV, 2003, pp. 165-176.

D'AMICO, M. «Art. 50». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali del'Unione Europea*. Bolonia: Cedam, 2002, pp. 342 y ss.

MARIEN AGUILERA, M. «El *ne bis in idem*: un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea». *Revista Española de Derecho Europeo* 20 (2006): pp. 479-531.

REBUT, D. «Article II-110». En L. Bourgoegue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 629-640.

SANTOS VARA, J. «El alcance del principio *non bis in idem* en el marco del Convenio Schengen: comentario a la sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003». *Revista General de Derecho Europeo* 1 (2003).

VAN DEN WYNGAERT, C. y Y. G. STESSENS. «The International *non bis in idem* Principle: Resolving the Unanswered Questions». *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 48 (1999): p. 779.

VERVAELE, J. «El principio *ne bis in idem* en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo». *Revista General de Derecho Europeo* 5 (2004).

— «The Transnational *ne bis in idem* Principle in the EU: Mutual Recognition and Equivalent Protection of Human Rights». *Utrecht Law Review* 2. Vol. I (2005): pp. 100 y ss.

WASMEIER, M. y N. THWAITES. «The Development of *ne bis in idem* into a Transnational Fundamental Right in EU Law: Comments on Recent Developments». *European Law Review* 4 (2006): pp. 565-578.

WEYEMBERGH, A. «Le principe *ne bis in idem*: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen?». *Cahiers de Droit Européen* 3-4 (2004): p. 349.

WILS, W. P. J. «The Principle of *ne bis in idem* in EC Antitrust Enforcement: a Legal and Economic Analysis». *World Competition* 26 (2003): p. 131.

ZIEMELE, I. «Article 50». En AA. VV. *Commentary of the Charter of Fundamentals Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 384-388.

TÍTULO VII

DISPOSICIONES GENERALES QUE RIGEN LA INTERPRETACIÓN Y LA APLICACIÓN DE LA CARTA

Artículo 51
Ámbito de aplicación

1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados.

Preceptos relacionados

- Carta: párrafo quinto del Preámbulo; arts. 52 y 53.
- TUE (TLisboa): arts. 1, 4-6.
- TFUE: arts. 15 y 16.

Antecedentes

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-111.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 51.

PROTOCOLOS Y DECLARACIONES RELACIONADOS

- Protocolo núm. 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales a Polonia y Reino Unido.
- Declaración núm. 1 relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales.
- Declaración núm. 53 de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Declaración núm. 61 de la República de Polonia relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Este precepto pretende resolver dos cuestiones trascendentales. En su primer apartado precisa quiénes son los obligados a respetar la Carta, es decir, a quiénes obliga la Carta y en qué circunstancias o ámbitos materiales. En el segundo apartado, trata de dar satisfacción a una inquietud importante que se produce al pretender presentar o revelar el conjunto de derechos de las personas protegidas, independientemente de si la Unión carece de competencias normativas y ejecutivas en ámbitos materiales a que se refieren los derechos. No se trata de dos apartados separables, sino que están estrechamente vinculados por un mismo hilo argumental y metodológico.

El precepto se enmarca dentro de las llamadas «disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta» (denominadas así por no referirse monográficamente a derechos concretos). Los redactores de la Carta estimaron nada más empezar los trabajos que era preciso abordar cuestiones generales sobre la aplicación de la Carta (CHARTE 4123/1/00 rev. 1, 15 de febrero de 2000; CHARTE 4149/00 COVENT 13). Estos preceptos dan una

respuesta anticipada y en abstracto a la aplicación y alcance de la Carta, así como a la articulación entre estándares normativos de protección de derechos fundamentales, dada la concurrencia de diversos catálogos normativos nacionales, europeos e internacionales.

Conviene recordar que el articulado de la Carta de los Derechos Fundamentales no fue objeto de debate en la Convención para el Futuro de Europa. Sin embargo, estas cláusulas horizontales que afectan a las condiciones de aplicación e interpretación fueron casi las únicas que concitaron ciertos debates en el Grupo de Trabajo II de la Convención que redactó el fracasado Tratado Constitucional, siendo objeto de algunas reformas o adicciones tanto en la fase de Convención como en la Conferencia Intergubernamental (CIG) de 2004 y que se han mantenido en la CIG de 2007 con el Tratado de Lisboa.

El Grupo de Trabajo II optó por estimar la Carta como un documento cerrado y de consenso y evitó alterar su redacción y estructura para conservar los equilibrios. El Grupo II confirmó plenamente el sentido y el consenso alcanzado por la Primera Convención, la que redactó la Carta de Niza. Si acaso estimó que debía recalcarse todavía más para «que no quede la más mínima duda al respecto» que el sentido del precepto es que «el hecho de que la Carta contenga derechos en ámbitos en los que la Unión no tiene, o apenas tiene competencias, no es contradictorio… la Unión debe respetar en todos sus actos los derechos fundamentales, incluidos los que se refieren a ámbitos en los que carece de competencia legislativa». También les preocupaba el debido respeto al principio de subsidiariedad y decidió que debía enfatizarse su importancia (CONV 354/02, p. 15 y anexo). Con carácter general había propuesto que cada vez que la Carta se refiera a las instituciones, se debe añadir a *los organismos y agencias,* para mayor precisión sobre los obligados por la Carta, con el fin de incluir a todos los entes creados por el Tratado o por actos de Derecho derivado.

2. Los obligados por la Carta de los Derechos Fundamentales (art. 51.1)

La Carta obliga tanto a las instituciones, órganos y organismos de la Unión como a los Estados miembros, cuando unos y otros actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, ya sea cuando

lo aplican o cuando se acogen a sus derogaciones o excepciones. En este sentido, este precepto recoge jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE): del art. 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) «… se deduce que las instituciones están sujetas al control de la conformidad de sus actos con los Tratados y con los principios generales del Derecho, al igual que los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión» (entre otras muchas, las recientes sentencias de 27 de febrero de 2007, *Gestoras Pro Amnistía y otros c. Consejo*, C-354/04 P, apartado 51, y *Segi y otros/Consejo*, C- 355/04 P, apartado 51; 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad*, C-303/05, apartado 45). Mediante esta solución se cubren de forma homogénea todas las actividades realizadas por las autoridades nacionales y comunitarias en el marco de todas las materias atribuidas en los tratados, incluidas la más sensible en esta materia cual es Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Además, esta solución es acorde con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que viene declarando la obligación de los Estados de respetar los derechos fundamentales cuando aplican los tratados y las normas derivadas de ellos.

En el fondo, este precepto no es ninguna novedad en sus dos apartados al codificar jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

2.1. *Instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea*

En el caso de las instituciones, órganos y organismos es comprensible que se recalque que la obligación de respetar la Carta es una condición de legalidad de los actos, pero que, a su vez, tales actos deben haber sido adoptados, además, en los ámbitos de competencia de la Unión y en el respeto al principio de subsidiariedad. Como el Grupo II recordara en su Informe (CONV 354/02, p. 15), «la Carta fue elaborada con el debido respeto al principio de subsidiariedad, como se desprende de su preámbulo, del apartado 1 del art. 51 y de los artículos de la Carta que hacen referencia a leyes y prácticas nacionales». Para recalcar esa vinculación con el principio de subsidiariedad y con el respeto a las competencias atribuidas propuso añadir una frase al art. 51.1 con la que se cierra ese apartado, que fue aceptado por la Conferencia Intergubernamental de 2004

con ligera modificación de redacción («y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás Partes de la Constitución»). Al fracasar ésta se ha readaptado de nuevo mencionando a los tratados.

Las instituciones no tienen que velar por el respeto a los derechos fundamentales en ámbitos en los que no tengan reconocida competencia, pero tampoco deben interferir en el respeto y la protección de los derechos fundamentales en tales ámbitos. A su vez, el Tribunal de Justicia de la Unión no puede controlar la actividad de las instituciones en aquellos ámbitos donde no tenga competencia jurisdiccional. De todos modos, la acción en sentido amplio de todas las instituciones se debe guiar por el respeto a los valores de la Unión y a unos objetivos (arts. 2 y 3 TUE de Lisboa); sus concretas acciones deben ajustarse al marco de competencias previsto en los tratados, y en caso de tener competencias ejercerlas conforme al principio de subsidiariedad, especialmente cuando adopten normas de desarrollo y aplicación de derechos fundamentales.

De todas maneras, las competencias normativas de las instituciones son más reducidas que las del Tribunal en materia de derechos fundamentales, aunque sólo sea porque aquéllas no pueden legislar en asuntos que correspondan a los Estados, pero el Tribunal de Justicia de la Unión puede controlar la competencia de aplicación del Derecho de la Unión y examinar el Derecho nacional a la luz del respeto a los derechos humanos garantizados por la Carta.

2.2. *Los Estados miembros. La importancia del art. 10.2 de la Constitución Española*

La Carta obliga también a los Estados miembros. El art. 51.1 tiene una connotación restrictiva por lo que se refiere a los Estados y es coherente con el sistema de delimitación de competencias entre la Unión y los Estados miembros, basado en el principio de atribución de competencias (art. 12). La Carta, como el conjunto de los tratados comunitarios, sólo rige en los ámbitos atribuidos a la Unión Europea, por lo que el respeto a los derechos y libertades garantizados por la Carta sólo les puede vincular a los Estados cuando aplican normas de la Unión. Cuando las Cortes o los Parlamentos autonó-

micos o los ejecutivos, estatales o regionales, aprueben normas aplicando Derecho de la Unión, deberán también tomar como límite a su competencia la Carta, así como los jueces y tribunales españoles fiscalizar las actuaciones internas contrarias a la Carta. Y obviamente, en los futuros recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, la Carta debería poder ser invocada como fundamento jurídico en tales recursos, en su calidad de Derecho convencional vinculante u obligatorio y el Tribunal Constitucional deberá aplicarla (confrontarla con legislación española de aplicación del Derecho de la Unión) e interpretarla, debiendo tener en cuenta en ambas funciones la jurisprudencia del Tribunal de la Unión.

Esto no significa que haya dos estándares normativos diferentes en materia de derechos fundamentales para los Estados; el constitucional en ámbitos de soberanía nacional y el comunitario para los ámbitos cuyo ejercicio haya sido atribuido a la Unión y se adopten actos en su aplicación. Los convenios internacionales sobre derechos humanos afectan al conjunto de la actividad normativa; la Carta, por coherencia con la distribución de competencias, hace esta salvedad de que sólo es exigible a los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión. Pero parece inevitable que la Carta, en tanto que instrumento normativo internacional de derechos humanos, penetre en la totalidad de la actividad normativa y ejecutiva del Estado, debido al principio general de respeto a los derechos humanos y a la calidad de los destinatarios; los ciudadanos invocarán los derechos reconocidos en la Carta ante los jueces sin distingos de si la actividad interna es competencia propia o competencia atribuida. La permeabilidad de la Carta en todo el actuar del Estado será inevitable.

Esa limitación y su posible permeabilidad a toda la actividad del Estado miembro muestra la ambigüedad de la Carta incorporada al Tratado, ya que como tal es un convenio de derechos humanos, pero restringido a los poderes atribuidos por los Estados miembros a esta concreta organización internacional que es la Unión Europea. Una salvedad así no la encontramos en otros convenios internacionales sobre derechos humanos. En efecto, los derechos protegidos en un instrumento internacional obligan al Estado Parte *en la totalidad* de sus actuaciones, al margen y fuera del marco de la organización misma que los auspició. La vocación de todo instrumento in-

ternacional de derechos humanos es ser aplicado en el marco de la competencia interna de los Estados, que irradie y penetre en su Derecho interno. Lo que ocurre es que la Carta es un instrumento elaborado en el marco de una organización internacional para el control de las instituciones y órganos de la propia organización y de sus Estados miembros, en el seno de la organización misma, cuando aplican el Derecho de la organización.

Por otro lado, en el marco constitucional español hay que señalar que el mandato del art. 51.1 de obligar al Estado en su conjunto (incluidas las comunidades autónomas y poderes locales, a todos los poderes públicos, incluidos los jurisdiccionales) es distinto del efecto que pueda tener el art. 10.2 de la Constitución Española; este precepto no diferencia entre ámbitos competenciales y requiere al juez ordinario y constitucional para que integre la Declaración Universal (texto no normativo) y los convenios en vigor sobre derechos humanos en los derechos y libertades resultantes de la Constitución. Por tanto, en nuestro ordenamiento será difícil diferenciar la sujeción de los poderes públicos a la Carta sólo en los ámbitos de competencia de la Unión, pero no es una situación originada por el Derecho de la Unión Europea, sino un efecto querido expresamente por el art. 10.2 de la Constitución Española. Desde luego, lo que no se podrá decir, por absurdo, es que la Carta prohíbe aplicarla en ámbitos ajenos a la Unión o que nadie puede invocarla en ámbitos de competencia soberana. La realidad de su invocación por los jueces y tribunales nacionales, incluido el Tribunal Constitucional español incluso antes de su adopción como texto no normativo o acuerdo entre caballeros desde noviembre de 2000, en los más variados asuntos de su competencia judicial, desmiente cualquier interpretación restrictiva [STC 292/2000 de 30 de noviembre de 2000 (ponente J. D. González Campos), fundamento 8; también en la STC 290/2000].

Luego, el art. 51.1, más allá de su literalidad, debe ser interpretado en el contexto de la especificidad del Derecho Comunitario y de la propia ambigüedad de la Carta. Como decía un informe elaborado por la Secretaría de la Primera Convención antes de abordar las cuestiones horizontales, «la Carta no podrá, por sí misma, crear obligaciones a los Estados miembros ajenas al ámbito de aplicación del derecho de la Unión en el sentido amplio del término. Por eso una de sus disposiciones debería precisar este punto» (CHARTE 4111/00, de

20 de enero de 2000, p. 3). Nada le ha impedido hasta ahora ni le impedirá al Tribunal Constitucional español, por ejemplo, utilizar la Carta para interpretar derechos fundamentales resultantes de la Constitución en ámbitos ajenos a la competencia comunitaria.

Al decir la Carta que los Estados sólo están obligados a respetarla cuando apliquen el Derecho de la Unión, no les prohíbe que extiendan su aplicación a otros ámbitos, pero si no lo hacen les eximen de la obligación y de su responsabilidad por coherencia con el reparto de competencias.

Precisamente en España, gracias al art. 10.2, del que se deriva la extensión a toda la actividad normativa, los jueces y el Tribunal Constitucional deben evitar la posibilidad del doble estándar de derechos fundamentales en ámbitos de competencia propia y de competencia comunitaria. El propio Tribunal Constitucional desbarató la pobre e inadecuada argumentación del Consejo de Estado sobre la posible inconstitucionalidad del entonces art. II-111 del Tratado Constitucional (actual art. 51), reconociendo que dicho precepto, de haber llegado a entrar en vigor, habría sido uno más de los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales a los que alude el art. 10.2 de la Constitución Española. La Carta tendrá un doble valor en España, en cuanto Derecho de la Unión, por ser parte de un Tratado comunitario, y en cuanto pauta interpretativa de la propia Constitución Española, por obra de la propia Constitución (Declaración de 13 de diciembre de 2004; *BOE* de 4 de enero de 2005).

En definitiva, la Carta permeabiliza nuestro patrimonio de derechos y difícilmente la ciudadanía va a abstenerse de invocar la Carta si sirve a su mayor y mejor protección. También difícilmente un juez ante el que se invoque la Carta la va a desechar o va a inhibirse de su interpretación y aplicación en un ámbito de soberanía nacional. Al fin y al cabo, los derechos fundamentales se identifican en la sociedad contemporánea y en la aplicación judicial en todo Occidente con los principios generales de Derecho. En efecto, los derechos fundamentales no precisan estar formulados expresamente y en forma de regla, sino que son una fuente de inspiración que obliga a la labor judicial: desde esa categorización, los derechos fundamentales de que gozan los ciudadanos en los países democráticos son muy parecidos o iguales, produciéndose una permeabilización entre ordenamientos jurídicos prácticamente sin límite.

Además, el Tribunal de Justicia de la Unión es y será competente para controlar los actos nacionales en aplicación del Derecho de la Unión, a la luz de su compatibilidad con el sistema de principios y normas comunitario de protección de los derechos humanos. En el Informe explicativo sobre la Carta se remiten, para entender ese precepto, a la jurisprudencia del Tribunal.

En efecto, el Tribunal ya había declarado en varias sentencias desde 1989 que «las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan asimismo a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria» (sentencia *Karlsson* de 13 de abril de 2000, C-292/97, apartado 37; anteriormente, sentencias de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, 5/88, de 18 de junio de 1991, *ERT* C-260/89 y de 18 de diciembre de 1997, *Annibaldi,* C-309/96); pero también cuando los Estados se acogen a una excepción prevista en los tratados o en el Derecho derivado, pues los actos nacionales en los que se excluyen normas de la Unión pueden ser sometidos al control judicial del Tribunal de Justicia (recurso prejudicial y recurso por infracción) para declarar si respetan la legalidad (los criterios establecidos y que no hay discriminaciones arbitrarias) y el principio de proporcionalidad. No cabe otra opción: cuando los Estados exceptúan la aplicación del Derecho de la Unión se sitúan dentro del mismo, por lo que deben respetar también los derechos fundamentales reconocidos por la Unión. Si no fuera así, entonces el patrón de validez, serían sólo las constituciones nacionales y los tribunales constitucionales.

En el asunto *Tanja Kreil,* en el que se invocó la Directiva 76/207 que reconoce y protege un derecho fundamental de no discriminación por razón de sexo frente a una disposición constitucional y legal alemana que impedía el acceso a las Fuerzas Armadas a las mujeres, el Tribunal estimó que la norma nacional era contraria a la protección de derechos fundamentales de conformidad con el Derecho Comunitario, dado que no afectaba a la identidad nacional del Estado sino al acceso a las Fuerzas Armadas, que es una relación laboral sometida, como otras muchas, al Derecho Comunitario y, por ende, al respeto de los derechos fundamentales (TJCE, sentencia de 11 de enero de 2000, *Tanja Kreil c. Alemania*, C-285/98).

En consecuencia, el juez comunitario y los jueces nacionales pueden controlar el respeto a la Carta en las leyes y actos internos tanto cuando desarrollan o aplican normas comunitarias como cuando el acto o la norma nacional exceptúa el Derecho Comunitario, pudiendo los jueces nacionales inaplicar leyes y actos internos contrarios a la Carta sin que deban, ni puedan, en modo alguno, plantear cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, sólo por el hecho de que la norma interna eventualmente viole derechos fundamentales reconocidos en la Carta.

Una perspectiva polémica es si el precepto que comentamos incluye el control de las acciones estatales a la luz de la Carta en ámbitos en los que la Unión no ha ejercido su competencia normativa a pesar de ser su titular formal. La perspectiva restrictiva del art. 51.1 parece llevar a la conclusión de que, en tales casos, el Tribunal de Justicia no podría enjuiciar tales actuaciones sin previa norma comunitaria en vigor y, por tanto, tampoco estarían obligados por la Carta antes de expirar el plazo concedido a un Estado miembro para la adaptación de su Derecho interno a una directiva (TJCE, 23 de septiembre de 2008, *Birgit Bartsch y Bosch und Siemens Hansgeräte*, C-427/06).

Cuando el art. 51.1 se refiere a la obligación de aplicar la Carta por los Estados, debe entenderse por *Estados miembros* no sólo a los gobiernos nacionales sino a todos los poderes públicos estatales —incluidas las Cortes, los jueces y tribunales o el Tribunal Constitucional—, poderes autonómicos, provinciales, locales o institucionales.

El Tribunal no puede controlar las actuaciones internas que pudieran ser contrarias a la Carta (del Estado, de las regiones, municipios, etc.) y que estén fuera de la competencia normativa comunitaria (TJCE, sentencias de 29 de mayo de 1997, *Kremzow*, C-299/95; de 18 de diciembre de 1997, *Annibaldi*, C-309/96). Esto no significa que los poderes públicos nacionales tengan vía libre para violar la Carta cuando actúan al margen del Derecho de la Unión, pero si violan derechos fundamentales el patrón normativo para medir la infracción será la Constitución nacional y el ordenamiento interno, y los jueces nacionales (en su caso, el Tribunal Constitucional) serán los competentes para sancionar esas conductas nacionales contrarias a los derechos humanos.

2.3. *La distinción entre derechos y principios*

Otro aspecto que llama la atención de ese apartado 1 es la *distinción entre derechos y principios* y la gradación entre respeto, protección y promoción de la aplicación. Los derechos deben ser respetados en el sentido, en primer lugar, de una obligación de no hacer, de no interferencia por parte de las autoridades nacionales (y europeas) en el disfrute de los mismos por sus titulares; los derechos subjetivos pueden ser alegados directamente por los individuos ante las autoridades y éstas deberán reconocerlos y proteger su disfrute.

Por el contrario, los principios son oponibles a las autoridades comunitarias o nacionales en el ejercicio de sus competencias. Parece deducirse, pues, que los principios no dan lugar a derechos subjetivos (aunque algunos convencionales disintieron) y que las autoridades se limitan a observarlos y a promover su aplicación mediante su desarrollo normativo (actos legislativos y ejecutivos). Éste es el caso de preceptos tales como el art. 34.1 (prestaciones de seguridad social), art. 36 (acceso a los servicios de interés general), art. 37 (protección del medio ambiente) o el art. 48 (protección de los consumidores).

El art. 52.5 también vuelve a referirse a los principios, al señalar que las disposiciones que contengan principios pueden aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos (adoptados por la Unión en función de sus competencias y por los Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión); como se señalara en la Convención, son importantes para los tribunales sólo cuando se trata de la interpretación o revisión de dichos actos. Sin embargo, no dan lugar a demandas directas de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros, lo que es coherente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (CONV 116/02).

Pero lo que importa es que hay que deducir que la obligación de las instituciones de la Unión de promover los principios establecidos en la Carta debe ejercerse en el estricto marco de las competencias atribuidas a la Unión.

3. Derechos fundamentales y distribución de competencias

La Carta no altera la delimitación de competencias que prevén el TUE (reformado en Lisboa) y el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La Carta no puede ser fundamento jurídico para legislar en ámbitos que no se le hayan atribuido a la Unión por los tratados en vigor (más especialmente por el TFUE). La Carta no puede dar lugar a una ampliación de competencias, ni le crea competencias nuevas que no figuren en los tratados, ni modifica las atribuidas en los mismos.

Esta *tranquilidad* es lo que trata de transmitir el art. 51.2 de la Carta y el art. 6.1 del TUE modificado en Lisboa. El Grupo de Trabajo II confirmó que «la incorporación de la Carta no modificará en modo alguno el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros», recordando el consenso que hubo en esa materia en la primera Convención que redactó la Carta de Niza.

Ahora bien, si las competencias de la Unión se ampliaran, obviamente la Carta se aplicaría a las nuevas competencias.

El reconocimiento de derechos en la Carta no debe verse, en principio, como un instrumento o coartada para la extensión de las competencias normativas de la Unión. Justamente el efecto primero, al menos, es el contrario, dada la naturaleza de los derechos fundamentales; puesto que son un límite a los poderes públicos mediante la garantía de derechos individuales y colectivos. El reconocimiento de derechos fundamentales es un instrumento explícito que permite ejercer un mayor control del ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión, en la medida en que tal ejercicio viene delimitado por el respeto a los derechos fundamentales. Una norma o acto de la Unión que viole derechos fundamentales incurre en nulidad y es susceptible de ser impugnada en las condiciones establecidas en los arts. 263 y 267 (recursos de nulidad y prejudicialidad, en apreciación de validez).

Ahora bien, los redactores de la Carta tuvieron que redactar un texto de síntesis (de *revelación de derechos* existentes y protegidos ya, mediante diferentes textos normativos obligatorios) a partir de unas indicaciones aprobadas por el Consejo Europeo de Colonia el 3 y 4 de junio de 1999 que no tenían en cuenta las competencias atribuidas

a la Unión Europea. Cuando el Consejo Europeo tomó la decisión de elaborar una Carta de Derechos Fundamentales, se apresuró a definir los tres grupos o categorías de derechos que debía contener:

— derechos de libertad e igualdad y derechos procesales fundamentales, tal como se recogen en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (los derechos civiles y políticos);
— derechos de ciudadanía europea, reservados a los ciudadanos europeos; y
— los derechos económicos y sociales.

Como he señalado en el estudio introductorio a esta obra, esos tres ejes de articulación del conjunto de derechos se encuentran en un amplio número de textos constitucionales modernos y en textos convencionales generales sobre derechos humanos. Pero es evidente que muchos de esos derechos desbordan el estricto marco competencial comunitario.

Los redactores de la Carta aplicaron de forma clara, a tenor de aquellas instrucciones, el *principio de indivisibilidad de los derechos*, incluyendo la totalidad de los derechos, ya sean civiles, políticos, sociales, económicos y los de solidaridad. La Carta opta por una sistematización y proclamación de la totalidad de derechos vinculables al ser humano en la Unión Europea, ya sea en función de su edad, discapacidad, relación laboral, o su calidad de ciudadano, de inmigrante, etc. Proclama todos los derechos susceptibles de ser disfrutados y protegidos en diversas situaciones y más allá del estricto marco de competencias de la Unión. No divide ni excluye derechos en función de perspectivas o situaciones o de si la Unión tiene competencias o puede incidir o no en todos los derechos reconocidos. Los engloba todos de conformidad con el principio de indivisibilidad de los derechos.

Además, la Carta de Niza se redacta bajo otra premisa importante: el *principio del universalismo* que debía inspirar a la Carta. Como advirtiera la Comisión Europea en su primer análisis, tras la aprobación de la Carta por la Convención, «la mayoría de los derechos enumerados en el proyecto se conceden a cualquier persona, con

independencia de su nacionalidad o de su lugar de residencia», bien con la excepción de los derechos más directamente vinculados a la ciudadanía (derechos electorales) o con determinados derechos que se vinculan a una cualidad particular [derechos de los niños, derechos de los trabajadores; *COM (2000) 644,* punto 2].

Es innegable que fue un acierto la inclusión del conjunto de derechos de que pueden gozar los seres humanos en el territorio de los Estados miembros. La Carta aprobada por la Primera Convención el 2 de octubre de 2000 y solemnemente firmada por los presidentes del Consejo, de la Comisión y del Parlamento Europeo el 7 de diciembre de 2000 y, tras nuevos retoques, de nuevo proclamada el 12 de diciembre de 2007 permite una visibilidad completa de la dignidad humana ante una diversidad de situaciones.

Ahora bien, aunque la Carta se inspira en un régimen abierto y general para todos los seres humanos que se encuentren en el territorio de la Unión Europea, la inclusión de todos los derechos para todos los seres humanos no puede tener consecuencias en el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros. Pero aumenta el riesgo de causar alguna incidencia.

¿Por qué la Unión garantiza derechos que difícilmente puede vulnerar en su actividad? Los derechos garantizados en la Carta ¿darían pie a la Unión para reclamar competencia para legislar sobre las condiciones de detención policial o sobre el derecho penitenciario, o sobre las relaciones familiares (paterno-filiales, patria potestad, etc.)?

El hecho de que la Carta reconozca derechos y libertades en la esfera privada (por ejemplo, ámbito familiar, educación, infancia, etc.), o en relación con poderes públicos nacionales (derechos en el proceso penal, libertades de expresión, integridad física y moral frente a torturas o malos tratos, prohibición de la pena de muerte, etc.) no puede ser base para que la Unión pueda legislar en tales ámbitos (art. 51.2).

Los preceptos sobre derechos humanos de la Carta no son títulos competenciales para las instituciones de la Unión; al contrario, cuando ejercen las competencias atribuidas mediante concretas bases jurídicas en el TUE o en el Tratado de Funcionamiento deben añadir, a las condiciones de la base jurídica material, los criterios y límites establecidos en la Carta.

Este límite, coherente con el principio de atribución de competencias y el principio de subsidiariedad, ya había sido identificado por el Tribunal de Justicia en relación con los derechos fundamentales reconocidos como parte del Derecho de la Unión en el sentido de que el respeto y la protección de los derechos fundamentales por la normativa comunitaria no puede tener por efecto ampliar el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado más allá de las competencias atribuidas (sentencia *Grant* de 17 de febrero de 1998, C-249/96, punto 45).

Por otra parte, importa subrayar que a la luz de las competencias atribuidas en los tratados no se puede afirmar que se otorgue competencia normativa *de alcance general* a la Unión para legislar en materia de protección de derechos humanos.

Esa importante limitación es la consecuencia inmediata del principio general de atribución de competencias, coherente con la configuración de la Unión como sujeto de Derecho Internacional de carácter no estatal. Hay una clara determinación para mantener el modelo subjetivo y político de la Unión como ente internacional de naturaleza no estatal. Se confirma la posición del Tribunal en el Dictamen 2/94 cuando se aferraba a una argumentación incontestable formalmente: la Unión ni tenía entonces ni tendrá en el nuevo Tratado competencia para legislar en materia de derechos fundamentales por el hecho de incorporar la Carta. Su competencia normativa en materia de derechos humanos se limitará a los actos en el ejercicio de concretas competencias materiales atribuidas a la Unión en los tratados.

Significa, como se señaló durante los debates de la Convención (en el seno del Grupo II), que los derechos fundamentales reconocidos por la Unión sólo pueden ser efectivos en el marco de las competencias atribuidas a la Unión en los tratados (TUE y TFUE), y que la obligación de las instituciones de la Unión de respetar los derechos y observar los principios, así como promover su aplicación —que se prevé en la segunda frase del art. 51.1—, sólo se puede producir dentro de los límites de las competencias atribuidas en los tratados citados.

Pero tampoco carece de nula competencia. Claro que si hay una base jurídica en los tratados (de la Unión Europea o de Funcionamiento, o en el Tratado Euratom) que atribuya competencia expresa en casos particulares, entonces la Unión estará habilitada para le-

gislar en relación con un derecho fundamental. Esto es lo que sucede con los derechos de ciudadanía de la Unión, con los derechos socioeconómicos o con determinados derechos como el de protección de datos (arts. 286 TCE y 30 TFUE), en los que hay una base jurídica habilitadora de competencia legislativa de la Unión.

En todo caso, cuando adopte actos concretos, vinculados con una competencia material explícitamente atribuida a la Unión, por los tratados, siempre deberá legislar garantizando el respeto a los derechos fundamentales y promoviendo su aplicación, y si se trata de principios contenidos en la Carta deberán observarse y se podrán aplicar mediante actos legislativos y ejecutivos de la Unión, siempre que haya base jurídica concreta para ellos al margen de la Carta. Además, no se debe olvidar que una función esencial a la proclamación de los derechos humanos es la de ejercer de límite legal a la acción de la Unión. El respeto a los derechos humanos constituye en todo caso la condición que ha de ser cumplida para asegurar el correcto desarrollo de la medida sustantiva principal.

En definitiva, el art. 51, en sus dos apartados, que están muy unidos en la interpretación por la segunda frase del apartado primero, trata de buscar un equilibrio entre la obligación de respetar los derechos fundamentales y promover su respeto y la contención que debe guiar la labor legislativa al no disponer la Unión de competencia en materia de derechos fundamentales. El art. 51 trata de atajar una vieja polémica y un temor a que las declaraciones de derechos sirvan a la larga para una ampliación de las competencias. La cuestión es que los derechos, libertades y principios reconocidos son un límite a los poderes públicos que les obliga a no vulnerarlos. Ahora bien, en ocasiones, ya lo he señalado, a las instituciones europeas se les exige expresamente que adopten normas para poderlos ejercer y se les habilita para regular en ese ámbito. Por ello, la segunda frase del art. 51.1 establece que los derechos humanos reconocidos no sólo deben ser respetados por los poderes públicos de la Unión, sino que también deben promover su aplicación.

Bibliografía

Alonso García, R. «The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union». *European Law Journal* 4. Vol. 8 (2002): pp. 492-514.

Biglino, P. «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 14 (2003): pp. 45 y ss.

Baquero Cruz, J. «What's Left of the Charter? Reflections on Law and Political Mythology». *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1. Vol. 15 (2008): pp. 65 y ss.

Bifulco, R., M. Cartabia y A. Celotto, coords. *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2001.

Búrca, G. de. «Fundamental Rights and Citizenship». En B de Witte. *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*. Florencia: European Univerty Institute, 2003. Como Documento de la Convención, CONV 703/03.

Comisión Europea. «Comunicación sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea». *COM (2000) 644 final*, de 11 de octubre de 2000.

Chueca Sancho, A. «Los derechos fundamentales en la Constitución para Europa: las principales carencias de su constitucionalización». *Revista de Derecho de la Unión Europea* 8 (2005): pp. 85 y ss.

Cruz Villalón, P. «La Carta, o el convidado de piedra. Aproximación a la parte II del Proyecto de Tratado/constitución para Europa». En C. Closa Montero y N. Fernández Sola, coords. *La Constitución Europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2005, pp. 185 y ss.

Fernández Tomás, A. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Valencia, 2002.

Lenaerts, K. y E. Smijter. «A "Bill of Rights" for the European Union», *Common Market Law Review* (2001): pp. 273 y ss.

Mangas Martín, A. *La constitución europea*. Madrid: Iustel, 2005.

— «Incidencia del proyecto de Tratado Constitucional europeo sobre la constitución española». *Pacis Artes*, Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos. Madrid: Civitas, 2005, pp. 947-976.

— «Carta de los Derechos Fundamentales y ciudadanía de la Unión Europea». *Estudios de derecho internacional en homenaje al prof. Ernesto J. Rey Caro*, t. II. Córdoba-Argentina, 2002, pp. 985-995.

Pi Lloréns, M. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Barcelona: Ariel, 2001.

Sanz Arnaiz, A. «De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: La Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa». *Constitución Aspañola y Constitución Europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 51-75.

Teraya, T. «Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: from the Perspective of Non-derogable Rights». *European Journal of International Law* (2001): pp. 917-941.

Triantafyllou, D. «The European Charter of Fundamental Rights and the "Rule of Law": Restricting Fundamental Rights by Reference». *Common Market Law Review* (2002): pp. 53-64.

Artículo 52
Alcance e interpretación de los derechos y principios

1. **Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean 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.**
2. **Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por éstos.**
3. **En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.**
4. **En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.**
5. **Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la**

Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

6. **Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta.**
7. **Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: párrafo quinto del Preámbulo; arts. 51 y 53.
- TUE (TLisboa): arts. 1, 3-6.
- TFUE: arts. 18-25, 35, 72, 218 y 347.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 6 del TUE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-112.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 52.

PROTOCOLOS Y DECLARACIONES RELACIONADOS

- Protocolo núm. 8 sobre el apartado 2 del art. 6 del TUE relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y salvaguarda de las Libertades Fundamentales.
- Protocolo núm. 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos fundamentales a Polonia y Reino Unido.
- Protocolo núm. 24 sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.
- Declaración núm. 1 relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales.
- Declaración núm. 53 de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Declaración núm. 61 de la República de Polonia relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Es una de las cuatro importantísimas disposiciones generales, llamadas también disposiciones *horizontales* o *transversales* (arts. 51-54).

Este relevante precepto tiene varios cometidos; en primer lugar, pretende asegurar la aplicación del contenido esencial de los derechos reconocidos ante la eventualidad de límites razonables a su ejercicio. En efecto, los derechos reconocidos en la Carta no son prerrogativas absolutas y aunque carecen de límites y condiciones en su redacción, este precepto sirve de cláusula general que reconoce la posibilidad de que la norma europea o la nacional introduzcan condiciones y límites dentro del principio de proporcionalidad. En el desarrollo legislativo de los derechos, éstos pueden ser objeto de algunas limitaciones; ahora bien, el eventual desarrollo normativo no los puede alterar en su contenido esencial.

En segundo lugar, se vuelca en garantizar una aplicación coherente y equilibrada de la Carta de los Derechos Fundamentales con los tratados comunitarios, así como con los convenios sobre derechos humanos y las constituciones y legislación de los Estados miembros en materia de derechos humanos. A tal fin, también sirven los apartados 2-7. Especialmente porque la Carta de los Derechos Fundamentales es un texto breve y de redacción clara; es un texto intencionadamente sencillo y casi lacónico. La Convención que redactó la Carta hizo un trabajo de *revelación* de derechos existentes en otros instrumentos jurídicos y, por ello, remitió a algunos de esos instrumentos para concretar su aplicación. Siendo la Carta una síntesis de los derechos humanos reconocidos y regulados en otros instrumentos normativos del Derecho Comunitario, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y de las constituciones y práctica nacionales, esa parte compleja de definiciones, condicio-

nes, límites y excepciones permanece en los instrumentos normativos de los que se toman los derechos y libertades.

Bastaba con establecer en una de las disposiciones generales de la Carta que los derechos reconocidos en la misma y que correspondan a derechos garantizados en los tratados, en el CEDH o en las constituciones nacionales, su sentido y alcance será el de los instrumentos de los que proceden. Se garantiza así la armonía, la coherencia, en definitiva, la compatibilidad entre textos diversos y se simplificaba y aligeraba la redacción de la Carta (art. 52.2, 3 y 4).

La inserción de la Carta como derecho vinculante no debe ser temida como una fuente de tensión o contradicción entre diferentes estándares normativos a los que ya están obligados los Estados miembros de la Unión sobre derechos humanos. También la Carta incluye, en el precepto siguiente, una cláusula de estilo, propia de todos los tratados sobre derechos humanos, cuyo objetivo es dejar a salvo que en ningún caso el nuevo instrumento internacional de protección en caso de contradicción con anteriores en vigor supondrá una desventaja o disminución en la protección (art. 53). No rige la regla *lex posterior* en materia de derechos humanos. Mediante esta regla, que regula cualquier incompatibilidad entre tratados sobre la misma materia, se trata de evitar la *reformatio in peius*. Se garantiza que, en todo caso, de la Carta no se podrá deducir un nivel inferior de protección a los ya existentes en virtud de otras normas.

El art. 52 ha sido el precepto de la Carta que más alteraciones ha tenido respecto del texto original acordado en Niza el 3 de diciembre de 2000. En la Segunda Convención, la relativa al Futuro de Europa, que elaboró el fracasado Tratado Constitucional, la Carta de Niza de 1999 fue endosada al Grupo II. Sobre el contenido sustantivo, el Grupo II acordó no alterar ni la estructura ni la redacción de la Carta, era para ellos un documento cerrado que recogía el consenso de la primera Convención. A partir de esa opción respetuosa con el contenido global de la Carta, proponía resolver algunas cuestiones más o menos técnicas y algunas precisiones que afectaron principalmente a este art. 52.

En efecto, el art. 52 fue uno de los que más cambios experimentó a su paso por la Convención sobre el Futuro de Europa; no sólo se le insertaron algunas adaptaciones técnicas y de redacción, sino

también la adición de cuatro nuevos apartados (del 4-7). La mayor parte de los cambios los propuso el Grupo II (tres nuevos apartados, aunque sólo le aceptaron los apartados 4 y 5), otro el Praesidium de la Convención (apartado 6) y el último apartado lo añadió la propia Conferencia Intergubernamental (CIG) recogiendo la propuesta del Grupo II. Desde luego, ningún precepto de la Carta, salvo este art. 52, ha tenido tantos apartados añadidos.

2. La fase de Convención y la fase de la CIG

El Grupo de Trabajo II, encargado de decidir el destino de la Carta de Niza durante la Convención para el Futuro de Europa, hizo saber en su Informe que el art. 52.2 debía ser objeto de adaptaciones (por ejemplo, eliminar las referencias a las Comunidades Europeas y al TUE al pensarse entonces en un texto constitucional unificado) e importantes precisiones para garantizar la compatibilidad entre los derechos proclamados en la Carta de Niza de forma muy general y los derechos protegidos y detallados en el Tratado. Más exactamente, por lo que se refiere a las adaptaciones técnicas, proponía que si la Carta se incorporaba como parte de la Constitución se debería aludir en el apartado 2 a que el conjunto de derechos que tienen su fundamento en *otras partes* del Tratado Constitucional se ejercerán con los límites y condiciones allí establecidos, donde se regulan con detalle, frente al mero enunciado o resumen de la Carta (trabajadores, ciudadanía, etc.).

También el Grupo II propuso en su Informe añadir varios apartados nuevos (CONV 354/03, p. 17); uno, que reconociese la influencia de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros a través de la jurisprudencia que tanto había influido en la propia Carta y, otro, que clarificase, de cara a la mejor aceptación de la Carta como parte del Tratado, el alcance de las normas que contuviesen principios. Estas propuestas fueron aceptadas por el Praesidium de la Segunda Convención.

Y, en relación también con este precepto, el Grupo II propuso darles más publicidad a las Explicaciones que sobre la Carta adoptó el Praesidium de la Primera Convención que elaboró la Carta. Entendía que tenían gran importancia como elemento de interpretación y que

debían ser incorporadas junto a la misma Carta (actual apartado 7, aunque su inclusión se debe a la CIG de 2004 en sus debates finales).

Poco después de presentar este informe ampliamente consensuado, el Grupo II recibió el apoyo mayoritario del Pleno a los ajustes presentados a las cláusulas horizontales. Una mayoría entendía que no alteraba el contenido de la Carta y, en cambio, le daba mayor seguridad jurídica. Sólo algunos miembros alertaron sobre su falta de necesidad y el riesgo de reducir el nivel de protección, pero todos los convencionales apoyaron la inclusión del apartado que remite a las Explicaciones —consolidadas con las precisiones que añadiera la Convención para el Futuro de Europa— para la correcta interpretación y aplicación de la Carta (CONV 378/02, 31 de octubre de 2002, pp. 9-11). Sin embargo, el Praesidium no incorporó esta propuesta de aludir a las Explicaciones a pesar del claro consenso que tenía y añadió por su cuenta un nuevo apartado en el que se dice que se tendrán en cuenta la legislación y práctica nacionales para la interpretación de los derechos reconocidos por la Carta (CONV 725/03, p. 21; para ver la diferencia entre el texto de Niza y tal como sale de la Convención, v. CONV 726/03, p. 18).

A pesar de que varios convencionales, en el Pleno de mayo de 2003 (CONV 783/03, p. 9), advirtieron de que los ajustes en las cláusulas horizontales y la incorporación de las Explicaciones —readaptadas por encargo al presidente del Grupo II, el comisario Vitorino— eran esenciales para dar su apoyo a la incorporación de la Carta al Tratado Constitucional, el Praesidium desoyó parcialmente esa posición y en el texto final presentado al Consejo Europeo de Tesalónica en junio de 2003 no se incluyó la referencia a las Explicaciones como elemento básico para la interpretación de la Carta.

Este precepto fue objeto de algún cambio a su paso por la CIG. Por un lado, el Grupo de Expertos juristas de la CIG propuso algún cambio que no prosperó, como la sugerencia para sustituir el término de *ley* por el de un *acto legislativo* «al objeto de evitar cualquier confusión» y acomodarlo al término genérico que utilizaba el entonces art. I-34 —hoy desaparecido— (CIG 4/03, p. 161). Poco después, las delegaciones de Países Bajos y Reino Unido solicitaron que se reabriese el debate en la CIG sobre la suerte y estatuto jurídico de las Explicaciones readaptadas (CIG 43/03, noviembre de 2003). El Grupo, siguiendo la posición mayoritaria, estimó que se debía precisar que

las Explicaciones, aunque adoptadas por la Convención que redactó la Carta, habían sido actualizadas por el Praesidium de la nueva Convención (CIG 51/03, p. 7). La CIG barajaba entonces, a través de un documento de la presidencia italiana, que la referencia a las Explicaciones fuese en el Preámbulo de la Carta (ya que el texto original alude a las mismas) y en una Declaración aneja al Acta final, y siempre con la referencia a su actualización (CIG 60/03 add. 1, Presid 14). Sin embargo, no tuvo plena aceptación esta solución a la que se oponían varias delegaciones (Alemania, Austria, Bélgica, Luxemburgo y Francia), por lo que respecta a la inclusión en el Preámbulo de la alusión a la actualización por razones de idoneidad política (CIG 50/03, p. 68), por tanto todavía fue objeto de debate ese punto durante la presidencia irlandesa del primer semestre de 2004.

En la reunión ministerial de junio de 2004 se volvió a debatir y la presidencia irlandesa propuso con varias alternativas que la referencia a las Explicaciones se incluyera con breves cambios en el quinto párrafo del Preámbulo (en vez de *a instancias* como figuraba en la propuesta del Grupo II, *bajo la autoridad* del Praesidium) y en el art. 52 con un nuevo apartado 7 que remitiera a las Explicaciones y su valor interpretativo, amén de insertar el texto de las Explicaciones actualizadas en una Declaración anexa al Acta final (CIG 80/04, pp. 20-21). Poco después, el Consejo Europeo en su reunión de junio de 2004 tuvo sobre la mesa la triple referencia tal como la había propuesto la Presidencia irlandesa (CIG 85/04, 18 de junio de 2004, p. 17) y la aceptó yendo el texto con leves retoques a completar el art. 52 (entonces, art. II-112), en lo relativo a las Explicaciones con la referencia en el Preámbulo y la Declaración que contiene el texto de las Explicaciones actualizadas.

3. Los límites a los derechos y libertades: alcance de los derechos reconocidos en la Carta

En la teoría general sobre los derechos fundamentales, los límites a los derechos tienen que derivar de la propia norma que los declara y regula; por ello, las disposiciones que se adopten sobre limitaciones y condiciones de los derechos se ajustarán de manera razonable a la Carta y a los tratados. En materia de derechos funda-

mentales, en todo sistema de Estado de Derecho, las constituciones reconocen y garantizan los derechos y la misma norma constitucional establece los límites y condiciones; en todo caso, no se le puede permitir a la autoridad legislativa disponer del alcance mismo del Derecho o de una capacidad normativa que desnaturalice los derechos fundamentales.

Dado que la Carta pretende fijar los fundamentos más elementales en materia de derechos humanos y lograr que su texto sea fácilmente comprensible y asimilable por todos los seres humanos que vivan en la Unión, no entra en detalles sobre las condiciones de ejercicio, y lo más importante es que no establece límites o excepciones. La advertencia de la existencia de límites a los derechos reconocidos a la Carta se hace en este precepto *comodín* y se evita así una redacción repetitiva y farragosa.

El apartado 1 del art. 52 de la Carta reconoce que los derechos garantizados por la Carta pueden tener limitaciones y que éstas sólo son admisibles si se han acordado en una ley, responden a objetivos de interés general o de respeto de otros derechos, no desnaturalizan o hacen imposible el propio derecho o libertad y si son proporcionadas.

Es cierto que algunos derechos estrechamente ligados a la dignidad de los seres humanos no conocen limitaciones, como es el caso de la prohibición de torturas, pero son escasos los derechos que son prerrogativas absolutas. Hay ciertos derechos cívico-políticos que son intangibles. Pero otros no, y sobre todo en las libertades y los derechos económicos y sociales lo normal es que los disfrutemos en el marco legal de unas condiciones de ejercicio y unas limitaciones. Al cohabitar el orden jurídico nacional con el orden jurídico comunitario en un *marco dual* como el de la Unión Europea y sus Estados miembros, las limitaciones y las condiciones para el disfrute de los derechos fundamentales pueden venir también del orden jurídico supranacional.

Lo que puede concitar algunas dudas es la utilización del término *ley;* de hecho esa ambigüedad ya fue detectada por los servicios jurídicos durante el debate de este precepto. Sin duda, la redacción enlaza con la clásica referencia en los sistemas nacionales al ejercicio de los derechos *con arreglo* o *en la forma prevista* por *la ley*. Por tanto, los actos legislativos europeos —los reglamentos, directivas y de-

cisiones adoptados conjuntamente por el Consejo y el Parlamento Europeo—. Pero también la ley nacional.

Ahora bien, los límites que introduzca la legislación europea o la nacional deben ajustarse a las condiciones para su admisibilidad como tales límites: respetar su contenido esencial, servir al interés general y respetar los derechos y libertades de los demás. Los objetivos de interés general tienen que ser reconocidos por la Unión; tales objetivos vienen predeterminados en los arts. 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), adoptado en Lisboa, que enuncian los valores y objetivos generales y en otros preceptos específicos donde se detallan los objetivos o se reconocen límites más concretos (arts. 5, 26 y 41 TUE adoptado en Lisboa y arts. 45. 3, 36 y 346 TFUE).

Y todo ello en el respeto al principio de proporcionalidad, lo que significa, a la luz de la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que no pueden rebasar los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el disfrute del derecho reconocido, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.

El reconocimiento de límites a los derechos fundamentales no es una novedad en el Derecho Comunitario, como tampoco lo es en el orden nacional. El art. 52.1 recoge y reproduce la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia desde hace muchos años: numerosos derechos fundamentales, lejos de aparecer, incluso en las mismas constituciones nacionales, como prerrogativas absolutas, «deben ser considerados en vistas de la función social de los bienes y actividades protegidos», y que en el orden comunitario la aplicación de ciertos límites vendría justificada «por los objetivos del interés general perseguidos por la Comunidad» (TJCE, sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold*, 4/73).

De forma más precisa, en otra sentencia posterior afirmó que pueden establecerse restricciones al ejercicio de los derechos, siempre que tales restricciones «respondan efectivamente a objetivos de interés general» perseguidos por la Unión y «no constituyan, a la vista del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos» (TJCE, sentencia de 13 de abril de 2000, *Karlsson*, C-292/97; entre otras

sentencias sobre límites, de 30 de octubre de 1978, *Van Landewyck c. Comisión,* 209 a 215/78; 26 de junio de 1980, *National Panasonic c. Comisión*, 136/79; 21 de septiembre de 1989, *Hoechst c. Comisión* 46/87; 22 de octubre de 2002, *Roquette et frères*, C-94/00).

En el sencillo y breve texto de la Carta no aparecen las limitaciones a los derechos y libertades. Dado que la Carta es una redacción de síntesis de muchos textos constitucionales, internacionales y comunitarios sobre derechos humanos y libertades, evitó, por economía de redacción, reiterar las condiciones de ejercicio y las limitaciones. Luego, hay que atenerse a las limitaciones y condiciones en los textos de origen de los derechos y libertades (referenciados en el Informe explicativo) y al propio Derecho de la Unión.

En ese orden de cosas, cabe recordar que la Carta no contiene una disposición en la que se establezcan excepciones o suspensiones de los derechos y libertades en caso de estado de guerra (interna o internacional), o de alarma por gravísimos atentados al orden público o de extremas calamidades públicas que amenacen a un Estado. En el CEDH es el art. 15; en general, todos los convenios internacionales sobre derechos humanos la prevén.

También algunas constituciones nacionales suelen incluir un precepto semejante en el que se prevé qué derechos humanos podrían quedar en suspenso y cuáles no, identificando un núcleo duro e inderogable. Pues bien, un precepto semejante no se ha incluido deliberadamente en la Carta, pero es evidente que el art. 15 del CEDH es una norma umbral para todos los Estados miembros, que una suspensión de derechos humanos decretada por un Estado miembro que respete ese art. 15 del CEDH no vulnera la Carta, y que los tratados comunitarios permiten y justifican a tenor del art. 4.2 del TUE de Lisboa (funciones esenciales del Estado).

En efecto, la Unión se compromete de forma detallada en el art. 4 a respetar «las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional». Es una consecuencia del respeto a la identidad nacional y, por tanto, del derecho indiscutible de los Estados que forman la Unión a la permanencia del Estado como tal sujeto del Derecho Internacional con todos sus atributos, en el pleno disfrute de su estatuto internacional de Estados soberanos e independientes.

La Unión no puede interferir ni perjudicar o impedir que el Estado adopte y ejecute las decisiones que mejor convengan a sus responsabilidades ante sus ciudadanos, especialmente en situaciones de crisis. El compromiso jurídico y político con la Unión debe ser respetado en los ámbitos concretos atribuidos a la Unión, pero también la Unión debe permitir al Estado desenvolverse como tal en el orden interno y externo, y de forma especial tiene preferencia el cumplimiento de las obligaciones del Estado cuando se trata de preservar su integridad territorial, el orden público y la seguridad nacional o hacer frente a una calamidad de la naturaleza. En definitiva, la seguridad interna y externa del Estado es un a priori del sistema jurídico-político de la Unión.

Dado que la permanencia del Estado es una condición *sine qua non* de la existencia misma de la Unión, su salvaguardia es una cuestión *prejurídica* que no admite condicionantes ni subordinación al Derecho de la Unión. El Estado miembro tiene derecho a ejercer sus funciones esenciales en orden a su conservación sin más límites que los del Derecho Internacional (respeto a los núcleos duros de los convenios sobre derechos humanos —art. 15 CEDH— y al Derecho Internacional humanitario).

Por tanto, el Estado puede utilizar todos los medios del Estado de Derecho para defenderse en caso de calamidades ocasionadas por la naturaleza o disturbios, actos de sedición o rebelión, amenazas o violaciones de su integridad territorial, amenazas o actos terroristas, etc.

Son varias las disposiciones de los tratados que nos recuerdan ese derecho del Estado miembro a su autoconservación cuando las funciones esenciales del Estado son atacadas, entre otros, el art. 64 del TCE (art. 74 TFUE) vuelve a reiterar el respeto a las responsabilidades de los Estados en el mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior en relación con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Por ello, aunque la Carta de los Derechos Fundamentales no prevé la suspensión de derechos y libertades, los Estados pueden hacer uso del derecho de suspensión temporal de determinados derechos y libertades respetando en todo caso el art. 15 del Convenio Europeo como estándar mínimo común (el núcleo duro inderogable es el respeto a la vida —salvo en actos legítimos de guerra y de-

fensa—, prohibición de torturas y malos tratos, prohibición de esclavitud y principio de *legalidad penal*).

4. Coherencia y continuidad jurídica entre la Carta y el resto del Derecho de la Unión

Este apartado 2 del art. 52 nos recuerda que nos seguimos moviendo en la idea de que los derechos y libertades contenidos en la Carta no son *originales,* que no son una novedad, sino una mezcla lo más pedagógica y sencilla del Derecho en vigor, y en la idea de que los derechos y libertades enunciados en la Carta tienen límites aunque no figuren en el enunciado de los derechos sustantivos.

La Carta advierte que los derechos que figuran en la misma y que también figuran en los tratados comunitarios se ejercerán en las condiciones y límites que se definen en *esas* otras partes, entre otras cosas porque prácticamente todos los derechos de los ciudadanos de la Unión y otros que se reconocen a los trabajadores, comunitarios o de terceros Estados, o a todos los seres humanos (no discriminación por razón de sexo), y que figuran en la Carta, son anteriores a la misma, y están regulados con todo detalle por los tratados vigentes (TCE antes de 2009 y desde entonces el Tratado de Funcionamiento de la Unión) y normas de Derecho derivado. No debe olvidarse que las normas de Derecho derivado actuales seguirán en vigor tras suceder la Unión a la Comunidad Europea una vez se extinga ésta cuando entre en vigor el Tratado de Lisboa, así como debe respetarse toda la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia de la Unión.

Por tanto, derechos como el de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión, el de participación en las elecciones europeas y municipales, derechos laborales y de seguridad social, el de protección de datos o el de acceso a los documentos se deben entender precisados y desarrollados por las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y las normas derivadas en vigor, tal y como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), con el alcance que en ellas se detalla, y no se pueden disfrutar sin reunir y respetar las condiciones exigidas en los tratados y en las normas de Derecho derivado.

El art. 52.2 confirma que los derechos que figuran en la Carta y se regulan en los tratados en vigor seguirán sometidos a las condiciones y límites aplicables al Derecho de la Unión en el que se basen. Es una cláusula de remisión que garantiza la seguridad jurídica y la continuidad de los derechos. En definitiva, la Carta no modifica los derechos que ya se nos han reconocido en el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) (a partir de 2009/2010, TFUE) ni el régimen de ejercicio de los mismos.

5. La apertura al CEDH: la compatibilidad entre la Carta y el Convenio

El art. 52.3 aborda el mismo problema ahora desde la perspectiva de la coherencia entre la Carta y el CEDH y sus protocolos adicionales. Si los derechos que figuran en la Carta se corresponden con derechos garantizados del CEDH, entonces su sentido, alcance y sus limitaciones serán las mismas que prevé el Convenio de 1950 (y sus protocolos), tal y como han sido interpretadas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (el Tribunal *de Estrasburgo*). A su vez, cuando el legislador comunitario legisle y afecte a tales derechos podrá tener en cuenta el alcance y limitaciones del CEDH y su jurisprudencia.

Cabe recordar que para muchos convencionales tenía gran importancia el apartado 3, relativo a la compatibilidad de la Carta con el CEDH, hasta el punto de reconocer que ese apartado formó parte del consenso global para la adopción de la Carta durante su elaboración en Niza.

Esta cláusula de apertura al CEDH y a la doctrina del Tribunal de Estrasburgo no afecta formalmente a la autonomía del Derecho de la Unión. Esta autonomía se respeta al representar esta cláusula sólo un umbral: por lo menos se nos garantiza que los derechos de la Carta cuyo origen estén en el CEDH tendrán la misma protección que allí se garantice. En efecto, el nivel de protección garantizado en la Carta nunca podrá ser inferior al del Convenio Europeo. Y al contrario, si la Unión estima que se debe alcanzar una protección mayor en algunos de esos derechos que figuran en el CEDH, esta cláusula de apertura no podrá poner techo a una mejor protección

(última frase del art. 52.3). Ya hace tiempo que en algunas materias el Tribunal de Justicia de la Unión superó los niveles de protección del Tribunal de Estrasburgo (por ejemplo, en materia de tutela judicial efectiva).

Sin embargo, no puede ocultarse que el TEDH viene afirmando su competencia sobre la totalidad del espacio jurídico europeo y en relación con todos los actos de los Estados parte independientemente de si aplican obligaciones jurídico-internacionales. Se reconoce así que los Estados parte del Convenio no pueden desentenderse de sus obligaciones internacionales derivadas del mismo por el hecho de la atribución de su ejercicio a las instituciones comunitarias, pero su jurisprudencia suscita fricciones con frecuencia por su deliberada actitud de ignorar el Derecho Internacional general al que la Unión Europea como comunidad de derecho sí está sujeta [v., entre otras, las sentencias del TEDH: *Matthews c. Reino Unido* (GC) núm. 24833, ECHR 1999-I; *Bosphorus Haya Yollari Turzim ve Ticaret Aonim Sirketti c. Irlanda –Bosphorus Airways-*, GC núm. 45036/98, ECHR 2005].

6. La convivencia de los estándares constitucionales y europeos de protección de los derechos fundamentales

La misma lógica de coherencia exige la Carta con las constituciones nacionales y las legislaciones y prácticas nacionales (art. 52.4 y 6). Conviene recordar, como se hace en los primeros epígrafes relativos a este precepto, que esta exigencia no figuraba en el texto recibido de la Convención que elaboró la Carta de Niza en el año 2000. Estos apartados 4 y 6 del art. 52 los añadió la Convención sobre el Futuro de Europa al redactar el proyecto de Tratado Constitucional y han sido mantenidos por las Conferencias Intergubernamentales (CIG) de 2004 y 2007.

Mediante estas cláusulas de apertura a las constituciones y desarrollos legislativos y jurisprudenciales, se trata de evitar divergencias entre el enunciado simple de los derechos en la Carta y los conceptos arraigados en el interior de los Estados miembros. Al fin y al cabo, la Carta no pretende sustituir a las constituciones nacionales en materia de protección de derechos humanos.

Su incorporación estaba plenamente justificada para tratar de forma igual los estándares constitucionales, los parámetros del Derecho Comunitario o del Convenio Europeo. Todos ellos forman parte del pluralismo jurídico europeo en materia de derechos fundamentales.

Tanto para la Convención como luego para la CIG, la razón de insertar la obligación de coherencia entre los diferentes estándares normativos de derechos humanos se debe a la incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales como texto vinculante que forma parte de los tratados desde el momento en que entre en vigor el Tratado de Lisboa. A partir de 2009 o 2010 será plenamente obligatoria para todos los poderes públicos nacionales cuando apliquen el Derecho de la Unión (art. 51 de la Carta).

La propia Carta predica en el art. 52.4 y 6 una interpretación armoniosa de los derechos proclamados en las constituciones, así como la obligación de tener en cuenta la legislación y las prácticas nacionales a la hora de aplicar e interpretar la Carta. Se trata de garantizar que la protección de los derechos enunciados en la Carta y que tengan su origen en las tradiciones constitucionales se desarrollen y se apliquen en armonía con éstas, y por tanto nunca pueda ser inferior a la dispensada por nuestras constituciones.

Pero, claro, también significa que los derechos de *procedencia* constitucional nacional introducen también sus propios límites, y que no ofrece la misma seguridad jurídica la transposición de las definiciones, condiciones de ejercicio y límites del CEDH que los de una multiplicidad de ordenamientos nacionales. En parte, es un reforzamiento de las competencias estatales, aunque hay que ponderar que también permitirá salvar problemas graves de incompatibilidad entre opciones de la Carta y tradiciones arraigadas en algunos Estados miembros.

La aplicación e interpretación armoniosa de los textos constitucionales nacionales y europeos es imperativa para todas las jurisdicciones en todos sus niveles. Esto es así porque la protección de los derechos fundamentales ya formaba parte del contenido obligacional de nuestra pertenencia a la Unión Europea. El respeto a los derechos fundamentales que garantiza el sistema comunitario y que es propio de ese sistema (tutela judicial, reparación patrimonial, derecho de audiencia, derechos sociales y económicos, etc.) ya obligaba

a las autoridades a reconocerlos, y, en su caso, a nuestros jueces a protegerlos en caso de litigio judicial. Así pues, el estándar constitucional queda plenamente garantizado e insertado en el Tratado.

La alusión a las tradiciones constitucionales como fuente de protección de derechos fundamentales en el orden comunitario no fue una invención del Grupo II de la Convención. Al contrario, conecta con el acervo jurisprudencial de la sentencia *Nold* de 1974, antes aludida, en la que el Tribunal comunitario reconoció que los patrones jurídicos constitucionales forman parte del principio general del ordenamiento de la Unión Europea (lo que se consagra en el mismo Tratado de la Unión, tanto el adoptado en Maastricht como el de Lisboa, art. 6.3). Con esa apertura a los patrones jurídicos constitucionales e internacionales, primero el Tribunal de Justicia en su sentencia *Nold*, más tarde los tratados (art. 6.3 TUE adoptado en Maastricht), abren la protección de los derechos humanos a su evolución. Así, los poderes públicos europeos y nacionales no sólo deben atenerse a la Carta de Niza, parte integrante del Derecho originario desde 2009, no quedan encerrados los derechos humanos en un sólo instrumento normativo.

Al contrario, se garantiza la imbricación y apertura a las constituciones nacionales y a los convenios internacionales de derechos humanos, y así el Tribunal de Justicia recurrirá a más fuentes de protección. No puede haber techos o límites a una mejor y más amplia protección de nuestros derechos. Como se dijo en un informe de la Convención, «la integración de la Carta no es óbice para que el Tribunal de Justicia recurra a ambas fuentes para reconocer otros derechos fundamentales que podrían derivar, por ejemplo, de la posible evolución futura del CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes. Ello es conforme a la doctrina constitucional clásica, que nunca interpreta como exhaustivos los repertorios de derechos fundamentales de las constituciones, con lo que admite el reconocimiento jurisprudencial de nuevos derechos en función de la evolución de la sociedad» (CONV 528/03, p. 13). El respeto a los derechos humanos es un principio general del Derecho y no se funda en un texto normativo cerrado.

Previsiblemente, los particulares van a invocar en los procesos ordinarios los derechos fundamentales protegidos por la Carta para pedir que se inapliquen, ya sean normas nacionales con fuerza de

ley, ya sean normas comunitarias derivadas. En ambos casos, el juez ordinario optará, según los casos, por resolver directamente el problema como hasta ahora lo ha hecho, inaplicando la ley interna cuando era incompatible con la norma comunitaria protectora de derechos y confirmando la validez de la norma comunitaria; o, en caso de duda sobre si la norma derivada viola o no derechos fundamentales —protegidos por los tratados comunitarios o por la Constitución nacional—, planteando la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), siguiendo tanto la doctrina comunitaria (sentencia *Simmenthal* de 1978) como la doctrina constitucional (STC, sentencia sobre la *LOREG-Elecciones al PE*) sin que deba plantear la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE), cuyo presupuesto o condición es que la norma aplicable al caso sea una disposición con fuerza legal y previsiblemente contraria a la Constitución.

La Carta tendrá, por tanto, efectos beneficiosos en una convergencia constitucional y europea en materia de derechos fundamentales. No debe ser tomada como un texto aislado. Nuestras constituciones nacionales en materia de derechos fundamentales no tienen un rango inferior a aquélla: ya desde la citada sentencia *Nold* de 14 de mayo de 1974 los niveles constitucionales de protección de derechos fundamentales forman parte del Derecho Comunitario, por lo que «no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos» en los estándares constitucionales o del CEDH y otros textos internacionales (TJCE, sentencia de 18 de junio de 1991, *ERT*, C-260/89). El Tratado de la Unión, desde su adopción en Maastricht, recoge esta posición en el art. 6.3 (también art. 6 TUE de Lisboa). Los arts. 52.4 y 53 de la Carta integran los diferentes niveles de protección de derechos.

El juez nacional debe ponderar unas y otras normas en caso de eventual contradicción, de la misma manera que lo debe hacer el Tribunal comunitario. Éste ya se ha enfrentado a varias situaciones de conflicto entre los estándares constitucionales y europeos con soluciones diametralmente opuestas fruto de esa ponderación.

Así, en una ocasión muy relevante, el Tribunal comunitario entendió que, frente al Derecho Comunitario fundamental de libre circulación de mercancías, debía tener prioridad el derecho de manifestación previsto y protegido por una constitución nacional

(TJCE, sentencia de 12 de junio de 2003, *E. Schmidberger, Internationales Transporte und Planzüge c. Austria*, C-112/00).

También aceptó una excepción no prevista a un derecho fundamental comunitario para salvaguardar un derecho fundamental constitucional como la libertad de prensa y evitar la desaparición de los pequeños editores (TJCE, sentencia de 26 de junio de 1997, *Familiapress;* o la sentencia de 10 de julio de 2003, *Booker Aquaculture e Hydro Seafood*, asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00, Rec., p. I-7411, apartado 65). En sentido inverso, no menos relevante e impactante, pero con solución muy distinta, fue el asunto *Kreil*, relativo al derecho de una mujer a acceder a un empleo en las Fuerzas Armadas en igualdad con los varones. Para el Tribunal la exclusión general prevista entonces en la Constitución alemana vulneraba el principio de proporcionalidad y, en consecuencia, la Directiva 76/207 se oponía, según fallo del TJCE, a la aplicación de disposiciones nacionales como las del Derecho alemán que excluían de manera general a las mujeres de los empleos militares. Para el Tribunal, el acceso a las Fuerzas Armadas es una relación laboral sometida, como otros empleos, al Derecho Comunitario. Se decantó a favor de la primacía de una norma de Derecho derivado que protege un derecho fundamental de todo ser humano a la igualdad de trato frente a la norma nacional que organizaba la composición de las Fuerzas Armadas (sentencia de 11 de enero de 2000, *Tanja Kreil c. Alemania*, C-285/98).

Más recientemente, ha vuelto a recordar en relación con la aplicación de unas directivas y las normas nacionales de transposición que podían colisionar con el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (respecto a la intimidad) y el art. 8 de la Carta (derecho a la protección de los datos personales) que, «… el Derecho comunitario exige que dichos Estados miembros, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico interno a estas Directivas, procuren basarse en una interpretación de éstas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. A continuación, en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico interno a dichas Directivas, corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con estas mismas Directivas, sino también no basarse en una interpreta-

ción de éstas que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho comunitario, como el principio de proporcionalidad» (TJCE, sentencia de 29 de enero de 2008, *Productores de Música de España c. Telefónica de España,* C-275/06, apartado 70; 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist*, C-101/01, apartado 87, y de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros*, C-305/05, apartado 28).

También el Tribunal ha tenido que pronunciarse entre la compatibilidad de la libre circulación de mercancías (material pornográfico) y el interés superior del niño protegido por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y por el art. 24 de la Carta de Niza, a la que cita expresamente, declarando que «la protección del niño constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado CE, como la libre circulación de mercancías», en relación con la prohibición de venta y entrega por correo de soportes gráficos que no han sido objeto, por la autoridad competente, de un control y de una clasificación a efectos de la protección de los menores y que no llevan una indicación, que emane de dicha autoridad, de la edad a partir de la que pueden verse, por lo que para el Tribunal tal prohibición, en tanto no se haga ese control y clasificación, constituye una medida que protege al niño contra toda información y material perjudiciales para su bienestar (TJCE, sentencia de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH y Avides Media AG*, C-244/06, fundamento 42).

Otro ejemplo es el art. 10 de la Carta, que proclama que toda persona tiene derecho a «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», lo que puede chocar aparentemente con el principio de laicidad de varias constituciones, entre ellas, la de Francia. Pues bien, gracias al efecto *balsámico* de este art. 52 de la Carta con sus aperturas al Convenio Europeo y a las tradiciones constitucionales, el Consejo Constitucional francés estimó que el citado art. 20 (en aquel momento II-70), cuyo origen procede del Convenio Europeo y en el que se reconocen ciertos límites a esa libertad de prácticas religiosas, no es incompatible (y no exige en ese punto la revisión de la Constitución Francesa) con la proclamación de ésta en su art. 1:

«Francia es una República laica», y permite una lectura y aplicación en armonía con las tradiciones francesas que prohíben a todos prevalerse de sus creencias religiosas para vulnerar las reglas comunes de convivencia entre colectividades públicas y los particulares (Decisión del Consejo Constitucional de 19 de noviembre de 2004).

Estas cláusulas de compatibilidad entre diferentes instrumentos sobre derechos humanos demuestran que no puede haber estándares normativos estancos y que nuestros derechos no pueden variar en función de la competencia normativa nacional o comunitaria. La Carta permeabiliza nuestro patrimonio de derechos, y difícilmente un ciudadano va a abstenerse de invocar la Carta si sirve a su mayor y mejor protección frente a una norma de puro Derecho nacional. No menos fácilmente un juez ante el que se invoque la Carta la va a desechar o inhibirse por ser ámbito de soberanía nacional. Al fin y al cabo, los derechos fundamentales se identifican en el sistema europeo con los Principios Generales de Derecho produciéndose una permeabilización prácticamente sin límites. De todas maneras, es de prever que en casi la totalidad de las situaciones, como dijera el Tribunal Constitucional español en su Declaración de 13 de diciembre de 2004, «es del todo claro que la aplicación por el juez nacional, como juez europeo, de los derechos fundamentales de la Carta habrá de suponer, casi sin excepción, la simultánea aplicación del correlativo derecho fundamental nacional» (*BOE* de 4 de enero de 2005, fundamento 6).

En el requerimiento del Gobierno al Tribunal Constitucional sobre la compatibilidad entre la Constitución Española y el fallido Tratado Constitucional que dio origen a la Declaración anteriormente citada, se preguntaba si la interpretación de los derechos constitucionales a la luz de la Carta era conciliable con la definición que de los mismos se desprende de nuestra jurisprudencia. Con ironía responde el Tribunal Constitucional que las dificultades hermenéuticas que pueda provocar la Carta no pueden ser mayores que las que ha provocado el CEDH, y tiene en cuenta que la propia Carta remite a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y esa jurisprudencia ya está integrada en nuestro ordenamiento vía art. 10.2, por lo que no añade obligaciones interpretativas este art. 52 (entonces art. II-112). El propio Tribunal Constitucional reconoce con mucho sentido común y rea-

lismo que, si hubiera problemas de articulación entre el pluralismo normativo que plantea el Tratado, esos eventuales conflictos «no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto y sólo podrán aprehenderse y solventarse con ocasión de los procesos constitucionales de que podemos conocer» (fundamento 6). Al igual que hace el Tribunal comunitario, habrá que ponderar las circunstancias de cada caso.

El mandato del art. 52.3, dirigido a todos los órganos jurisdiccionales nacionales y comunitarios, con el fin de tener en cuenta el CEDH y la interpretación del Tribunal de Estrasburgo (lo que ha sido compendiado en la expresión *todos los caminos llevan a Estrasburgo*) no es nuevo para algunos tribunales constitucionales como el español, que añade al mandato constitucional del art. 10.2 de la Constitución Española relativo a tener en cuenta los convenios internacionales de los que España es parte, el mandato comunitario del art. 52.3. No habrá dos ni tres estándares, sino unos vasos comunicantes, una retroalimentación.

7. La delgada línea roja entre principios y derechos

El Preámbulo mismo de la Carta aprobada en Niza se cerraba con una frase un tanto enigmática, objeto de un importante consenso (como toda la Carta): «En consecuencia, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados a continuación». Obviamente, esta frase se mantiene en el citado Preámbulo, pero apenas se volvía a hacer otra mención a la distinción entre derechos y libertades, por un lado, y principios, por otro, en el art. 51.1 (los Estados miembros y las Instituciones «… respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación…»).

Fue el Grupo II presidido por el comisario Vitorino el que propuso un apartado en este art. 52 que clarificase el distinto alcance de unos y otros (CONV 354/02, p. 8). Se parte de la diferencia entre los derechos subjetivos o derechos justiciables, cuyo disfrute debe ser respetado, es decir, generan fundamentalmente (aunque no exclusivamente) una obligación de no hacer, de respeto, de no interferencia; frente al concepto de principios, que no generan derechos subjetivos inmediatamente exigibles.

En palabras del Presidente del Grupo II, los principios no conceden derechos automáticamente a beneficios concretos, sino que requieren actos de aplicación (CONV 378/02, p. 12). Las instituciones europeas y nacionales deben *observarlos,* y para ello puede que tengan que desarrollarlos mediante actos legislativos y ejecutivos. Los principios enunciados en la Carta deben ser observados, es decir, tenidos en cuenta en la promoción de las políticas, y deben servir para la interpretación y control de los actos adoptados en su desarrollo. Los principios pueden ser tenidos en cuenta por las jurisdicciones cuando tienen que interpretar y aplicar los actos adoptados para el desarrollo de los principios. Así lo ha venido haciendo el TJCE basándose en esa distinción en materia de política social, agraria o medioambiental; confronta los principios que deben ser *observados* con las normas de desarrollo de esas políticas.

Es posible que la redacción de este nuevo apartado 5 pueda diluir la obligación de observar los principios y los derechos que se derivan de tales principios que se enuncia en el art. 51.1, al condicionarla a la aplicación de los actos legislativos y ejecutivos comunitarios y nacionales en ejecución del Derecho de la Unión. Algunos miembros de la Convención consideraron que ese nuevo apartado haría perder fuerza legal a la Carta, además de no clarificar qué preceptos de la Carta formulan principios y cuáles garantizan derechos, como algunos convencionales manifestaron en uno de los primeros plenos (CONV 378/02, octubre de 2002, p. 10).

Las consecuencias serán bien distintas dependiendo de que cada precepto de la Carta sea considerado derecho o principio.

Significa, como se señaló durante los debates de la Convención, que los derechos fundamentales reconocidos por la Unión en sus tratados sólo pueden ser efectivos en el marco de las competencias que definen los tratados en cuanto tales y no en la Carta misma, y que la obligación de las instituciones de la Unión de respetar los derechos y observar los principios, así como promover su aplicación —que se prevé en la segunda frase del art. 51.1—, sólo se puede producir dentro de los límites de las competencias atribuidas por los tratados a la Unión.

No parece improbable que, tras la inclusión de este apartado que enfatiza la diferencia entre derechos justiciables y principios *no* justiciables, siempre que tenga competencia la Unión, se esconda el deseo inconfesado de apartar los derechos económicos y sociales

que no podrían dar lugar a reclamaciones inmediatas con fundamento en la Carta, pues requerirían acciones positivas y la previsión de los gastos sociales. En este orden de ideas De Búrca estima que no se debió introducir dicho apartado que reabre y altera el contenido sustantivo de la Carta, además de ser muy simple la distinción polarizada en la justiciabilidad (2003, 23-24). Tanto en el fracasado Tratado Constitucional como en el Tratado de Lisboa, la Unión Europea sigue sin tomar en serio los derechos humanos.

8. El valor de las Explicaciones actualizadas de la Carta

Tras lo dicho a propósito del art. 52, no debe engañarnos la aparente sencillez de la Carta. Tiene dos niveles de lectura. A la ciudadanía y al conjunto de seres humanos que se encuentren en disposición de disfrutarlos se les envía un mensaje de visibilidad y accesibilidad en los 54 preceptos. Ésa es una primera lectura que permite tener un panorama de conjunto.

Y cabe otra lectura más profunda y compleja *si levantamos el velo,* si abrimos *ventanas* y vemos los tratados comunitarios, otros convenios y constituciones que hay detrás de cada párrafo de cada precepto.

Por ello, los primitivos redactores de la Carta establecieron en un documento oficial el Informe explicativo en el que se desarrolla de forma consensuada el origen de cada derecho, libertad o principio, si es idéntico al de otro instrumento jurídico o se han tenido en cuenta varios, etc. En estas *Explicaciones* se nos da la herramienta de interpretación adecuada para la comprensión de la Carta. En las Explicaciones se nos señalan las excepciones, los límites y los conceptos, y con frecuencia se reproduce el precepto original del que se hizo la síntesis o del que se tomó la definición.

Ahora bien, esas *Explicaciones* no eran fácilmente asequibles ni para el público ni para los profesionales del Derecho y no se aludía a ellas en la Carta misma. El Grupo II de la Convención para el Futuro de Europa logró que se aludiera a ellas en el retoque que le hizo al Preámbulo (quinto párrafo) pero no en el art. 52 con un nuevo apartado (CONV 354/02, p. 10), que rechazó el Praesidium por estimar que si se añadían a la Carta tendría su mismo valor jurídico (CONV 674/03, p. 11).

Retomando esa propuesta del Grupo II, finalmente la CIG de 2004 proclamó la existencia y relevancia interpretativa de ese Informe estableciendo que esas *Explicaciones* tienen que ser «tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros» (art. 52.7), por lo que el texto actualizado por la Segunda Convención (que fue el documento CONV 828/03) y la CIG de 2004 son las *Explicaciones* que se contenían en la Declaración número 12 anexa al Tratado Constitucional y ahora son la Declaración número 1 anexa al Tratado de Lisboa. Hay, por tanto, varias menciones a las *Explicaciones* en el Derecho originario: en el art. 6.1 del TUE, en el Preámbulo de la Carta, en su art. 52.7 y en la Declaración número 1 anexa al Tratado de la Unión tal como se modificó en Lisboa.

Luego, no son un mero documento de trabajo, sino algo más que una guía práctica en la aplicación judicial para desentrañar cada sencillo precepto de la Carta. La Carta es sólo en apariencia un texto sencillo; gracias a las *Explicaciones* tiene tras de sí todo un gran edificio jurídico y jurisprudencial que satisface la exigencia de rigor y precisión de la práctica jurídica.

Pero es evidente que las *Explicaciones* no tienen valor jurídico convencional, no tienen el mismo valor que la Carta; aunque tampoco son unos meros trabajos preparatorios que sirvan sólo como complemento interpretativo en caso de oscuridad, ambigüedad o de que la interpretación del texto y contexto conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (valor de los trabajos preparatorios según el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Al ser realzados por su alusión en el articulado del Tratado y con la consideración formal de Declaración anexa al mismo, y al igual que otras declaraciones, las *Explicaciones* sirven para interpretar el alcance y los límites de los derechos reconocidos por la Carta al constatar de modo fehaciente la procedencia jurídica y el contexto de cada derecho reconocido a tenor del art. 52. Para muchos convencionales estas adaptaciones del art. 52 y las mismas *Explicaciones* eran una condición fundamental para conferir valor vinculante a la Carta con su integración en el Tratado Constitucional (CONV 783/03, p. 9). Por otra parte, tampoco serán la única opción interpretativa; la CIG rechazó una redacción que circunscribía y encerraba la in-

terpretación de la Carta a las *Explicaciones* («La presente Carta será interpretada teniendo en cuenta las explicaciones preparadas…»); la redacción definitiva rebaja el tono (no utiliza mayúsculas) describiéndolas como texto elaborado para guiar en la interpretación, si bien advierte que serán tenidas en cuenta debidamente por los órganos jurisdiccionales comunitarios y nacionales. La *Explicaciones* deben ser tenidas en cuenta, pero la *evolución posterior* de la interpretación de esos derechos por la jurisprudencia nacional o europea, o la evolución normativa, entrarán en juego en la hermenéutica judicial futura.

La propia Declaración número 1, al insertar las *Explicaciones*, da cuenta del origen de las mismas (elaboradas bajo la autoridad del Praesidium y no por la Convención que debatió la Carta) y de que han sido adaptadas a la evolución posterior a la misma Carta de Niza desde su primera versión de 2000, es decir, que fueron actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la (Segunda) Convención Europea en 2003, por la CIG de 2004 y de nuevo al Tratado de Lisboa en 2007. Y sobre todo deja claro que, «[s]i bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta».

Bibliografía

Alonso García, R. «The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union». *European Law Journal* 4. Vol. 8 (2002): pp. 492-514.

Baquero Cruz, J.: «What's left of The Charter? Reflections on law and Political Mythology». *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1. Vol. 15 (2008): pp. 65 y ss.

Bifurco, R., M. Cartabia y A. Celotto, coords. *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2001.

Búrca, G. de. «Fundamental Rights and Citizenship». En B. de Witte. *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*. Florencia: European University Institute, 2003. Como Documento de la Convención, CONV 703/03.

Cohen-Jonathan, G. «L'adhésion de l'Union Européen à la Convention européenne des droits fondamentaux et la Convention pour l'avenir de l'Europe». *Colloque Bordaux, École Nationale de la Magistrature*, 3 y 4 de octubre de 2003. Bruselas, 2004, pp. 59 y ss.

Cruz Villalón, P. «La Carta, o el convidado de piedra. Aproximación al la parte II del Proyecto de Tratado/constitución para Europa». En C. Closa Montero y N. Fernández Sola, coords. *La Constitución Europea*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 185 y ss.

Fernández Tomás, A. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

MANGAS MARTÍN, A. *La Constitución Europea*. Madrid: Iustel, 2005.

— «Incidencia del proyecto de Tratado Constitucional europeo sobre la constitución española». *Pacis Artes*. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos. Madrid, 2005, pp. 947-976.

PI LLORÉNS, M. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2001.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y A. VALLE GÁLVEZ. «El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos y los Tribunales constitucionales nacionales». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2 (1997): pp. 329 y ss.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. «Sobre el Derecho Internacional, de los derechos humanos y comunitario europeo (A propósito del asunto Matthews c. Reino Unido)». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 5 (1999): pp. 95 y ss.

SANZ ARNAIZ, A. «De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: La Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa». *Constitución española y constitución europea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 51-75.

TERAYA, T. «Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights». *European Journal of International Law* (2001): pp. 917-941.

TRIANTAFYLLOU, D. «The European Charter of Fundamental Rights and the "Rule of Law": Restricting Fundamental Rights by Reference». *Common Market Law Review* (2002): pp. 53-64.

Artículo 53
Nivel de protección

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

Preceptos relacionados

– Carta: arts. 51 y 52.

Antecedentes

– Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-111-II-113.
– Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 53.

Protocolos y declaraciones relacionados

– Protocolo núm. 8 sobre el apartado 2 del art. 6 del TUE relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y salvaguarda de las Libertades Fundamentales.
– Protocolo núm. 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales a Polonia y Reino Unido.

– Protocolo núm. 24 sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.
– Declaración núm. 1 relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales.
– Declaración núm. 53 de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
– Declaración núm. 61 de la República de Polonia relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

COMENTARIO

José Martín y Pérez de Nanclares
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de La Rioja

1. Aspectos generales

En Derecho Internacional público es usual que los convenios internacionales para la protección de los derechos humanos contengan, junto a las disposiciones materiales propias, una cláusula que fije el nivel de protección de los derechos en cuestión respecto a otros convenios internacionales o respecto a los respectivos derechos nacionales de los Estados parte. Ejemplos relevantes al respecto los brinda, por ejemplo, el art. 5.2 de los dos Pactos Internacionales que, con una redacción prácticamente idéntica, prevén que «no podrán admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte —el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales emplea el término "un país" en lugar de "un Estado parte"— en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado». Mas el paradigma de referencia en la redacción de este precepto ha sido el art. 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en virtud del cual ninguna de las disposiciones del CEDH «será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser

reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en que ésta sea parte».

En el ámbito de la Unión Europea, es el art. 53 de la Carta el que cumple esta función de, como establecen las Explicaciones del Praesidium, «mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el Derecho Internacional», especialmente, dada su importancia, el CEDH.

Sin embargo, el hecho de que este tipo de cláusula sea usual en Derecho Internacional no quiere decir en modo alguno que su inclusión en la Carta estuviera exenta de polémica. Antes al contrario, fue una de las disposiciones que mayor controversia planteó en los debates de la Convención y también en el posterior análisis doctrinal (por ejemplo, Alonso García 2001; Besselink 2001; Lenaerts; Smijter 2001; Liisberg 2001; Vranes 2003; Widmann 2002). Ello es comprensible considerando que del contenido de este precepto se derivan importantes cuestiones de gran valor político y simbólico para la relación entre los ordenamientos constitucionales nacionales y el comunitario, así como también elementos de enorme relevancia jurídica a propósito de la relación de la Carta con el CEDH y las constituciones nacionales, a la par que remite también a cuestiones como la supremacía del Derecho Comunitario o los eventuales conflictos en la interpretación de los derechos en cuestión.

No es de extrañar, pues, que los debates en el seno de la Convención estuvieran caracterizados, al menos en las primeras fases de la misma, «by a somewhat fumbling approach» (Liisberg 2001, p. 18). En estas primeras fases de la Convención la preocupación fundamental de los debates se centró en la relación de la Carta con el CEDH. Ello tenía su origen en que la inicial propuesta del Praesidium anclaba su contenido en una redacción muy similar a la del art. 53 del CEDH (CHARTE 4235/00 CONV 27 de 18 de abril de 2000, art. H.4) que, además del Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros, el Derecho Internacional y los convenios internacionales ratificados por los Estados miembros, hacía referencia explícita a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Esta última mención provocó numerosas intervenciones críticas en el Pleno de la Convención de 3 y 4 de mayo de 2000, especialmente de los representantes de gobiernos nacionales

(Goldsmith, Nikula, Olsen, O'Kennedy, Tarchys, etc.), como también se propuso una sustitución del término «Derecho de los Estados miembros» por «Derecho Constitucional de los Estados miembros» (Papadimitriou). Esto provocó, a su vez, que el Praesidium aceptara la referencia a «las Constituciones de los Estados miembros» y eliminara la alusión expresa a la jurisprudencia del TEDH (CHARTE 4316/00 CONV 34, de 16 de mayo de 2000, art. 49). Este nuevo texto volvió a dar lugar a dos decenas de propuestas de modificación (CHARTE 4372/00 CONV 39, de 16 de junio de 2000), a partir de las que el Praesidium elaboró su documento de síntesis (CHARTE 4383/00 CONV 41, de 3 de julio de 2001, art. 49) en el que, aceptando la propuesta finlandesa, se cerraba definitivamente el precepto con la referencia a las «constituciones de los Estados miembros». Sobre esta base, se trasladó esa redacción a la primera propuesta de texto completo de la Carta (CHARTE 4422/00 CONV 45, de 28 de julio de 2000, art. 51), cuya formulación se mantuvo sin apenas cambios hasta el final (CHARTE 4470//1/00 REV 1 ADD1 CONV 47, de 25 de septiembre de 2000, art. 52).

De este proceso de elaboración del art. 53 pueden extraerse, por encima de todo, tres primeras conclusiones de interés. En primer lugar, siempre hubo consenso político en la necesidad de que la Carta incluyera una disposición de este tipo, si bien este consenso se proyectaba también a la exigencia de que la redacción que se le diera no implicase en modo alguno la necesidad de reformar las constituciones nacionales. En segundo lugar, las numerosas reacciones críticas que provocó en un principio la cuestión de la relación de la Carta con el CEDH —en particular con la jurisprudencia del TEDH— se fueron limando de manera paulatina a la par que la Carta asumía en otras disposiciones horizontales tanto la equivalencia de interpretación de los derechos de la Carta que coincidieran con los del CEDH y la posibilidad de protección más extensa por el Derecho de la Unión (art. 52.3), como la imposibilidad de ampliación de las competencias de la Unión a través de los derechos recogidos en la Carta. Y, en tercer lugar, la problemática que la primacía del Derecho de la Unión en materia de derechos fundamentales respecto a las constituciones nacionales planteaba a diversos miembros de la Convención fue adecuadamente neutralizada. De un lado, a través de las matizaciones expresas que las disposiciones horizonta-

les fueron introduciendo al respecto, precisando que los derechos de la Carta se dirigen a los Estados únicamente cuando apliquen Derecho de la Unión (art. 51.1) y, sobre todo, exigiendo una interpretación *en armonía con* las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros cuando los derechos resulten de ellas (art. 52.4). Y de otro lado también jugaron un especial papel la discreta labor que los observadores del Consejo de Europa en la Convención desarrollaron a la hora de explicar el alcance concreto que en la práctica tiene un disposición como la que se estaba elaborando. No olvidemos que la litigiosidad que el art. 53 del CEDH ha provocado en el TEDH ha sido en su medio siglo de aplicación realmente escasa (Liisberg 2001, 23-30), reduciéndose en lo básico a los asuntos *Handsyde* (sentencia de 7 de diciembre de 1976, *Handsyde c. Reino Unido*, Serie A24, apartado 54), *Ekbatani* (sentencia de 26 de mayo de 1988, *Ekbatani c. Suecia*, Serie A-134, apartado 26) o *Burghartz* (sentencia de 22 de febrero de 1994, *Burghartz c. Suiza*, Serie A-280-B, apartados 22 y 23).

2. Contenido básico: el principio de *non regression*

El art. 53 de la Carta garantiza que ninguna de las disposiciones de la Carta pueda interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o sus Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros. Con ello, como escribe A. Mangas Martín, se garantiza «el más elevado nivel de protección en armonía con las tradiciones constitucionales comunes, con el Derecho de la Unión y con el Derecho Internacional», dejando patente que «no cabe una *reformatio in peius* en materia de derechos fundamentales» y que, por tanto, «sólo cabe evolución a mejor» (Mangas Martín 2005, 220). Recoge, pues, el clásico principio de *non regression* (Braibant 2001, 267-268).

En este sentido, comoquiera que las dos fuentes básicas de asunción de derechos fundamentales como principios generales propios

del Unión han sido los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos —especialmente el CEDH— y las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, parece evidente que la fijación del nivel de protección de la Carta haya de hacerse forzosamente también en relación con esos dos órdenes jurídicos. Y como en todo instrumento internacional de protección de derechos fundamentales el nivel de protección fijado no puede servir para restringir o disminuir el estándar ya alcanzado en ellos, sino para mantenerlo o mejorarlo dentro del ámbito de la Unión. El art. 53 garantiza plenamente el nivel de protección ya alcanzado en el marco del CEDH y en el de las Constituciones de los Estados miembros. Por otro lado, como es lógico a la vista del principio de autonomía del ordenamiento jurídico comunitario, también ha de hacerse alusión al propio Derecho de la Unión como referencia para fijar el nivel de protección de aquellos derechos de la Carta que ya tienen protección comunitaria propia a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La pregunta básica que se plantea en la práctica es por qué nivel de protección ha de inclinarse la Unión cuando haya de interpretar un derecho fundamental aplicable dentro de su ámbito de competencias y con diferentes niveles de protección según cada orden jurídico. Ésta cobra particular relevancia cuando se dé un supuesto en el que el derecho en cuestión provenga de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, pero tenga muy diferente grado de protección según cada constitución nacional. Máxime porque la Carta reafirma los «derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales» (Preámbulo) y encomienda una interpretación «en armonía con las citadas tradiciones», cuando la Carta reconozca derechos resultantes de esas tradiciones constitucionales comunes (art. 52.4), debiéndose además tener «plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la Carta» (art. 52.6). Cabría plantearse, pues, si con base en el art. 53 debería considerarse que en el supuesto en que la Carta contuviera un derecho que en algún ordenamiento nacional tuviese un nivel de protección superior debería ceder aquélla su regulación para aceptar la interpretación nacional que concediese a ese derecho un más intenso nivel de protección. De hecho, algunos autores muy concretos sostenían ya antes de esta disposición una teoría del

máximo estándar de protección que derivaba de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Besselink 1998). No parece, a nuestro entender, que la contestación a esta cuestión pueda hacerse en sentido afirmativo. Ni por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Von Bogdandy 2000, 1324) ni tampoco a partir de la Carta. El art. 53 no garantiza en modo alguno una primacía del ordenamiento que conceda un mayor nivel de protección al derecho fundamental en cuestión. Si así fuera se rompería el principio de primacía del Derecho Comunitario y representaría un riesgo a la unidad del ordenamiento jurídico comunitario. Supondría además que un único ordenamiento interno condicionaría unilateralmente la interpretación de ese derecho para toda la Unión. Incluso pueden existir supuestos en los que el nivel máximo de protección de determinados derechos puede resultar incompatible (por ejemplo, derecho a la vida versus derecho al aborto) o incluso hasta contrario a alguna de las libertades fundamentales del mercado único (prohibición del aborto versus libertad de prestación de servicios de una clínica de un Estado miembro en el que el aborto sea legal). Aparte de ignorar por completo los diferentes intereses, valores, objetivos y peculiaridades intrínsecas existentes en cada ordenamiento jurídico. El art. 53 representa, más bien, una fuente para concretar en cada caso el nivel concreto de protección preciso que en el ámbito competencial de la Unión exige el derecho en cuestión.

No representa, por tanto, una jerarquía de ordenes jurídicos basada en el nivel más alto de protección concedido por cada cual al derecho de que se trate. Simplemente garantiza que la Carta no pueda disminuir el nivel de protección que el derecho en cuestión tenga en su respectivo ordenamiento jurídico, sea el internacional, el de la Unión o el de los Estados miembros. Pero obviamente tanto los ordenamientos nacionales tomados individualmente como los ordenamientos internacional y comunitario mantienen su autonomía, su interpretación y su aplicación propias. Dicho de otra forma, el nivel de protección (elevado) garantizado por el art. 53 no afecta para nada al ámbito de competencias comunitarias (3), ni a la jurisprudencia ya establecida por el TEDH para el ámbito del CEDH (4) ni mucho menos a las constituciones nacionales (5). Lo cual tampoco quiere decir que a la postre no derive en una cierta interacción de ordenamientos que termine por retroalimentar mutuamente las interpreta-

ciones que se hagan en los respectivos ordenamientos a propósito de la protección de los derechos fundamentales.

3. Mantenimiento pleno del principio de primacía del Derecho Comunitario: la no afección de las competencias comunitarias

De la enumeración de ordenamientos sobre los que la Carta no puede conllevar una reducción de su nivel de protección respectiva que recoge el art. 53 se coloca en primer lugar al Derecho de la Unión, por delante del Derecho Internacional y de las constituciones de los Estados miembros. La Carta no puede conllevar, pues, una reducción del nivel de protección de los derechos fundamentales que ya exista en el ámbito comunitario. No en vano, el Tribunal de Justicia ha desplegado desde mediados de la década de los setenta una rica jurisprudencia en materia de protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario a través de su conocida consideración de esos derechos como principios generales del Derecho Comunitario que los consideró procedentes de instrumentos internacionales como el CEDH, así como de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, 29/69, Rec., p. 419; sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 17/70, Rec., p. 1135; sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold*, 4/73, Rec., p. 491).

Resultan del todo punto infundados los temores que en algunos debates de la Convención se plantearon a propósito de si esta cláusula podría significar en algún caso la puesta en duda del principio de primacía del Derecho Comunitario. El art. 53 se limita a regular el nivel de protección de los derechos recogidos en la Carta sin afectar para nada al ámbito de aplicación de la misma que se rige por lo previsto en el art. 51. Y sin afectar por tanto tampoco a las competencias de la Unión, ya que ni las amplía ni las limita. Con todo, sí podría considerarse que la referencia al Derecho de la Unión puede producir cierta confusión, ya que la propia Cata también forma parte de ese Derecho de la Unión al considerarse por el Tratado de Lisboa como jurídicamente vinculante. De hecho, algunos autores consideran que desde el mismo momento en que el art. 52.3 deja pa-

tente que el nivel de protección que concede el Derecho de la Unión puede ser más extenso que el concedido por el CEDH —e incluso de propio de la Carta— la referencia al Derecho de la Unión no aporta nada especial (Liisberg 2001, 38, nota 128).

La actuación de las instituciones, órganos u organismos comunitarios no se mide, por tanto, por el rasero de los derechos fundamentales recogidos en las constituciones nacionales, sino por los concretados en las disposiciones de la Carta (Liisberg 2001, 36-42). Otra cosa es que la Carta no pueda interpretarse en ningún caso en el sentido de reducir el nivel de protección que el Tribunal de Justicia haya podido conceder con anterioridad a un determinado derecho con base, por ejemplo, en la protección que daban a ese derecho las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. O que el nivel por el que en la práctica haya optado el Tribunal de Justicia sea al menos el que, en caso de proceder el derecho en cuestión del CEDH, haya establecido el TEDH. Pero nada tiene ello que ver ni con la primacía del Derecho Comunitario ni con un cambio del alcance de las competencias que los Estados miembros han atribuido a la Unión para la consecución de los objetivos que le son propios. El ámbito del art. 53 se circunscribe tan sólo a las disposiciones de la Carta («ninguna de las disposiciones *de la presente Carta…*»), por lo que de ninguna manera convierte a los derechos recogidos en una Constitución nacional en parámetro automático de fijación del nivel de protección de ese derecho en la Unión.

Por el contrario, en la práctica, sí resultan imaginables situaciones en las que pueda plantearse la pertinencia de que un Estado miembro pueda adoptar medidas que supongan una restricción a una libertad del mercado único basándose en la protección de un derecho fundamental. Tal ha sido por ejemplo la situación que grosso modo se ha dado en el asunto *Schmidberger* (sentencia de 12 de junio de 2003, C-112/00, Rec., p. I-5659) sobre el bloqueo del corredor de Brenner donde el ejercicio del derecho de reunión puede entrar en colisión con la prohibición comunitaria de obstaculizar la libertad de circulación de mercancías. Con todo, también en estos casos parece fuera de toda duda que corresponderá al Tribunal de Justicia fijar la interpretación que el correspondiente derecho habrá de tener en el ámbito de la Unión, si bien a la hora de es-

tablecer su nivel de protección habrá de tener en cuenta lo previsto en el art. 53 y en ningún caso concederle con base en la Carta un nivel de protección inferior al que ya tuviera en el orden comunitario. Por otro lado, comoquiera que pueda tratarse de un derecho que, como es el caso del derecho de reunión, pudiera corresponderse con otro ya garantizado por el CEDH su sentido y alcance habrá de ser igual al que le confiere dicho Convenio. Pero no por exigencia del art. 53, sino como derivación expresa del art. 52.3.

4. Mantenimiento pleno de la jurisprudencia del TEDH: la no afección de los convenios internacionales de protección de los derechos humanos

El segundo de los ordenamientos enumerados por el art. 53 es el internacional. La Carta no podrá interpretarse, así, como limitativa o lesiva de los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional y por los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros. Parece distinguirse, pues, entre derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional en general y derechos humanos específicamente protegidos por convenios internacionales de los que sean parte la Unión o todos sus Estados miembros. Dentro de la primera categoría pueden incluirse principios generales del Derecho Internacional, como podrían ser quizá el derecho a una indemnización en caso de expropiación a nacionales de otro Estado tercero. Y en la segunda categoría se incluyen específicamente los convenios internacionales en materia de derechos humanos, diferenciándose a su vez entre aquellos de los que pudiera ser parte la Unión y aquellos de los que son parte *todos* sus Estados miembros. Este último inciso sufrió una adaptación en la Segunda Convención sustituyéndose la referencia originaria de la Primera Convención («… convenios internacionales de los que son parte la Unión, *la Comunidad* o los Estados miembros…») por otra que excluye la referencia a la Comunidad («… convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros») que lógicamente en el texto del Tratado Constitucional era consecuente con la refundación de la Unión que sería sucesora y continuadora de la anterior Comunidad Eu-

ropea (art. IV-438) y que con el Tratado de Lisboa mantiene su sentido. La Segunda Convención dejó además patente que, en caso de tratarse de los Estados miembros, se hace referencia a convenios internacionales de los que sean parte *todos* los Estados, mientras que la versión originaria se refería a *los* Estados miembros.

Esta referencia a los convenios internacionales sobre derechos humanos de los que sea parte la Unión no tiene en la actualidad excesiva repercusión práctica, ya que en realidad no lo es de ninguno. Sí tiene, empero, un importante potencial de desarrollo futuro a partir de la concesión de personalidad jurídica a la Unión, de la continuidad de la Unión respecto a la Unión Europea y la Comunidad Europea y sobre todo del mandato de adhesión de la Unión al CEDH (art. 6 TUE de Lisboa). En este sentido, la referencia expresa del art. 53 al CEDH («… *en particular* el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales…») tiene una especial relevancia. En primer lugar, porque efectivamente el Tratado de Lisboa atribuye a la Unión la competencia para la adhesión al mismo que, a juicio del Tribunal de Justicia, carece en la actualidad (*dictamen 2/94* de 28 de marzo de 1996, Rec., p. I-1759). En segundo lugar y no menos importante, porque efectivamente es un convenio internacional sobre derechos humanos del que son parte todos los Estados miembros de la Unión. En realidad es *el* convenio internacional de protección de derechos fundamentales de referencia para la Unión y también para los Estados miembros. Tanto en lo que atañe a la determinación del nivel de protección que aquí nos ocupa como también en lo que afecta a la ya citada interpretación y alcance de los derechos recogida en el art. 52.3.

Ahora bien, la referencia del art. 53 es únicamente a título de ejemplo. Como establecen las Explicaciones del Praesidium, «se menciona, debido a su importancia». Y únicamente en relación con el nivel de protección. De ahí que nos parezca perfectamente adecuado que la Segunda Convención eliminara de las Explicaciones del Praesidium la referencia a que «el nivel de protección ofrecido por la Carta no podrá, bajo ningún concepto, ser inferior al garantizado por el CEDH, lo que trae como consecuencia que el régimen de limitaciones establecido en la Carta no puede quedar por debajo del nivel previsto en el CEDH». No es que fuera incorrecto por su

contenido, pero no parece propio de la disposición que regula el nivel de protección (art. 53), sino más bien de aquella que de manera específica se consagra a la cuestión de los límites de los derechos recogidos en la Carta (art. 52). De ahí que la discusión también habida en la Convención a propósito de si hubiera sido más pertinente hacer también referencia explícita a la jurisprudencia del TEDH —como de hecho hacía la propuesta inicial del Praesidium (CHARTE 4235/00 CONV 27, de 18 de abril de 2000, art. H.4)— pierda también buena parte de su razón, aunque desde luego no por los motivos que algunos miembros de la Convención —como el representante del gobierno francés Braibant— quisieron ver en esa referencia. En modo alguno, hubiera significado una *carte blanche* al TEDH para fijar con libertad los niveles de protección de los otros ordenamientos. Ya hemos visto que la función del art. 53 es otra.

En este sentido, otros textos internacionales diferentes al CEDH que podrían cobrar también cierta relevancia podría ser la Carta Social que el Preámbulo de la Carta cita, por cierto, de manera expresa. La interpretación de los derechos contenidos bajo la rúbrica de solidaridad (arts. 27-38) podrían reclamar por tanto una interpretación cuyo nivel de protección no estuviera por debajo de aquélla. Con todo, a nadie se le escapan las debilidades formales y materiales de la referida Carta Social.

5. Mantenimiento pleno del ámbito de competencias de los Estados miembros: la no afección de las constituciones nacionales

Y el tercero de los ordenamientos citados expresamente por el art. 53 es el de «las constituciones de los Estados miembros». A este respecto, durante los debates en el seno de la Primera Convención emergieron en ocasiones posiciones que temían que esta disposición sobre nivel (elevado) de protección pudiera tener como consecuencia la necesidad de reformar las constituciones nacionales cuyo estándar de protección fuera inferior. Para algunos esta disposición «calls into question the uniform application of Community, a cardinal principle of the European integration process which essentially relies on the idea of a Community of law» (Vranes 2003, 11).

Incluso consideran que «this provision is diametrically opposed to the constant jurisprudence of the ECJ according to which the legality of Community law must not be questioned on the basis of national fundamental rights, but may only be ruled upon by the ECJ against the yardstick of Community fundamental rights» (ibíd., 11). No es, en modo alguno, ése el objetivo de la cláusula. Su objetivo era simplemente que en el ámbito interno de cada Estado los derechos recogidos en la Carta no pudieran servir para sostener una reducción del nivel de protección existente en ese ordenamiento jurídico. Garantiza, por tanto, el mantenimiento del *statu quo* en la protección de los derechos humanos.

En este sentido, la redacción del art. 53 de la Carta deja claro, bajo la fórmula de «en su respectivo ámbito de aplicación», que por lo que se refiere a las constituciones nacionales simplemente opera como garantía de no empeoramiento del estándar de protección nacional por efecto de la Carta. Además, las Explicaciones del Praesidium son también suficientemente expresivas al concretar que «el objeto de esta disposición es mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de actuación […] el Derecho de los Estados miembros». Por último, por si quedara alguna duda también la Comisión dejó expresamente establecido en una Comunicación de 11 de octubre de 2000 sobre la naturaleza de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que la preocupación que pudieran tener algunos sobre el hecho de que la Carta pudiera obligar a algún Estado miembro a reformar su constitución nacional es infundada «y no precisamente por el efecto de ninguna disposición general» —como la aquí tratada, por ejemplo—, «sino por la definición de derechos que establece» y porque «es evidente que la Carta no sustituye a las Constituciones nacionales en su ámbito de aplicación, por lo que se refiere al respeto de los derechos fundamentales al nivel nacional» (CHARTE 4956/00 CONTRIB 355, de 18 de octubre de 2000; *COM (2000) 644 final*, de 11 de octubre de 2000, p. 6).

Los Estados miembros tienen, en realidad, una doble vinculación en materia de derechos fundamentales: a sus respectivos ordenamientos internos y al que deriva del CEDH; a los que únicamente se incorporaría el de la Carta si el Estado aplica el Derecho de la Unión. Ello, con independencia del respeto de los respectivos ám-

bitos de aplicación material y territorial, tiende a provocar un inevitable proceso de interacción mutua entre los diversos ordenamientos en liza. Probablemente, esta disposición mantenga e incluso incremente la influencia que el CEDH y las constituciones nacionales ejerzan en materia de derechos fundamentales sobre la Unión (Ugartemendía Eceizabarrena 2001, 120). Pero también es seguro que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión ejercerá también su influencia en los propios ordenamientos nacionales. Así, no es de extrañar que algunos tribunales constitucionales nacionales se refieran, como ha sido por ejemplo el caso del nuestro, a derechos de nuevo cuño contenidos en la Carta —por tanto recogidos en sentido propio para el ámbito de la Unión y no para el de los Estados miembros— para interpretar el alcance de determinados derechos en el ámbito estrictamente nacional en supuestos en los que el Estado no aplica el Derecho Comunitario y, por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación de la Carta (por ejemplo, STC 292/2000, de 30 de noviembre, en relación con el art. 18).

En otro orden de cosas, cabe preguntarse si no hubiera sido más adecuado referirse simplemente al «Derecho de los Estados miembros», en lugar de a «constituciones de los Estados miembros». De hecho, las Explicaciones de la Carta siguen refiriéndose al «Derecho de los Estados miembros», pese a que la Convención modificara la redacción inicial del precepto para referirse finalmente a las constituciones. Existen Estados en que, como es el caso del Reino Unido, el término *Constitución* no termina de ser totalmente ajustado y la protección de los derechos humanos dentro de los Estados miembros no tiene por qué estar establecida tan sólo en la constitución, especialmente la cuestión del nivel de protección que pueda concedérsele al derecho en cuestión por los tribunales internos. Es quizá uno de los motivos que ha dado lugar a cierta confusión y a que algunos interesadamente quieran ver base para poder defender un cierto valor prevalente de las constituciones que ponga en tela de juicio el principio de primacía del Derecho Comunitario en materia de derechos fundamentales.

6. Consideraciones finales: sobre la necesaria cooperación entre los tribunales de los tres ordenamientos implicados

Así las cosas, esta disposición de la Carta ha levantado en la doctrina tanto preocupaciones desmedidas como esperanzas infundadas respecto a las relaciones de los derechos recogidos en la Carta con los protegidos en el CEDH y en las constituciones de los Estados miembros. Probablemente no hay motivos ni para la exagerada preocupación de unos ni para las desproporcionadas aspiraciones de otros. Ni afecta a la protección de los derechos fundamentales dentro de cada Estado miembro, salvo si aplican el Derecho de la Unión, ni tampoco pone en tela de juicio el principio de primacía del Derecho Comunitario. Mucho menos representa un riesgo para aquellos Estados miembros que, como los países escandinavos o centroeuropeos, mantienen en determinados derechos fundamentales un nivel de protección notablemente superior al existente en otros Estados miembros o al recogido en la jurisprudencia del TEDH.

En realidad, el art. 53 recoge simplemente el clásico principio de *non regression,* una garantía de bloqueo de cualquier *reformatio in peius* dentro de la Unión en materia de derechos fundamentales de manera similar a como actúa el art. 53 del CEDH (en sentido contrario, Alonso García 2002, 171-172; Vranes 2003, 12). Pero, obviamente, tan sólo en el ámbito de competencias propio de la Unión y sin afectar al resto de principios que regulan las relaciones jurídicas entre ordenamientos. Ahora bien, como recuerda U. Everling, de igual modo que es evidente que la Carta no puede servir para ampliar competencias de la Unión (art. 51.2), debería también serlo que la Carta tampoco puede servir para actuar en detrimento de la Unión al estilo de una vuelta a *Solange I* (Everling 2003, 225).

En realidad, no queda fuera de la intención de la Convención la introducción a través de este precepto de una cierta prudencia política. Para algunos autores es en el fondo una disposición que satisface el deseo político de dejar patente ante los electorados nacionales que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión no sustituye a las constituciones nacionales. Así, quien probablemente mejor y

más pormenorizadamente ha analizado este precepto ha buscado un paralelismo con el estatuto de ciudadanía donde el Tratado de la Comunidad Europea especifica que la ciudadanía europea no sustituye a la ciudadanía nacional, pese a que en ausencia de tal referencia nadie podría sostener con seriedad que la ciudadanía europea pudiera reemplazar a la nacional (Liisberg 2001, 52).

El art. 53 tiene, sin embargo, la difícil virtud de que todos pueden ver en él lo que desean ver. Los *procomunitarios* ven a la Carta y al Derecho de la Unión a resguardo de quien tratase de erosionarlos a través de la acción de los tribunales constitucionales nacionales en materia de derechos fundamentales. Los *euroescépticos* ven un freno a la interpretación dinámica del Tribunal de Justicia e incluso base para *poner a tiro* el mismísimo principio de primacía del Derecho Comunitario. Los defensores de los derechos fundamentales ven, por el contrario, una posible fuente de interpretación dinámica que permita una elevación del nivel de protección de los derechos fundamentales en la Unión y acaso por efecto reflejo también en los ordenamientos internacional y nacional. E incluso un Estado miembro que mantiene en su Constitución nacional una concepción del derecho a la vida que impide toda posibilidad de aborto vio —obviamente de manera errónea— una posibilidad para que el Tribunal de Justicia protegiera su posición (ibíd., 53).

Por otro lado, algunos autores han manifestado también una cierta preocupación por el hecho de que el texto final del art. 53 no recogiese la referencia que aparecía en las versiones previas relativas a la imposibilidad de interpretar la Carta como norma limitativa de los derechos humanos reconocidos en el CEDH «tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del TEDH» (Fernández Tomás 2008, 120). Puede plantearse, a nuestro entender, la conveniencia o no de una referencia explícita en este sentido. Puede cuestionarse también si fue acertada la eliminación de las Explicaciones del Praesidium de la Segunda Convención la referencia a que «el nivel de protección ofrecido por la Carta no podrá, bajo ningún concepto, ser inferior al garantizado por el CEDH, lo que trae como consecuencia que el régimen de limitaciones establecido en la Carta no puede quedar por debajo del nivel previsto en el CEDH». Mas, dada la taxativa redacción del ya comentado art. 52.3 no hay margen interpretativo para temer ningún posible retroceso del estándar de protección de los dere-

chos («en la medida que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades, *su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio*»). Es más, dada la redacción del citado precepto («Esta disposición no impide que *el Derecho de la Unión conceda una protección más intensa*») lo que sí es evidente es que en todo caso en el ámbito comunitario cabe una protección superior a la que en cada caso brinde el CEDH como umbral mínimo de protección. Nunca una protección menor.

Con todo, a la vista de los debates escuchados en la Convención y de algunos de los análisis doctrinales a que ha dado lugar el art. 53, parece claro que la redacción adoptada ha provocado un alto grado de confusión y deja abiertas algunas cuestiones de relevancia (Liisberg 2001, 38-41), así como complicaciones interpretativas de cierta entidad (Alonso García 2002, 171-181).

Pero en todo caso, se interprete como se interprete la letra del art. 53, la garantía de los derechos fundamentales ha de radicar a la postre, como M. Carrillo concluye en su trabajo sobre esta cuestión, en un necesario *diálogo a tres bandas* entre las tres jurisdicciones constitucionales afectadas, a saber, la de los Estados miembros, la de la Unión Europa y la del TEDH (Carrillo 2006, 196). Con esta disposición se constata a las claras la interacción recíproca multinivel entre los respectivos ordenamientos jurídicos en liza y la ineludible necesidad de cooperación entre ellos. A la vez deja claro el carácter eminentemente dinámico de la interpretación de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión.

Bibliografía

Alonso García, R. «The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *European Law Journal* (2002): pp. 492-514.

— «Las cláusulas horizontales de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea». En E. García de Enterría y R. Alonso García, eds. *La encrucijada constitucional de la Unión Europea.* Madrid: Civitas, 2002, pp. 151-181.

Besselink, L. F. M. «Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union». *Common Market Law Review* (1998): pp. 629-680.

— «The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charta». *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 8 (2001): pp. 68 y ss.

BOGDANDY, A. von. «The European Union as a Human Rights Organizations? – Human Rights and the Core of European Union». *Common Market Law Review* (2000): pp. 1307-1338.

BRAIBANT, G. *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*. París: Editions du Seuil, 2001.

CARRILLO, M. «El diálogo entre Tribunales como condición necesaria para la tutela de los derechos fundamentales». En H. López Bofia, ed. *La constitución europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 177-197.

EVERLING, U. «Durch die Grundrechtecharta zurück zu Solange I?». *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (2003): p. 225.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A. «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia». En Martín y Pérez de Nanclares, coord. *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Madrid: Iustel-AEPDIRI, 2008, pp. 119-149.

— *La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

LENAERTS, K. y E. de SMIJTER. «The Charter and the Role of the European Courts». *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 8 (2001): pp. 90-101.

LIISBERG, J. B. «Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? – Article 53 of the Charter: a Fountain of Law or Just a Inkblot?». *Harvard Jean Monnet Working Paper* 4/2001 (una versión resumida se encuentra en *Common Market Law Review*, 2001, pp. 1171-1199).

LINDNER, J. F. «Grundrechtsschutz in Europa – System einer Kollisionsdogmatik». *Europarecht* (2007): pp. 160-193.

MANGAS MARTÍN, A. *La constitución europea*. Madrid: Iustel, 2005, pp. 218-222.

PASTOR RIDRUEJO, J. A. «La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre derechos humanos y libertades fundamentales». En Martín y Pérez de Nanclares, coord. *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Madrid: Iustel-AEPDIRI, 2008, pp. 151-157.

UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I. *El derecho comunitario y el legislador de los derechos fundamentales – Un estudio de la influencia comunitaria sobre la fundamentalidad de los derechos constitucionales*. Oñate, 2001.

VRANES, E. «The Final Clauses of the Charter of Fundamental Rights- Stumbling Blocas for the First and Second Convention». *European Integration on line Papers* 7 (2003).

WEILER, J. H. H. «Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On the Conflict of Standards and Values in the Protection of Human Rights in the European Legal Space». *The Constitution of Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pp. 102-129.

WIDMANN, A. M. «Article 53: Undermining the Impact of the Charter of Fundamental Rights». *Columbia Journal of European Law*. Vol. 8 (2002): pp. 342-358.

Artículo 54
Prohibición del abuso de derecho

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta.

Preceptos relacionados

– Carta: arts. 51-53.

Antecedentes

– Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 16 y 86.2 del TCE.
– Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: arts. II-114, III-122, III-166, III-167 y III-238.
– Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 54.

COMENTARIO

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

El art. 54, que traduce el adagio «ninguna libertad para los enemigos de la libertad», es un calco del art. 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y se incluye en la Carta de Derechos Fundamentales como una disposición orientada a garantizar su aplicación cuando se invocan sus preceptos por personas que pretenden destruir los derechos protegidos por ella.

La prohibición del abuso del derecho es un principio general de Derecho que se aplica en los derechos internos de numerosos Estados y en el Derecho Internacional y que se caracteriza por la realización de un acto lícito con la finalidad de conseguir un objetivo o resultado ilícito. El concepto de abuso de derecho es más amplio que el de desviación de poder y conlleva la generación de perjuicio para terceros.

En el Derecho Internacional de los derechos humanos, la prohibición del abuso de derecho es una cláusula habitual que aparece en los tratados internacionales aplicables en esta materia, como un mecanismo de salvaguardia frente a la invocación con finalidad destructiva de los derechos fundamentales. Así, el art. 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que nada en ella podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno a Estados, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de los derechos y libertades proclamados en dicha Declaración. Esta disposición se retoma de forma casi literal en el art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996 y en el art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Claramente el objetivo de estas cláusulas era impedir que movimientos totalitarios resultaran beneficiados por la invocación de los derechos humanos protegidos en estos textos internacionales.

1. El abuso de derecho en el CEDH de 1950

El referente que ha servido de inspiración directa al art. 54 ha sido el art. 17 del CEDH, cuyo tenor literal es el siguiente: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo un derecho de cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en el mismo».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha desarrollado una jurisprudencia no muy nutrida, pero de gran interés, con respecto a la aplicación del art. 17 del CEDH, especialmente en asuntos relacionados con la negación del derecho a la libertad de expresión a grupos racistas o a negadores del Holocausto judío a manos de los nazis.

En un primer momento, la Comisión Europea de Derechos Humanos realizó una interpretación muy extensiva del art. 17, según la cual si un individuo o un grupo entraban dentro del ámbito de aplicación de este precepto, perdían la posibilidad de invocar cualquier Derecho del Convenio y su demanda debía ser declarada inadmisible (Comisión Europea de Derechos Humanos, Informe de 2 de julio de 1957, *Partido Comunista Alemán c. RFA*, *Annuaire de la Convention*, vol. 1, p. 225). Sin embargo, el TEDH adoptó una interpretación menos extensiva del art. 17 en el asunto *Lawless* de 1961, referente a la detención de este activista del IRA. En esta sentencia, el TEDH afirma que el art. 17 sólo conlleva la inaplicación a la persona de los derechos cuya invocación le permitiría la destrucción de los derechos y libertades protegidos por el Convenio. En el caso del Partido Comunista Alemán, entendió el Tribunal que se le denegó la invocación de los derechos protegidos por los arts. 9, 10 y 11 del CEDH, porque su reconocimiento le hubiera permitido a este partido actuar con objeto de destruir los derechos amparados por el Convenio. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos de los arts. 5 y 6 del CEDH no permite al señor Lawless con su ejercicio erosionar el Convenio y, por ello, concluyó el TEDH que el art. 17 era inapli-

cable en este caso (TEDH, sentencia de 1 de julio de 1961, *Lawless c. Irlanda*, Serie A, núm. 3, *Annuaire de la Convention*, vol. 4, p. 430).

En el asunto *Jersild,* el TEDH sí aplicó el efecto guillotina del art. 17, que permite sancionar inmediata y definitivamente el abuso de derecho (Cohen-Jonathan 2005, 720). En este caso, las palabras y actitudes racistas de un grupo de ciudadanos daneses hacia los negros, difundidas a través de un programa de televisión, llevaron al Tribunal a negar a este grupo el derecho a la libertad de expresión del art. 10 del CEDH, aunque el instigador del programa televisivo no fue considerado ni culpable ni responsable de esta acción (TEDH, sentencia de 23 de septiembre de 1994, *Jersild c. Dinamarca*, Serie A, núm. 298). La sentencia no cita expresamente el art. 17, pero sí refiere decisiones de la Comisión Europea que lo aplican. Otro caso de aplicación fulminante del art. 17 es el asunto *Lehideux,* en el que el Tribunal reconoce la existencia de hechos incontestables, como el Holocausto, cuya negación o revisión se vería sustraída a la aplicación del art. 10 del CEDH (libertad de expresión) por la aplicación del art. 17. Asimismo, considera que la justificación de una política pro nazi se beneficiaría de la protección del art. 10 (TEDH, sentencia de 23 de septiembre de 1998, Serie A, 1998-VII, p. 26).

En otros casos, el TEDH es menos estricto y aplica el art. 17 como un principio de interpretación para afirmar la necesidad de una restricción a un derecho específico amparado por otra disposición del CEDH. Otras veces, el TEDH realiza esta operación inspirándose indirectamente en el art. 17, pero sin llegar a nombrarlo. En este sentido, cabe mencionar la interesante y controvertida jurisprudencia del TEDH sobre la ilegalización de partidos políticos y su compatibilidad con el art. 11 del CEDH.

En el asunto sobre el Partido de la Prosperidad turco (*Refah Partisi*), el TEDH se vio confrontado a una decisión de la Corte Constitucional de Turquía que declaró la disolución del Refah Partisi, puesto que se había convertido en el centro de actividades contrarias al principio de laicidad y ordenó la transferencia de sus bienes al Tesoro Público. En cuanto al fondo, estimó que los partidos políticos no escapaban a ciertas restricciones, puesto que están sometidos al imperio de Derecho, y el principio de laicidad es una de las condiciones para la democracia. En este sentido, utilizó las declaraciones referentes a la introducción de un sistema jurídico separado

y a la institución de la teocracia (*sharia*), si es necesario mediante la fuerza, incluida la guerra santa (*yihad*). Para la Corte Constitucional, la referencia a la instauración de un sistema multi-jurídico por parte de los miembros del Partido contradecía el sentimiento de pertenencia a una nación con una unidad legislativa y judicial. En definitiva, para la Corte, cuando un partido político realizase actividades para poner fin al orden democrático, la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos autorizarían su disolución.

El TEDH (sentencia de 13 de febrero, *Refah Partisi y otros c. Turquía*) determinó que la disolución de un partido político constituía efectivamente una injerencia en la libertad de asociación. No obstante, de acuerdo con el art. 11.2 del CEDH, afirmó que las injerencias en la libertad de asociación están permitidas siempre y cuando reúnan una serie de condiciones previstas en la misma: dichas restricciones han de estar previstas por la ley, han de responder a un objetivo legítimo, y, finalmente, han de ser necesarias en una sociedad democrática (TEDH, sentencias de 30 de enero de 1998, *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía*, *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-I; de 25 de mayo de 1998, *Partido Socialista c. Turquía*, *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-II). El Tribunal Europeo examinó si las condiciones requeridas se cumplían en el caso de la disolución del Partido Refah y, por lo que respecta a la necesidad de esta injerencia en el marco de una sociedad democrática, estudió previamente las siguientes cuestiones: *a*) si había una evidencia plausible de que cualquier riesgo para la democracia era suficientemente inminente; *b*) si los actos y declaraciones de los líderes del partido y el resto de los miembros eran imputables al partido en su conjunto; y *c*) si los actos y declaraciones imputables al partido proporcionaban el panorama de un modelo de sociedad incompatible con una sociedad democrática. En el marco de este análisis, el Tribunal estimó que cada Estado contratante puede, de acuerdo con las disposiciones del CEDH, tomar posición contra determinados movimientos políticos en función de su experiencia histórica, habiendo optado Turquía por la laicidad. A continuación, se mostró conforme con la Corte Constitucional turca estimando que, dada la importancia del respeto de la laicidad en Turquía para la supervivencia del régimen democrático, el programa del Refah Partisi para establecer la *sharia* era incompatible con los principios fundamentales de la democra-

cia, con principios como el pluralismo político y la evolución constante de las libertades públicas. El TEDH, por tanto, sienta la tesis de que, cuando el pluralismo de las ideas y los partidos, que es inherente a la democracia, está en peligro, el Estado puede impedir la realización o continuación del proyecto político que ha generado ese peligro. Esta tesis es ciertamente interesante, a la par que peligrosa: la democracia y sus principios imperan, de modo que, en aras de su aseguramiento, caben injerencias como la realizada en este supuesto (Quesada Alcalá 2005, 8).

Además, el TEDH consideró que el asunto *Refah Partisi* no excluía el recurso a la fuerza para llevar a cabo su proyecto y mantener el sistema discriminatorio previsto, siendo sus planes incompatibles con el concepto de *sociedad democrática.* Teniendo en cuenta las oportunidades reales de poner dichos planes en práctica que tenía este partido, lo que suponía un peligro inmediato para la democracia, el Tribunal Europeo estimó que la pena impuesta por la Corte Constitucional respondía razonablemente a una necesidad social.

En la sentencia *Refah Partisi* no se menciona el art. 17, pero el razonamiento del TEDH para considerar o no justificada la restricción del derecho de asociación del art. 11 del CEDH se inspira en la idea de abuso de derecho. Lo mismo ocurre con dos asuntos posteriores sobre ilegalización de partidos políticos en Letonia (TEDH, sentencia de 17 de junio de 2004, *Zdanova c. Letonia*, demanda 28278/00) y en Rumanía [TEDH, sentencia de 3 de febrero de 2005, *Partidul Comunistilor* (*Nepeceristi*) *y Ungureanu c. Rumanía*], en los que el TEDH considera injustificadas en el art. 11.2 del CEDH las medidas restrictivas adoptadas por ambos Estados contra partidos comunistas, porque éstos no compartían el ideario democrático pero no habían llevado a cabo actuaciones efectivas que pusieran en peligro los sistemas democráticos de ambos países.

Por último, hay que mencionar el asunto *Garaudy* (TEDH, Decisión de inadmisibilidad de 24 de junio de 2003, *Garaudy c. Francia*), referente a este escritor que había publicado un libro en el que negaba la historicidad de las cámaras de gas y del genocidio judío. El TEDH analiza las afirmaciones vertidas por el señor Garaudy en su obra, destacando que los objetivos del demandante no se limitan a una crítica, sino que tienen un objetivo racista muy marcado, por lo que una gran parte del contenido de la obra así como su tono ge-

neral van en contra de los valores fundamentales del Convenio, recogidos en su Preámbulo: la justicia y la paz. Por ello, consideró que el recurso del demandante al art. 10 de la Convención, dedicado a la libertad de expresión, respecto de los elementos atinentes a la negación de los crímenes contra la humanidad, no es posible, de acuerdo con el art. 17, que recoge el abuso del derecho. El Tribunal estimó, por tanto, que las condenas de los tribunales internos franceses eran compatibles con el Convenio y consideró la demanda como manifiestamente mal fundada.

2. El abuso de derecho en la Unión Europea y la incidencia del art. 54

En el ámbito del Derecho de la Unión, el desarrollo del concepto de abuso del derecho es aún incipiente y, en ningún caso, encontramos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) pronunciamientos en los que el abuso de derecho constituya una barrera contra los enemigos de los derechos humanos que pretenden beneficiarse de ellos como parte de su estrategia para destruirlos. Como en el Derecho de la Unión Europea no ha existido catálogo de derechos fundamentales y un sistema general de protección, el abuso de derecho no ha sido utilizado como en el CEDH. El procedimiento de sanción contra los Estados que cometan violaciones graves de los derechos humanos, previsto en el art. 7 del Tratado de la Unión Europea (TUE), no es catalogable como un supuesto de abuso de derecho.

En la jurisprudencia del TJCE, el abuso de derecho aparece como un principio general destinado a impedir que el titular de un derecho conferido por el ordenamiento comunitario lo ejercite con objeto de obtener con él unos resultados injustificados o ilícitos, eludiendo la aplicación de normas nacionales.

El TJCE ha establecido una jurisprudencia reiterada según la cual un Estado miembro está facultado para adoptar medidas destinadas a impedir que, aprovechando las posibilidades creadas por el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), los interesados invoquen el Derecho Comunitario de forma abusiva o fraudulenta para evitar la aplicación de su legislación nacional (TJCE, sentencia de 9 de

marzo de 1999, *Centros*, C-212/97, Rec., p. I-1459, apartado 24; en el ámbito de la libre prestación de servicios, las sentencias de 3 de diciembre de 1974, *Van Binsbergen*, 33/74, Rec., p. 1299, apartado 13; de 3 de febrero de 1993, *Veronica Omroep Organisatie*, C-148/91, Rec., p. I-487, apartado 12, y de 5 de octubre de 1994, *TV10*, C-23/93, Rec., p. I-4795, apartado 21; en materia de libertad de establecimiento, sentencias de 7 de febrero de 1979, *Knoors*, 115/78, Rec., p. 399, apartado 25, y de 3 de octubre de 1990, *Bouchoucha*, C-61/89, Rec., p. I-3551, apartado 14; en materia de libre circulación de mercancías, la sentencia de 10 de enero de 1985, *Leclerc y otros*, 299/83, Rec., p. 1, apartado 27; en materia de Seguridad Social, la sentencia de 2 de mayo de 1996, *Paletta*, C-206/94, Rec., p. I-2357, apartado 24; en materia de libre circulación de trabajadores, la sentencia de 21 de junio de 1988, *Lair*, 39/86, Rec., p. 3161, apartado 43; en materia de Política Agrícola Común, la sentencia de 3 de marzo de 1993, *General Milk Products,* C-8/92, Rec., p. I-779, apartado 21; en materia de derecho de sociedades, sentencia de 12 de mayo de 1998, *Kefalas y otros*, C-367/96, Rec., p. I-2843, apartado 20).

La aplicación del principio de abuso de derecho sólo puede producirse en circunstancias excepcionales en el Derecho Comunitario, por el sistema de relaciones entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos de los Estados miembros, tal como lo ha perfilado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde hace décadas. La inaplicación de una norma nacional tras invocar un derecho reconocido por el ordenamiento comunitario es la consecuencia normal del principio de supremacía del Derecho Comunitario (conclusiones del abogado general Tizzano en el asunto en que recayó la sentencia de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02, Rec., p. I-9925, punto 112). Para que pueda aplicarse el abuso de derecho todavía debe resultar de una serie de circunstancias objetivas que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa comunitaria, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa (TJCE, sentencia de 14 de diciembre de 2000, *Emsland-Stärke*, C-110/99, Rec., p. I-11569, apartado 52; *Centros*, antes citada, apartado 25, y de 21 de noviembre de 2002, *X e Y*, C-436/00, Rec., p. I-10829, apartado 42). Es decir, es preciso determinar si el interesado, al invocar la norma comunitaria que atribuye el derecho controvertido, traiciona su espíritu y su alcance.

En el asunto *Zhu y Chen*, por ejemplo, el TJCE no apreció abuso de derecho en el hecho de que la señora Chen, residente en el Reino Unido, se desplazara a Irlanda del Norte para que su hija naciera allí y adquiriese la nacionalidad de otro Estado miembro, realizando el desplazamiento en ejercicio de la libre circulación de trabajadores que garantiza el TCE. Por el contrario, el Tribunal sí apreció abuso de derecho en el hecho de que un agricultor percibiera restituciones a la exportación no diferenciadas por la exportación de productos a base de fécula de patata y de almidón de maíz a Suiza durante los meses de abril a junio de 1987 y los reintrodujera en la Comunidad, inmediatamente después de su despacho al consumo en dicho país tercero, en el marco del régimen de tránsito comunitario externo, habiéndolos despachado al consumo sin que se hubiera acreditado un incumplimiento de las disposiciones normativas, previa percepción de los derechos e impuestos a la importación. Esta operación fue considerada por el Tribunal una práctica abusiva por parte de dicho exportador comunitario (TJCE, sentencia de 14 de diciembre de 2000, *Emsland-Stärke*, C-110/99, Rec., p. I-11569, apartado 59).

En algunos importantes asuntos sobre distintas cuestiones de aplicación de normas fiscales comunitarias, el TJCE ha aplicado, también, este principio de abuso de derecho, refiriéndose al «principio general del Derecho comunitario según el cual el abuso de derecho está prohibido». Los justiciables no pueden invocar las normas del Derecho Comunitario de manera abusiva o fraudulenta. La aplicación de estas normas no puede extenderse hasta llegar a cubrir prácticas abusivas, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en el Derecho Comunitario (TJCE, sentencias de 21 de febrero de 2006, *Halifax y otros*, C-255/02, Rec., p. I-1609, apartados 68 y 69; de 6 de abril de 2006, *Agip Petroli*, C-456/04, Rec., p. I-3395, apartados 19 y 20, y de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, Rec., p. I-7995, apartado 35; y de 5 de julio de 2007, *Kofoed*, C-321/05, apartado 38).

La introducción del art. 54 viene a reforzar la aplicación de este principio general del abuso del derecho que utiliza el TJCE, pero su importancia no reside en esto. En efecto, con el art. 54 de la Carta

de Derechos Fundamentales la Unión Europea se dota de un instrumento para evitar que los derechos enunciados en ella sean invocados por quienes sólo pretenden destruirlos. Se trata, por consiguiente, de una utilización de la noción de abuso del derecho que resulta novedosa en el Derecho de la Unión Europea.

Bibliografía

Braibant, G. *La Charte des droit fondamentaux de l'Union européenne*. París: Pédone, 2000.

Cohen-Jonathan, G. «Article II-114». En L. Bourgorgue-Larsen, A. Levade y F. Picod, dirs. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II: La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2005, pp. 715-723.

Lucarelli, A. «Art. 54». En R. Bifurco, M. Cartabia y A. Celotto. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali del'Unione Europea*. Bolonia: Cedam, 2002, pp. 451-459.

Quesada Alcalá, C. «La "ilegal" ilegalización del partido comunista en Rumanía antes del ejercicio de sus funciones. Comentario a la sentencia del TEDH, Partidul Comunistilor (Nepeceristi) y Ungureanu c. Roumanie, de 3 de febrero de 2005». *Revista General de Derecho Europeo* 5 (2005).

— «Condena de un escritor por negación de crímenes contra la humanidad. Asunto Garaudy c. Francia. Decisión de inadmisibilidad del TEDH de 24 de junio de 2003». *Revista General de Derecho Europeo* 2 (2003).

— «La prohibición de un partido político turco. Sentencia del TEDH, Refah Partisi (The Welfare Party) y otros c. Turquía, de 13 de febrero de 2002», *Revista General de Derecho Europeo* 1 (2003).

Simon, D. y A. Rigaux. «La technique de la consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit». *Mélanges Guy Isaac*. Toulouse: Presses de l'Université de Sciences Sociales, 2004, p. 559.

Spielmann, D. «Article 54». *Commentary of the Charter of Fundamentals Rights of the European Union*. Bruselas: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, junio 2006, pp. 412-416.

Triantafyllou, D. «L'interdiction de l'abus de droit en tant que principe général de droit communautaire». *Cahiers de Droit Européen* 5-6 (2002): p. 611.

ANEXO DOCUMENTAL

EXPLICACIONES SOBRE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

(*DO* C 303, DE 14 de diciembre de 2007)

Título 1
Dignidad

Explicación relativa al art. 1
Dignidad humana

La dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagra la dignidad humana en su Preámbulo: «… Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana». En su sentencia de 9 de octubre de 2001 en el asunto C-377/98, *Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo,* Rec., 2001, p. I-7079, apartados 70-77, el Tribunal de Justicia confirmó que el derecho fundamental a la dignidad humana forma parte del Derecho de la Unión.

Se deduce de ello, en particular, que ninguno de los derechos inscritos en la presente Carta podrá utilizarse para atentar contra la dignidad de otras personas y que la dignidad de la persona humana forma parte de la esencia de los derechos inscritos en la presente Carta. Por lo tanto, no podrá atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho.

Explicación relativa al art. 2
Derecho a la vida

1. El apartado 1 de este artículo se basa en la primera frase del apartado 1 del art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que dice lo siguiente:

«1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley…»

2. La segunda frase de esta disposición, que se refiere a la pena de muerte, quedó sin objeto a raíz de la entrada en vigor del Protocolo número 6 del CEDH, cuyo art. 1 dice lo siguiente:

«Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado.»

Esta disposición constituye la base del apartado 2 del art. 2 de la Carta.

3. Las disposiciones del art. 2 de la Carta corresponden a las de los artículos mencionados anteriormente del CEDH y del Protocolo adicional. Tienen el mismo sentido y el mismo alcance, de acuerdo con el apartado 3 del art. 52 de la Carta. Así, debe considerarse que las definiciones *negativas* que figuran en el CEDH también figuran en la Carta:

a) Apartado 2 del art. 2 del CEDH:

«La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;

b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;

c) para reprimir, de acuerdo con la Ley, una revuelta o insurrección.»

b) Art. 2 del Protocolo núm. 6 del CEDH:

«Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma…»

Explicación relativa al art. 3
Derecho a la integridad de la persona

1. En su sentencia del 9 de octubre de 2001 en el asunto C-377/98, *Países Bajos c. Parlamento Europeo y Consejo,* Rec., 2001, p. I-7079, apartados 70, 78-80, el Tribunal de Justicia confirmó que el derecho fundamental a la integridad de la persona forma parte del Derecho de la Unión y comprende, en el ámbito de la medicina y de la biología, el consentimiento prestado libremente y con conocimiento de causa por el donante y el receptor.

2. Los principios que contiene el art. 3 de la Carta figuran ya en el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, adoptado en el marco del Consejo de Europa (STE 164 y Protocolo adicional STE 168). La presente Carta no pretende apartarse de dichos principios y, en consecuencia, prohíbe únicamente la clonación reproductiva. Ni autoriza ni prohíbe las demás formas de clonación. Por lo tanto, no impide al legislador prohibir otras formas de clonación.

3. La referencia a las prácticas eugenésicas, en particular a las destinadas a la selección de las personas, se refiere a aquellos casos en que se hubieran organizado y aplicado programas de selección, que incluyesen, por ejemplo, campañas de esterilización, embarazos forzados, matrimonios obligatorios según criterios étnicos, etc., actos todos ellos que se consideran crímenes internacionales con arreglo al Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 [v. letra g) del apartado 1 del art. 7 de dicho Estatuto].

Explicación relativa al art. 4
Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes

El derecho enunciado en el art. 4 corresponde al garantizado en el art. 3 del CEDH, de idéntico tenor: «Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». En virtud del apartado 3 del art. 52 de la Carta, tiene pues el mismo sentido y alcance que este último artículo.

Explicación relativa al art. 5
Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado

1. El derecho inscrito en los apartados 1 y 2 del art. 5 corresponde a los apartados 1 y 2 del art. 4 del CEDH, de análogo tenor. Tiene por lo tanto el mismo sentido y alcance que este último artículo, con arreglo al apartado 3 del art. 52 de la Carta. Como consecuencia de ello:

— el derecho previsto en el apartado 1 no puede estar sometido de forma legítima a ningún tipo de restricción;
— las nociones de *trabajo forzado u obligatorio* del apartado 2 deben entenderse teniendo en cuenta las definiciones *negativas* que contiene el apartado 3 del art. 4 del CEDH:

«No se considera como "trabajo forzado u obligatorio" en el sentido del presente artículo:

a) todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional;

b) todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio;

c) todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad;

d) todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.»

2. El apartado 3 se deriva directamente de la dignidad de la persona humana y tiene en cuenta las recientes tendencias en el ámbito de la delincuencia organizada tales como la organización de redes lucrativas de inmigración clandestina o de explotación sexual. En el anexo del Convenio Europol figura la definición siguiente referida a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual: «Trata de seres humanos: El acto de someter a una persona al poder

real e ilegal de otras personas mediante la violencia o mediante amenazas o abusando de una relación de autoridad o mediante engaño, en particular con vistas a la explotación de la prostitución ajena, a formas de explotación y de violencias sexuales respecto de menores de edad o al comercio ligado al abandono de niños». En el Capítulo VI del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, integrado en el acervo de la Unión, en el que participan el Reino Unido e Irlanda, figura en el apartado 1 del art. 27 la formulación siguiente referida a las redes de inmigración ilegal: «Las Partes contratantes se comprometen a establecer sanciones adecuadas contra cualquier persona que, con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o a permanecer en el territorio de una Parte contratante quebrantando la legislación de dicha Parte contratante sobre entrada y estancia de extranjeros». El 19 de julio de 2002, el Consejo adoptó una Decisión marco relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (*DO* L 203, de 1 de agosto de 2002, p. 1), y en el art. 1 de dicha Decisión marco se establecen específicamente las infracciones relacionadas con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual, cuya punibilidad deben garantizar los Estados miembros en aplicación de dicha Decisión marco.

Título II
Libertades

Explicación relativa al art. 6
Derecho a la libertad y a la seguridad

Los derechos establecidos en el art. 6 corresponden a los garantizados en el art. 5 del CEDH, y tienen, con arreglo al apartado 3 del art. 52 de la Carta, el mismo sentido y alcance. Como consecuencia de ello, las limitaciones que puedan legítimamente establecerse no podrán sobrepasar las permitidas por el CEDH en la propia redacción del art. 5:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:

a) si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;

b) 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;

c) 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 huya después de haberla cometido;

d) 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;

e) 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;

f) 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.

2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el apartado 1, letra c), del presente art. deberá ser conducida sin dilación a 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. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un organismo judicial, a 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.

5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.»

Los derechos inscritos en el art. 6 deberán respetarse especialmente cuando el Parlamento Europeo y el Consejo adopten actos legislativos en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, en virtud de los arts. 82, 83 y 85 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en particular para la definición de disposiciones comunes mínimas en lo relativo a la calificación de las infracciones y de las penas y determinados aspectos de Derecho procesal.

Explicación relativa al art. 7
Respeto de la vida privada y familiar

Los derechos garantizados en el art. 7 corresponden a los que garantiza el art. 8 del CEDH. A fin de tener en cuenta la evolución técnica, se ha sustituido la palabra *correspondencia* por *comunicaciones*.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 52, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que en el artículo correspondiente del CEDH. Como consecuencia de ello, las limitaciones de que puede ser objeto legítimamente son las mismas que las toleradas en el marco del referido art. 8:

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

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

Explicación relativa al art. 8
Protección de datos de carácter personal

Este artículo se ha basado en el art. 286 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (*DO* L 281, de 23 de noviembre de 1995, p. 31), así como en el art. 8 del CEDH y 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, ratificado por todos los Estados miembros. El art. 286 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) ha sido sustituido por el art. 16 del TFUE y el art. 39 del Tratado de la Unión Europea (TUE). Conviene señalar asimismo el Reglamento (CE) núme-

ro 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a 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 (*DO* L 8, de 12 de enero de 2001, p. 1). La Directiva y el Reglamento mencionados establecen condiciones y límites para el ejercicio del derecho a la protección de los datos de carácter personal.

Explicación relativa al art. 9
Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia

Este artículo está basado en el art. 12 del CEDH que dispone: «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». 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. Este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo. Este derecho es por lo tanto similar al previsto por el CEDH, pero su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca.

Explicación relativa al art. 10
Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión

El derecho garantizado en el apartado 1 corresponde al derecho garantizado en el art. 9 del CEDH y, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 52 de la Carta, tiene el mismo sentido y alcance. Por lo tanto, las limitaciones deben respetar el apartado 2 de dicho art. 9, redactado como sigue: «La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen 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».

El derecho garantizado en el apartado 2 corresponde a las tradiciones constitucionales nacionales y a la evolución de las legislaciones nacionales en esta materia.

Explicación relativa al art. 11
Libertad de expresión y de información

1. El art. 11 corresponde al art. 10 del CEDH, que dice lo siguiente:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. 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.»

En virtud del apartado 3 del art. 52 de la Carta, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el garantizado por el CEDH y las limitaciones de que puede ser objeto este derecho no pueden por lo tanto sobrepasar las establecidas en el apartado 2 de su art. 10, sin perjuicio de las restricciones que puede imponer el Derecho de la Competencia de la Unión a la potestad de los Estados miembros de establecer los regímenes de autorización mencionados en la tercera frase del apartado 1 del art. 10 del CEDH.

2. El apartado 2 del presente artículo precisa las consecuencias del apartado 1 con respecto a la libertad de los medios de comunicación. Se basa en particular en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la televisión, especialmente en el asunto C-288/89

(sentencia de 25 de julio de 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros,* Rec., 1991, p. I-4007) y en el Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros, anejo al TCE y ahora a los tratados, así como en la Directiva 89/552/CEE del Consejo (v. en particular su considerando núm. 17).

Explicación relativa al art. 12
Libertad de reunión y de asociación

1. Las disposiciones del apartado 1 de este artículo corresponden a lo dispuesto en el art. 11 del CEDH, que dice lo siguiente:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. 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 presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.»

Las disposiciones del apartado 1 del presente art. 12 tienen el mismo sentido y alcance que las del CEDH, pero su ámbito de aplicación es más amplio dado que pueden aplicarse a todos los niveles, incluido el europeo. Conforme al apartado 3 del art. 52 de la Carta, las limitaciones a este derecho no pueden sobrepasar las que el apartado 2 del art. 11 del CEDH considera que pueden ser legítimas.

2. Este derecho se basa también en el art. 11 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

3. El apartado 2 del presente artículo corresponde al apartado 4 del art. 10 del TUE.

Explicación relativa al art. 13
Libertad de las artes y de las ciencias

Este derecho se infiere en primer lugar de las libertades de pensamiento y expresión. Se ejercita en el respeto del art. 1 y puede estar sometido a las limitaciones autorizadas por el art. 10 del CEDH.

Explicación relativa al art. 14
Derecho a la educación

1. Este artículo se inspira tanto en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como en el art. 2 del Protocolo Adicional al CEDH, que dice lo siguiente:

«A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.»

Se ha considerado conveniente ampliar este artículo al acceso a la formación profesional y permanente (v. punto 15 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y art. 10 de la Carta Social), así como añadir el principio de gratuidad de la enseñanza obligatoria. Tal y como está formulado, este último principio únicamente implica que, para la enseñanza obligatoria, todos los niños tengan la posibilidad de acceder a un centro que practique la gratuidad. No impone 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. Tampoco prohíbe que determinadas formas específicas de enseñanza puedan ser de pago, si el Estado adopta las medidas necesarias destinadas a conceder una compensación financiera. En la medida en que la Carta se aplica a la Unión, esto significa que, en el marco de sus políticas de formación, la Unión debe respetar la gratuidad de la enseñanza obligatoria, pero sin que, naturalmente, ello cree nuevas competencias. Por lo que se refiere al derecho de los padres, deberá interpretarse en relación con las disposiciones del art. 24.

2. La libertad de creación de centros docentes públicos o privados se garantiza como uno de los aspectos de la libertad de empresa, pero está limitada por el respeto de los principios democráticos y se ejerce con arreglo a las modalidades definidas por las legislaciones nacionales.

Explicación relativa al art. 15
Libertad profesional y derecho a trabajar

La libertad profesional, consagrada en el apartado 1 del art. 15, se halla reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (v., entre otras, las sentencias de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, *Nold,* Rec., 1974, p. 491, apartados 12 a 14; de 13 de diciembre de 1979, asunto 44/79, *Hauer,* Rec., 1979, p. 3727; de 8 de octubre de 1986, asunto 234/85, *Keller,* Rec., 1986, p. 2897, apartado 8).

Este apartado se inspira asimismo en el apartado 2 del art. 1 de la Carta Social Europea, firmada el 18 de octubre de 1961 y ratificada por todos los Estados miembros, así como en el punto 4 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 9 de diciembre de 1989. La expresión *condiciones laborales* se entenderá en el sentido del art. 156 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.

El apartado 2 incorpora las tres libertades garantizadas por los arts. 26 y 45, 49 y 56 del TFUE, es decir: la libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

El apartado 3 está basado en la letra g) del apartado 1 del art. 153 del TFUE, así como 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. Es por lo tanto aplicable el apartado 2 del art. 52 de la Carta. La cuestión de la contratación de marinos con nacionalidad de terceros Estados en las tripulaciones de buques con pabellón de un Estado miembro de la Unión quedará regulada por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales.

Explicación relativa al art. 16
Libertad de empresa

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 (v. las sentencias de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, *Nold,* Rec., 1974, p. 491, apartado 14; y de 27 de septiembre de 1979, asunto 230/78, *SpA Eridania y otros,* Rec., 1979, p. 2749, apartados 20 y 31) y la libertad contractual (v., entre otras, las sentencias *Sukkerfabriken Nykoebing,* asunto 151/78, Rec., 1979, p. 1, apartado 19; y la de 5 de octubre de 1999, *España c. Comisión,* C-240/97, Rec., 1999, p. I-6571, apartado 99), así como en los apartados 1 y 3 del art. 119 del TFUE, que reconoce la libre competencia. Este derecho se ejercerá, naturalmente, dentro del respeto del Derecho de la Unión y de las legislaciones nacionales. Podrá someterse a las limitaciones previstas en el apartado 1 del art. 52 de la Carta.

Explicación relativa al art. 17
Derecho a la propiedad

Este artículo corresponde al art. 1 del Protocolo Adicional al CEDH, que dice lo siguiente:

«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.»

Se trata de un derecho fundamental común a todas las constituciones nacionales. Ha quedado consagrado en numerosas ocasiones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, por vez primera, en la sentencia *Hauer* (de 13 de diciembre de 1979, Rec., 1979, p. 3727). La redacción se ha modernizado, si bien conforme al apartado 3 del

art. 52, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el garantizado en el CEDH, no pudiendo sobrepasarse las limitaciones previstas en este último.

Se hace una referencia explícita en el apartado 2 a la protección de la propiedad intelectual, que es uno de los aspectos del derecho de propiedad, debido a su creciente importancia y al Derecho Comunitario derivado. La propiedad intelectual abarca, además de la propiedad literaria y artística, en especial el derecho de patentes y marcas y los derechos conexos. Las garantías establecidas en el apartado 1 se aplican de manera adecuada a la propiedad intelectual.

Explicación relativa al art. 18
Derecho de asilo

El texto de este artículo se ha basado en el art. 63 del TCE, sustituido ahora por el art. 78 del TFUE, que impone a la Unión el respeto de la Convención de Ginebra sobre los refugiados. Conviene remitirse a las disposiciones de los protocolos relativos al Reino Unido y a Irlanda, anejos a los tratados, así como a Dinamarca, para determinar en qué medida estos Estados miembros aplican el Derecho de la Unión en la materia y en qué medida este artículo les es aplicable. Este artículo respeta el Protocolo sobre el asilo anejo a los tratados.

Explicación relativa al art. 19
Protección en caso de devolución, expulsión y extradición

El apartado 1 de este artículo tiene el mismo significado y alcance que el art. 4 del Protocolo 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 (v. también el art. 13 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).

El apartado 2 incorpora la jurisprudencia pertinente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al art. 3 del CEDH (v. la sentencia de 17 de diciembre de 1996, *Ahmed c. Austria,* Rec., 1996, VI-2206, y la sentencia *Soering,* de 7 de julio de 1989).

Título III
Igualdad

Explicación relativa al art. 20
Igualdad ante la ley

Este artículo corresponde a un principio general de Derecho que figura inscrito en todas las constituciones europeas y que el Tribunal de Justicia consideró un principio fundamental del Derecho Comunitario (sentencia de 13 de noviembre de 1984, *Racke,* asunto 283/83, Rec., 1984, p. 3791; sentencia de 17 de abril de 1997, asunto C-15/95, *EARL,* Rec., 1997, p. I-1961, y sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, *Karlsson,* Rec., 2000, p. 2737).

Explicación relativa al art. 21
No discriminación

El apartado 1 se inspira en el art. 13 del TCE, sustituido ahora por el art. 19 del TFUE, en el art. 14 del CEDH y en el art. 11 del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, referente al patrimonio genético. En la medida en que coincide con el art. 14 del CEDH, se aplica de acuerdo con éste.

No existe contradicción ni incompatibilidad entre el apartado 1 y el art. 19 del TFUE, que tiene objetivos y alcances diferentes: el art. 19 confiere competencias a la Unión para adoptar actos legislativos, incluida la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, con el fin de combatir determinadas

formas de discriminación que se especifican de forma exhaustiva en el citado artículo. Dicha legislación podría cubrir la acción de las autoridades de los Estados miembros (así como las relaciones entre los particulares) en cualquier ámbito dentro de los límites de las competencias de la Unión. Las disposiciones del apartado 1 del art. 21 no confieren, sin embargo, competencias para adoptar leyes con el fin de combatir formas de discriminación en ámbitos de acción de los Estados miembros o en la esfera privada, ni constituyen una prohibición generalizada de la discriminación en dichos ámbitos. Se refieren solamente a las discriminaciones por parte de las instituciones y órganos de la Unión en el ejercicio de las competencias que les confieren los tratados, y por parte de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión solamente. Por consiguiente, el apartado 1 no modifica el alcance de las competencias conferidas por el art. 19 ni la interpretación de dicho artículo.

El apartado 2 corresponde al párrafo primero del art. 18 del TFUE y debe aplicarse de acuerdo con este último.

Explicación relativa al art. 22
Diversidad cultural, religiosa y lingüística

Este artículo se ha basado en el art. 6 del TUE y en los apartados 1 y 4 del art. 151 del TCE, sustituidos ahora por los apartados 1 y 4 del art. 167 del TFUE, relativos a la cultura. Además, el respeto de la diversidad cultural y lingüística figura ahora también en el apartado 3 del art. 3 del TUE. El artículo se inspira asimismo en la declaración número 11 del Acta final del Tratado de Amsterdam sobre el estatuto de las Iglesias y de las organizaciones no confesionales, que se recoge ahora en el art. 17 del TFUE.

Explicación relativa al art. 23
Igualdad entre mujeres y hombres

El párrafo primero de este artículo se ha basado en el art. 2 y en el apartado 2 del art. 3 del TCE, que han sido sustituidos por el art. 3 del TUE y el art. 8 del TFUE, que imponen como objetivo a la

Unión promover la igualdad entre el hombre y la mujer en la Unión, y en el apartado 1 del art. 157 del TFUE. Se inspira en el art. 20 de la Carta Social Europea revisada, de 3 de mayo de 1996, y en el punto 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

Se basa, asimismo, en el apartado 3 del art. 157 del TFUE y en el apartado 4 del art. 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

El párrafo segundo recoge en una fórmula más breve el apartado 4 del art. 157 del TFUE, conforme al cual el principio de igualdad de trato no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de una actividad profesional o a prevenir o compensar desventajas en sus carreras profesionales. De conformidad con el apartado 2 del art. 52, el párrafo segundo no modifica el apartado 4 del art. 157.

Explicación relativa al art. 24
Derechos del niño

Este artículo está basado en la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, firmada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por todos los Estados miembros, y, en particular, en sus arts. 3, 9, 12 y 13.

En el apartado 3 se toma en consideración el hecho de que, como parte del establecimiento de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, la legislación de la Unión en asuntos civiles con repercusiones transfronterizas, para la cual el art. 81 del TFUE confiere competencias, puede incluir en particular el derecho de visita que garantiza a los niños poder mantener de forma periódica contacto personal y directo con su padre y con su madre.

Explicación relativa al art. 25
Derechos de las personas mayores

Este artículo se inspira en el art. 23 de la Carta Social Europea revisada y en los puntos 24 y 25 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. La participación en la vida social y cultural incluye por supuesto la participación en la vida política.

Explicación relativa al art. 26
Integración de las personas discapacitadas

El principio incluido en este artículo se basa en el art. 15 de la Carta Social Europea y se inspira igualmente en el punto 26 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

Título IV
Solidaridad

Explicación relativa al art. 27
Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa

Este artículo figura en la Carta Social Europea revisada (art. 21) y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (puntos 17 y 18). Se aplica en las condiciones previstas por el Derecho de la Unión y por los derechos nacionales. La referencia a los niveles adecuados remite a los niveles previstos por el Derecho de la Unión o por el Derecho o las prácticas nacionales, lo que puede incluir el nivel europeo cuando la legislación de la Unión lo prevea. El acervo de la Unión en este ámbito es importante: arts. 154 y 155 del TFUE y Directivas 2002/14/CE (marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores), 98/59/CE (despidos colectivos), 2001/23/CE (traspasos de empresas) y 94/45/CE (comités de empresa europeos).

Explicación relativa al art. 28
Derecho de negociación y de acción colectiva

Este artículo se basa en el art. 6 de la Carta Social Europea, así como en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (puntos 12-14). El TEDH reconoció el derecho a la acción colectiva como uno de los elementos del

derecho de sindicación establecido en el art. 11 del CEDH. En lo referente a los niveles adecuados en los que puede tener lugar la negociación colectiva, véanse las explicaciones dadas en relación con el artículo anterior. Las modalidades y límites en el ejercicio de acciones colectivas, incluida la huelga, entran dentro del ámbito de las legislaciones y prácticas nacionales, incluida la cuestión de si pueden llevarse a cabo de forma paralela en varios Estados miembros.

Explicación relativa al art. 29
Derecho de acceso a los servicios de colocación

Este artículo se basa en el apartado 3 del art. 1 de la Carta Social Europea, así como en el punto 13 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

Explicación relativa al art. 30
Protección en caso de despido injustificado

Este artículo se inspira en el art. 24 de la Carta Social Europea revisada. Véanse también las Directivas 2001/23/CE sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas y 80/987/CEE sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia, modificada por la Directiva 2002/74/CE.

Explicación relativa al art. 31
Condiciones de trabajo justas y equitativas

1. El apartado 1 de este artículo se basa en la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Se inspira igualmente en el art. 3 de la Carta Social Europea y en el punto 19 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, así como, en lo que se refiere al derecho a la dignidad en el trabajo, en el art. 26 de la Carta Social Eu-

ropea revisada. La expresión *condiciones laborales* debe entenderse según el sentido del art. 156 del TFUE.

2. El apartado 2 se basa en la Directiva 93/104/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, así como en el art. 2 de la Carta Social Europea y en el punto 8 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

Explicación relativa al art. 32
Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo

Este artículo se basa en la Directiva 94/33/CE, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, así como en el art. 7 de la Carta Social Europea y en los puntos 20-23 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

Explicación relativa al art. 33
Vida familiar y vida profesional

El apartado 1 del art. 33 se basa en el art. 16 de la Carta Social Europea.

El apartado 2 se inspira en la Directiva 92/85/CEE del Consejo relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y en la Directiva 96/34/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el Centro Europeo de la Empresa Pública y la Confederación Europea de Sindicatos. Se basa, asimismo, en el art. 8 (protección de la maternidad) de la Carta Social Europea y se inspira en el art. 27 (derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato) de la Carta Social revisada. El término *maternidad* abarca el período desde la concepción a la lactancia.

Explicación relativa al art. 34
Seguridad social y ayuda social

El principio enunciado en el apartado 1 del art. 34 se basa en los arts. 153 y 156 del TFUE, así como en el art. 12 de la Carta Social Europea y en el punto 10 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. La Unión debe respetarlo en el ejercicio de las competencias que le confieren los arts. 153 y 156 del TFUE. La referencia a servicios sociales se refiere a los casos en que dichos servicios se han establecido para garantizar determinadas prestaciones, pero de ninguna manera implica que dichos servicios deban ser creados cuando no existen. La expresión *maternidad* debe entenderse en el mismo sentido que en el artículo precedente.

El apartado 2 se basa en el apartado 4 del art. 12 y en el apartado 4 del art. 13 de la Carta Social Europea y en el punto 2 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y refleja las normas dimanantes del Reglamento (CEE) número 1408/71 y del Reglamento (CEE) número 1612/68.

El apartado 3 se inspira en el art. 13 de la Carta Social Europea y en los arts. 30 y 31 de la Carta Social revisada, así como en el punto 10 de la Carta Comunitaria. La Unión debe respetar tal derecho en el marco de las políticas basadas en el art. 153 del TFUE.

Explicación relativa al art. 35
Protección de la salud

Los principios incluidos en este artículo se basan en el art. 152 del TCE, que ha sido sustituido por el art. 168 del TFUE, así como en los arts. 11 y 13 de la Carta Social Europea. La segunda frase del artículo reproduce el apartado 1 del art. 168.

Explicación relativa al art. 36
Acceso a los servicios de interés económico general

Este artículo se atiene plenamente al art. 14 del TFUE y no crea nuevos derechos. Sienta solamente el principio del respeto por parte de la Unión del acceso a los servicios de interés económico general tal como lo prevén las disposiciones nacionales, siempre y cuando éstas sean compatibles con el Derecho de la Unión.

Explicación relativa al art. 37
Protección del medio ambiente

El principio contemplado en este artículo se ha basado en los arts. 2, 6 y 174 del TCE, sustituidos ahora por el apartado 3 del art. 3 del TUE y los arts. 11 y 191 del TFUE.

Se inspira igualmente en las disposiciones de determinadas constituciones nacionales.

Explicación relativa al art. 38
Protección de los consumidores

El principio contemplado en este artículo se ha basado en el art. 169 del TFUE.

Título V
Ciudadanía

Explicación relativa al art. 39
Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo

El art. 39 se aplica en las condiciones establecidas en los tratados, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 52 de la Carta. En efecto, el apartado 1 del art. 39 corresponde al derecho garantizado en el apartado 2 del art. 20 del TFUE (v. asimismo la base jurídica contemplada en el art. 22 para la adopción de las modalidades de ejercicio de este derecho) y el apartado 2 del art. 39 corresponde al apartado 3 del art. 14 del TUE. El apartado 2 del art. 39 enuncia los principios básicos del régimen electoral de un sistema democrático.

Explicación relativa al art. 40
Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales

Este artículo corresponde al derecho garantizado en el apartado 2 del art. 20 del TFUE (v. asimismo la base jurídica en el art. 22 del TFUE para la adopción de las modalidades de ejercicio de este derecho). De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 52, se aplicará en las condiciones establecidas en dichos artículos de los tratados.

Explicación relativa al art. 41
Derecho a una buena administración

El art. 41 se basa en la existencia de la Unión como una comunidad de derecho, cuyas características ha desarrollado la jurisprudencia, que consagró, entre otras cosas, la buena administración como un principio general de Derecho (v., entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1992, C-255/90 P, *Burban,* Rec., 1992, p. I-2253; así como las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1995, T-167/94, *Nölle,* Rec., 1995, p. II-2589; de 9 de julio de 1999, T-231/97, *New Europe Consulting y otros,* Rec., 1999. p. II-2403). Las manifestaciones de este derecho enunciadas en los dos primeros apartados se derivan de la jurisprudencia (sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 1987, asunto 222/86, *Heylens,* Rec., 1987, p. 4097, apartado 15; de 18 de octubre de 1989, asunto 374/87, *Orkem,* Rec., 1989, p. 3283; de 21 de noviembre de 1991, C-269/90, *TU München,* Rec., 1991, p. I-5469, y sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 6 de diciembre de 1994, T-450/93, *Lisrestal*, Rec., 1994, p. II-1177; de 18 de septiembre de 1995, T-167/94, *Nölle,* Rec., 1995, p. II-2589) y, con respecto a la obligación de motivar, del art. 296 del TFUE (v. asimismo la base jurídica en el art. 298 del TFUE para la adopción de actos legislativos en aras de una administración europea abierta, eficaz e independiente).

El apartado 3 reproduce el derecho garantizado ahora en el art. 340 del TFUE. El apartado 4 reproduce el derecho garantizado ahora en la letra d) del apartado 2 del art. 20 y en el art. 25 del TFUE. De acuerdo con el apartado 2 del art. 52 de la Carta, estos derechos se aplicarán en las condiciones y dentro de los límites establecidos en los tratados.

El derecho a la tutela judicial efectiva que constituye un aspecto importante de esta cuestión está garantizado en el art. 47 de la presente Carta.

Explicación relativa al art. 42
Derecho de acceso a los documentos

El derecho garantizado en este artículo ha sido tomado del art. 255 del TCE, sobre la base del cual se adoptó posteriormente el Reglamento número 1049/2001. La Convención Europea ha ampliado este derecho a los documentos de las instituciones, organismos y agencias en general, independientemente de la forma que tengan (v. el apartado 3 del art. 15 del TFUE). De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 52 de la Carta, el derecho de acceso a los documentos se ejercerá en las condiciones y dentro de los límites establecidos en el apartado 3 del art. 15 del TFUE.

Explicación relativa al art. 43
El Defensor del Pueblo Europeo

El derecho garantizado en este artículo es el que garantizan los arts. 20 y 228 del TFUE. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 52, se aplicará en las condiciones determinadas por ambos artículos.

Explicación relativa al art. 44
Derecho de petición

El derecho garantizado en este artículo es el que garantizan los arts. 20 y 227 del TFUE. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 52, se aplicará en las condiciones determinadas por ambos artículos.

Explicación relativa al art. 45
Libertad de circulación y de residencia

El derecho garantizado en el apartado 1 es el que garantiza la letra a) del apartado 2 del art. 20 del TFUE (v. asimismo la base jurí-

dica en el art. 21 y la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, asunto C-413/99, *Baumbast,* Rec., 2002, p. 709). De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 52, se aplicará en las condiciones y dentro de los límites establecidos en los tratados.

El apartado 2 recuerda la competencia otorgada a la Unión por los arts. 77-79 del TFUE. Por consiguiente, la concesión de este derecho depende del ejercicio de esta competencia por las instituciones.

Explicación relativa al art. 46
Protección diplomática y consular

El derecho garantizado por este artículo es el que garantiza el art. 20 del TFUE; véase también la base jurídica en el art. 23. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 52, se aplicará en las condiciones determinadas por dichos artículos.

Título VI
Justicia

Explicación relativa al art. 47
Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial

El párrafo primero se basa en el art. 13 del CEDH:

«Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.»

No obstante, en el Derecho de la Unión la protección es más amplia, ya que garantiza un derecho a un recurso efectivo ante un juez. El Tribunal de Justicia consagró este derecho en su sentencia de 15 de mayo de 1986 como un principio general del Derecho de la Unión (Johnston, asunto 222/84, Rec., 1986, p. 1651; v. también las sentencias de 15 de octubre de 1987, asunto 222/86, *Heylens,* Rec., 1987, p. 4097, y de 3 de diciembre de 1992, asunto C-97/91, *Borelli,* Rec., 1992, p. I-6313). Según el Tribunal de Justicia, este principio general del Derecho de la Unión también se aplica a los Estados miembros cuando éstos aplican el Derecho de la Unión. La inclusión de esta jurisprudencia en la Carta no tenía por objeto modificar el sistema de control jurisdiccional establecido en los tratados ni, en particular, las normas relativas a la admisibilidad de los recursos interpuestos directamente ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La Convención Europea ha examinado el sistema de control jurisdiccional de la Unión, incluidas las normas relativas

a la admisibilidad y ha confirmado dicho sistema, si bien se han modificado determinados aspectos, como establecen los arts. 251-281 del TFUE y, en particular, el párrafo cuarto del art. 263. El art. 47 se aplica respecto de las instituciones de la Unión y de los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión, para todos los derechos que garantiza el Derecho de la Unión.

El párrafo segundo corresponde al apartado 1 del art. 6 del CEDH, que dice lo siguiente:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.»

En el Derecho de la Unión, el derecho a un tribunal no se aplica únicamente a litigios relativos a derechos y obligaciones de carácter civil. Es una de las consecuencias del hecho de que la Unión sea una comunidad de derecho, tal y como lo hizo constar el Tribunal de Justicia en el asunto 294/83, *Les Verts c. Parlamento Europeo* (sentencia de 23 de abril de 1986, Rec., 1986, p. 1339). No obstante, salvo en lo referente a su ámbito de aplicación, las garantías ofrecidas por el CEDH se aplican de manera similar en la Unión.

Por lo que se refiere al párrafo tercero, interesa hacer notar que, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, debe concederse asistencia jurídica cuando su ausencia pudiera hacer ineficaz la garantía de un recurso efectivo (sentencia del TEDH de 9 de octubre de 1979, *Airey,* Serie A, vol. 32, p. 11). Un sistema de asistencia jurídica también existe ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

`

Explicación relativa al art. 48
Presunción de inocencia y derechos de la defensa

El art. 48 coincide con los apartados 2 y 3 del art. 6 del CEDH, que dicen lo siguiente:

«2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.»

De conformidad con el apartado 3 del art. 52, este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el derecho garantizado por el CEDH.

Explicación relativa al art. 49
Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas

Este artículo recoge la norma clásica de irretroactividad de las leyes y sanciones penales. Se ha añadido la norma de retroactividad de la pena más leve que reconocen numerosos Estados miembros y figura en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El art. 7 del CEDH dice lo siguiente:

«1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.»

Se ha suprimido simplemente el término *civilizadas* del apartado 2, lo que no supone modificación alguna del sentido de este apartado, que se refiere a los crímenes contra la humanidad. De conformidad con el apartado 3 del art. 52, el derecho garantizado tiene por lo tanto el mismo sentido y alcance que el garantizado por el CEDH.

El apartado 3 recoge el principio general de proporcionalidad de los delitos y las penas consagrado por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y la jurisprudencia del TJCE.

Explicación relativa al art. 50
Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción

El art. 4 del Protocolo número 7 del CEDH dice lo siguiente:

«1. Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido ya absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la Ley y al procedimiento penal de ese Estado.

2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la Ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o revelaciones nuevas o cuando un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada.

3. No se autorizará excepción alguna del presente artículo a título del art. 15 del Convenio.»

El principio *non bis in idem* se aplica en Derecho de la Unión (v., entre otras sentencias de una importante jurisprudencia, la de 5 de

mayo de 1966, *Gutmann c. Comisión,* asuntos 18/65 y 35/65, Rec., 1966, p. 150, y, para un asunto reciente, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de abril de 1999, asuntos acumulados T-305/94 y otros, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV c. Comisión,* Rec., 1999, p. II-931), con la precisión de que la regla de la no acumulación se refiere a la acumulación de dos sanciones de la misma naturaleza, en este caso penales.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 50, el principio *non bis in idem* no se aplica únicamente en el ámbito jurisdiccional de un mismo Estado, sino también entre las jurisdicciones de varios Estados miembros, lo que se corresponde con el acervo del Derecho de la Unión (v. los arts. 54-58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de febrero de 2003, asunto C-187/01 *Gözütok*, Rec., 2003, p. I-1345, el art. 7 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad y el art. 10 del Convenio relativo a la lucha contra la corrupción). Las excepciones, bien limitadas, en virtud de las cuales estos convenios permiten a los Estados miembros apartarse del principio *non bis in idem* quedan cubiertas por la cláusula horizontal del apartado 1 del art. 52 sobre las limitaciones. En lo que se refiere a las situaciones contempladas por el art. 4 del Protocolo número 7, es decir, la aplicación del principio en el interior de un mismo Estado miembro, el derecho garantizado tiene el mismo sentido y el mismo alcance que el derecho correspondiente del CEDH.

Título VII
Disposiciones generales que rigen la interpretación y aplicación de la Carta

Explicación relativa al art. 51
Ámbito de aplicación

El art. 51 tiene por objeto determinar el ámbito de aplicación de la Carta. Su finalidad consiste en establecer claramente que la Carta se aplica en primer lugar a las instituciones y órganos de la Unión dentro del respeto del principio de subsidiariedad. Esta disposición fue redactada ateniéndose al apartado 2 del art. 6 del TUE, que imponía a la Unión el respeto de los derechos fundamentales, y al mandato conferido por el Consejo Europeo de Colonia. Los tratados consagran el término *instituciones*. Los términos *órganos y organismos* se utilizan generalmente en los tratados para referirse a todas las instancias creadas por los tratados o por actos de Derecho derivado (v., por ejemplo, los arts. 15 y 16 TFUE).

En lo que a los Estados miembros se refiere, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende inequívocamente que la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión sólo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (sentencia de 13 de julio de 1989, *Wachauf,* asunto 5/88, Rec., 1989, p. 2609; sentencia de 18 de junio de 1991, *ERT,* Rec., 1991, p. I-2925; sentencia de 18 de diciembre de 1997, asunto C-309/96, *Annibaldi,* Rec., 1997, p. I-7493). Recientemente, el Tribunal de Justicia ha confirmado esta jurisprudencia en los siguientes términos: «Debe recordarse, además, que las

exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria…» (sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, Rec., 2000, p. I-2737, apartado 37). Por supuesto, esta norma tal como se consagra en la presente Carta, se aplica tanto a las autoridades centrales como a las instancias regionales o locales así como a los organismos públicos cuando aplican el Derecho de la Unión.

El apartado 2, junto con la segunda frase del apartado 1, confirma que la Carta no puede dar lugar a una ampliación de las competencias y funciones conferidas a la Unión por los tratados. Se trata de mencionar explícitamente lo que lógicamente se infiere del principio de subsidiariedad y del hecho de que la Unión sólo disponga de competencias de atribución. Los derechos fundamentales garantizados en la Unión sólo son efectivos en el marco de las competencias que definen los tratados. Por consiguiente, la obligación de las instituciones de la Unión, con arreglo a la segunda frase del apartado 1, de promover los principios establecidos en la Carta sólo se puede producir dentro de los límites de las citadas competencias.

El apartado 2 confirma asimismo que la Carta no puede tener como efecto ampliar el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión definidas en los tratados. El Tribunal de Justicia ya ha establecido esta norma respecto de los derechos fundamentales reconocidos como parte del Derecho de la Unión (sentencia de 17 de febrero de 1998, asunto 249/96, *Grant,* Rec., 1998, p. I-621, apartado 45). De conformidad con esta norma, es obvio que la remisión a la Carta en el art. 6 del TUE no puede entenderse como una ampliación del alcance de la acción de los Estados miembros en la *aplicación del Derecho de la Unión* (en el sentido del apartado 1 y de la jurisprudencia mencionada).

Explicación relativa al art. 52
Alcance e interpretación de los derechos y principios

El art. 52 tiene por objeto fijar el alcance de los derechos y principios de la Carta, y establecer normas para su interpretación. El apartado 1 trata del régimen de limitaciones de derechos. La fór-

mula empleada se inspira en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: «… según jurisprudencia consolidada, pueden establecerse restricciones al ejercicio de estos derechos, en particular en el ámbito de una organización común de mercado, siempre que dichas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos» (sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, apartado 45). La mención de intereses generales reconocidos por la Unión abarca tanto los objetivos mencionados en el art. 3 del TUE como otros intereses protegidos por disposiciones específicas de los tratados, como el apartado 1 del art. 4 del TUE, el apartado 3 del art. 35 del TFUE y los arts. 36 y 346 de este mismo Tratado.

El apartado 2 se refiere a derechos que ya habían sido explícitamente consagrados por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que han sido reconocidos por la Carta y que se encuentran ahora en los tratados (en particular, los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión). Este apartado aclara que esos derechos siguen sometidos a las condiciones y límites aplicables al Derecho de la Unión en el que se basen, tal como se establecen en los tratados. La Carta no modifica el régimen de los derechos conferidos por el TCE, recogidos en los tratados.

El apartado 3 pretende garantizar la coherencia necesaria entre la Carta y el CEDH, sentando la norma de que, en la medida en que los derechos de la presente Carta corresponden también a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance, incluidas las limitaciones que se admiten, son los mismos que prevé el CEDH. De ello resulta, en particular, que el legislador, al fijar limitaciones a estos derechos, deba respetar las mismas normas establecidas por el régimen preciso de limitaciones contemplado en el CEDH, que se aplican, por consiguiente, a los derechos contemplados por este apartado, sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La referencia al CEDH se refiere tanto al Convenio como a sus Protocolos. El sentido y el alcance de los derechos garantizados se determinan no sólo por el texto de estos instrumentos, sino también por la jurisprudencia del TEDH y por el Tribunal de Justicia de la

Unión Europea. El objetivo de la última frase del apartado es permitir a la Unión garantizar una protección más amplia. En cualquier caso, el nivel de protección ofrecido por la Carta no puede nunca ser inferior al garantizado por el CEDH.

La Carta se entiende sin perjuicio de la posibilidad de que, al amparo del art. 15 del CEDH, los Estados miembros establezcan excepciones a los derechos contemplados en el CEDH en caso de guerra o de otros peligros públicos que constituyan una amenaza para la nación, al llevar a cabo acciones en el ámbito de la defensa nacional en caso de guerra o de mantenimiento del orden público, con arreglo a sus responsabilidades reconocidas por el apartado 1 del art. 4 del TUE y los arts. 72 y 347 del TFUE.

La lista de derechos que, por ahora y sin descartar la evolución del Derecho, de la legislación y de los tratados, pueden considerarse correspondientes a derechos del CEDH con arreglo al presente apartado, se reproduce a continuación. No se reproducen aquellos derechos que vienen a añadirse a los del CEDH.

1. Artículos de la Carta cuyo sentido y alcance son los mismos que los de los artículos correspondientes del CEDH:

— el art. 2 corresponde al art. 2 del CEDH,
— el art. 4 corresponde al art. 3 del CEDH,
— los apartados 1 y 2 del art. 5 corresponden al art. 4 del CEDH;
— el art. 6 corresponde al art. 5 del CEDH;
— el art. 7 corresponde al art. 8 del CEDH;
— el apartado 1 del art. 10 corresponde al art. 9 del CEDH;
— el art. 11 corresponde al art. 10 del CEDH, sin perjuicio de las restricciones que puede aportar el Derecho de la Unión a la facultad de los Estados miembros de establecer los regímenes de autorización a que se refiere la tercera frase del apartado 1 del art. 10 del CEDH;
— el art. 17 corresponde al art. 1 del Protocolo Adicional del CEDH;
— el apartado 1 del art. 19 corresponde al art. 4 del Protocolo número 4;
— el apartado 2 del art. 19 corresponde al art. 3 del CEDH tal como lo interpreta el TEDH;
— el art. 48 corresponde a los apartados 2 y 3 del art. 6 del CEDH;

— los apartados 1 (salvo la última frase) y 2 del art. 49 corresponden al art. 7 del CEDH.

2. Artículos cuyo sentido es el mismo que el de los artículos correspondientes del CEDH, pero cuyo alcance es más amplio:

— el art. 9 abarca el ámbito del art. 12 del CEDH, pero su ámbito de aplicación puede ampliarse a otras formas de matrimonio siempre que la legislación nacional las contemple;
— el apartado 1 del art. 12 corresponde al art. 11 del CEDH, si bien su ámbito de aplicación se amplía al nivel de la Unión Europea;
— el apartado 1 del art. 14 corresponde al art. 2 del Protocolo Adicional del CEDH, si bien su ámbito de aplicación se amplía al acceso a la formación profesional y permanente;
— el apartado 3 del art. 14 corresponde al art. 2 del Protocolo del CEDH, por lo que se refiere a los derechos de los padres;
— los apartados 2 y 3 del art. 47 corresponden al apartado 1 del art. 6 del CEDH, si bien la limitación a los contenciosos sobre derechos y obligaciones de carácter civil o sobre acusaciones en materia penal no es pertinente respecto del Derecho de la Unión y su aplicación;
— el art. 50 corresponde al art. 4 del Protocolo número 7 del CEDH, si bien su alcance se amplía al nivel de la Unión Europea entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros;
— por último, los ciudadanos de la Unión Europea no pueden considerarse extranjeros en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión debido a la prohibición de cualquier discriminación por razón de nacionalidad. Las limitaciones contempladas por el art. 16 del CEDH en materia de extranjería no les serán por lo tanto aplicables en ese contexto.

La norma de interpretación que figura en el apartado 4 se basa en la redacción del apartado 3 del art. 6 del Tratado de la Unión Europea y toma debidamente en consideración el planteamiento de las tradiciones constitucionales comunes seguido por el Tribunal de Justicia (por ejemplo, sentencia de 13 de diciembre de 1979, asun-

to 44/79, *Hauer,* Rec., 1979, p. 3727, sentencia de 18 de mayo de 1982, asunto 155/79, *AM&S,* Rec., 1982, p. 1575). Según esta norma, en lugar de seguir un planteamiento rígido de *mínimo común denominador,* los derechos correspondientes recogidos en la Carta deben interpretarse de forma que ofrezcan un elevado nivel de protección que resulte apropiado para el Derecho de la Unión y esté en armonía con las tradiciones constitucionales comunes.

El apartado 5 aclara la distinción entre *derechos* y *principios* reconocidos en la Carta. Según esta distinción, los derechos subjetivos deberán respetarse, mientras que los principios deben observarse (apartado 1 del art. 51). Los principios pueden aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos (adoptados por la Unión en función de sus competencias y por los Estados miembros solamente en aplicación del Derecho de la Unión); por consiguiente, son importantes para los tribunales sólo cuando se trata de la interpretación o revisión de dichos actos. Sin embargo, no dan lugar a derechos inmediatos de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros, lo que es coherente tanto con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [v. en particular la jurisprudencia sobre el *principio de cautela* que figura en el apartado 2 del art. 191 del TFUE: sentencia del TPI de 11 de septiembre de 2002 en el asunto T-13/99, *Pfizer c. Consejo,* que contiene numerosas referencias a la jurisprudencia anterior, así como una serie de sentencias sobre el art. 33 (antiguo art. 39) sobre los principios de la legislación agrícola, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 265/85, *Van den Berg,* Rec., 1987, p. 1155: control del principio de estabilización de mercados y de confianza legítima] como con el planteamiento de los sistemas constitucionales de los Estados miembros respecto de los *principios,* en particular en el ámbito del Derecho social. A título ilustrativo, ejemplos de principios reconocidos por la Carta incluyen, entre otros, los arts. 25, 26 y 37. En determinados casos, un artículo de la Carta puede incluir elementos que se derivan de un derecho y de un principio, por ejemplo, los arts. 23, 33 y 34.

El apartado 6 remite a los diferentes artículos de la Carta que, en aras de la subsidiariedad, hacen referencia a la legislación y prácticas nacionales.

Explicación relativa al art. 53
Nivel de protección

El objeto de esta disposición es mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación el Derecho de la Unión, el Derecho de los Estados miembros y el Derecho Internacional. Se menciona, debido a su importancia, el CEDH.

Explicación relativa al art. 54
Prohibición del abuso de derecho

Este artículo corresponde al art. 17 del CEDH, que reza lo siguiente:

«Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en el mismo.»

ÍNDICE ALFABÉTICO

Aborto (interrupción voluntaria del embarazo), 128, 139, 140, 143, 144, 858, 867
acceso al expediente (derecho de), 664, 673, 773
  a la información, 224, 481, 629, 630, 665, 684, 687, 692, 693, 694, 695
  a las instituciones y organismos de la Unión, 715
  parcial a los documentos, 693
acoso moral, 536
  sexual, 534, 536, 541
actividad artística, 306
adhesión (al Convenio Europeo de Derechos Humanos), 48, 51, 54, 60, 64, 86, 87
Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 109
agencias de colocación, 505, 506
agencias de empleo privadas, 506
Agencia Europea para la Seguridad y la Salud, 537, 540
Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), 362, 363, 365
apátrida, 110, 115, 132, 133, 362, 590
apertura (principio de), 681
aproximación de legislaciones, 113, 116
asistencia consular, 735
asistencia jurídica gratuita, 739, 741, 754, 755, 756, 757
asistencia sanitaria (derecho a la), 596, 602
atribución de competencias (principio de), 71, 813, 823
autonomía del Derecho Comunitario, 37, 51, 86
  de las iglesias y comunidades religiosas, 264, 265
  local y regional, 98
  universitaria, 305
  de la voluntad, 426
ayuda social (derecho a la), 580, 581, 592

bioética, 149, 162
biodiversidad, 626
biología (aplicaciones de la), 109, 110, 117, 148
biomedicina, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 304, 307, 398, 885, 898
buen gobierno, 684

cambio climático, 626
cátedra (libertad de), 298, 300, 304, 305, 306
celeridad del procedimiento, 751, 753
células madre, 162, 304
cierre patronal (derecho de), 329
clonación, 146, 148, 149, 150, 154, 162, 304, 885
código de conducta sobre el acceso del público a sus documentos, 682
código europeo de buena conducta administrativa, 668
cogestión, 476, 485, 486
comité de empresa europeo, 480, 481, 482
comunicaciones electrónicas, 226, 232, 242

comunidad de derecho, 665, 673, 839, 908, 912
concentraciones de medios, 279
conciliación de la vida familiar y laboral, 251, 525, 562, 563, 567, 569, 570, 571, 573, 575
condiciones de trabajo, 59, 114, 329, 415, 418, 421, 430, 431, 433, 490, 493, 495, 502, 525, 529, 530, 534, 536, 537, 538, 541, 543, 546, 548, 557, 569, 900, 903
conflicto colectivo, 496, 498, 499, 500, 501
conservación de datos, 240
contradicción (principio de), 768
control judicial externo, 51, 71
convenios colectivos, 417, 420, 426, 431, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 493, 494, 497, 502, 533, 542, 573
convicciones (libertad de), 256, 261, 264, 844, 891
coordinación de los sistemas de Seguridad Social, 582, 583, 584, 587, 599
cooperación al desarrollo, 113, 115, 116, 118, 135, 610
correspondencia, 160, 210, 214, 218, 229, 267, 382, 485, 622, 648, 652, 890
Corte Penal Internacional, 153, 789, 885
creación de centros docentes (libertad de), 308, 311, 316, 317, 336, 895
crímenes internacionales, 153, 779, 789, 885

democracia, 53, 56, 79, 94, 96, 97, 115, 135, 137, 176, 658, 680, 873, 874, 875
  representativa, 649, 684
Derecho Administrativo europeo, 668, 669
derecho a no incriminarse, 769
derecho a ser oído, 752, 753
Derecho Penal, 625, 626, 762, 778, 783, 792, 794, 797, 798, 800
derechos sociales universales, 578
desarrollo sostenible, 594, 621, 624, 627, 628, 630
despido colectivo, 475, 479, 517, 519, 520
  por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, 516
detención arbitraria, 198
diálogo social europeo, 492, 493, 495
discriminación directa, 402, 417, 425, 428, 429, 435, 463, 524, 525, 572, 573, 574
  indirecta, 435, 436
  positiva (medidas especiales o positivas), 437, 438
disposiciones horizontales de la Carta, 66, 273, 331, 336
documentos legislativos, 698
  sensibles, 698
  de terceros, 689
domicilio, 46, 159, 160, 209, 210, 213, 214, 215, 216, 229, 232, 251, 318, 622, 623, 663, 668, 678, 679, 685, 690, 691, 692, 700, 705, 712, 715, 717, 890

economía abierta y de libre competencia, 334
edad mínima laboral, 552, 555
efecto directo, 416, 417, 420, 426, 498, 722, 745
embarazo (protección de la mujer durante el), 428
embrión humano, 124, 125
ensayos clínicos, 117, 118
enseñanza obligatoria, 308, 311, 312, 315, 316, 894
  universitaria, 314
equidad, 457, 672, 764, 795
esclavitud doméstica o moderna, 183, 184
escuelas privadas, 316, 317, 318
Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, 79, 97, 113, 119, 197, 200, 201, 202, 207, 218, 219, 220, 229, 262, 269, 296, 357, 358, 385, 412, 460, 756, 757, 794, 798, 800, 801, 804, 812, 836, 900
Estado de Derecho, 53, 79, 94, 96, 97, 115, 135, 136, 196, 219, 341, 386, 724, 740, 757, 778, 780, 833, 836
Estado seguro (en materia de asilo), 367, 368, 369, 371, 372, 373, 377
Estados ACP (África, Caribe y Pacífico), 136
estándar elevado de protección, 230
  mínimo de protección, 200, 263, 304, 365, 555, 836
eugenesia (prácticas eugenésicas), 146, 149, 153, 159, 161, 162, 885.
euroorden (orden de detención europea), 131, 188, 189, 201, 375, 393, 787, 788

eutanasia, 144
exigencia imperativa, 626, 638
explotación económica, 548, 552, 557, 558, 559
laboral, 181, 559, 887
sexual, 119, 188, 189, 444, 445, 886
expropiación, 343, 352, 861
expulsiones colectivas (prohibición de), 367, 379, 380, 381, 384
extradición, 59, 132, 173, 204, 359, 366, 379, 381, 382, 384, 385, 386, 781, 788, 803, 889, 897
extrajudicial (vía), 703, 797, 802, 803

formación profesional, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 316, 318, 394, 433, 435, 438, 510, 551c, 553, 554, 894, 920
función pública (acceso a la), 41, 406, 575
función social (de la propiedad), 340, 341, 342, 343
funciones esenciales del Estado, 98, 835, 836
Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, 537, 540

genoma humano, 153, 154
Gibraltar, 655, 656

habeas corpus, 196, 200
herencia religiosa, 97, 263
homosexuales (matrimonio entre), 247, 248, 249, 252, 253
huelga (derecho de), 329, 496, 497, 502
humanidad, 103, 153, 468, 789, 876, 914

identidad nacional (de los Estados miembros), 79, 98, 410
igualdad de armas (principio de), 751, 753, 768
imparcialidad del poder judicial, 282, 892
indemnización (justa), 339, 352, 353, 354, 355
indivisibilidad de los derechos (principio de), 821
información medioambiental, 629, 687, 691, 696
inmigración ilegal, 188, 385, 887
inspección de trabajo, 535
integridad física y psíquica, 146, 148, 149, 158, 162, 214
interacción de ordenamientos, 858
interés general comunitario, 350
interés superior del niño, 441, 450, 451, 557, 844
invenciones biotecnológicas, 109, 110, 117, 124, 156
investigación de oficio (Defensor del Pueblo Europeo), 669, 686
investigación (libertad de), 299, 300, 304
irretroactividad de la ley penal, 778

laicidad, 97, 844, 873, 874
legitimación activa (recurso de anulación), 109, 120, 142, 156, 748, 763
legitimidad democrática, 58
instrumento de, 67
lenguas oficiales, 412, 666, 667, 676, 685, 716, 717
libertad sindical, 490, 491, 496, 506
límites a los derechos fundamentales, 40, 834

mala administración, 666, 668, 670, 671, 676, 686, 691, 700, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708
medicina (aplicaciones de la), 125, 150
medidas cautelares, 383, 747, 748
medidas especiales o positivas, 212, 394, 400, 437, 438, 449, 461, 552
medios de comunicación (libertad de los), 271, 274, 278, 280, 282, 285, 892
método abierto de coordinación, 570, 585, 592
minorías (derechos de las personas pertenecientes a), 96
motivación de los actos, 666

nasciturus, 214
non bis in idem, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 802, 914, 915
non refoulement (principio de no devolución), 59, 173, 361, 362, 363, 365, 372
non regression (principio de), 856, 866

objeción de conciencia, 256, 258, 259, 262, 265, 266, 336, 886

opinión (libertad de), 271, 275, 276, 277, 892
orientación profesional (derecho de), 510

participación política (derecho de), 647, 651, 652, 659, 705
participación consultiva, 476, 478, 522
participación efectiva en el proceso (derecho a la), 765
participación representativa, 476, 480, 483, 484
partidos políticos a escala europea, 290, 293, 294
  ilegalización de, 873, 875
pay per view, 281
pena de muerte, 127-137, 143, 166, 173, 357, 366, 379, 381, 382, 384, 822, 884
períodos de descanso (diarios, semanales), 529, 530, 542, 557
permiso por maternidad, 565, 571
  parental, 252, 418, 420, 431, 434, 495, 526, 561, 567, 571, 573, 575, 904
pluralismo, 52, 74, 96, 271, 274, 278, 279, 280, 281, 282, 284, 285, 412, 649, 840, 875
  normativo, 846
pobreza y la exclusión social (protección contra la), 580
Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), 119, 120, 135, 137, 238, 242, 704, 735
ponderación de intereses, 697, 698
prensa (libertad de), 272, 274, 278, 284, 843
primacía del Derecho Comunitario, 33, 858, 859, 860, 865, 866, 867
principio general de respeto a los derechos humanos, 814
principios generales del Derecho, 34, 35, 43, 45, 64, 74, 83, 156, 323, 344, 443, 484, 499, 684, 751, 772, 783, 784, 787, 788, 789, 812, 844, 859, 861, 896, 914
principios programáticos, 103
procedimiento legislativo especial, 649, 651, 652, 660, 722
  ordinario, 514, 603, 616, 640, 648, 652, 669, 695
proceso justo (derecho a un), 740, 741, 749, 750, 751, 752, 754, 757
programa marco de I+D, 155, 162, 303, 304
propiedad intelectual, 46, 330, 339, 342, 343, 344, 346, 347, 897
proporcionalidad (principio de), 173, 185, 206, 238, 252, 330, 350, 353, 394, 432, 790, 817, 826, 828, 834, 843, 844
protección de datos personales, 226, 235, 241, 698
protección de la familia, 251, 436, 561, 562, 563, 567, 575
protección de la salud, 138, 160, 218, 282, 294, 330, 497, 537, 544, 578, 594, 595, 596, 597, 598, 602, 603, 604, 624, 635, 636, 774, 890, 892, 893, 905
protección del interés público, 697
protección especial, 59, 431, 444, 448, 456, 460, 461, 572
protección subsidiaria, 132, 370, 372, 376, 377
protección temporal (personas desplazadas), 111, 368, 370, 372, 376, 377
prueba (práctica de la), 763

reclamación (derecho de), 702, 703, 704, 705, 706, 708
reagrupación familiar, 46, 446, 448, 568, 727, 729
rectificación (derecho de), 236
refugiado, 357, 358, 361, 362, 364, 365, 368, 370, 372, 373
regla del autor, 688, 689
responsabilidad extracontractual, 666, 675
retroactividad de la pena más leve, 779, 913
reunión pacífica, 287, 291, 490, 893

salud y seguridad de los trabajadores, 533, 535, 540, 541, 542, 543
  servicios de salud laboral, 536
Schengen, 111, 188, 235, 362, 728, 791, 794, 795, 798, 800, 887, 915
seguridad alimentaria, 636
semana laboral, 534
separación Iglesia-Estado, 257
servicio gratuito de colocación, 504, 505, 507, 509, 510

servicios de interés general, 353, 578, 608-619, 819
servicios de naturaleza no económica, 611
servicios sociales, 456, 533, 577, 579, 581, 585, 586, 587, 588, 595, 609, 905
servidumbre (esclavitud), 178, 179, 180, 182, 183, 184, 187, 188, 189, 551, 553
sindicatos, 58n, 233, 287, 292, 293, 426, 476, 490, 491, 493, 494, 495, 496, 500, 501, 526, 573, 893, 904
Sistema de Información Schengen, 235
sistema europeo común de asilo, 369
subsidiariedad (principio de), 79, 100, 809, 811, 812, 813, 823, 916, 917
Supervisor Europeo de Protección de Datos, 709
suspensión temporal (de los derechos), 70, 386

televisión, 273, 277, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 873, 892
terrorismo, 119, 174, 197, 198, 206, 219, 220, 229, 241, 242, 385, 775
testigos (derecho a interrogar), 761, 764, 767, 768
tiempo de trabajo (limitación del), 530, 541, 542, 543, 557
trabajadores migrantes, 329, 506, 581, 582, 586, 589, 599
trabajo nocturno, 531, 533, 534, 535, 542, 553, 554, 558, 566
tradiciones constitucionales comunes, 36, 38, 43, 57, 70, 83, 90, 101, 102, 323, 342, 485, 744, 751, 767, 772, 783, 790, 821, 826, 841, 856, 857, 859, 860, 894, 914, 920, 921
transparencia, 48, 55, 74, 84, 234, 274, 412, 434, 435, 508, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 696, 715
transexuales, 214, 253, 398, 422, 423
transversalidad, 421, 466, 603
traspaso de empresas, 325, 479
trata de seres humanos, 119, 178, 179, 181, 187, 188, 189, 190, 444, 886, 887
trata de niños, 172, 190, 444, 551
tratamiento de datos personales, 225, 226, 227, 233, 234, 241, 890, 891
Tribunal Constitucional alemán, 36n, 39, 43, 43n
  español, 74n, 84, 94, 258, 399, 429, 815, 816, 845
  francés (Consejo Constitucional), 844
  italiano, 37
  turco, 873, 874

universalismo (principio de), 821

vacaciones anuales retribuidas, 529, 530, 542, 544, 545
ventajas sociales, 577, 588, 589, 590
vías de recurso, 708, 709, 742, 745
vida democrática de la Unión, 63, 86, 227, 682, 684, 702
vivienda (derecho a la), 569, 580

NOTA SOBRE LOS AUTORES

LUIS N. GONZÁLEZ ALONSO, doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, con Premio Extraordinario, y diplomado en Altos Estudios Europeos por el Colegio de Europa de Brujas (Bélgica), en la actualidad es profesor titular de Derecho Internacional Público y titular de un curso permanente Jean Monnet en la Universidad de Salamanca. Ha desarrollado diversas líneas de investigación en el ámbito de la acción exterior de la Unión Europea y de la protección de derechos en el ordenamiento jurídico comunitario. Es autor de un buen número de artículos en revistas científicas y contribuciones en obras colectivas, además de las monografías *Política comercial y relaciones exteriores de la Unión Europea* (1998) y *Transparencia y acceso a la información en la Unión Europea* (2002).

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO, doctor en Derecho por la Universidad de Granada, máster en Derecho Europeo por el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad Libre de Bruselas (Bélgica) y diplomado en Derecho Comunitario y Derechos Humanos en Europa por la Academia de Derecho Europeo del Instituto Universitario Europeo de Florencia, en la actualidad es catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad de Granada, después de haberlo sido en las universidades de Cantabria y Almería. Fue letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1995 a 1998. Es autor de numerosos artículos en revistas y obras colectivas, así como de las monografías *Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea* (1991), *El comercio internacional de servicios después de la Ronda Uruguay* (1995), y coautor en *Derecho comunitario material* (2000) y *El euro en el sistema monetario internacional* (2004).

Araceli Mangas Martín, licenciada en Derecho por la Universidad de Salamanca y doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, en la actualidad es catedrática de Derecho Internacional Público y directora del Departamento de Derecho Público General de la Universidad de Salamanca, donde también es titular de una cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario desde 1991. Fue miembro del Comité de siete personalidades (Comité de Sabios) designadas para asesorar a la Conferencia Intergubernamental de 1996 en la reforma del Tratado de Maastricht y, entre otras muchas distinciones, es doctora *honoris causa* por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina, 2004). Autora de un centenar de artículos en revistas y libros colectivos, entre sus monografías destacan *El comité de representantes permanentes de las comunidades europeas* (1980), *Derecho comunitario europeo y derecho español* (1986, 1.ª ed.; 1987, 2.ª ed.); *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario* (1993) y *La constitución europea* (2005).

José Martín y Pérez de Nanclares, doctor en Derecho por las universidades de Saarbrücken (Alemania) y Salamanca, y máster en *European Law* por la Universidad de Saarbrücken, actualmente es catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad de La Rioja, así como titular de la cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario Europeo y director del Centro de Documentación Europea de la misma universidad, donde también ha desempeñado los cargos de secretario general, vicerrector de Investigación y vicerrector de Relaciones Internacionales e Institucionales. Es autor de numerosos artículos científicos y contribuciones en obras colectivas, destacando entre sus monografías *Die Bedeutung des Gemeinschaftsrechts für das Fernsehen* (1991), *La directiva de televisión* (1995), *El sistema de competencias de la Comunidad Europea* (1997), *La inmigración y el asilo en la Unión Europea* (2002) y *La federación supranacional: ¿un nuevo modelo para la Unión Europea?* (2003).

José Manuel Sobrino Heredia, doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, en la actualidad es catedrático de Derecho Internacional Público y director del Instituto Universitario de Estudios Europeos Salvador de Madariaga de la Universidad de A Coruña, donde también es titular de una cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario y responsable de un Centro de Excelencia Jean Monnet. Fue durante seis años letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Luxemburgo. Ha sido experto de la Comisión Europea para la Comunidad Andina y Premio Galicia de Investigación. Es autor de numerosos artículos, libros colectivos y monografías; entre otras, *La ju-*

risprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la Política Común de la Pesca (junto con A. Rey) (1997), *Integración y supranacionalidad* (2001), y como coordinador, *Mares y océanos en un mundo en cambio: tendencias jurídicas, actores y factores* (2007).

Proclamada de forma solemne en Niza en diciembre de 2000, y de nuevo en Estrasburgo en diciembre de 2007, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tendrá, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la fuerza vinculante de los Tratados, un valor jurídico del que ahora carece. Enlazando con la mejor tradición jurídica europea, un selecto conjunto de iusinternacionalistas españoles comentan la Carta artículo por artículo. La exégesis se efectúa con el rigor que caracteriza la trayectoria académica de los autores y situando cada disposición en el contexto de los propios Tratados constitutivos, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El resultado es una obra profunda y equilibrada que constituye una valiosa contribución en la doctrina española.

Paz Andrés Sáenz de Santa María

Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Oviedo

Esta obra supone una aportación primordial en el panorama de la ciencia jurídica española. Al entrar en vigor el nuevo marco comunitario que traza el Tratado de Lisboa, la Carta de los Derechos Fundamentales representa un texto esencial para la cultura de los derechos en el continente. Con gran esmero y rigor, los autores del libro ponen de relieve el contenido profundo de la Carta. Su aplicación por los tribunales y por la Administración, así como su estudio en las aulas universitarias, se enriquecen con un trabajo como el que ha dirigido, con indudable acierto, la profesora Araceli Mangas, huyendo de la categorización vetusta del Derecho de la Unión como un ordenamiento internacional, para resaltar la dimensión constitucional, asumida por el proceso integrador europeo, que casi nadie se atrevería a negar hoy.

Dámaso Ruiz-Jarabo

Abogado General del Tribunal de Justicia
de las Comunidades Europeas, Luxemburgo

Fundación BBVA

ISBN 978-84-96515-80-2

9 788496 515802

www.fbbva.es