

TITULO II

La influencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea y en el orden jurídico comunitario

En el ámbito europeo, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (al que en adelante nos referiremos como CEDH, Convenio o Convenio de Roma) representa manifiestamente la existencia de un “patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y a la preeminencia del Derecho”³⁴⁵. En este sentido, el valor simbólico del CEDH en la configuración de una “Europa de los derechos humanos” resulta indiscutible. En un único texto, el Convenio de Roma aglutina el estándar mínimo de protección de los derechos y libertades aceptados como propios por todas las Altas Partes Contratantes, convirtiéndose así en el “instrumento constitucional del orden público europeo”³⁴⁶. Con estos presupuestos, no es de extrañar que buena parte de la doctrina lo defina como la “verdadera Carta constitucional de la ‘Gran Europa’”³⁴⁷.

³⁴⁵Cfr. Párrafo quinto del Preámbulo del CEDH.

³⁴⁶Expresión utilizada por el TEDH en la sentencia *Loizidou c/ Turquía*, de 23 de marzo de 1995, Serie A, nº. 310, considerando 75.

³⁴⁷Ver SUDRE, F., “L’Europe des droits de l’homme”. *Droits*, n. 14: l’Europe et le droit. P.U.F., 1991, p.105. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., reconoce que si bien el CEDH no es propiamente una Constitución, hace las funciones de Constitución europea: En “Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme en droit espagnol”, *Mélanges Wiarda*, 1988 especialmente p. 221. DE GOUTTES, R., califica igualmente al CEDH como “Charte ou ‘Constitution’ européenne des droits de l’Homme”. En “Le juge français et la CEDH: avancées et reticences”. En *Quelle Europe pour les droits de l’homme. La Cour de Strasbourg et la réalisation d’une “Union plus étroite”* (35 années de jurisprudence: 1959-1994). Dir. Paul Tavernier. Bruylant, Bruselas, 1996, p. 220. COHEN-JONATHAN, G., configura el CEDH como “l’épine dorsale des droits de l’homme pour l’ensemble de l’Europe. En “Quelques considérations sur l’autorité des arrêts de la Cour européenne des Droits de l’Homme”. En *Liber*

Sin desestimar el valor del Convenio de Roma como *símbolo* de una Europa unida, el carácter jurídico del presente análisis nos conduce a abordar la incidencia del Convenio desde el estudio concreto de la influencia de su sistema de declaración y protección de derechos en los sistemas jurídicos nacionales (Capítulo 1) y en el orden jurídico comunitario (Capítulo 2). De este modo, mostraremos que la yuxtaposición entre órdenes jurídicos origina inevitablemente una interacción entre sistemas jurídicos. En el caso del orden creado por el CEDH, el grado de absorción de sus disposiciones en los Derechos estatales es tal, que podría incluso afirmarse su condición de subsistema dentro de los órdenes jurídicos estatales y del orden jurídico comunitario³⁴⁸.

Evidentemente, nuestro estudio no pretende extraer conclusiones de la acción armonizadora del Convenio de Roma en cada uno de los 41 Estados que han procedido a su ratificación. Nos limitaremos a esbozar una panorámica general de la influencia ejercida por el CEDH, tanto en los quince Estados que actualmente conforman la Unión europea como en el propio orden jurídico comunitario. Mediante el análisis del grado de influencia del Convenio de Roma en estos sistemas normativos será

Amicorum Marc André Eissen. Bruylant, Bruselas, LGDJ, París, 1995, p. 39. JACOT-GUILLARMOD, O., habla de « un noyau commun d'un futur droit constitutionnel des droits de l'homme ». En « Règles d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ». En *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*. Dir. L-E Pettiti, E. Decaux y P.H. Imbert. Economica, 1995, p. 41. Sobre el valor del orden público en el CEDH, remitimos al excelente trabajo de GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., *La CEDH a-t-elle dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public*. Coloquio de Viena, 1965. Extracto de *Le droits de l'homme en droit interne et en droit international*. Presses Universitaires de Bruxelles, 1965, fundamentalmente pp. 181 y s.

³⁴⁸ Extrapolamos al conjunto de órdenes jurídicos nacionales y al orden jurídico comunitario las conclusiones que, exclusivamente para el Derecho español, extrae FREIXES, T., “Las principales construcciones jurisprudenciales del TEDH: El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa”. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº. 11/12, Valencia, 1995, pp. 97 y s. Con carácter más general ver, FREIXES SANJUÁN, T. y REMOTTI, J.C., *El futuro de Europa. Constitución y derechos*

posible evaluar el estado actual de asimilación del estándar mínimo de protección de derechos fundamentales impuesto por el CEDH y deducir, por tanto, si en la práctica puede sostenerse la existencia de un Derecho común europeo de los derechos humanos.

Antes de comenzar nuestro análisis se impone el establecimiento de ciertas precisiones de orden metodológico. En primer lugar debe advertirse que el presente estudio se limita al análisis de la influencia del CEDH una vez éste ha sido ratificado. Por tanto, no tendremos en cuenta las modificaciones previas que los Estados deben realizar antes de ratificar el Convenio para evitar contradicciones con su Derecho interno (fundamentalmente de rango constitucional). Subrayamos, no obstante, la importancia de tales modificaciones que pueden propiciar una “transformación pasiva”³⁴⁹ de los órdenes jurídicos nacionales.

En segundo lugar es necesario precisar que las referencias, que a lo largo de toda la exposición realizamos al Convenio de Roma como conjunto de disposiciones que contienen los derechos humanos y libertades fundamentales, engloban la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en última instancia, es el que determina y precisa el real contenido y alcance de los preceptos convencionales. Por tanto, cuando aludimos al Convenio siempre hacemos referencia a sus disposiciones interpretadas por el TEDH (al que en adelante nos referiremos como Tribunal de Estrasburgo, TEDH o simplemente el Tribunal). Si no empleamos en todos los casos la mención expresa a la interpretación del Tribunal de Estrasburgo es por procurar brevedad en la exposición y en aras a la claridad redaccional.

En este mismo sentido, las referencias a la fuerza armonizadora del CEDH no deben entenderse exclusivamente de las disposiciones que

fundamentales. Colección Ideas y políticas constitucionales, n.º. 3. Ene Ediciones, 2002, fundamentalmente pp. 87 y s.

³⁴⁹Expresión utilizada por FOURTEAU, H., *L'application de l'article 3 de la CEDH dans le droit interne des États membres*. LGDJ, París, 1996, p. 21.

constituyen el cuerpo del Convenio, sino que incluyen igualmente a los preceptos contenidos en los Protocolos adicionales ratificados por las Altas Partes Contratantes.

Capítulo 1

El CEDH y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo: elementos de convergencia entre los órdenes jurídicos estatales en materia de derechos humanos

En el transcurso de la Historia, la influencia armonizadora que los Derechos de los Estados miembros han ejercido entre sí resulta evidente. Esta influencia en la globalidad de los ordenamientos jurídicos estatales alcanza, por su parte, cotas de convergencia comparativamente superiores en lo concerniente a la declaración y protección de derechos fundamentales. No obstante, no ha sido hasta este último siglo cuando Europa, -sacudida por el efecto devastador de dos Guerras mundiales en su territorio y más aún en su propia conciencia-, ha aceptado de forma más comprometida la necesidad de proteger los derechos fundamentales.

Este marco histórico explica que los Derechos europeos hayan aceptado durante los últimos años las transformaciones originadas por la importante influencia “externa” derivada de la acción de numerosas organizaciones internacionales consagradas al mantenimiento de la paz, la consolidación de la democracia en Europa y a garantizar el respeto de los derechos inherentes a toda persona. Ciertamente resulta imposible valorar la influencia de todas ellas en los ordenamientos jurídicos nacionales. Es preciso limitar convenientemente el estudio. En este propósito, el Consejo de Europa³⁵⁰, -en cuanto organización internacional de ámbito regional de influencia en el área geográfica elegida por el presente estudio-, se perfila como la organización que mayor influencia despliega en los órdenes jurídicos europeos, y por este motivo, en ella centramos nuestra investigación.

Ahora bien, en el seno del Consejo de Europa, numerosos son los instrumentos internacionales elaborados bajo su auspicio. Sólo uno de ellos nos interesa tanto por su objeto, *los derechos humanos y libertades*

³⁵⁰Estatuto del Consejo de Europa. Londres, 5 de mayo de 1948.

fundamentales; como por sus fines, *la plasmación* de un “patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas de respeto a la libertad y a la preeminencia del Derecho...” : el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Evidentemente, el CEDH necesitaría de un estudio monográfico para valorar todas sus posibles implicaciones y proceder a su conveniente apreciación³⁵¹. En ningún caso, nuestra investigación pretende acometer este estudio; ni siquiera el análisis global del Convenio de Roma constituye el objeto de la presente exposición. Nuestra intención se reduce al examen del CEDH, en cuanto instrumento que contribuye a la formación de un patrimonio constitucional compartido por los quince Estados que actualmente componen la Unión europea. La investigación queda así limitada a los aspectos precisos que reflejan la influencia armonizadora del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH en la consecución de una confluencia uniforme de los Derechos nacionales respecto a la declaración y protección de los derechos fundamentales.

En cualquier caso, no creemos que el proceso de armonización de los Derechos nacionales en materia de derechos fundamentales esté concluido. En este punto, compartimos la visión de J-F. FLAUSS que califica de “prematureo”³⁵² hablar de una armonización de los órdenes jurídicos constitucionales por acción del CEDH. Ahora bien, el CEDH, “como semilla de un Derecho Europeo en sentido amplio”³⁵³, sí nos proporciona los datos suficientes para valorar, en cada momento, el grado de armonización en el que se encuentran las distintas

³⁵¹Existen numerosos manuales de Derecho internacional, obras específicas y un sinnúmero de artículos consagrados al estudio del Convenio de Roma, a cuya lectura remitimos.

³⁵²Cfr. FLAUSS, J.F., “La contribution de la jurisprudence des organes de la CEDH à la formation d’un droit constitutionnel européen”. *RUDH*, 1995, p. 373.

³⁵³Expresión de HÄBERLE, P., en “¿Existe un espacio público europeo?”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3 año 2, enero-junio 1998, p. 120. Mucho más lejos va el propio TEDH que denomina al Convenio « constitución europea de los derechos

declaraciones de derechos fundamentales de los ordenamientos internos de los Estados miembros. Esta es la *razón práctica* que nos impulsa a centrar el objeto de nuestro estudio en el CEDH y en el sistema de protección de derechos que consagra, dejando a un lado el análisis de otros Tratados internacionales ratificados por los Estados miembros de la Unión europea y consagrados igualmente a la protección de tales derechos³⁵⁴.

Por otra parte, dos razones principales constituyen la *justificación teórica* que muestra el valor específico del Convenio de Roma como elemento integrador en materia de derechos fundamentales. En primer lugar, se trata de un texto que reposa “sobre una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos”³⁵⁵. Por tanto, ya desde su Preámbulo, el Convenio revela su intención de alcanzar estándares compartidos por los Estados adheridos lo que implica, en todo caso, la aceptación por todas las Altas Partes Contratantes del estándar mínimo fijado por el Convenio. El segundo motivo que fundamenta nuestra elección es el hecho de que todos los Estados miembros de la Unión europea forman parte del Consejo de Europa y todos igualmente se han adherido al CEDH.

Centrándonos en el grado de asimilación del contenido del CEDH en los órdenes jurídicos internos, a efectos metodológicos, dividiremos nuestro análisis en dos partes. En la primera de ellas, estudiaremos el

del hombre » en su Informe sobre la reforma del sistema de control del CEDH. Doc. H (92) 14, p. 48. *RUDH* 1992, p. 520.

³⁵⁴Entre los abundantes instrumentos internacionales de protección universal de derechos humanos destacamos: la Declaración universal de derechos humanos (1948), el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (1966), el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966); entre los textos elaborados en el seno del Consejo de Europa, señalar fundamentalmente: El Estatuto del Consejo de Europa (1949), el CEDH (1950) y sus protocolos, la Carta Social Europea (1961), el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y las penas o tratos inhumanos y degradantes (1987).

³⁵⁵Cfr. párrafo 5 *in fine*, del Preámbulo del CEDH de 1950.

grado de “absorción”³⁵⁶ producida por la aplicación directa del CEDH en los órdenes constitucionales internos. La medida de esta asimilación se realizará teniendo especialmente en cuenta, como parámetro objetivo, el grado de integración del CEDH en los órdenes jurídicos internos y, si fuera el caso, la posición que el Convenio de Roma ocupa en la jerarquía normativa nacional (sección 1). En la segunda, precisaremos el grado de asimilación producida por la acción derivada del original mecanismo de garantía instaurado por el propio CEDH. Dicho de otro modo, con objeto de valorar la fuerza asimiladora del Convenio de Roma en la modificación de las legislaciones estatales concernidas, estudiaremos los efectos que las sentencias condenatorias del Tribunal Europeo han producido en algunos de los Estados miembros (Sección 2).

³⁵⁶Utilizamos el mismo vocablo empleado por SUDRE, F., en « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d’Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l’homme ». *La Semaine Juridique édition générale*, n°. 1-2, enero 1998, p. 12.

Sección 1: Los efectos de la declaración de derechos del CEDH en los órdenes jurídicos internos: la incidencia en el proceso armonizador de su posición jerárquica en los órdenes constitucionales estatales

Ahora bien, en lo que atañe a nuestro estudio, la influencia armonizadora de la declaración de derechos y libertades contenida en el Convenio de Roma no es en absoluto desdeñable. Por este motivo, en esta sección nos ocuparemos de su conveniente valoración. Si bien, con carácter previo, consideramos necesario determinar brevemente la naturaleza y el contenido del Convenio de Roma, con objeto de distinguirlo de otros instrumentos internacionales existentes en la materia.

El CEDH es el primer Tratado multilateral elaborado en el seno del Consejo de Europa. Firmado en Roma en 1950, es un instrumento de Derecho internacional³⁵⁷ consagrado a la protección de los derechos humanos. Pero, a diferencia de un Tratado internacional clásico cuenta con un “régimen jurídico ambivalente”³⁵⁸, es decir, el CEDH se configura como un Tratado destinado a aplicarse tanto en el orden jurídico internacional como en los órdenes internos de los Estados miembros³⁵⁹. Un Tratado, que no se limita a establecer líneas directrices que pueden inspirar los órdenes jurídicos estatales³⁶⁰, sino que impone obligaciones

³⁵⁷Sobre este punto, ver TAVERNIER, P., “La Cour européenne des droits de l’homme applique-t-elle le droit international ou un droit de type interne? ». En *Quelle Europe pour les droits de l’homme?. La Cour de Strasbourg et la réalisation d’une Union plus étroite* (35 années de jurisprudence: 1959-1994). Dir. Paul Tavernier. Bruylant, Bruselas, 1996, concretamente, pp. 27 y s

³⁵⁸Cfr. FOURTEAU, H., *L’application de l’article 3 de la CEDH dans le droit interne des États membres*, op. cit., p. 17.

³⁵⁹Ver CLAUDE, V., *L’interprétation consensuelle de la CEDH*. Publicado por l’Institut de droit européen des droits de l’homme (IDEDH), Universidad de Montpellier, 1998.

³⁶⁰Como es bien sabido, dos años antes de la firma del Convenio de Roma vio la luz, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas la Declaración Universal de Derechos Humanos. Esta fue la primera declaración multilateral de derechos humanos ; sin embargo, carece de una real fuerza jurídica, limitándose

(y en su caso sanciones) a los Estados adheridos en el ámbito de incidencia del Convenio. Este segundo aspecto es el que refleja la originalidad del Convenio de Roma y del que dimana su fuerza armonizadora.

En efecto, el “carácter objetivo”³⁶¹ que poseen las disposiciones contenidas en el Convenio refleja claramente la intención de sus redactores por superar los objetivos perseguidos por los Tratados internacionales “clásicos”. Así, el CEDH no sólo genera obligaciones a los Estados en sus relaciones recíprocas, sino que además impone a las Altas Partes Contratantes la obligación de proteger los derechos fundamentales de los particulares sometidos a su jurisdicción³⁶².

Esta intención del Convenio se manifiesta concretamente en la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos *Austria c/ Italia*, de 11 de enero de 1961 en la que la Comisión afirma que “las obligaciones suscritas por los Estados miembros poseen esencialmente un carácter objetivo, en cuanto que tienden a proteger los derechos fundamentales de los particulares contra los comportamientos de los Estados miembros, más que a crear derechos subjetivos y recíprocos entre estos últimos”. El profesor SUDRE define el significado de “carácter objetivo” de los derechos humanos afirmando que “...no se atribuyen a los individuos por vía de un estatuto jurídico particular revocable sino que van unidos por principio a la sola cualidad de persona”³⁶³. De este modo, el sistema de protección de derechos instaurado por el CEDH “transciende los intereses estatales y establece la solidaridad común,

a inspirar, en la medida que los Estados consideren oportuno, los ordenamientos jurídicos internos en materia de derechos humanos.

³⁶¹Ver, SUDRE, F., “L’influence de la CEDH sur l’ordre juridique interne”. *RUDH*, 1991, pp. 259 y s.

³⁶²En este sentido tener en cuenta las observaciones de SUDRE, F., en “Existe-t-il un ordre public européen?. En *Quelle Europe pour les droits de l’homme?. La Cour de Strasbourg et la réalisation d’une Union plus étroite*, op. cit., sobre todo, pp. 46 y 47.

³⁶³Cfr. SUDRE, F., *La Convention européenne des droits de l’homme*. Que sais-je ?. PUF, París, 3ª edición, 1994, p. 9.

que se manifiesta tanto en el plano del disfrute como del ejercicio de los derechos”³⁶⁴.

Directamente relacionado con el carácter objetivo de las disposiciones convencionales aparece la característica exclusión de la cláusula de reciprocidad como elemento condicionante de la efectividad del Convenio. Esto significa que la aplicación del CEDH en cualquiera de los Estados no se supedita a la actitud de las otras Altas Partes Contratantes; por tanto, no puede alegarse el incumplimiento de alguna de las obligaciones del Convenio por parte de uno de los Estados parte como excusa del incumplimiento propio.

Teniendo en cuenta estas breves pinceladas que trazan las características generales que definen al CEDH, en estos momentos, ya podemos avanzar los criterios que utilizaremos en el estudio del alcance de la influencia armonizadora de sus disposiciones. En concreto, tres son los parámetros a tener en cuenta. En primer lugar, si el CEDH ha sido o no integrado en los órdenes jurídicos respectivos, es decir, si a sus disposiciones se les reconoce efecto directo en los Derechos internos. Si así fuera, la fuerza armonizadora del Convenio podrá variar según la posición jurídica que se le asigne en el sistema de jerarquía normativa estatal. Por ello, el segundo parámetro de análisis consistirá en determinar la influencia que el rango normativo del Convenio despliega en el proceso armonizador. Finalmente, el último de los criterios objetivos que utilizaremos será el estudio del efecto armonizador que alcanza el CEDH por la vía de la interpretación de los Derechos internos “a la luz” del propio Convenio y de la jurisprudencia del TEDH, esto es, la influencia de la aplicación indirecta de los preceptos convencionales por

³⁶⁴Ibídem, p. 9. Además una consecuencia del carácter objetivo del CEDH es que su aplicación no se limita a los nacionales de las APC, sino que tal y como recoge el artículo 1 los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio se reconocen a *toda* persona. Un estudio detallado sobre la aplicación del CEDH a los extranjeros lo encontramos en FREIXES, T. Y REMOTTI, J.C., “Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la

el Juez interno (B).

Pero antes de abordar estos contenidos, es preciso enmarcar la investigación en el contexto de las relaciones existentes entre las Altas Partes Contratantes y el mecanismo de protección de derechos instaurado por el Convenio de Roma (A).

A) La configuración del CEDH como instrumento subsidiario de protección de los derechos fundamentales

La subsidiariedad, en cuanto principio básico regulador de las relaciones internacionales de los Estados, resulta difícil de definir y más aún de precisar en su aplicación práctica. En el marco concreto del CEDH, la subsidiariedad se erige en el principio que regula la articulación de los órdenes jurídicos de las Altas Partes Contratantes y el orden jurídico establecido por el Consejo de Europa. Este principio se manifiesta tanto en los aspectos procesales³⁶⁵ que se derivan de la regla del agotamiento de las vías de recursos internos como exigencia previa para poder acceder al TEDH, como en los aspectos materiales³⁶⁶ resultantes de la configuración del CEDH como estándar mínimo de protección de los derechos que consagra.

La lógica de la subsidiariedad viene determinada, en buena medida, por un criterio de eficacia. Lo que traducido al supuesto que nos ocupa significa que el CEDH presupone que la protección dada por los órdenes jurídicos nacionales en la garantía de los derechos fundamentales es, en principio, más eficaz que la que puede ofrecer el

jurisprudencia del TEDH". *Revista de Derecho Político*, UNED, nº. 44, 1988, pp. 103 y s. y fundamentalmente pp.114 a 137.

³⁶⁵Entre la reciente doctrina consagrada al análisis del principio de subsidiariedad en el CEDH destacamos DE SHUTTER, O., "La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédural". En *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, Bruselas, 2000, pp. 63 y s.

³⁶⁶Ver especialmente el artículo de CALLEWAERT, J. "La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme: la dimension substantielle". En *L'Europe de la subsidiarité*, op.cit., pp. 13 y s.

mecanismo del Convenio. Así, centrándonos en el aspecto sustantivo de la subsidiariedad, la primera consecuencia derivada de su aplicación se manifiesta en el hecho de que la ratificación del CEDH por los Estados no implica, en ningún caso, la sustitución de los catálogos de derechos fundamentales existentes en los órdenes jurídicos internos por la declaración de derechos contenida en el Título I del CEDH³⁶⁷. Bien al contrario, la configuración del Convenio como *standard minimum* de protección de los derechos humanos supone que sus disposiciones, interpretadas conformemente a la jurisprudencia del TEDH, desplegarán su eficacia *únicamente* en los supuestos en los que la normativa nacional y la aplicación que de ésta realizan los órganos jurisdiccionales estatales sea inferior en alcance y protección a la que ofrece el Convenio (art. 53 CEDH)³⁶⁸.

Teniendo en cuenta este carácter subsidiario³⁶⁹ del Convenio de Roma, el estudio de su posible efecto directo en los órdenes jurídicos nacionales constituye un interesante parámetro objetivo que nos permitirá determinar el grado de influencia armonizadora que este instrumento internacional podría llegar a alcanzar³⁷⁰.

³⁶⁷En este mismo sentido se pronuncia EISSEN, M.A., cuando afirma que “les regles de la Convention ne remplacent et ne supplantent pas en bloc les normes analogue du droit interne: elles s’y ajoutent ou se superposent, les complètent ou renforcent au besoin, en corrigeant, le cas échéant, les lacunes, carences ou défaillances”. En “L’interaction des jurisprudences constitutionnelles, nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Coloquio le Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l’homme. Droits et libertés en Europe*. Actas del coloquio de Montpellier, 20-21 enero 1989, p. 137.

³⁶⁸El artículo 53 CEDH afirma que “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio 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 el que ésta sea parte”.

³⁶⁹El TEDH ha afirmado el carácter subsidiario del mecanismo de protección instaurado por el CEDH entre otras en su sentencia *Handyside*, de 7 de diciembre 1976, serie A, n.º. 24, considerando 48.

³⁷⁰Sobre el efecto directo del CEDH ver, entre otros, el estudio de COUSSIRAT-COUSTÈRE, V., “Convention européenne des droits de l’homme et droit interne: primauté et effet direct”. En *la CEDH. Actes de la journée d’étude du 16 novembre 1991*. Ed. NEMESIS, Lille, 1992. Igualmente, ver el análisis de GREWE, C, “La question de l’effet direct de la Convention et les résistances nationales”. En *Quelle Europe...?*, op. cit., pp. 149 et s.

En efecto, este criterio resulta interesante por el hecho de que ni el CEDH ni la jurisprudencia del TEDH³⁷¹ imponen formalmente a los Estados la obligación de reconocer a las disposiciones del Convenio un efecto directo en los órdenes nacionales. Corresponde, pues, a aquéllos según su normativa interna determinar la posición que el CEDH va a ocupar en su sistema de fuentes. La decisión de los Estados en este sentido tendrá, como expondremos a continuación, importantes consecuencias prácticas sobre la cuestión que nos ocupa.

Con carácter general se entiende que los Tratados sólo generan obligaciones a los Estados en el plano internacional. Sin embargo, es posible que del contenido y fines de un Tratado se perciba además su intención de crear derechos y obligaciones en la esfera de los particulares. Ya se sabe que para que una norma convencional pueda desplegar efecto directo debe, por un lado, contener disposiciones « *self-executing* », es decir, disposiciones que en si mismas y sin necesidad de ninguna otra medida interna puedan aplicarse directamente en los ordenamientos estatales; y por otro, además de imponer obligaciones en el plano estatal deben engendrar derechos y obligaciones en la esfera de los particulares.

Aunque hemos advertido que *formalmente* el CEDH no impone a los Estados miembros la obligación de integrar sus disposiciones en los órdenes nacionales, el artículo primero del Convenio de Roma³⁷²

³⁷¹Ver en este sentido la sentencia del TEDH *Syndicat Suédois des conducteurs de locomotives*, de 6 de febrero de 1976, serie A, n.º. 20 en cuyo considerando 50 el TEDH advierte que “ni l’article 13 de la Convention ni la Convention en général ne prescrivent aux États une manière déterminée d’assurer dans leur droit interne l’application effective de toutes les dispositions de cet instrument”.

³⁷²Cfr. GOLSONG, H., es claro en este sentido cuando afirma que “L’article premier indique avec suffisamment de clarté la volonté des États contractants de reconnaître aux individus placés sous leur juridiction les droits fondamentaux conventionnels (...) Il s’agit donc des droits qui se prêtent à une application par le juge, si toutefois le droit national le permet”. En “L’effet direct, ainsi que le rang en Droit interne, des normes de la CEDH et des décisions prises par les organes institués par celle-ci”. En *Les recours des individus devant les instances*

denota³⁷³ la intención de sus redactores de dotar a las disposiciones del mismo de un efecto directo³⁷⁴. El Tribunal de Estrasburgo precisamente ha destacado esta interpretación en su sentencia *Irlanda c/ Reino Unido* al afirmar que la intención de los redactores del Convenio “se refleja con una fidelidad particular allí donde el Convenio ha sido incorporado al orden jurídico interno”³⁷⁵.

Pero al margen de este pronunciamiento, como hemos señalado, la decisión de integrar o no el Convenio en los órdenes internos depende exclusivamente de la voluntad de cada Estado miembro³⁷⁶. Por tanto, la no incorporación del Convenio al orden interno no genera, por si misma, la vulneración de éste. Sin embargo, la decisión de los Estados en uno u otro sentido tendrá una gran incidencia: sólo si se reconoce efecto directo a las disposiciones convencionales, éstas podrán ser alegadas por los particulares ante los órganos jurisdiccionales internos, e igualmente sólo así el Convenio podrá ser utilizado directamente por los jueces nacionales para fundamentar sus decisiones. Si no se le reconoce efecto directo, el CEDH sólo podrá utilizarse como mera fuente indirecta de interpretación de las normas internas. Así pues, la decisión en uno u otro sentido repercute directamente en el objeto de nuestro estudio ya

nationales en cas de violation du droit européen. Institut d'études européennes. Université Libre de Bruxelles. LARCIER, Bruselas, 1978.

³⁷³Tal y como afirma, COHEN-JONATHAN, G., para saber si una disposición convencional es directamente aplicable hay que buscar en la intención explícita o implícita de los autores del texto. « La place de la CEDH... », op. cit., p. 3.

³⁷⁴En este mismo sentido se pronuncia COHEN JONATHAN, G., en *La Convention européenne des droits de l'homme*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, París, 1989, p. 242.

³⁷⁵STEDH de 18 de enero de 1978, serie A, nº. 25 considerando 239.

³⁷⁶En este sentido, se pronuncia GOLSONG, H., en “L'effet direct...”, op. cit., p. 60, cuando afirma que “le traité international, même s'il ne vise pas la création d'un ordre juridique autonome, peut renfermer des éléments qui tendent vers une applicabilité de ses normes en droit interne, soit que l'objet et le but du traité le manifestent, soit que le traité comporte en lui-même l'obligation formelle à charge des États contractants 'd'ouvrir' leur ordre juridique interne à une 'entrée' du traité international. Mais, en dehors de cas spécifiques concernant la création d'un ordre juridique nouveau et structuré, il n'est pas possible qu'une norme conventionnelle internationale se trouve applicable dans l'ordre interne d'un État souverain sans le concours d'aucune mesure nationale”.

que *a priori* la incidencia del Convenio como fuente de armonización sería lógicamente más intensa en los Estados en los que se encuentre integrado en su orden interno, desplegando a *sensu contrario* menos fuerza armonizadora en aquéllos que no le reconocen efecto directo. Sólo un estudio pormenorizado de la influencia directa e indirecta del CEDH en los ordenamientos jurídicos en estudio, nos permitirá determinar si, en la práctica, esta afirmación es acertada.

Con objeto de valorar *in concreto* el valor armonizador, -ya sea directo o indirecto-, de la declaración de derechos contenida en el Convenio de Roma, consideramos interesante detenernos en el estudio de la recepción del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH en los órdenes nacionales de los quince Estados miembros de la Unión europea. Seguidamente, observaremos la influencia armonizadora real utilizando como parámetro la aplicación cotidiana del CEDH por los tribunales internos en cada uno de los Derechos analizados.

B) La incidencia del sistema de declaración de derechos del CEDH en el proceso de conformación de un Derecho común europeo de los derechos fundamentales.

Podría afirmarse que el Convenio de Roma es el Derecho común europeo de los derechos fundamentales. De hecho, los 13 preceptos del Convenio que contienen los derechos humanos y libertades fundamentales constituyen el sustrato común compartido por todas las Altas Partes Contratantes, el estándar mínimo que desarrolla la intención manifestada por sus redactores de realizar una unión más estrecha entre los miembros del Consejo de Europa³⁷⁷. Por consiguiente, deducir una equivalencia entre CEDH y Derecho común europeo de los derechos fundamentales no debería plantear mayores controversias. Ahora bien, sin negar la veracidad de esta deducción, convendría establecer ciertas

³⁷⁷Ver el párrafo tercero del Preámbulo del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

precisiones con objeto de justificar la aproximación que creemos más adecuada para abordar el estudio.

Concretamente estimamos que el papel preeminente del CEDH en el proceso de conformación de un Derecho común europeo de los derechos humanos se manifiesta fundamentalmente desde la influencia ejercida por el Convenio en los distintos órdenes jurídicos nacionales. Dicho de otro modo, la mera aceptación del Convenio de Roma por los Estados como mínimo común denominador en materia de derechos fundamentales no convierte, por sí solo, al CEDH en el Derecho común europeo; no es sino la asimilación progresiva del contenido del Convenio en los respectivos órdenes jurídicos nacionales lo que realmente revela la existencia de un patrimonio europeo de los derechos humanos.

De este planteamiento se deduce la aproximación que hemos elegido para abordar el estudio, una aproximación que no puede ser sino evolutiva, ya que el propio patrimonio se encuentra en constante evolución. Pero además, una aproximación cuyo elemento de estudio, como ya hemos advertido, no es el Convenio de Roma en sí mismo sino las influencias y tensiones surgidas en los órdenes estatales fruto de la penetración del CEDH en las estructuras internas. Estas constantes tensiones e influencias muestran claramente la existencia de reticencias estatales de diversa índole, que dificultan en la práctica el proceso de asimilación. Sin negar la enorme incidencia que factores políticos y sociológicos ejercen en la práctica aplicación de los instrumentos internacionales, la naturaleza del presente análisis nos lleva a prescindir de su estudio. Por el contrario, una aproximación estrictamente jurídica de la cuestión se impone de evidencia.

Desde esta perspectiva, el alcance armonizador que pueda alcanzar un instrumento internacional de las características del CEDH va a variar según la posición que ocupe respecto de cada orden jurídico interno. La integración del Convenio en los órdenes jurídicos de las Altas Partes Contratantes implica el reconocimiento del efecto directo de sus

disposiciones y, por tanto, su posible invocación por los particulares frente a los Poderes del Estado. En buena lógica, la influencia armonizadora ejercida por el CEDH será superior en los órdenes jurídicos de los Estados que hayan procedido a su integración en Derecho interno (1). Paradójicamente, un estudio pormenorizado de la aplicación del Convenio de Roma en cada uno de los órdenes jurídicos de los quince Estados miembros de la Unión europea muestra que el impacto armonizador real del CEDH en los órdenes internos se produce más por su utilización como criterio interpretativo (2) que por la aplicación directa de sus disposiciones. En cualquier caso, la aplicación directa o indirecta del Convenio en los ordenes jurídicos internos va a depender, en su mayor parte, de la utilización que los jueces y tribunales nacionales realicen de este instrumento (3).

1.- La influencia armonizadora del CEDH como fuente de Derecho integrada en los órdenes jurídicos de los Estados miembros

Como hemos destacado en páginas anteriores, el CEDH no impone a las Altas Partes Contratantes la obligación de integrar sus disposiciones en los órdenes jurídicos estatales. Sin embargo, la decisión en uno u otro sentido resulta muy significativa ya que, al margen de la relevancia jurídica que entraña, manifiesta claramente la predisposición de cada orden jurídico estatal a la absorción del Convenio.

Una panorámica general de la posición del CEDH en los órdenes jurídicos de los quince Estados miembros de la Unión europea nos lleva a plantear la exposición teniendo en cuenta dos criterios objetivos que nos permitirán valorar la real incidencia del Convenio de Roma en los órdenes estatales. Por un lado, el primer criterio se centrará en determinar la repercusión que, en el proceso armonizador, presenta la eventual integración de las disposiciones del CEDH en los órdenes jurídicos estatales. Por otro lado, el segundo criterio nos permitirá determinar si la posición que los Estados otorgan al CEDH en sus

ordenamientos jurídicos internos influye en su utilización cotidiana y, por tanto, en su incidencia armonizadora. Respecto a este último aspecto nos referiremos específicamente a la relación jerárquica que existe en cada Estado miembro de la Unión entre las disposiciones del CEDH y los preceptos contenidos en las constituciones nacionales.

a. Avanzamos ya en este momento que, excepción hecha de Irlanda, en el resto de Estados miembros de la Unión europea, el CEDH ha sido integrado en los órdenes jurídicos internos respectivos. No obstante, este elemento común a catorce de los quince Estados miembros no simplifica nuestro análisis ya que, como veremos a continuación, la posición y el alcance armonizador del Convenio en cada uno de estos órdenes jurídicos varía notablemente en la práctica. Se impone, por tanto, la presentación de una breve panorámica general de las "pirámides normativas" de los quince Estados miembros, de cuyo resultado podremos extraer las convenientes conclusiones.

b. Resulta bien sabido que desde la perspectiva del Derecho internacional, las disposiciones internacionales prevalecen sobre el Derecho interno de cualquier rango que sea (artículo 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de Tratados, de 22 de mayo 1969). Ahora bien, desde la perspectiva del Derecho interno, no son sino los principios de jerarquía normativa y de competencia los que determinan la "categoría" de la norma internacional y, en el aspecto que nos interesa, su real alcance en el ordenamiento jurídico. Con independencia de los procedimientos estatales previstos de recepción de la norma internacional, la cuestión de la posición jerárquica que se le atribuya cobra una especial transcendencia en la determinación del alcance armonizador que puede adquirir el CEDH. La razón es simple, cuanto más elevado sea el rango que ostente en la pirámide normativa estatal, más normas (inferiores) quedarán bajo su influencia directa. Expuesto en términos muy elementales, este principio de lógica jurídica presenta, como veremos a continuación, un amplio crisol de matices en los ordenamientos jurídicos de los quince Estados miembros.

Desde lo más alto de la pirámide normativa, sólo uno de los quince Estados en estudio, los *Países Bajos*, ha reconocido rango supra constitucional al CEDH. Los *Países Bajos* ratificaron el CEDH el 31 de agosto de 1954 otorgándole dentro de su sistema de jerarquía normativa un rango superior al de la propia Constitución. Y es precisamente la Constitución holandesa, en sus artículos 91 a 95, la que reconoce esta superioridad indiscutible de las normas internacionales. La posición preponderante del Convenio de Roma en la pirámide normativa holandesa genera una consecuencia inmediata derivada del principio de jerarquía normativa: una eventual contradicción entre una disposición convencional y cualquier norma de producción interna, incluido un precepto constitucional, debe resolverse con la eliminación de la norma interna del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, esta posición privilegiada del Convenio en Holanda, no ha tenido la traducción práctica que de la lógica constitucional cabría esperar. Esta circunstancia tiene una explicación que nos interesa resaltar por sus implicaciones en el proceso armonizador del Convenio de Roma. Sin adelantar conclusiones, baste ahora con atraer la atención sobre la importancia del papel de los jueces y tribunales nacionales en el proceso armonizador de los órdenes estatales. Si la práctica judicial ignora el Convenio, de poco sirve el rango que ostente en la pirámide normativa, incluso, como en el caso holandés, cuando su valor es superior al de la misma Constitución.

En concreto, en los Países Bajos, se constata claramente que hasta la década de los 80, las jurisdicciones nacionales no comienzan a aplicar cotidianamente las disposiciones del Convenio de Roma. A partir de entonces, los tribunales holandeses van a utilizar con frecuencia el CEDH, si bien, únicamente en un 9% de los casos, el Tribunal Supremo holandés va a concluir declarando la violación de alguna disposición del

CEDH³⁷⁸. En cualquier caso, la influencia del CEDH en Holanda es indiscutible, si bien su incidencia, -como tendremos ocasión de exponer en el siguiente epígrafe-, se ha manifestado más por vía indirecta que directa.

También sólo en uno de los Estados miembros, en Austria, el CEDH tiene atribuido rango constitucional. Ratificado el 3 de septiembre de 1958, el CEDH tiene en Derecho austríaco valor constitucional reconocido retroactivamente por la Ley de Reforma Constitucional, de 4 de marzo de 1964. Por este hecho, las disposiciones del CEDH tienen la misma consideración que los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Todos ellos, al igual que las disposiciones del Convenio de Roma, son directamente invocables por los ciudadanos frente a todos los tribunales austríacos, incluido el propio Tribunal Constitucional. Sin duda, la posición privilegiada del CEDH en el orden jurídico austríaco le otorga una potestad armonizadora considerable. Pero al margen de su rango jerárquico, en el sistema normativo austríaco nos interesa destacar un hecho de singular importancia que afecta directamente a la aplicación regular del Convenio de Roma en la práctica judicial austríaca. En este Estado, como en algunos otros que señalaremos posteriormente, la frecuente invocación de las disposiciones del CEDH se propicia, en buena medida, por el carácter disperso del reconocimiento de los derechos fundamentales en el orden constitucional interno. Este hecho explica que el Convenio de Roma sea un instrumento aplicado cotidianamente por los jueces austríacos, ya sea directa o bien indirectamente a partir de la interpretación conforme de las disposiciones nacionales a la luz del CEDH.

³⁷⁸Los datos han sido obtenidos de POLAKIEWICZ, J.G., “La mise en oeuvre de la CEDH en Europa de l’Ouest: aperçu du droit et de la pratique nationaux. *RUDH*, 1992, pp. 359 y s., y GREWE, C., « La question de l’effet direct de la Convention et les résistances nationales. La situation dans d’autres pays ». *Quelle Europe... ?*, op. cit., pp. 149 y s.

Con rango supra-legal, el Convenio de Roma se integra en las pirámides normativas de Bélgica, Luxemburgo, Portugal, Grecia y Francia. A pesar de que, en todos ellos, el CEDH posee un rango superior a la ley pero inferior a la Constitución, no en todos ellos el reconocimiento del rango normativo se produce mediante una disposición normativa. Así, Bélgica, Luxemburgo y Portugal deben este rango a pronunciamientos jurisprudenciales, mientras que en Grecia y Francia el reconocimiento aparece recogido en disposiciones constitucionales.

En *Bélgica*³⁷⁹ y *Luxemburgo*³⁸⁰, el CEDH fue ratificado respectivamente el 14 de junio de 1955 y el 3 de septiembre de 1953. El reconocimiento de la posición normativa de las normas internacionales se produjo en Bélgica con la sentencia de la Cour de Cassation belga, *Fromagerie Franco-Suisse Le Ski*, de 27 de mayo de 1971 que afirmaba la primacía del CEDH sobre la ley, ya sea anterior o posterior³⁸¹. En Luxemburgo, nunca se discutió la primacía del Derecho internacional sobre la ley anterior, reconocida ya desde la sentencia de la Cour de Cassation luxemburguesa, de 14 de agosto de 1877. Sin embargo, la aceptación de la primacía del Derecho internacional sobre una ley posterior no se produjo hasta la sentencia de la Cour de Cassation, de 8 de junio 1950.

³⁷⁹Sobre la posición y el alcance preciso del CEDH en Bélgica, nos remitimos a los trabajos de VERDUSSEN, M, “La Cour d’arbitrage belge et l’application de la CEDH” *RFDC* n.º. 18, 1994, pp. 431 y s.; VELU, J., “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les Traités”. *Journal des Tribunaux*, n.º. 5649, 7 noviembre 1992; GANSHOF VAN DER MEERS, W.J. “Les droits de l’homme et la Constitution belge”. En *Mélanges P. Modinos*, 1968, p. 179.

³⁸⁰Sobre las relaciones entre el CEDH y el Derecho luxemburgués consultar los trabajos de KINSCH, P., “L’application du droit international public par les Tribunaux luxembourgeois”. *Annales du droit luxembourgeois*. 1993, pp. 183 y s.; y SPIELMANN, A. y WEITZEL, A., *La CEDH et le droit luxembourgeois*. Nemesis, 1991.

³⁸¹La Cour de Cassation belga afirmó en esta sentencia que « Attendu que, lorsqu’un conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l’ordre juridique interne, la règle établie

En Bélgica, al igual que en Austria, el catálogo de derechos fundamentales contenido en su Constitución es escaso, lo que ha propiciado referencias abundantes de los jueces belgas tanto al CEDH como a la jurisprudencia del TEDH. En Luxemburgo, por el contrario, se constata que los tribunales luxemburgueses hacen escasas referencias explícitas a este instrumento, utilizándose sobre todo como fuente interpretativa.

En *España*, la propia Constitución en su artículo 96.1 establece que “los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno...”. Según lo dispuesto en este precepto, en Derecho español los Tratados internacionales no requieren de ningún acto legislativo interno de recepción, basta con su publicación oficial para que comiencen a desplegar sus efectos. En este punto, no se suscitan mayores controversias y la doctrina no duda en calificar de monista al orden español. Sin embargo, mayor polémica causa la determinación del rango normativo que los Tratados internacionales en general y, particularmente el CEDH, ostentan en la jerarquía de fuentes española.

La redacción de la Constitución no deja lugar a dudas sobre la posición infra-constitucional de los Tratados internacionales en el ordenamiento español ya que “la celebración de un Tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la revisión constitucional” (artículo 95.1)³⁸². La controversia aparece, sin embargo, cuando debe determinarse si los Tratados internacionales tienen en Derecho español rango legal o supra-legal. En este punto la doctrina está dividida³⁸³.

par le Traité doit prévaloir ; que la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel... ».

³⁸²Ver en este sentido DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel Derecho, Barcelona, 1987, p. 125.

³⁸³Recomendamos especialmente el estudio de SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., que refleja las opiniones de los diversos autores en esta materia, en *El proceso de celebración de los Tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema*

La discusión nace en torno a la interpretación que debe darse al artículo 96.1 *in fine* que establece que las disposiciones de los Tratados internacionales “sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Así pues, el debate se produce en los siguientes términos: el hecho de que una ley posterior a un Tratado no pueda modificar las disposiciones de este último ¿significa que los Tratados poseen un rango supra-legal?

La mayor parte de los internacionalistas³⁸⁴ plantean la cuestión en términos de jerarquía sosteniendo la supra-legalidad de los Convenios internacionales³⁸⁵. Esta interpretación se fundamenta sobre todo en las redacciones previas del artículo 96.1 de la Constitución. En este sentido resulta bien sabido que el artículo 6.1 del Anteproyecto de la Ley constitucional establecía expresamente que “los Tratados internacionales válidamente celebrados tendrán una vez publicados jerarquía superior a la de las leyes³⁸⁶”.

Ahora bien, la redacción del artículo 6.1 del Anteproyecto no se mantuvo finalmente en la Constitución vigente; circunstancia utilizada por algunos autores para negar la supra-legalidad de los Tratados

constitucional español. Teoría y prácticas. International Law Association, sección española, Madrid, 1984.

³⁸⁴Ver entre otros autores, PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho internacional Público y organizaciones internacionales*. 4ª. Edición, Tecnos, 1992, p. 201; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., SANCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho internacional público*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1990, pp. 236 y s.

³⁸⁵El profesor I. DE OTTO, matiza esta posición advirtiendo que la superioridad jerárquica de los Tratados sobre las leyes, únicamente se produciría en los supuestos de Tratados aprobados por ley orgánica (artículo 93 CE) o con autorización de las Cortes (artículo 94.1 CE). Los Tratados suscritos sólo por el Gobierno no gozarían por tanto, según este autor, de una posición de superioridad sobre las leyes. Ver DE OTTO, I., op. cit. p. 125.

³⁸⁶Cfr. B.O.C., de 5 de enero de 1978. Esta redacción tenía en cuenta el Dictamen del Consejo de Estado, de 25 de septiembre 1958 y la STS (Sala 4ª), de 27 de febrero 1970 que afirmaban la supralegalidad de los Tratados en Derecho español.

internacionales. Otros por su parte sostienen que esta cuestión no debe plantearse en términos de jerarquía sino de competencia. Así, como afirma el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA³⁸⁷, la materia cubierta por los Tratados “queda acotada como una esfera autónoma”, de modo que es por razón de la materia que una ley posterior no puede modificarlos o derogarlos y no porque los Tratados sean jerárquicamente superiores a las leyes. De esta forma, para los autores que defienden esta posición los Tratados internacionales no tienen más que rango legal y en ningún caso supra-legal.

En *Portugal*, el CEDH se ratificó el 9 de noviembre de 1978. Según lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Constitución portuguesa las disposiciones convencionales regularmente ratificadas o aprobadas se aplican en Derecho interno desde su publicación oficial. La Constitución portuguesa, sin embargo, tampoco alude al rango de la norma convencional en el orden nacional. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués ha suplido esta laguna reconociendo la primacía de los convenios internacionales sobre las leyes internas³⁸⁸.

La Constitución portuguesa, al igual que la española, se caracteriza por el extenso catálogo de derechos fundamentales que reconoce. Esto implica que la influencia armonizadora del Convenio de Roma en estos Estados se produce, no tanto por la aplicación directa de sus disposiciones, sino fundamentalmente por su aplicación como fuente de interpretación de la normativa interna. Por este motivo, al estudio de la influencia armonizadora de los órdenes jurídicos portugués y español nos remitimos al epígrafe segundo.

En *Grecia*, el CEDH fue ratificado el 28 de noviembre de 1950 e integrado en Derecho interno por la ley nº. 2329 de 18 de marzo de

³⁸⁷Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho administrativo I*, 6ª ed. CIVITAS, Madrid, 1993, p. 143.

³⁸⁸Tribunal Constitucional, acordãos 67/85, D.R. 1985, Tomo II, p. 5495 (5500). Referencia obtenida de POLAKIEWICZ, J.G, op. cit., p. 369.

1953³⁸⁹. Al Convenio de Roma se le reconoce un rango supra-legal según lo dispuesto en el artículo 28.1 de la Constitución helénica de 1975. A pesar de esta circunstancia, hasta los años 90 se constata un total desconocimiento del CEDH por parte de las jurisdicciones griegas. Actualmente, -si bien son escasas las referencias explícitas de los órganos judiciales a las disposiciones del CEDH o a las sentencias del TEDH-, se percibe una cierta evolución en la aplicación del Convenio por los tribunales helénicos³⁹⁰.

En *Francia*, el CEDH así como los Protocolos 1, 3, 4 y 5 fueron ratificados por la ley 73-1227, de 31 de diciembre de 1973. El CEDH, según lo dispuesto en el artículo 55 de la Constitución posee valor supra-legislativo lo que implica que, en caso de conflicto entre una ley francesa (ya sea anterior o posterior) y un Tratado internacional “régulièrement ratifié ou approuvé”, este último prevalece sobre la ley³⁹¹.

En general, el carácter directamente aplicable del Convenio no fue discutido por los jueces franceses. Por tanto, los particulares desde la ratificación del CEDH han podido invocar sus disposiciones ante el Juez nacional. No obstante, en ocasiones, esta invocación ha requerido una confrontación entre las disposiciones del Convenio y una ley nacional posterior. En estos casos, a pesar del tenor del artículo 55, el Conseil d’Etat francés se encargó de constatar inicialmente su reticencia a hacer valer la primacía de las normas internacionales³⁹² cuando la norma

³⁸⁹Recordamos que Grecia se retiró del Consejo de Europa y denunció el CEDH durante la dictadura. Con el restablecimiento de la democracia, el 28 de noviembre de 1974 el Convenio fue nuevamente ratificado por el Estado helénico.

³⁹⁰Cfr. POLAKIEWICZ, J.G., op. cit., pp. 365 y 366.

³⁹¹ Sobre las relaciones entre el orden jurídico internacional y el orden jurídico francés, destacamos el reciente artículo de TEBOUL, G., “Ordre juridique international et ordre juridique interne. Quelques réflexions sur la jurisprudence du juge administratif”. *RDP*, n.º. 3-1999.

³⁹² Sobre la práctica jurisprudencial francesa en materia de primacía de los tratados internacionales sobre el derecho francés consultar, COHEN-JONATHAN, G., “La place de la Convention européenne des droits de l’homme

interna corcenida era una ley posterior³⁹³ (A esta cuestión le dedicaremos una especial atención cuando abordemos la reacción de las jurisdicciones francesas ante la exigencia de primacía del Derecho comunitario sobre las normas estatales. (Ver infra, Segunda parte, Título 1, Capítulo 2).

Por el contrario, la Cour de Cassation, desde el asunto *Administration des douanes c/ Société des cafés Jacque Vabre*, de 24 de mayo de 1975³⁹⁴ se reconoce competente para conocer de los litigios que opongan una norma nacional a un Tratado internacional, reconociendo la primacía de las disposiciones de estos últimos sobre la ley nacional posterior. A partir de esta fecha, en lo que al CEDH se refiere, se aprecia que la Cour de Cassation comienza a utilizar las disposiciones del Convenio para fundamentar sus decisiones. No obstante, la mayor parte de las Chambres civiles de la Cour de Cassation evitan referirse explícitamente al Convenio de Roma y sólo lo hacen cuando resulta imposible alcanzar el resultado descrito en el Convenio y en la jurisprudencia de Estrasburgo mediante la interpretación de la norma interna a la luz del CEDH. Del mismo modo, estas *Chambres* se muestran reticentes a aplicar de oficio motivos derivados del Convenio.

Por su parte, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation se muestra más receptiva en cuanto a la evocación expresa del CEDH, así como a la utilización de oficio del mismo³⁹⁵. Sin embargo, en ambos

dans l'ordre juridique français". En *Le droit français et la CEDH 1974-1992*. Dir. F. Sudre. Ed. Engel, 1994, pp. 8 y s.

³⁹³En este sentido, GENEVOIS, B., constata que ni el Conseil d'Etat ni el Conseil constitutionnel han cuestionado la primacía de los tratados internacionales, si bien, ninguna de estas dos instuciones ha asegurado plenamente su respeto. "Le droit international et le Droit communautaire" En *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*. LGDJ Montchrestein, 1988, p. 211.

³⁹⁴Cour de Cassation criminal, Rec. *Dalloz*, p. 497.

³⁹⁵Un estudio detallado de la aplicación del CEDH por la Cour de Cassation la encontramos en el artículo de DE GOUTTES, R. "Le juge judiciaire...", op. cit., pp. 226 y s., a cuyo contenido nos remitimos.

casos, debe señalarse que la Cour de Cassation declara con relativa frecuencia la no contradicción entre las disposiciones convencionales y nacionales concernidas, dejando de este modo inaplicable la norma convencional³⁹⁶. En algunos de estos supuestos, un recurso posterior ante el Tribunal de Estrasburgo ha mostrado al Juez francés que su apreciación era errónea

En cuanto a la aplicación del CEDH por el Conseil d'Etat, se constata una interesante evolución jurisprudencial que ha conducido al Conseil d'Etat "de l'incompréhension à l'intégration"³⁹⁷ del Convenio de Roma en sus sentencias. En efecto, la oposición inicial del Conseil d'Etat a controlar la conformidad de una ley posterior respecto a un Tratado internacional escudándose en la teoría del écran-législatif (ver infra Segunda parte, Título 1, Capítulo 2), ha dejado paso tras la sentencia *Nicolo* de 20 de octubre de 1989, (a cuyo estudio concreto nos remitimos al Título 1 de la Segunda parte) a una aplicación cada vez más frecuente de las disposiciones del Convenio y de la jurisprudencia de Estrasburgo en las decisiones del Conseil d'Etat.

Aunque es cierto que globalmente la legislación francesa es conforme a las exigencias impuestas por Estrasburgo, no lo es menos que numerosas prácticas internas e interpretaciones jurisprudenciales³⁹⁸ se alejan de los presupuestos marcados por el Convenio. No obstante, un buen número de estas prácticas e interpretaciones de los tribunales franceses han cedido en favor de una aplicación más ajustada del

³⁹⁶Un estudio exhaustivo de la jurisprudencia de la Cour de cassation en sus chambres civiles y penal lo encontramos en la obra de FABRE, M. y GOURON-MAZEL, A., *Convention européenne des droits de l'Homme. Application par le juge français. 10 ans de jurisprudence*. Litec, 1998.

³⁹⁷Ver ABRAHAM, R., "Le juge administratif français et la Cour de Strasbourg". En *Quelle Europe ...*, op. cit., p. 235.

³⁹⁸Las divergencias entre la jurisprudencia del TEDH y la del Conseil d'Etat se refieren fundamentalmente a la interpretación dada por uno y otro al artículo 6.1 del CEDH. Mientras que la del TEDH es extensiva, el Conseil d'Etat realiza una interpretación restrictiva.

Convenio de Roma³⁹⁹. Por tanto, la fuerza del CEDH y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en el orden jurídico francés es actualmente indiscutible⁴⁰⁰. Tanto es así que, algún autor, ha defendido la integración del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH - como antes lo fue la Declaración de derechos de 1789- en el bloque de constitucionalidad francés⁴⁰¹. Sin duda esta propuesta tendría una importante consecuencia práctica ya que la consideración del Convenio de Roma como elemento del bloque de constitucionalidad permitiría al *Conseil constitutionnel* referirse explícitamente (implícitamente ya lo hace) a las disposiciones del Convenio de Roma y a la jurisprudencia de Estrasburgo.

Por otra parte, *Alemania e Italia*, aunque de tradición dualista, no se presentan (a diferencia de la también dualista Austria) especialmente aperturistas en cuanto a la aplicación de los Tratados internacionales en sus órdenes internos. En la República Federal alemana⁴⁰², el CEDH fue ratificado el 5 de diciembre de 1952 e introducido en el Derecho interno

³⁹⁹En este sentido, consideramos interesante el estudio de VAILHÉ, J., que expone un buen número de materias en las que se constata el proceso de adecuación de algunas prácticas internas e interpretaciones jurisprudenciales francesas a las exigencias impuestas por el CEDH y por la jurisprudencia de Estrasburgo. En “L’application de la Convention européenne des droits de l’homme et de sa jurisprudence par les juridictions judiciaires françaises”. *RTDH*, 1999, p. 235 y s. Igualmente, tener en cuenta los ejemplos de sentencias del Conseil d’Etat francés citados por ABRAHAM, R., op. cit., pp. 244 y 245 y por COSTA, J-P., en “La CEDH et le Conseil d’Etat de France”. *RTDE*, 1990, pp. 125 y s. Tener en cuenta igualmente el trabajo de SERMET, L., *Convention européenne des droits de l’homme et contentieux administratif français*. Economica, 1996.

⁴⁰⁰En este sentido es preciso destacar la conclusión de DE GOUTTES, R., que afirma que “...Même s’il préfère appliquer son droit interne, le juge national ne peut plus le faire sans tenir compte de la Convention européenne; celle-ci l’oblige à faire un effort d’interprétation de son droit dans un sens qui soit compatible avec la Convention”, op. cit., p. 234.

⁴⁰¹Ver fundamentalmente el artículo de ROUSSEAU, D., “Vers un ordre juridictionnel européen des droits et libertés?”. In, *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l’homme. Droits et libertés en Europe*. Actes du colloque de Montpellier, 20-21 janvier 1989, (dir. D. ROUSSEAU, F. SUDRE). Editions STH, 1990, pp. 117 y s.

⁴⁰²Tras la unificación, las disposiciones del CEDH fueron también inmediatamente aplicables en los Länder del Este.

mediante ley federal. En Italia, el CEDH fue ratificado el 26 de octubre de 1955 e incorporado en Derecho interno durante ese mismo año por la ley 848 de 4 de agosto. En ambos Estados, al CEDH no se le reconoce más que un valor legislativo.

En Alemania esto se traduce en que el CEDH posee, según lo dispuesto en el artículo 59.2 LFB, el rango de ley federal por lo que, en principio, una ley federal posterior de sentido contrario podría dejar sin efecto lo dispuesto en el Convenio. No obstante, esta afirmación debe ser convenientemente matizada ya que en la práctica, en Alemania rige la presunción de que el Legislador cuando promulga una nueva ley no tiene la intención, salvo que así lo indique explícitamente, de modificar el texto convencional. En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional alemán en la sentencia de 26 de marzo de 1987⁴⁰³, en la que declaró la obligación de los tribunales alemanes de aplicar e interpretar los derechos fundamentales de conformidad con lo dispuesto en el CEDH. A partir de ese momento, se observó una mayor utilización de esta fuente, si bien de modo indirecto, por parte de los tribunales alemanes.

Entre los países escandinavos, *Finlandia*, procedió a la ratificación del CEDH, el 10 de mayo de 1990, incorporándolo en su Derecho interno en ese mismo año. *Dinamarca* y *Suecia*⁴⁰⁴, por su parte, si bien ratificaron el Convenio en los años 50, no lo integraron en su orden interno hasta la década de los 90⁴⁰⁵. Por tanto, durante 40 años, en estos Estados, el CEDH careció de efecto directo y, como analizaremos

⁴⁰³EuGRZ, 1987, p. 203.

⁴⁰⁴La situación del efecto directo en el orden jurídico sueco es explicado en detalle por SUNDBERG, F., en su artículo “La question de l’effet direct de la Convention. La situation dans les pays scandinaves”. En *Quelle Europe pour les droits de l’homme?. La Cour de Strasbourg et la réalisation d’une Union plus étroite* (35 années de jurisprudence: 1959-1994). Dir. Paul Tavernier. Bruylant, Bruselas, 1996, pp. 109 y s.

⁴⁰⁵En *Suecia* y *Dinamarca*, el CEDH se integró en Derecho interno respectivamente en 1995 y 1992.

posteriormente, únicamente pudo ejercer su influencia armonizadora indirectamente como fuente de interpretación.

Ciertamente, la incorporación del CEDH a los distintos órdenes jurídicos de las Altas Partes Contratantes aparece como la situación más adecuada para propiciar una mayor incidencia armonizadora de las disposiciones del Convenio de Roma en los Derechos internos. Pero, con independencia de la incorporación o no del CEDH en los Derechos nacionales, la influencia armonizadora que, en todos los Estados, puede desplegar el Convenio de Roma por vía indirecta no es, como veremos a continuación, en absoluto desdeñable.

2.- La influencia armonizadora del CEDH como fuente de interpretación de las normas internas

La distinción entre los Estados que han incorporado el CEDH a su orden interno y aquéllos que han optado por lo contrario presenta una importante consecuencia jurídica que ya hemos avanzado. En estos últimos (en el caso que nos ocupa sólo Irlanda se encuentra en esta situación), el Convenio de Roma sólo va a crear al Estado obligaciones en el plano internacional, sin que sus disposiciones puedan ser invocadas directamente por los particulares para hacer valer sus derechos ante los tribunales nacionales. Evidentemente, en Irlanda, dada la no incorporación del CEDH en Derecho interno, la fuerza armonizadora de sus disposiciones va a quedar exclusivamente reducida a la influencia que éste pueda ejercer por vía interpretativa.

Ahora bien, en los Estados que han procedido a la incorporación del CEDH en sus órdenes internos, el alcance armonizador del Convenio por vía directa no es en absoluto excluyente respecto a la influencia derivada de su aplicación indirecta. De hecho, como tendremos ocasión de comprobar, en algunos de estos Estados, la aplicación indirecta del Convenio de Roma ha generado (y continua generando) una asimilación

superior en intensidad y en alcance que la procurada por la propia aplicación directa de sus disposiciones.

Para comenzar es preciso señalar que en *Irlanda*, el Convenio fue ratificado el 25 de febrero de 1953. Ciertamente, nos encontramos ante el único Estado de la Unión Europea que pudiendo haber dotado de efecto directo a las disposiciones del Convenio por ley del Parlamento, aún hoy, no ha procedido a su integración en su orden interno. La consecuencia principal de esta decisión es que en Irlanda el CEDH no genera obligaciones más que en el plano internacional. Por tanto, los particulares no pueden invocar sus preceptos ante los tribunales internos. En Irlanda, al igual que en otros Estados de tradición dualista, rige la presunción de que el Legislador no adopta leyes contrarias a sus obligaciones internacionales, salvo que expresamente manifieste lo contrario.

En la práctica, la posición irlandesa sobre la aplicación judicial del CEDH queda perfectamente reflejada en la decisión *O'Laighléis v. O'Sullivan and Minister of Justice*, de 3 de diciembre de 1957⁴⁰⁶. En esta sentencia, el Tribunal Supremo irlandés declara que no habiendo sido integrado en Derecho irlandés por el Parlamento, el CEDH no puede ser utilizado por los jueces irlandeses en los casos en los que éste sea contrario al Derecho interno o imponga obligaciones adicionales a las recogidas en las leyes internas. Esto no impide, sin embargo, que los jueces irlandeses se refieran a las disposiciones convencionales para interpretar el Derecho interno, aunque en la práctica la aplicación indirecta del Convenio por los jueces irlandeses sigue siendo muy escasa.

Bien diferente es la utilización del CEDH por los jueces ingleses. Así, en *Inglaterra*, el CEDH se ratificó el 8 de marzo de 1953, aunque no se incorporó al orden interno británico hasta el 9 de noviembre de

⁴⁰⁶Decisión *O'Laighléis v. O'Sullivan et Minister of Justice*, de 3 de diciembre de 1957, [1960] IR 93 at 125; 2 Yearbook(1958-9), 608-27, at 624

1998⁴⁰⁷. Pero en cualquier caso, ya antes de su integración en Derecho interno las referencias de los jueces ingleses⁴⁰⁸ al CEDH eran abundantes⁴⁰⁹.

Concretamente, en Inglaterra rige la presunción de que el Legislador no adopta leyes contrarias a sus obligaciones internacionales⁴¹⁰. Esta presunción permite un importante efecto indirecto del Convenio⁴¹¹ que, no obstante, encuentra dos límites generales a su aplicación. En primer lugar, en caso de contradicción frontal entre el Convenio y la ley, el Juez británico está obligado a aplicar la ley interna. Por tanto, el Convenio únicamente será utilizado en los supuestos en los que, sin llegar a una oposición frontal entre la norma interna y la disposición convencional, se constate una cierta ambigüedad en cuanto a la interpretación o aplicación que el Juez debe otorgar a una disposición nacional⁴¹².

⁴⁰⁷Human Rights Acts 1998.

⁴⁰⁸Sobre la aplicación del CEDH por los tribunales ingleses, consultar RESS, G., “Effets des arrêts de la Cour européenne des Droits de l’Homme en Droit interne et pour les tribunaux nationaux”. En *Convention européenne des Droits de l’Homme*. Actos del 5 Coloquio Internacional 9-12 de abril 1980. Pedone. París, 1982, pp. 279 y s.

⁴⁰⁹Nos remitimos al sumario de referencias de los Tribunales ingleses a cada una de las disposiciones del Título I del CEDH y a los artículos 1 y 2 del Protocolo nº. 1, recogido por JACKSON, D.W., en *The United Kingdom confronts the European Convention on Human Rights*. University Press of Florida, 1997, p. 127.

⁴¹⁰“This principle is supplemented by the rule of construction under which the judiciary, while recognizing the overriding effect of Acts of Parliament, interprets legislation in such a manner as to avoid conflict with international agreements ratified by the U.K.”, DRZEMCZEWSKI, A., *European Human rights Convention in Domestic Law. A comparative Study*. Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 179.

⁴¹¹Lord Denning MR es categórico al afirmar que los los Tribunales británicos deben tener en cuenta el CEDH “when ever interpreting a statute which affects the rights and liberties of an individual”. *R. v. Secretary of State for Home Affairs*, ex parte Bhajan Singh, [1975] 2 All E.R. 1081 (Court of Appeal). Referencia extraída de JACKSON, D.W., *The United Kingdom confronts the European Convention on Human Rights*. University Press of Florida, 1997, p. 148.

⁴¹²En este sentido, ver el caso *Derbyshire Country Council v. Times Newspaper Ltd. and others*, [1992] 3 All E.R. 65 (Court of Appeal), [1993] 1 All E.R. 1011 (House of Lords).

En Inglaterra, además, si el asunto en litigio afecta a lo dispuesto en el artículo 10 del CEDH (libertad de expresión), según la opinión de Lord Bridge en el asunto *Brind*⁴¹³ por el mero hecho de constatar que una ley británica no es conforme con el Convenio cabe concluir que existe ambigüedad. Así, incluso si la norma interna es clara y no presenta dudas en cuanto a su interpretación resulta, en todo caso, apropiado contrastar la ley interna con el CEDH a fin de determinar si existen eventuales contradicciones⁴¹⁴. En segundo lugar, si no existe ninguna disposición nacional en una determinada materia, el Juez no puede por sí mismo y basándose exclusivamente en una disposición del Convenio otorgar una protección inexistente en Derecho interno⁴¹⁵.

Con la incorporación del CEDH al orden jurídico británico, el 9 de noviembre de 1998⁴¹⁶, se reconoce efecto directo a sus disposiciones, permitiendo a los particulares su invocación directa ante los Tribunales ingleses. Sin embargo, al margen de esta circunstancia, y en términos de alcance del efecto armonizador del Convenio, la situación anterior a la incorporación del Convenio en el Reino Unido ya era bastante satisfactoria porque las jurisdicciones británicas aplicaban cotidianamente esta fuente, demostrándose con ello la práctica asimilación de su contenido. Por tanto, Inglaterra es un claro ejemplo del impacto del efecto indirecto del Convenio en el proceso de armonización de los órdenes jurídicos internos, y demuestra igualmente que esta vía de asimilación puede resultar incluso más efectiva que la derivada de la aplicación directa de las disposiciones del CEDH.

⁴¹³Asunto *Brind and Others v. United Kingdom*, 18 Eur. Hum. Rts. Rep. CD76 (1994).

⁴¹⁴Sobre este punto nos remitimos al artículo de DRZEMCZEWSKI, A., “La question de l’effet direct de la Convention Européenne des droits de l’homme. La situation au Royaume-Uni et en Pologne”, En *Quelle Europe... ?*, op. cit. sobre todo pp. 131 y 132.

⁴¹⁵Ver en este sentido, *Malone v. Commissioner of Police of the Metropolis* (nº. 2) (1979), 134.

⁴¹⁶En este aspecto nos remitimos al estudio detallado que MABAKA, P. realiza en su artículo “L’incorporation de la Convention européenne des droits de l’homme dans l’ordre juridique britannique”. *RTDH*, nº. 41, enero 2000, pp. 11 y s.

El hecho de que en Irlanda e Inglaterra la vía de asimilación del Convenio sea fundamentalmente indirecta podría justificarse por la idiosincracia particular que presentan los órdenes jurídicos de estos dos Estados. Sin embargo, no son ni mucho menos los dos únicos en los que esta situación se produce. Así, podría sorprender que la vía indirecta de aplicación de las disposiciones del Convenio de Roma sea especialmente utilizada en los Países Bajos cuya Constitución, recordamos, reconoce un valor supra-constitucional a las disposiciones convencionales. Sin embargo, en la práctica, a pesar de esta posición privilegiada del CEDH, los Tribunales holandeses evitan aplicar directamente los preceptos convencionales tendiendo a aplicar la ley nacional interpretándola conformemente a las exigencias del Convenio. Con lo cuál, si bien el orden jurídico holandés se ha visto en gran medida influenciado por el contenido del CEDH, no ha sido tanto por la posición preponderante que ocupa el CEDH en el sistema normativo neerlandés, sino por la influencia de la aplicación indirecta del Convenio por las jurisdicciones holandesas⁴¹⁷.

En Suecia⁴¹⁸ y Dinamarca, el CEDH se integró en Derecho interno respectivamente en 1995 y 1992. Hasta estas fechas, la influencia del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH se limitaba a la aplicación del Convenio por los tribunales suecos y daneses como instrumento de interpretación de sus normas internas, esto es, como no podía ser de otro modo, de manera indirecta. De hecho, en la práctica, los tribunales suecos hacían raramente referencia al CEDH⁴¹⁹. No obstante, en ambos

⁴¹⁷La obra de DRZEMCZEWSKI, A., *European Human rights Convention in Domestic Law. A comparative Study*, op. cit., ofrece ejemplos concretos de la aplicación del CEDH por la *Hoge Raad* holandesa. A su estudio concreto, del cual hemos extraído nuestras conclusiones, nos remitimos para obtener un estudio pormenorizado. Fundamentalmente en las pp. 86 y s.

⁴¹⁸La situación del efecto directo en el orden jurídico sueco es explicado detalladamente por SUNDBERG, F., en su artículo “La question de l’effet direct de la Convention. La situation dans les pays scandinaves”. En *Quelle Europe...?*, pp. 109 y s.

⁴¹⁹Cfr. DRZEMCZEWSKI, A., *European Human rights Convention in Domestic Law. A comparative Study*. op. cit., pp. 138 y s, recoge ciertos casos resueltos por los tribunales suecos desde 1961 a 1974.

Estados, los tribunales presumen que la legislación interna debe aplicarse por los jueces ordinarios conformemente a lo dispuesto en el Convenio de Roma y tal y como lo interpreta el TEDH, salvo que el Legislador establezca lo contrario. No obstante, como afirma F. SUNDBERG, los tribunales escandinavos muestran una importante reticencia a fundamentar, conformemente al CEDH y a la jurisprudencia de Estrasburgo, aquellas decisiones que puedan crear un vacío jurídico o acarrear reformas importantes de la legislación interna⁴²⁰.

En general, puede afirmarse que la incorporación del CEDH en Suecia y Dinamarca no ha modificado sustancialmente el efecto armonizador del Convenio aunque sí ha contribuido a codificar la práctica existente, así como a dar a conocer en mayor medida el Convenio europeo a los justiciables. En todo caso, es pronto aún para evaluar la acción armonizadora del CEDH tras su reciente integración en los órdenes internos de los Países escandinavos.

Por su parte, los ordenamientos jurídicos de Alemania, Italia⁴²¹, Portugal y España presentan una característica común de gran relevancia en el proceso de armonización de los Derechos nacionales. En todos ellos, la utilización directa del Convenio por los tribunales internos no es habitual ya que todos estos Estados cuentan con un catálogo extenso de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente que hacen innecesario acudir a las disposiciones del CEDH para declarar y proteger un derecho. Sin embargo, la aplicación indirecta del CEDH es especialmente frecuente en todos ellos. En concreto, en Alemania e Italia la aplicación indirecta del Convenio de Roma es especialmente utilizada para precisar el alcance de los derechos reconocidos tanto en la LFB como en la Constitución italiana,

⁴²⁰Ver SUNDBERG, F, op. cit., p. 116.

⁴²¹En Italia, según afirma GREWE, C., la escasa aplicación del CEDH encuentra un argumento complementario: la inexistencia en el orden italiano de un recurso constitucional directo de los individuos que les permitan defender sus derechos fundamentales. “La question de l’effet direct de la Convention et les résistances nationales. La situation dans d’autre pays”. En *Quelle...?*, op. cit., p. 157.

fundamentalmente en todo lo concerniente a los artículos 5 y 6 del Convenio.

Pero es en el orden jurídico portugués y sobre todo en el español donde se percibe con mayor intensidad la fuerza armonizadora indirecta desplegada por el CEDH. Ambas Constituciones presentan un extenso catálogo de derechos fundamentales que además cuentan con una elevada protección jurisdiccional.

Centrándonos en España, el CEDH fue ratificado el 4 de octubre de 1979. Es una norma española como español es igualmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴²². A las disposiciones del CEDH se les reconoce efecto directo según lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución.

En realidad, el catálogo de derechos reconocidos en el Título I, capítulo segundo, sección primera, de la Constitución española constituye una reiteración del Título I del CEDH. De este modo la naturaleza subsidiaria del Convenio de Roma dificulta la aplicación directa de sus disposiciones. Por ello, la “infiltración” del CEDH y de la jurisprudencia de Estrasburgo en el orden interno español se produce fundamentalmente por la vía interpretativa⁴²³, es decir, el Convenio de Roma ejerce sobre todo una influencia indirecta en el orden interno, siendo utilizado como criterio “más hermenéutico que sustantivo”⁴²⁴. De hecho, la propia Constitución cuenta con un artículo específico que impone la obligación de interpretar las normas relativas a los derechos

⁴²²Cfr. REQUEJO PAGÉS, J.L., “La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los droits fondamentales, (a propósito de la STC 245/91 ‘caso Bultó’)”. *REDC* año 12, n° 35, mayo-agosto 1992, p. 182.

⁴²³Un análisis en profundidad del carácter “interactivo” del sistema del CEDH con respecto a los derechos constitucionales, lo encontramos en FREIXES, T., “Las principales construcciones jurisprudenciales del TEDH: El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa”, op. cit., 1995, p. 98.

⁴²⁴Ver REQUEJO PAGÉS, J.L., op. cit., p. 184.

fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (artículo 10.2 C.E.).

Este es particularmente el caso del CEDH que resulta el instrumento internacional en materia de derechos del hombre más utilizado como fuente interpretativa por los jueces españoles, y sobre todo por el Tribunal Constitucional⁴²⁵ tanto en la resolución de los recursos de amparo⁴²⁶ como de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. En concreto, desde las primeras sentencias resolutorias de recursos de amparo ya se percibe la invocación habitual por parte del T.C. de los preceptos del CEDH y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo⁴²⁷. Invocación que sigue manteniendo en la actualidad⁴²⁸.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo también utiliza frecuentemente en su jurisprudencia tanto los distintos preceptos del

⁴²⁵Sobre la utilización del CEDH por el Tribunal Constitucional, remitimos a GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l’Homme en droit espagnol”. En *Protection des droits de l’homme: la dimension européenne*. Mélanges en l’honneur de Gérard J. Wiarda. Carl Heymanns, Verlag KG. Köln, München, 2ª. Edición, 1990, p. 224.

⁴²⁶Es bien sabido que ante el T.C. en amparo sólo cabe invocar los artículos 14 al 29 y 30.2 de la Constitución y no es posible invocar la vulneración de un precepto del Convenio por si solo para obtener el amparo constitucional. Sólo es posible invocar las disposiciones del Convenio de Roma y la jurisprudencia de Estrasburgo en el marco de un recurso de amparo junto a alguno de los artículos citados de la Constitución.

⁴²⁷Nos remitimos al estudio exhaustivo de la utilización de los preceptos del Convenio de Roma y de la jurisprudencia del TEDH en las sentencias del T.C. dictadas entre 1980 a 1988 contenido en la obra de FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., *La aplicación del Convenio Europeo de derechos humanos en España*. Tecnos, Madrid, 1988, principalmente pp. 57 a 148.

⁴²⁸Entre la abundante jurisprudencia del T.C. en la que se invocan preceptos del Convenio de Roma y jurisprudencia del TEDH en la resolución de recursos de amparo destacamos a título de ejemplo las sentencias: 97/1999, de 31 mayo 1999; 49/1999, de 5 abril 1999; 19/1999 de 22 febrero 1999; 140/1998, de 29 junio 1998; 234/1997, de 18 diciembre 1997; 195/1997, de 11 noviembre 1997; 153/1997, de 29 septiembre 1997, entre otras.

CEDH como las sentencias del TEDH. Un análisis de esta jurisprudencia demuestra la progresiva utilización de este instrumento internacional por el Tribunal Supremo en la argumentación de sus decisiones. En concreto, sin perjuicio de la utilización frecuente de otros artículos⁴²⁹, a título ilustrativo señalamos que el precepto del Convenio de Roma más invocado por las partes e igualmente más utilizado por el Alto Tribunal en sus Fundamentos Jurídicos, es el artículo 6 CEDH⁴³⁰.

A pesar de esto, constatamos que en España el Convenio de Roma es aún escasamente invocado tanto por los letrados ante los jueces nacionales como por los propios tribunales internos en sus resoluciones. Esta circunstancia, como veremos a continuación, no es exclusiva del orden jurídico español, sino que es una constante en la totalidad de los ordenamientos en estudio.

3.- El papel fundamental del juez nacional en el proceso de asimilación del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH

De todo lo expuesto en los dos epígrafes anteriores se percibe que el efecto armonizador del CEDH en los órdenes estatales no depende tanto del rango normativo que los Estados le otorguen en sus respectivos ordenamientos jurídicos, sino sobre todo de su efectiva aplicación en la práctica cotidiana. En definitiva, esta aplicación práctica es la que permite al Convenio de Roma desplegar sus efectos

⁴²⁹ Así p. ej., SSTS de 27-12-1994, Rec. n.º. 3179/1993 (art. 9 CEDH); 15-9-1995, Rec. n.º. 35/1995 (art. 5 CEDH); 19-1-1995, Rec. n.º. 756/1994 (art. 8 CEDH).

⁴³⁰ Entre las STS analizadas en el presente estudio en las que el Tribunal Supremo se refiere al artículo 6 CEDH destacamos: SSTS de 17-12-1991, Rec. n.º. 5454/1988; 14-12-1991, Rec. n.º. 2908/1989; 6-11-1991, Rec. n.º. 1629/1989; 15-7-1991, Rec. n.º. 2071/1987; 26-11-1993, Rec. n.º. 813/1992; 20-5-1994, Rec. n.º. 3247/1992; 12-11-1994, Rec. n.º. 1467/1994; 26-2-1994, Rec. n.º. 377/1994; 11-11-1994, Rec. n.º. 1031/1993; 5-5-1994, Rec. n.º. 2454/1992; 14-4-1994, Rec. n.º. 3089/1993; 21-3-1994, Rec. n.º. 3597/1992; 11-3-1994, Rec. n.º. 2065/1993; 26-2-1994, Rec. n.º. 367/1993; 20-6-1995, Rec. n.º. 3788/1994; 5-6-1995, Rec. n.º. 3105/1994; 19-1-1995, Rec. n.º. 756/1994; 15-10-1999, Rec. n.º. 2/1999; 6-10-1999, Rec. n.º. 1402/1999.

armonizadores. Circunstancia que convierte al juez nacional⁴³¹, en cuanto juez de Derecho común de aplicación del Convenio, en el principal protagonista del proceso armonizador ya que, en definitiva, es él el que proporciona una vía natural de acceso de las disposiciones del CEDH al Derecho interno⁴³².

De hecho, los asuntos sobre los que el TEDH tiene ocasión de pronunciarse no representan más que una ínfima parte de los que tienen que resolver los jueces y tribunales nacionales. Muchos de ellos, aunque nunca lleguen a Estrasburgo, encierran supuestos de hecho en los que las disposiciones del Convenio de Roma y la jurisprudencia del TEDH pueden ser utilizadas directa o indirectamente por los jueces nacionales para fundamentar sus decisiones. La actitud de los actores del proceso ante este instrumento será, por tanto, determinante de su posible influencia.

En cualquier caso, el carácter subsidiario del CEDH hace que las disposiciones convencionales sólo se apliquen directamente en los órdenes jurídicos en los que, habiendo procedido a su integración, los derechos fundamentales reconocidos no alcancen el estándar mínimo fijado por el Convenio. Sin embargo, con carácter general, los quince Estados miembros de la Unión europea declaran y garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales con estándares globalmente superiores a los contenidos en el Convenio de Roma, por lo

⁴³¹La posición del Juez nacional como máximo exponente en la aplicación cotidiana del CEDH en los órdenes internos, supone como acertadamente expone FLAUSS, J-F. que l'intégration de la CEDH dans l'ordre juridique interne est de nature à affecter l'équilibre établi constitutionnellement entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. La responsabilité du respect de la Convention est susceptible d'être transférée des autorités politiques, investies démocratiquement, vers le juge qui ne profite pas d'une légitimité comparable". "L'incorporation de la Convention européenne dans le droit suédois". En *Liber Amicorum*, Marc-André EISSEN, Bruylant, Bruselas, LGDJ, París, 1995, p. 141

⁴³²Sobre la importante función del juez nacional en la aplicación del CEDH nos remitimos a las interesantes reflexiones de DE GOUTTES, R., "La CEDH et le juge national: vers une consolidation de la mission et du statut du juge?". En *Le droit français et la CEDH 1974-1992*. (dir. F. Sudre). Engel, 1994, pp. 49 y s.

que sólo en aspectos concretos de las regulaciones estatales aparecen divergencias que denotan la protección convencional superior. Esta circunstancia nos permite extraer dos importantes conclusiones.

En primer lugar, constatamos que, en un estadio previo a la influencia del CEDH, los ordenamientos de los Estados miembros ya poseen una comprensión común del papel primordial que la protección de los derechos fundamentales juega en los sistemas jurídicos actuales. En todos los Estados miembros de la Unión europea los derechos fundamentales son convenientemente declarados y protegidos. Pero evidentemente entre los quince órdenes jurídicos en estudio existen numerosas divergencias derivadas de la distinta comprensión de las estructuras jurídicas nacionales y, sin duda, de los particularismos culturales de cada uno de los Estados. De este modo, una convergencia absoluta en la declaración de un derecho por parte de todos los Estados miembros de la Unión europea, puede dejar paso a importantes divergencias que afectan a la comprensión del contenido y alcance de esos mismos derechos⁴³³.

En este marco, la incidencia del Convenio de Roma adquiere toda su importancia. Su configuración como estándar mínimo de protección de los derechos que consagra implica que, al menos, en el nivel fijado por el Convenio con la interpretación desarrollada por el TEDH, todas las Altas Partes Contratantes *deben* converger. Esta circunstancia posibilita un acercamiento paulatino del alcance de derechos en esencia comunes a los órdenes jurídicos estatales. De esta manera se posibilita la percepción práctica de un Derecho común europeo de los derechos del hombre, compuesto en un primer estadio por una base filosófica y

⁴³³Pensamos por ejemplo en el derecho a la vida. Este derecho es reconocido y protegido por todos los Estados miembros de la Unión europea. Sin embargo no existe ni mucho menos unanimidad respecto a su contenido y alcance. ¿Comprende el derecho a la vida la protección del nasciturus?. ¿La pena de muerte queda abolida en todos los casos?. Una respuesta a estas cuestiones mostraría la complejidad que presenta establecer una definición común de un

constitucional común, compartida por los Estados miembros y concretada posteriormente por la acción de un instrumento internacional del que todos los Estados son partícipes: el Convenio de Roma.

En segundo lugar constatamos que al ser los estándares estatales de protección de derechos fundamentales, en general, más elevados que los contenidos en el Convenio de Roma, resulta mucho más sencillo recurrir a la técnica de la “interpretación conforme” al CEDH y a la jurisprudencia del TEDH de los derechos reconocidos en los órdenes jurídicos estatales para corregir los aspectos más concretos de las regulaciones nacionales cuyo alcance sea inferior al exigido por el Convenio. Por esta vía se van perfilando los contornos de los derechos globalmente aceptados por todos los Estados miembros hacia una comprensión común de los presupuestos últimos regulados por el Convenio o deducidos por la jurisprudencia de Estrasburgo. De nuevo se pone de manifiesto la importancia de una predisposición favorable de los jueces y tribunales nacionales a la utilización del Convenio de Roma, esta vez, como criterio interpretativo.

Resulta paradójico que, finalmente, la influencia armonizadora del CEDH en los órdenes jurídicos estatales dependa tan poco de los parámetros objetivos que la lógica jurídica dicta. En definitiva, el carácter dualista o monista⁴³⁴ de los ordenamientos, el rango que se otorgue al

derecho tan indiscutiblemente presente en todos los catálogos de derechos como es la propia vida.

⁴³⁴La distinción entre Estados « monistas » y « dualistas » como criterio para la exposición del presente estudio fue rechazado por el escaso interés que la distinción aportaba a nuestro análisis y por la propia dificultad de determinar los Estados que pueden ser calificados de dualistas o de monistas. En la práctica, lo cierto es que la distinción se diluye y aparecen numerosos matices que deben ser abordados para mantener el rigor de lo expuesto. Evidentemente, esta tarea hubiera excedido ampliamente el objeto de nuestro estudio. Por estos motivos hemos optado por no hacer más que referencias generales a esta cuestión. No obstante, nos permitimos llamar la atención sobre un artículo concreto que ofrece una visión clara y ordenada de las implicaciones y las dificultades de estas nociones, TEBOUL, G., « Ordre juridique international et ordre juridique interne. Quelques réflexions sur la jurisprudence du juge administratif ». *RDP*, nº. 3-1999, pp. 697 y s.

CEDH en los ordenamientos nacionales, e incluso el hecho de que el Convenio se encuentre o no integrado en el Derecho interno no permiten construir una teoría general en esta materia⁴³⁵. Sin embargo, la panorámica general que hemos desarrollado nos muestra que otros parámetros, -quizá menos evidentes que los anteriormente citados-, condicionan sin lugar a dudas la fuerza armonizadora que puede alcanzar el Convenio de Roma.

El primero de ellos muestra que, en los Estados con una abundante y ordenada regulación en materia de derechos fundamentales, la utilización directa de las disposiciones del CEDH es prácticamente nula; mientras que la aplicación indirecta del Convenio como fuente de interpretación de las normas internas aparece como la vía privilegiada de influencia en estos ordenamientos. Así sucede a título de ejemplo en España, Portugal o Alemania. Por el contrario, los Estados que cuentan con un escaso catálogo de derechos fundamentales en su orden interno o bien su reconocimiento se produce de forma dispersa, presentan un mayor grado de influencia del Convenio de Roma no sólo de forma indirecta sino también directa. Este es por ejemplo el caso de Austria.

El segundo de los parámetros afecta con carácter general al conjunto de ordenamientos jurídicos estudiados y constituye, según nuestra opinión, un elemento clave en la valoración del alcance armonizador de la declaración de derechos contenida en el Convenio de Roma. Aunque pueda parecer simple como razonamiento el mayor obstáculo a la aplicación del Convenio de Roma en los órdenes internos se debe al profundo desconocimiento de este instrumento internacional tanto por los jueces como por los letrados. Este desconocimiento impide la utilización de los preceptos del Convenio y de las importantes

⁴³⁵En este mismo sentido queremos destacar las interesantes conclusiones extraídas por GREWE, C., en su artículo « La question de l'effet direct de la Convention et les résistances nationales. La situation dans d'autres pays ». En *Quelle Europe... ?*, op. cit., pp. 149 y s

construcciones jurisprudenciales elaboradas por el TEDH para fundamentar demandas o argumentar decisiones.

No obstante, resulta actualmente indiscutible el valor del CEDH como instrumento del orden público europeo y paradigma de las sociedades democráticas. Por ello, en el transcurso de los algo más de 50 años que nos separan de su nacimiento, su aplicación, -como hemos tenido ocasión de comprobar-, se va imponiendo progresivamente en los quince Estados miembros cualquiera que sean las relaciones que el Derecho constitucional nacional establezca entre el orden jurídico interno y el internacional.

* *

*

Hasta este momento, nuestro estudio se ha centrado en determinar de qué forma la posición jurídica que los Estados miembros reconocen al CEDH puede afectar al proceso de armonización de los órdenes jurídicos nacionales. Proceso de armonización que, en esta primera sección, se ha focalizado en el estudio del aspecto declarativo del Convenio, esto es, en la influencia de su Título I. Pero, la influencia del CEDH no se limita a la aplicación directa o indirecta que los jueces nacionales realizan de la declaración de derechos y libertades contenidas en el CEDH, sino que el Convenio contiene un sistema más "drástico" de influencia procedente del mecanismo de protección que instaura⁴³⁶. Esto implica que los Estados pueden ser demandados ante el TEDH por una eventual vulneración de una disposición del Convenio y, en su caso, ser condenados por sentencia del Tribunal de Estrasburgo. Estas sentencias, constatando una vulneración de un

⁴³⁶En este sentido se pronuncia FLAUSS, J.F., cuando afirma que «...el Derecho constitucional y el Derecho del CEDH no sólo mantienen relaciones de convergencia o de armonía. En efecto, el Tribunal y la Comisión pueden en el ejercicio de sus funciones cuestionarse las reglas constitucionales... ». En "Droit

derecho del Convenio, ejercen una importante fuerza armonizadora que analizaremos a continuación.

Sección 2: Los efectos en los órdenes jurídicos internos del sistema de protección de derechos instaurado por el CEDH: la influencia de las sentencias del TEDH en los Derechos nacionales.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos no es sólo una declaración de derechos mayoritariamente civiles y políticos. Además, es un instrumento dotado de un sistema coercitivo propio cuyo fin es la protección de los derechos que consagra. Precisamente, esta configuración dada por el CEDH al mecanismo de protección de derechos de Estrasburgo otorga al Convenio una de sus principales originalidades. Desde la entrada en vigor del Protocolo 11, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴³⁷ se ocupa en exclusiva de velar por “la garantía colectiva”⁴³⁸ de los derechos y libertades fundamentales recogidos en el Título I del Convenio.

El Tribunal de Estrasburgo es un órgano judicial, compuesto por el mismo número de jueces⁴³⁹ que Altas Partes Contratantes están

⁴³⁷Como es bien sabido, tras la entrada en vigor del Protocolo 11 (el 1 de noviembre de 1998), el mecanismo de protección instaurado por el Convenio de Roma reposa exclusivamente en un único Tribunal, con jurisdicción obligatoria y permanente, desapareciendo del sistema la Comisión Europea de Derechos Humanos. Sobre el Protocolo 11, nos remitimos a los artículos directamente dedicados a su estudio y alcance, entre otros destacamos JANSSEN-PEVTSCHIN, G., “Le protocole n° 11 à la CEDH”, *RTDH*, 1994, pp. 483 y s.; BRIBOSIA, D., “Le protocole n° 11 à la CEDH: une révolution de Palais à Strasbourg?”. *Journal des Tribunaux Droit européen*, 1995, pp. 54 y s.; GRACÍA JIMÉNEZ, M^a. E., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, fundamentalmente, pp. 209 y s. Más recientemente, V.V.A.A., *La procédure devant la nouvelle Cour européenne des droits de l’homme après le Protocole n°11*. Bruylant, Bruselas, 1999; ALVÁREZ-OSSORIO, F., “Perfecciones e imperfecciones en el Protocolo 11 al CEDH y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor”. *REDC*, n° 56, año 19, mayo-agosto 1999.

⁴³⁸Cfr. párrafo quinto del Preámbulo del CEDH.

⁴³⁹Los jueces que componen el TEDH son elegidos, tal y como dispone el art. 22.1 CEDH, « por la Asamblea Parlamentaria a título de cada Alta Parte Contratante, por mayoría de votos emitidos, de una lista de tres candidatos presentada por esa Alta Parte Contratante » Estos jueces deben reunir las condiciones exigidas por el artículo 21 CEDH para poder ejercer sus funciones : deben gozar de la más alta consideración moral, ser jurisconsultos de reconocido

adheridas al Convenio de Roma (artículo 20 CEDH). Se trata de un órgano judicial internacional de carácter permanente (artículo 19 CEDH) que actúa, a instancia de las Altas Partes Contratantes o a instancia de los particulares, “en Comités formados por tres jueces, en Salas de siete jueces o en una Gran Sala de diecisiete jueces” (artículo 27. 1 CEDH)⁴⁴⁰. El Tribunal tiene atribuida competencia sobre “todas las cuestiones relativas a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos...” (artículo 32 CEDH).

Por tanto, la función del Tribunal de Estrasburgo no se agota en la actividad sancionadora de las conductas estatales eventualmente contrarias al Convenio⁴⁴¹, sino que, en el desarrollo de esta función, realiza una de sus más importantes contribuciones al proceso de conformación de un patrimonio europeo de los derechos humanos; precisando y extendiendo, en contenido y alcance, el contenido de los derechos convencionalmente consagrados⁴⁴². Por tanto, con sus interpretaciones, el Tribunal de Estrasburgo cumple con la función transcendental de adaptar el Convenio a las exigencias de una sociedad en permanente evolución⁴⁴³.

prestigio, etc. Su mandato se extiende a un período de seis años, siendo posible su reelección (art. 23.1 CEDH), pudiendo, no obstante ser relevados de sus funciones si los demás jueces, por mayoría de dos tercios deciden que ha dejado de reunir las condiciones necesarias para serlo (art. 24 CEDH).

⁴⁴⁰Los artículos 28, 29, 30 y 31 del CEDH establecen las competencias que tienen atribuido los Comités, las Salas y la Gran Sala.

⁴⁴¹De hecho hay eminentes autores que afirman el carácter constitucional del TEDH que se manifiesta tanto en las funciones que tiene atribuida (garantización e interpretación del CEDH, entendido como Carta constitucional), los métodos de interpretación que utiliza, las exigencias procedimentales, etc. Ver en este sentido el artículo de FLAUSS, J-F., « Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l’homme ». *RFDC*, n.º. 30, 1996, pp. 377 y s.

⁴⁴²Pensamos por ejemplo en el asunto *López Ostra c/ España*, de 9 de diciembre 1994, *Serie A-303-C*, en el que el TEDH interpreta el artículo 8 CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar) extendiendo la protección del precepto a las agresiones medioambientales que afecten « al bienestar de la persona y privarla del disfrute de su domicilio de manera que perjudiquen su vida privada y familiar... ».

⁴⁴³En este mismo sentido, SUDRE, F., afirma que « Seul interprète autorisé de la Convention, la Cour se ménage, par le biais de cette interprétation extensive, la possibilité d’ajuster constamment la Convention à l’évolution des mœurs et des

En efecto, el mecanismo de protección previsto por el CEDH constituye su principal acierto. En primer lugar, porque otorga a los particulares la posibilidad de acceder a su sistema de protección si se consideran víctimas “de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el presente Convenio...” (art. 34 CEDH). En segundo lugar, porque estas sentencias fomentan claramente la adaptación de los órdenes jurídicos internos a las exigencias del Convenio. Ahora bien, en cualquier caso y al margen de esta circunstancia de indudable relevancia práctica, entendemos, que el mecanismo europeo de garantización instaurado por el Convenio de Roma cumple una función más “preventiva” que “correctiva” en cuanto su objetivo principal es procurar la “normalización” de los Derechos internos de los Estados miembros en materia de protección de derechos y no simplemente sancionar comportamientos concretos⁴⁴⁴.

El acceso de los particulares al sistema de protección instaurado por el Convenio de Roma constituye una verdadera innovación en Derecho internacional. Significa, nada menos, que un “simple” individuo puede dirigirse a un Tribunal internacional solicitándole que condene a un Estado, y consecuentemente que ese Estado quede vinculado por la decisión internacional⁴⁴⁵. Desde el punto de vista de las personas (físicas o jurídicas), la posibilidad que tienen de hacer valer sus pretensiones ante el Tribunal de Estrasburgo constituye una garantía de indudable importancia. Esta circunstancia pone claramente de manifiesto que, en nuestros días, la protección de los derechos fundamentales de los particulares no se reduce a la que los procesos establecidos en los órdenes estatales les otorgan, sino que existe “una ósmosis entre el

mentalités, afin de la préserver de tout anachronisme ». En *La Convention européenne des derechos de l’homme*. 3ª. ed. Que sais-je?. P.U.F., 1994, p. 29.

⁴⁴⁴Esta distinción entre eficacia « preventiva » y « correctiva » la tomamos del estudio de EISSEN, M-A., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cívitas, S.A., 1985, pp. 96 y s. También el profesor SUDRE, F., distingue, en este mismo sentido, entre eficacia « preventiva » y « curativa », en “L’influence de la Convention...”, op. cit., p. 272.

⁴⁴⁵Sin perjuicio de los supuestos previstos en el artículo 33 CEDH en los que los sujetos activo y pasivo son dos Estados.

Derecho internacional en materia de derechos humanos y el Derecho constitucional nacional”⁴⁴⁶.

En cualquier caso, no es objeto de este estudio abordar el “recorrido” que deben seguir los particulares hasta llegar al Tribunal de Estrasburgo, las exigencias procesales y sustantivas exigidas, ni los tipos de satisfacción que puede obtener en el resarcimiento de su derecho. La perspectiva que interesa a este análisis se centra en el estudio de los comportamientos estatales ante las decisiones del TEDH que constatan una contradicción entre el CEDH y alguna o algunas de las regulaciones concretas de los ordenamientos jurídicos nacionales.

En estos supuestos, la incidencia de las sentencias de Estrasburgo en el proceso armonizador de los órdenes jurídicos de las Altas Partes Contratantes resulta evidente (A). Prueba de ello son los numerosísimos ejemplos prácticos que constatan la modificación efectiva de legislaciones estatales bien establecidas e incluso de disposiciones con rango constitucional, efectuadas tras pronunciamientos del TEDH declarando la vulneración de algún precepto del Convenio de Roma (B).

A) La incidencia de las sentencias del TEDH en el proceso armonizador de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros

Los efectos armonizadores que las sentencias del Tribunal de Estrasburgo despliegan en los órdenes jurídicos de los Estados miembros aparecen desde el momento en que las Altas Partes Contratantes se adhieren al Convenio. El propio artículo 46 CEDH contiene expresamente la obligación de los Estados de “acatar” las

⁴⁴⁶Cfr. ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., « ‘Chronique droits de l’homme’. L’élaboration progressive d’un ordre public européen des droits de l’homme. Réflexions à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme de 1988 à 1995 », p. 666

decisiones del TEDH⁴⁴⁷. Con un carácter más general, el Convenio de Roma establece, a lo largo de su Título II, las exigencias procedimentales y sustantivas exigidas para desencadenar el mecanismo de protección de derechos que instaura. En la regulación procedimental se percibe claramente la relación de subsidiariedad que mantienen los diversos procedimientos estatales de protección de los derechos fundamentales y el procedimiento ante el Tribunal europeo (1).

Ahora bien, una vez la competencia del TEDH queda establecida, el Tribunal de Estrasburgo podrá entrar a conocer de los supuestos de hecho concretos que se sometan a su conocimiento, y así “juzgar” en sus sentencias la conformidad de la actitud (o de la pasividad) estatal con el contenido y el espíritu del CEDH. En este marco, la naturaleza y el alcance de las sentencias del TEDH va a resultar, como veremos, determinante en el proceso de armonización que la jurisprudencia de Estrasburgo puede desplegar en el conjunto de los órdenes jurídicos estatales (2).

1.- El mecanismo de control instaurado por el CEDH. Las relaciones entre los sistemas de protección de derechos fundamentales de los órdenes jurídicos de los Estados miembros y el mecanismo de garantía de Estrasburgo.

Para comenzar es preciso reiterar que el mecanismo de control instaurado por el CEDH es subsidiario respecto de los controles nacionales⁴⁴⁸. Esto es, el TEDH únicamente admitirá una demanda si previamente se ha agotado la vía jurisdiccional interna⁴⁴⁹. Con esta

⁴⁴⁷En este mismo sentido se pronuncia POLAKIEWICZ, J.G., cuando afirma que « la constatation d’une violation de la Convention équivaut à la constatation d’un fait internationalement illicite ». En « La mise en oeuvre de la CEDH... », op. cit., p. 425.

⁴⁴⁸En este sentido se redacta el artículo 35 del CEDH que afirma que “Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recurso internas...”.

⁴⁴⁹En todo caso, el cumplimiento de esta condición exige que los motivos de la vulneración hayan sido alegados en todas las instancias nacionales y que los recursos internos sean efectivos.

medida se otorga al Estado la posibilidad de remediar las eventuales vulneraciones del Convenio antes de acudir a una instancia internacional⁴⁵⁰. En este aspecto, se aprecia perfectamente la existencia de “dos esferas”⁴⁵¹ de protección: la procurada, en un primer momento, por los jueces nacionales y la ejercida por el TEDH. Esta última sólo se “activa”, subsidiariamente, cuando la protección nacional no alcanza el *standard minimum* exigido por el CEDH⁴⁵².

Ciertamente, la existencia de una sentencia condenatoria de Estrasburgo supone la constatación de un comportamiento estatal contrario a las exigencias del Convenio de Roma. En las demandas individuales esta circunstancia muestra que los Poderes del Estado concernidos no han sido capaces de velar convenientemente por los derechos de los particulares sometidos a su jurisdicción. El objeto de la sentencia del TEDH consistirá, pues, en *declarar* la vulneración obligando al Estado concernido a restituir las cosas, en la esfera del particular, al estado anterior a la violación.

En general, como se ha manifestado en la sección anterior, las declaraciones de derechos fundamentales y la protección que se les otorga en los órdenes jurídicos nacionales encuentra numerosos puntos de convergencia con la declaración de derechos contenida en el CEDH. Lógicamente no podría ser de otro modo ya que son las propias Altas Partes Contratantes las que se adhieren al articulado convencional,

⁴⁵⁰El necesario agotamiento de los recursos internos “joue en priorité un rôle pédagogique et de confiance à l’égard de l’ordre juridique interne”. ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., en *L’autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*. LGDJ, París, 1998, pp. 76 y 77.

⁴⁵¹Expresión utilizada por LENAERTS, K., *Le juge et la Constitution aux États Unis d’Amérique et dans l’ordre juridique européen*. Bruylant, Bruselas, 1988, p. 333. Citado por ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., *L’autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, op. cit., p. 72.

⁴⁵²Un estudio reciente sobre la condición de agotamiento de los recursos de las instancias internas lo encontramos en DE BRUYN, D., “L’épuisement des voies

considerándolo el reflejo de una cultura de respeto común de los derechos humanos. No obstante, esta convergencia en la esencia no implica, como hemos visto, una identidad de presupuestos. En el camino hacia un estándar común de protección, la propia existencia de un mecanismo de control sancionador de los comportamientos estatales contrarios al Convenio pone de manifiesto la existencia de no menos tensiones que convergencias entre los Derechos nacionales y el Derecho convencional⁴⁵³.

Por tanto, en líneas generales, siendo el mecanismo de protección instaurado por el CEDH subsidiario de los procedimientos nacionales de garantía de derechos fundamentales, los individuos (personas físicas y jurídicas), tras el agotamiento de los recursos nacionales pertinentes, pueden solicitar al TEDH que declare la vulneración de alguno de los preceptos contenidos en el Convenio de Roma⁴⁵⁴. Si el Tribunal de Estrasburgo declara tal vulneración le corresponderá al Estado miembro concernido poner los medios necesarios para ejecutar la sentencia en su orden interno⁴⁵⁵.

Queda claro pues que el Tribunal Europeo no tiene ni la facultad de anular la decisión, acto o resolución nacional declarada contraria al

de recours internes". En *La procédure devant la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole n°.11*, op. cit., pp. 39 y s.

⁴⁵³Ilustrando esta posición ver el artículo de FLAUSS, J.F., "Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme", op. cit., pp. 377 y s.

⁴⁵⁴Al TEDH se le solicita una declaración sobre la conformidad o disconformidad de un acto, decisión o sentencia nacional con el CEDH. En ningún caso como advierte RESS, G., "la Cour des Droits de l'Homme...n'est pas une super-jurisdiction de cassation qui pourrait être saisi après épuisement des voies de recours internes (art. 26 CEDH) pour contrôler la régularité des décisions rendues par les tribunaux internes". En "Effets des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme en droit interne et pour les tribunaux nationaux". En *Convention européenne des Droits de l'Homme*. Actos del 5 Coloquio Internacional 9-12 de abril 1980. Pedone. París, 1982, p. 242.

⁴⁵⁵Sin perjuicio de demandar la satisfacción equitativa contenida en el artículo 41 CEDH. en caso de que el Derecho interno no permita más que imperfectamente subsanar los perjuicios derivados de la medida controvertida.

Convenio, ni la facultad de restablecer al demandante, llegado el caso, en la integridad de su derecho mediante la adopción de las medidas apropiadas para su ejecución⁴⁵⁶. El CEDH ha adoptado en este punto la solución clásica del Derecho internacional: las sentencias de Estrasburgo son obligatorias⁴⁵⁷ y definitivas⁴⁵⁸ pero nunca ejecutorias. Por tanto, ante una sentencia condenatoria, al Estado concernido sólo se le exige una obligación de resultado, es decir, su obligación consistirá en lograr la consecución del fin marcado por la decisión del Tribunal de Estrasburgo procurando así la ejecución de la sentencia europea⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶En la sentencia *Marckx c/ Bélgica*, de 13 junio 1979, serie A, n.º. 31, p. 25, el Tribunal Europeo afirmaba que “l’arrêt de la Cour de Strasbourg est en essence déclarative et il laisse à l’Etat la décision des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s’adapter au mandat de l’article 53”. Esta afirmación ha sido reiterada posteriormente por la jurisprudencia del TEDH entre otras en las sentencias *De Cubber*, de 26 octubre 1984, serie A, n.º. 26, p. 20; *Belilos*, de 29 abril 1988, serie A, n.º. 132, p. 33; *B c/ Reino Unido*, de 9 junio 1988, serie A, n.º. 136D, p. 35.

⁴⁵⁷Dispuesto expresamente en el artículo 46 CEDH.

⁴⁵⁸Las sentencias del TEDH son definitivas, según el tenor del artículo 44 CEDH, si han sido pronunciadas por la Gran Sala o si habiendo sido pronunciadas por una Sala, las partes declaran que no solicitarán la remisión del asunto a la Gran Sala; o si no ha sido solicitada la remisión en el plazo de tres meses desde la fecha de la sentencia; o el Colegio de la Gran Sala rechaza la demanda de remisión formulada en el artículo 43.

⁴⁵⁹La cuestión de la ejecutoriedad de las sentencias del TEDH requeriría de un análisis pormenorizado que excede absolutamente el objeto de nuestro estudio. Baste con apuntar la falta de procedimientos específicos en los órdenes jurídicos nacionales como el principal obstáculo a una correcta y rápida ejecución de las sentencias de Estrasburgo en los órdenes jurídicos concernidos. Entre algunos de los artículos doctrinales relativos a este asunto destacamos: EISSEN, M.A., « L’interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme ». En *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l’homme*, Rousseau, D., Sudre, F (dir). Actas del Coloquio de Montpellier, 20-21 enero 1989, *STH*, pp. 137 y s.; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España*. TECNOS, Madrid, 1988; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., « La responsabilidad internacional de España en el llamado caso Bultó ». *Poder Judicial*, n.º. 17, pp. 121 y s.; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., « La ejecución en España de las sentencias del TEDH ». *REDI*, vol. XLII, 1990-2, pp. 547 y s. Del mismo modo, resulta interesante la lectura de los informes del Comité de expertos por la mejora de los procedimientos de protección de derechos humanos (DH-PR) « La Convention européenne des droits de l’homme : instauration d’une procédure de révision au niveau national pour faciliter la conformité avec les décisions de Strasbourg », *RUDH*, 1992, pp. 127 y s. y del Consejo de Europa « Convention européenne

En este punto se impone precisar que las sentencias del Tribunal de Estrasburgo son obligatorias⁴⁶⁰ (art. 46 CEDH) pero su carácter declaratorio mitiga, en parte, la influencia directa de las sentencias del Tribunal, ya que la competencia para ejecutarlas pertenece siempre, en última instancia, a los Estados miembros. Así, el hecho de que los Estados sean libres para elegir los medios que consideren oportunos para proceder a la ejecución de la sentencia nos proporciona un nuevo parámetro de estudio de los comportamientos de los quince Estados miembros de la Unión Europea. A partir de este criterio, tendremos ocasión de percibir los distintos comportamientos adoptados por cada Estado miembro ante la obligación de ejecutar una sentencia condenatoria de Estrasburgo que le concierne.

En definitiva, contaremos con un nuevo ejemplo de las “tensiones e influencias recíprocas” suscitadas entre los Derechos nacionales y, en este caso, el mecanismo de protección de derechos del CEDH. Además, podremos valorar el grado de influencia que estas decisiones despliegan en los órdenes internos, sobre todo, cuando la constatación de la violación encuentra su origen en un acto normativo. En estos casos, la obligación de ejecutar la sentencia supone que el Estado condenado debe proceder a la modificación de su legislación interna y esta circunstancia muestra claramente la influencia armonizadora del Convenio de Roma en los órdenes jurídicos estatales.

2.- La incidencia de la naturaleza y el alcance de las sentencias del TEDH en el proceso de armonización de los órdenes jurídicos estatales

El proceso de armonización sufrido por los órdenes jurídicos de las Altas Partes Contratantes en materia de protección de derechos

des droits de l’homme. Interprétation et application par les organes de Strasbourg et par les organes nationaux ». *Jurisclasseur*, fasc. 155-E, 1993.

⁴⁶⁰Cfr. VELU, J., ERGEC, R., *La Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruylant, Bruselas, 1990, p. 1043.

humanos encuentra en el mecanismo de garantía instaurado por el Convenio de Roma una de sus principales armas. En el momento de la redacción del CEDH y hasta hace relativamente muy pocos años, el sistema diseñado por los redactores del Convenio era casi desconocido⁴⁶¹. El número de sentencias dictadas por el TEDH, desde 1959 hasta el 1 de marzo de 1985⁴⁶², es decir en el transcurso de 26 años, se limitaron a 96; mientras que el número de sentencias dictadas exclusivamente sobre el fondo y sólo durante el año 2000 fueron 695⁴⁶³. Las cifras lo dicen todo.

Como hemos señalado anteriormente, las decisiones de Estrasburgo tienden a resolver “todas las cuestiones relativas a la interpretación y a la aplicación del Convenio y de sus Protocolos” (artículo 32 CEDH). En el caso preciso de las demandas individuales⁴⁶⁴, las sentencias del TEDH tienen como objeto la declaración, tendente a la reparación, de aquellos comportamientos estatales contrarios a las exigencias del Convenio o de sus Protocolos. Por tanto, la primera consecuencia de estas decisiones que, en definitiva, es la que motiva el proceso ante el Tribunal, se centra en el interés de los particulares de obtener una satisfacción a sus pretensiones.

Sin embargo, ésta no es la única consecuencia que se desprende de las sentencias de Estrasburgo. Ya avanzamos antes que estas decisiones tienen una importante incidencia en la modificación de las legislaciones de los Estados miembros. En estos casos, la obligación

⁴⁶¹El profesor MARCUS-HELMONS, S., reconoce que en la década de los 60 y 70, « ce traité n'était connu que de quelques initiés ». En « Le système de garantie collective des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». En *L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruylant, Bruselas, 1981, p. 33.

⁴⁶²Fuente : EISSEN, M-A., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., pp. 113 a 117. El autor enumera e identifica, con las referencias precisas todas las sentencias recaídas durante este período.

⁴⁶³Fuente : página web del TEDH. Nota de información nº. 25 sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. www.echr.coe.int.

⁴⁶⁴Que son la mayor parte de las que resuelve el TEDH. .

impuesta a las Altas Partes Contratantes de “acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean parte” (artículo 46 CEDH), implica la materialización de acciones *activas* de los Estados⁴⁶⁵, que pueden obligarle hasta la misma modificación de la regulación interna contraria al Convenio.

En efecto, el artículo 46 CEDH nos presenta la actitud que el CEDH exige a los Estados en el respeto de sus prescripciones. La claridad y sencillez de su contenido no es más que apariencia. Una aproximación a la naturaleza y alcance de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo va a demostrar la intensidad de la fuerza armonizadora que se esconde tras este precepto.

De una interpretación literal del mismo podrían inferirse dos consecuencias principales. En primer lugar que aunque las sentencias de Estrasburgo poseen un carácter obligatorio, este efecto sólo afecta a los Estados parte en los litigios concretos, y no a todas las Altas Partes Contratantes. En segundo lugar, podría entenderse que la obligación de conformarse de los Estados únicamente se predica respecto al asunto concreto del litigio. Como trataremos de argumentar a continuación ninguna de estas dos observaciones es exacta.

a. En efecto, el tenor del artículo 46 CEDH es claro en este sentido y así ha sido puesto de manifiesto por el TEDH en su jurisprudencia⁴⁶⁶. Su redacción limita el alcance del efecto obligatorio de

⁴⁶⁵Sentencia TEDH *Airey*, de 9 de octubre 1979, *serie A*, n.º. 41.

⁴⁶⁶Ver en este sentido la sentencia del TEDH *Lawless c/ Irlanda*, de 14 de noviembre 1960, *serie A*, n.º. 1, p. 11 en la que el Tribunal de Estrasburgo afirma que “considérant qu’il résulte de l’ensemble des règles régissant les pouvoirs de la Cour que celle-ci ne peut interpréter les dispositions de la Convention de manière abstraite, mais seulement en fonction du cas déterminé qui lui est déféré; qu’en effet, aux termes de l’article 45 de la Convention, la compétence de la Cour ‘s’étend à toutes les affaires concernant l’interprétation et l’application de la Convention’; que la portée de cette disposition est précisée et délimitée par d’autres dispositions de la Convention, à savoir: (...) (b) l’article 53 en vertu duquel seules les Hautes Parties Contractantes qui sont “parties au litige” sont liées par les décisions de la Cour...”.

las sentencias a los órdenes internos afectados directamente por la sentencia, esto es, al Estado condenado y no a los otros. Por tanto, las sentencias de Estrasburgo no poseen por definición una autoridad *erga omnes* sino sólo la denominada “autoridad relativa de la cosa juzgada”⁴⁶⁷. Sin embargo, si realizamos un estudio detallado del contenido de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, observando su influencia en la totalidad de los órdenes jurídicos de los Estados parte -y no sólo del Estado concernido- constatamos que esta última afirmación debe ser matizada.

En la práctica se aprecia que los efectos armonizadores de las sentencias del TEDH en órdenes jurídicos distintos del concernido por la decisión no son desdeñables. Las razones de este efecto ya se han abordado en parte: la influencia que tanto el CEDH como la jurisprudencia de Estrasburgo ejercen de modo indirecto en los órdenes jurídicos internos (ver supra Título I, sección 1, B epígrafe 2). Pero además existen razones prácticas: si los tribunales de un Estado no aceptan la interpretación dada por el TEDH en su jurisprudencia (concierna a quien concierna el caso concreto), ese Estado se arriesga a ser acusado con posterioridad en las demandas individuales de los particulares y, en consecuencia, a ser condenado por el Tribunal de Estrasburgo⁴⁶⁸.

Por tanto, como expondremos detalladamente a continuación, aunque las sentencias del TEDH cuenten, en efecto, con una autoridad

⁴⁶⁷En relación con la autoridad de la cosa juzgada, destacamos los comentarios de COHEN-JONATHAN, G., en « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ». En *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruselas, LGDJ, París, 1995, fundamentalmente pp. 41 a 48. Pero, en cualquier caso, resulta indispensable para comprender en su amplitud y complejidad la cuestión de la autoridad de la cosa juzgada de las sentencias de Estrasburgo, la lectura de la interesantísima obra de ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*. LGDJ, París, 1998, sobre todo, pp. 70 a 159.

⁴⁶⁸Cfr. RESS, G, op. cit., p. 277.

relativa de la cosa juzgada, el efecto armonizador que provoca la autoridad “de la cosa interpretada” va a permitir una extensión -si bien con efectos diferentes- de la influencia de la jurisprudencia de Estrasburgo a la totalidad de los órdenes internos de los Estados parte⁴⁶⁹ y no limitada exclusivamente al Estado concreto concernido.

El reconocimiento de la autoridad de la cosa interpretada de las sentencias de Estrasburgo significa que el TEDH puede establecer, en algunas de sus sentencias, interpretaciones concretas de las disposiciones del CEDH⁴⁷⁰. Esta interpretación no afectaría solamente a la resolución del caso concreto sino que “por vía de abstracción”⁴⁷¹ el Tribunal Europeo, a partir del caso a resolver, va a poder precisar el alcance de una disposición del Convenio, en definitiva, va a determinar su significado. De este modo, la sentencia no sólo va a resolver un caso sino que al interpretar la disposición concreta, aquélla pasará a formar parte del contenido de ésta. En consecuencia, esta interpretación no sólo obligará al Estado concernido por el asunto, sino a todos los Estados parte, en cuanto todos ellos están obligados por el Convenio.

b. La obligación de los Estados de conformarse con las sentencias de Estrasburgo, sólo se predica respecto al asunto concreto del litigio. Ciertamente, no puede ser de otro modo atendiendo al hecho de que el TEDH debe pronunciarse *in concreto* sobre la adaptación de las exigencias del CEDH al caso que se le presenta y no *in abstracto*

⁴⁶⁹Como afirma GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., “la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme concernant l’interprétation des dispositions de la Convention, directement incorporées dans le droit interne, contribue, par le jeu de ce vaste mécanisme de coordination et d’unification progressive du droit à accroître le respect des droits fondamentaux au sein des Etats membres”. En “La garantie des droits de l’homme et la Cour européenne de Strasbourg”. *Journal des Tribunaux*, 1982, p. 107.

⁴⁷⁰No debe olvidarse que el CEDH es un instrumento que debe interpretarse “à la lumière des conditions de vie actuelles” (sentencia TEDH *Tyler c/ Reino Unido*, de 25 de abril 1978, *serie A*, n.º. 26, p. 15). Es al TEDH al que le corresponde, por medio de sus sentencias, adaptar el alcance y el significado de los preceptos del CEDH a las exigencias sociales de cada momento.

⁴⁷¹Véase, VELU, J. y ERGEC, R., *La Convention...*, op. cit., p. 1080.

sobre la conformidad de la norma nacional concernida al Convenio de Roma⁴⁷². No obstante, esta obligación genera en ocasiones efectos que van más allá del caso concreto. Nos referimos principalmente al hecho de que la obligación de restablecer las cosas a su estado inicial en un determinado supuesto, a menudo, requiere que el Estado concernido (sin perjuicio de que también lo hagan los otros) modifique su legislación nacional. Por tanto, en estos supuestos se superarían las circunstancias específicas del caso concreto ya que la sentencia condenatoria de Estrasburgo exigiría para su cumplimiento la reforma legislativa (con efectos claramente generales).

En estas circunstancias, el efecto armonizador del CEDH en los órdenes internos se percibiría con absoluta claridad. La relación de causa-efecto entre la sentencia condenatoria y la modificación legislativa dejaría apreciar, sin lugar a dudas, la transformación de los órdenes jurídicos internos originada por la acción de una sentencia condenatoria de Estrasburgo. Transformación que, en última instancia, propiciará una armonización entre los órdenes jurídicos de los Estados miembros. Esta obligación de los Estados de materializar las modificaciones legislativas necesarias para adaptar la normativa interna al Convenio de Roma ha sido aceptada en la práctica por los quince Estados miembros de la Unión europea⁴⁷³. Si bien, las reticencias iniciales, unidas al desconocimiento por parte de algunos Estados del alcance real del compromiso internacional adquirido con la adhesión al CEDH y con la

⁴⁷² Así lo ha declarado el TEDH entre otras en las sentencias *Golder c/ Reino Unido*, de 21 de febrero 1975, *serie A*, nº. 18 cons. 46; *Klass y otros c/ Alemania*, de 6 de septiembre 1978, *serie A*, nº. 28 cons. 33; *Brogan y otros c/ Reino Unido*, de 29 de noviembre 1988, *serie A*, nº. 145-B, cons. 53. Entre las más recientes destacamos, a título de ejemplo, las sentencias *Nikolova c/ Bulgaria*, de 25 de marzo 1999, Rec. 1999-II, cons. 60; *Radio ABC c/ Austria*, de 20 de octubre 1997, Rec. 1997-VI, considerando 37.

⁴⁷³ El profesor RESS, G., alude a distintos casos que han propiciado cambios legislativos en los Estados miembros. Destacando que los mismos no han requerido de sentencias del Tribunal de Estrasburgo constatando una vulneración del Convenio, sino que han bastado los informes de la antigua Comisión para que los Estados concernidos hayan modificado su legislación, op. cit., pp. 246 y s..

aceptación de la jurisdicción obligatoria del TEDH⁴⁷⁴ han generado comportamientos estatales diversos.

B) Las modificaciones de los órdenes jurídicos nacionales suscitadas por una sentencia del TEDH. Algunos ejemplos paradigmáticos

La enorme importancia armonizadora del mecanismo de protección de derechos instaurado por el CEDH contaría con una constatación práctica. Debemos señalar que, siquiera enumerar todas las modificaciones legislativas operadas en los quince Estados miembros que encuentran su causa en una sentencia condenatoria del TEDH, nos conduciría a presentar, a continuación, un extenso catálogo de leyes nacionales modificadas. Bien entendido no es nuestra intención realizar un inventario en este sentido⁴⁷⁵.

Nuestro propósito consiste en demostrar, a través de algunos de estos ejemplos de leyes o prácticas estatales modificadas en el sentido fijado en una previa sentencia del TEDH, el alcance práctico de la fuerza armonizadora del mecanismo de protección de derechos fundamentales instaurado por el CEDH. Los casos elegidos son una muestra del efecto de las sentencias de Estrasburgo en las legislaciones nacionales. Todos ellos, entre muchos otros, propiciaron modificaciones que supusieron la ruptura con prácticas nacionales bien arraigadas en el orden jurídico concernido. De este modo, mediante el breve análisis de algunos de estos asuntos nos proponemos constatar que aun existiendo reticencias estatales a hacer valer “traumáticamente”⁴⁷⁶ una decisión de un Tribunal

⁴⁷⁴ Aceptación de la jurisdicción obligatoria del TEDH que tras la entrada en vigor del Protocolo 11 carece de valor, al suprimirse el carácter facultativo de la aceptación de la jurisdicción obligatoria del TEDH (artículo 34 CEDH).

⁴⁷⁵ Catálogo que, por otra parte, puede encontrarse en la página web del TEDH.

⁴⁷⁶ Nos permitimos esta licencia lingüística para resaltar que la fuerza armonizadora en estos supuestos no proviene de la asimilación fruto de la aceptación progresiva de las exigencias del Convenio de Roma sino de la obligación de acatar el contenido de una sentencia condenatoria.

no nacional, la fuerza armonizadora de la jurisprudencia del TEDH ha sabido imponerse en la práctica.

Ciertamente, en los distintos Estados miembros encontramos numerosos casos concretos que sirven a nuestro propósito de demostrar el efecto armonizador del CEDH. Nos centraremos sólo en alguno de ellos. Describiendo someramente los hechos, la decisión del TEDH y los efectos concretos que la sentencia de Estrasburgo propició en el orden interno. Advertimos, desde el comienzo, que sólo nos detendremos a comentar las incidencias casuísticas que interesan al desarrollo del objeto de este estudio: la armonización que producen las sentencias del TEDH en los órdenes internos concernidos. Respecto a las demás reflexiones y observaciones que pueden extraerse de cada asunto nos remitimos a los análisis doctrinales de cada caso concreto.

1.- Bélgica

En Bélgica, varios asuntos han propiciado reformas de gran relevancia. Entre ellos, destacamos el asunto *De Wilde, Ooms y Versyp c/ Bélgica*⁴⁷⁷, más conocido como asunto “de vagabondage”. Concretamente, la controversia se suscitaba por la existencia de una ley belga de 27 de noviembre de 1891⁴⁷⁸ sobre “*le vagabondage et la mendicité*” que calificaba la detención de los vagabundos como medida administrativa y no como pena. De este modo, ante la decisión del juez de paz que habilitaba la detención y el internamiento de los vagabundos no cabía la posibilidad de ningún tipo de recurso. El TEDH estimó que, en este supuesto, se producía una vulneración del artículo 5 párrafo 4 del CEDH. En menos de 2 meses desde el pronunciamiento de esta sentencia, por ley de 6 de agosto de 1971, Bélgica procedió a modificar

⁴⁷⁷ STEDH de 18 junio de 1971, *serie A* nº. 12.

⁴⁷⁸ Sobre la evolución de la legislación belga en esta materia nos remitimos al artículo de KNOPS, E, “Les affaires de vagabondage”. *C.D.E.*, 1972, pp. 544 y s., principalmente pp. 569 y s.

su legislación abriendo la vía de recurso contra las decisiones de los “*tribunaux de police*” en materia de vagabundos y mendicidad.

De mayor envergadura fue la reforma que produjo en este mismo ordenamiento la exigencia de ejecutar la sentencia recaída en el asunto *Marckx c/ Bélgica*⁴⁷⁹ reiterada posteriormente en la sentencia *Vermeire c/ Bélgica*⁴⁸⁰. La decisión del TEDH afectó profundamente al Derecho civil belga y concretamente a sus normas relativas a la filiación. El Derecho belga, tal y como se ponía de manifiesto en ambos asuntos, distinguía entre los hijos “naturales” y los “legítimos”, otorgándoles un tratamiento distinto a unos y a otros por razón de su filiación. El TEDH consideró que tal distinción era contraria al artículo 14 CEDH. El Estado belga, por ley de 31 de marzo de 1987 procedió a la modificación de "diversas disposiciones legales relativas a la filiación", suprimiéndose por esta vía toda discriminación respecto a los hijos naturales.

La necesidad de dos sentencias de Estrasburgo condenatorias de la práctica belga en cuanto al tratamiento de los hijos : 1979 (*Marckx*) y 1991 (*Vermeire*) muestran, sin lugar a dudas, lo arraigado de la distinción entre hijos naturales y legítimos en el ordenamiento jurídico belga. Pero además muestran hasta qué punto la presión ejercida por el mecanismo de protección de derechos fundamentales instaurado por el CEDH propicia el abandono de prácticas que, al margen de su discutibilidad en el siglo XX, formaban parte de la idiosincracia de un Estado.

2.- Reino Unido

El orden jurídico inglés ha sido objeto de condenas de gran repercusión interna⁴⁸¹. Por este motivo estimamos pertinente detenernos

⁴⁷⁹Sentencia TEDH de 13 junio 1979, *serie A* nº 31.

⁴⁸⁰Sentencia TEDH de 29 noviembre 1991, *serie A* nº. 214-C.

⁴⁸¹Además de las sentencias que analizaremos a continuación, otras muchas en cuyo análisis no podemos detenernos han propiciado interesantes reformas de la legislación del Reino Unido. Entre estas destacan la STEDH *Malone c/ Reino Unido*, de 2 agosto 1984, *serie A* nº. 91, relativa a la interceptación de las

en una muestra más amplia de sentencias del TEDH que, en distintos ámbitos (todos ellos de indudable relevancia), han propiciado interesantes reformas legislativas en el Reino Unido.

En el asunto *Golder c/ Reino Unido*⁴⁸² se enjuiciaba el reglamento de prisiones de 1964, en vigor en Inglaterra y Gales. En concreto, el Sr. Golder se vio implicado en las revueltas producidas en el establecimiento penitenciario donde cumplía condena, por las declaraciones inculpatórias de uno de los guardias de la prisión, lo que originó su separación temporal del resto de los prisioneros. Posteriormente, el guardia modificó su declaración afirmando que no estaba seguro de poder reconocer al Sr. Golder como el prisionero que le atacó. Estas declaraciones se vieron reforzadas por las realizadas por otro guardia que aseguró que el Sr. Golder se encontraba a su lado en el momento de la revuelta y que no participó en ella.

El recurrente solicitó al Ministro del Interior, según el reglamento penitenciario, su acuerdo para poder consultar a un abogado con objeto de denunciar al mencionado guardia por difamación. El Ministro del Interior negó su permiso. Golder consideró que tal situación constituía una violación del artículo 6.1 del CEDH que, según él, comprende el derecho de acceso a los tribunales. Acceso que le fue negado por la decisión desestimatoria del Ministro del Interior. Del mismo modo, ante la interceptación de su correspondencia destinada a contactar un abogado, Golder consideró igualmente que se había producido una vulneración del artículo 8 CEDH.

En efecto, el TEDH reconoció la vulneración de ambos preceptos y condenó al Reino Unido. La consecuencia práctica de la condena fue la

comunicaciones; la STEDH *Brogan y otros c/ Reino Unido*, de 29 noviembre 1988, *serie A* n.º. 145-B, en materia de terrorismo; STEDH *X c/ Reino Unido*, de 5 noviembre 1981, *serie A* n.º. 46, referida a la privación de libertad de prisioneros con problemas de salud mental.

⁴⁸²Sentencia TEDH, de 21 febrero 1975, *serie A* n.º. 18.

inmediata modificación del reglamento de prisiones de 1964 en el sentido de declarar que la autorización requerida por el reglamento penitenciario, ante la demanda de un detenido de iniciar un procedimiento civil o de consultar un abogado, debía ser en todo caso acordada.

Posteriormente, encontramos un caso paradigmático en nuestra intención de mostrar la influencia de las sentencias del TEDH en los procesos de armonización de los Derechos nacionales, el asunto *Irlanda c/ Reino Unido*⁴⁸³. En este supuesto concreto, la gravedad de la violación y las dificultades políticas y sociales generadas por la acción terrorista del I.R.A. no hacían especialmente fácil la asimilación de la sentencia de Estrasburgo en las prácticas de la policía británica. Como es bien sabido, esta sentencia del TEDH calificó de “tratos inhumanos y degradantes” las denominadas “cinco técnicas” de interrogatorio utilizadas por la policía inglesa con los detenidos supuestamente miembros del I.R.A. En consecuencia, el TEDH condenó al Reino Unido por violación del artículo 3 CEDH.

Ciertamente, la sentencia no tuvo efectos “milagrosos”⁴⁸⁴, sin embargo, procuró que el Gobierno de Irlanda del Norte y el Gobierno británico eliminasen progresivamente la utilización de estas 5 técnicas. Dada la complejidad de la situación vivida en el Reino Unido con las acciones del I.R.A. (el rechazo popular, las dificultades políticas que generaba su erradicación), la utilización de las “cinco técnicas” por la policía inglesa se había aceptado como mal necesario ante las dificultades que suponía el control del I.R.A. Así, por mucho que la tortura ejercida sobre un ser humano sea intolerable en cualquier caso, el hecho era que la utilización de la tortura contra los presuntos miembros del I.R.A. se había consolidado en el Reino Unido. Por este motivo, el efecto real de esta sentencia de Estrasburgo en el orden británico debe valorarse muy positivamente ya que sirvió para que las

⁴⁸³Sentencia TEDH, de 18 enero 1978, *serie A* n°. 25.

⁴⁸⁴Expresión utilizada por PELLOUX, R., “L’affaire Irlandaise et l’affaire Tyrer devant la Cour européenne des Derechos de l’Homme”. *AFDI*, 1978, p. 399.

autoridades británicas tomasen conciencia de lo injustificado de la utilización de tales procedimientos, propios de regímenes totalitarios y no, desde luego, de ningún Estado democrático.

En otro orden de cosas, el asunto *Young, James y Webster c/ Reino Unido*⁴⁸⁵ afectó a un ámbito en el que el Reino Unido cuenta con una idiosincrasia particular: la política social. Principalmente, el caso en análisis se ocupó de determinar el alcance de la libertad sindical. En concreto, la ley de 1980 sobre el empleo (*Employment Act 1980*) calificaba como procedente⁴⁸⁶ el despido de un trabajador por negarse a afiliarse a un sindicato determinado en una situación de *closed shop*, sin que fuera posible recurrir la decisión alegando un despido abusivo. Los trabajadores Young, James y Webster fueron despedidos de la Compañía de Ferrocarriles británicos por negarse a afiliarse al sindicato con el que la *British Rail* había concluido un acuerdo de *closed shop*. Los recurrentes estimaban que la aplicación de la ley sobre el empleo en estos supuestos era contraria a lo dispuesto en los artículos 9, 10, 11 y 13 CEDH. El TEDH, examinando los motivos alegados en su conjunto, constató la vulneración del artículo 11 del CEDH.

La repercusión de esta sentencia en el ordenamiento inglés se percibió claramente con la modificación de la Ley de 1980 (*Employment Act 1982 - (1982 c 46)*) que pasó a calificar como abusivos estos despidos. Igualmente, esta reforma abrió la posibilidad en el Derecho inglés de un derecho de recurso en los supuestos en que un despido de este tipo se produzca.

En el ámbito privado, destacamos por su gravedad el asunto *Dudgeon c/ Reino Unido*⁴⁸⁷ en el que, sin duda, el TEDH se vio confrontado a una cuestión espinosa: determinar el alcance de las restricciones al derecho a la vida privada (artículo 8.1 CEDH) y

⁴⁸⁵STEDH, de 13 agosto 1981 *serie A* n°. 44.

⁴⁸⁶Salvo en ciertos casos excepcionales.

⁴⁸⁷Sentencia TEDH, de 22 octubre 1981, *serie A* n°. 45.

consecuentemente los límites de las medidas estatales tendentes a proteger “la moral” de la sociedad (artículo 8.2 CEDH). Concretamente, en Irlanda del Norte, la conducta homosexual masculina era tipificada como delito por las leyes de 1861 y de 1865 que castigaban tanto la tentativa como la práctica consumada del acto homosexual realizado en público o en privado, con independencia de que los hombres fueran mayores de 21 años.

Esta legislación fue modificada en Inglaterra y en Gales por ley de 1967 y en Escocia por ley de 1980. Sin embargo, en Irlanda del Norte a pesar de intentarse la reforma, ésta no llegó a producirse. El TEDH, aceptando los argumentos del recurrente, concluyó que el Sr. Dudgeon, en su condición de homosexual se ve afectado por la aplicación de las leyes de 1861 y de 1865 vulnerándose con ello su derecho a la vida privada.

Gracias a esta condena de Estrasburgo, se produjo la conveniente modificación legislativa por medio de una ordenanza, entrada en vigor el 9 de diciembre de 1982, (*The Homosexual Offences (Northern Ireland) Order 1982*). Desde ese momento, en Irlanda del Norte los actos homosexuales consentidos entre varones mayores de 21 años no se consideran delito, si bien existen ciertas categorías de personas exceptuadas: los deficientes mentales, los militares y el personal de la marina mercante.

Finalmente en lo que al Derecho inglés se refiere, destacamos el asunto *Campbell y Cosans c/ Reino Unido*⁴⁸⁸ en el que se discutía la conformidad de las prácticas de castigos corporales infligidos a estudiantes en las escuelas escocesas con el artículo 3 CEDH y con el artículo 2 del Protocolo 1 del CEDH. Los hechos tuvieron lugar en escuelas escocesas, en las que los hijos de las señoras Campbell y Cosans se veían amenazados por la posibilidad de sufrir castigos

⁴⁸⁸Sentencia TEDH, de 25 febrero 1982, *serie A* n.º. 8.

corporales permitidos por la *Common Law* con objeto de mantener la disciplina de los estudiantes. El TEDH estimó que, en estos supuestos, no cabía concluir la existencia de una práctica de tortura o trato inhumano o degradante en los términos del artículo 3 CEDH. No obstante, declaró la violación del artículo 2 del Protocolo 1 CEDH⁴⁸⁹.

Los efectos de esta sentencia se percibieron claramente en la práctica con la abolición de los castigos corporales en las escuelas públicas del Reino Unido, así como en aquéllas que recibían ayudas financieras del Estado, tras la promulgación de la ley (nº. 2) de 1986 sobre educación (*Education (nº. 2) Act 1986*, 1986 c 61), cuya entrada en vigor se produjo el 15 de agosto de 1987.

3.- Irlanda

En el orden jurídico irlandés queremos destacar tres sentencias que propiciaron modificaciones legislativas muy importantes en el Derecho interno. Todas ellas abordan cuestiones relativas al derecho a la vida familiar en un Estado en el que la influencia del catolicismo en su orden jurídico propicia situaciones que, a menudo, son contrarias al espíritu y a la letra del Convenio de Roma. En el caso irlandés, cabe destacar la importancia de las modificaciones legislativas que sucedieron a estas decisiones precisamente por el hecho de que, si bien son contrarias al Convenio, aparecen tradicionalmente bien arraigadas a la cultura y tradición irlandesa.

Tanto en el asunto *Airey c/ Irlanda*⁴⁹⁰ como en el caso *Johnston y otros c/ Irlanda*⁴⁹¹ el TEDH se enfrenta a las consecuencias que genera la imposibilidad de divorciarse en Irlanda. En concreto, la ley irlandesa

⁴⁸⁹ Artículo 2 del Protocolo 1 CEDH: “No se puede negar a nadie 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 de asegurar esta educación

⁴⁹⁰ Sentencia TEDH, de 9 octubre 1979, *serie A* nº 32.

⁴⁹¹ Sentencia TEDH de 18 diciembre 1986, *serie A* nº 112.

únicamente preveía un procedimiento (largo y costoso) de “separación de cuerpos” ante la *High Court*. Este procedimiento no contaba, por otra parte, con ningún tipo de ayuda financiera para los recurrentes que carecieran de los medios suficientes para sufragárselo. Precisamente la Sra. Airey se encontraba en esta situación. Por ello alegó ante la Comisión Europea de Derechos Humanos la vulneración de los artículos 6 y 8 CEDH. El primero de ellos por considerar que, en la práctica, su situación financiera le impedía el acceso a los Tribunales y, el segundo, por entender que la falta de medios económicos que le permitieran acabar con una vida marital complicada por las continuas agresiones físicas y psíquicas de su marido tanto a ella como a sus hijos, resultaba contrario a su derecho a la vida familiar.

En efecto, el TEDH percibió claramente la situación de indefensión que creaba el Derecho irlandés en estos casos, por lo que declaró la violación de ambos preceptos. Como consecuencia de esta sentencia, en Irlanda se instauró un régimen de asistencia judicial y de consulta en materia civil gestionado por un órgano independiente: el Consejo de asistencia judicial, cuyos primeros centros se abrieron el 15 de agosto de 1980.

Por su parte, en el asunto *Johnston*, la prohibición del divorcio en Irlanda le creaba al Sr. Johnston una situación ciertamente paradójica. Por un lado, tras separarse de su primera esposa, esta situación le impedía contraer matrimonio con su actual pareja. Pero lo más grave era que consecuentemente se le negaba la posibilidad de reconocer con plenitud de derechos a la hija nacida de esta unión que, según el Derecho irlandés, tenía la condición de hija ilegítima en cuanto nacida fuera del matrimonio. Así los recurrentes consideraron que esta circunstancia vulneraba los artículos 8, 9, 12, 13 y 14 del CEDH.

La necesidad de respetar las particularidades propias de cada orden jurídico llevó al TEDH a declarar que del tenor del artículo 12 CEDH no era posible deducir, como solicitaban los recurrentes, la

obligación de las Altas Partes Contratantes de reconocer el derecho al divorcio. No obstante, estableció que el trato que el Derecho irlandés otorga a la hija del Sr. Johnston es contrario a los artículos 8 y 12 CEDH. Por lo cual, con independencia de que los progenitores estén o no casados, los hijos sea cuál sea su filiación deben estar equiparados en derechos.

A consecuencia de esta decisión, en Irlanda se promulgó la ley sobre la “condición de los hijos” (*Status of Children Act 1987*), en vigor desde el 14 de junio de 1988, por la que se reconoció la igualdad de derechos de todos los hijos, ya hayan nacido dentro o fuera del matrimonio.

No menos complicado fue el asunto *Open Door y Dublin Well Woman c/ Irlanda*⁴⁹². En este supuesto, el TEDH se encontró confrontado a la necesidad de pronunciarse sobre un tema delicado. Concretamente, es bien sabido que en Irlanda, la vida del no nacido es protegida por el artículo 40.3 línea 3 de la Constitución irlandesa. Consecuentemente, el aborto está prohibido sin ningún tipo de excepción.

En este marco jurídico, dos asociaciones (las recurrentes ante el TEDH) *Open Door y Dublin Well Woman* desarrollaban, con fines no lucrativos, una labor tendente a presentar a las mujeres que se lo solicitaban las informaciones necesarias para interrumpir su embarazo en clínicas del Reino Unido (donde el aborto era legal). La *High Court* irlandesa consideró que esta actividad era contraria a lo dispuesto en el artículo 40. 3 línea 3 de la Constitución irlandesa, por lo que prohibió a estas dos organizaciones continuar con su actividad asesora. Este fue el

⁴⁹²Sentencia TEDH, de 29 octubre 1992, *serie A* n° 246-A. Esta decisión ha originado diversos estudios doctrinales, entre los que destacamos la nota de GAUDEMET-TALLON, H., en *RTDE*, 28 (1), enero-marzo, 1992, pp. 167 y s. ; SUDRE, F., «L’interdiction de l’avortement : le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l’homme ». *RFDC*, pp. 216 y s.

motivo que propició que *Open Door* y *Dublin Well Woman* presentaran ante los órganos de Estrasburgo un recurso contra Irlanda alegando que esta medida era contraria al artículo 10.1 CEDH. El TEDH⁴⁹³ constató que efectivamente se había producido una violación del Convenio, en una sentencia de contenido ciertamente cauteloso.

En el transcurso del mismo año en el que se dictó la sentencia del TEDH, la decimocuarta reforma de la Constitución irlandesa posibilitó la modificación de la línea 3 del artículo 40. 3 de la Constitución. La nueva redacción permite en la actualidad a las mujeres irlandesas la obtención de las informaciones relativas a los servicios legales de interrupción voluntaria del embarazo existentes en otros Estados en las que el aborto es considerado una práctica legal.

En este supuesto, como vemos, la sentencia de Estrasburgo no sólo afectó a un ámbito especialmente sensible en la cultura irlandesa, sino que además, desde una perspectiva exclusivamente jurídica, propició una importante reforma ya que afectó a la propia Norma suprema del ordenamiento irlandés.

4.- Países Bajos

Los dos asuntos que hemos seleccionado para mostrar el efecto de las sentencias de Estrasburgo en Holanda afectaron, también, a supuestos de trasgresión de la vida privada y familiar. En el primero de ellos, *X e Y c/ Países Bajos*⁴⁹⁴ el TEDH debió pronunciarse sobre la compatibilidad de la regulación holandesa sobre la representación de las personas incapacitadas, con el artículo 8 CEDH.

⁴⁹³Sobre los mismos hechos, resulta interesante la sentencia del TJCE *The Society for the Protection of Unborn Children Ltd. c/ Stephen Grogan* y otros, de 4 de octubre 1991, Rec. p. 4773. Si bien en este caso, el TJCE se ocupó de analizar el supuesto desde la perspectiva de la afectación de la prohibición de facilitar información a las mujeres irlandesas sobre el aborto en otros Estados con el principio *communautaire* de la libre circulación de servicios.

⁴⁹⁴Sentencia TEDH, de 26 marzo 1985, *serie A* n°. 91.

En concreto, Y, de 16 años, con una incapacidad mental que le impedía decidir conscientemente, es agredida sexualmente por B. Ante la imposibilidad de Y de denunciar los hechos, X, padre de Y, procede a la denuncia de los mismos a la policía. A pesar de la presentación de la denuncia, el Ministerio Fiscal decide no demandar a B, alegando que es la víctima la que debe, tal y como determinaba el artículo 248 ter del Código penal holandés, denunciar los hechos; no sirviendo a estos efectos la denuncia del padre de la víctima. Ante esta indefensión a la que quedaban sometidas las personas incapacitadas víctimas de un delito como el de autos, el TEDH no tuvo más que declarar que en este caso se vulneraba el derecho a la vida privada y familiar, constatándose, de este modo, la importante laguna que presentaba la ley holandesa al no prever la situación de las víctimas incapacitadas⁴⁹⁵.

Durante la tramitación del asunto en Estrasburgo, los Países Bajos aprobaron una ley de 27 febrero de 1985 (en vigor el 1 de abril de 1985), que modificó el artículo 65 del Código penal holandés. La reforma permitió al representante legal de una persona retrasada mental, víctima de una infracción, denunciar los hechos en su nombre.

También en Holanda, el asunto *Kroon y otros c/ los Países Bajos*⁴⁹⁶ planteó la necesidad de una reforma del Derecho de familia holandés. Así, Catharina Kroon casada en 1979 se separó de su marido en 1980, obteniendo el divorcio en 1988. Tras su separación, mantiene una relación estable con Ali Zerrouk con el que tiene 4 hijos. Todos ellos reconocidos por su padre biológico, salvo el primero de ellos, Samir, nacido en 1987. En efecto, en aplicación del Derecho civil holandés Samir fue inscrito como hijo legítimo del marido de la Sra. Kroon, ya que en el momento de su nacimiento, ésta aún no había obtenido el divorcio. En Derecho holandés rige la presunción de paternidad del marido. Esta presunción únicamente puede destruirla una acción del mismo, tendente

⁴⁹⁵Cfr. COHEN-JONATHAN, G., “Cour européenne des derechos de l’homme (chronique 1985-1986-1987)”. *CDE*, 1988, p. 462.

⁴⁹⁶Sentencia TEDH, de 27 octubre 1994 *serie A*, n.º. 297-C.

a demostrar que no es el padre biológico del niño. En este caso, el ex-marido de la Sra Kroon, que en 1986 dejó la ciudad en la que vivía sin dejar rastro, no interpuso esta acción y el Derecho holandés impide a la Sra. Kroon o al Sr. Zerrouk ejercerla.

La situación es tremendamente paradójica, ya que siguiendo la literalidad de la ley, el Sr. Zerrouk, padre biológico de Samir, aunque quiera reconocer a su hijo, no tiene ningún medio para hacerlo. Evidentemente, el TEDH declaró que esta situación era contraria al artículo 8 CEDH.

Tras esta sentencia, una ley de 24 de diciembre de 1997 (en vigor el 1 de abril de 1998), modificó el título del Código civil holandés referido a los derechos parentales. De este modo, actualmente si bien la presunción de paternidad subsiste en favor del marido de la madre del hijo, la legitimidad activa de la acción de reclamación-impugnación de la paternidad se reconoce no sólo al marido sino también a la madre y al propio hijo.

5.- Francia

En Francia destacamos 4 asuntos por su influencia desplegada en el Derecho interno. En el primero de ellos, asunto *Kruslin y Huvig c/ Francia*⁴⁹⁷, los dos recurrentes fueron acusados de distintos delitos⁴⁹⁸ valiéndose, entre otras pruebas, de grabaciones de conversaciones telefónicas que, según los recurrentes, no habían respetado las exigencias necesarias para estimarse conformes al artículo 8 CEDH. El TEDH procedió a examinar el contenido de las normas francesas reguladoras de las escuchas telefónicas, con objeto de determinar si las ingerencias en la privacidad de los recurrentes se justificaban en el artículo 8.2 CEDH. Tras este examen, el Tribunal de Estrasburgo

⁴⁹⁷Sentencia TEDH, de 24 abril 1990, *serie A*, nº. 176-A y B.

⁴⁹⁸Complicidad en homicidio voluntario, robos y tentativa de robos en el caso de *Kruslin*; fraude fiscal en el caso de *Huvig*.

concluyó que la legislación francesa en esta materia no era lo suficientemente clara y precisa como para entenderse conforme al artículo 8 CEDH.

Escasos meses después de dictarse esta sentencia, en Francia se aprobó la ley n.º. 91-646, de 10 de julio de 1991 “relativa al secreto de las comunicaciones emitidas por medio de las telecomunicaciones”, que introdujo un nuevo artículo al Código de procedimiento penal (artículo 100), que se encargó de regular minuciosamente las interceptaciones ordenadas por la autoridad judicial.

Las dos siguientes sentencias contra Francia que vamos a analizar se refieren a la vulneración del derecho a la vida privada y familiar. En la primera de ellas, el asunto *Beldjoudi c/ Francia*⁴⁹⁹, se trató la expulsión del recurrente que, habiendo nacido en Francia de padres franceses de origen argelino, pierde la nacionalidad francesa tras la independencia de Argelia. El 2 de noviembre de 1979 se acordó una orden de expulsión de Francia contra el Sr. Beldjoudi, debido a los numerosos antecedentes delictivos que poseía. El recurrente consideró que su expulsión del territorio francés suponía una vulneración del derecho al respeto de su vida privada y familiar ya que él había crecido en Francia, había sido educado en Francia y se había casado con una francesa con la que había convivido desde 1970 (salvando los periodos de encarcelación del Sr. Beldjoudi). Por todo ello, consideraba que tanto él como su esposa se encontrarían en Argelia absolutamente desarraigados.

Por su parte, el Gobierno francés alegó que la expulsión se justificaba en lo dispuesto en el artículo 8.2 CEDH ya que estaba prevista en una ley, tenía un fin legítimo (la defensa del orden) y era necesaria en una sociedad democrática. El TEDH, por el contrario, entendió que habida cuenta de las circunstancias del caso, si la expulsión se hubiera

⁴⁹⁹Sentencia TEDH, de 26 marzo 1992, *serie A*, n.º 234-A.

ejecutado, se hubiera vulnerado el derecho al respeto de la vida privada y familiar del Sr. Beldjoudi, sin que hubiera sido posible justificar la expulsión en el artículo 8.2 CEDH al ser, según el TEDH, desproporcionada en una sociedad democrática.

De este modo, las leyes francesas de 24 de agosto y de 30 de diciembre de 1993, modificaron la ordenanza de 2 de noviembre de 1945, relativa a las condiciones de entrada y residencia de extranjeros en Francia creándose, de este modo, una categoría de personas a salvo de toda medida de expulsión exceptuando los casos de necesidad imperiosa.

En el tercero de los asuntos a exponer, los Srs. *Funke, Crémieux y Miailhe*⁵⁰⁰, plantearon al TEDH una demanda contra Francia en la que, entre otros motivos, denunciaban el incumplimiento de las exigencias impuestas por el artículo 8 CEDH, concretamente en lo referente a los registros domiciliarios realizados con objeto de descubrir presuntos delitos financieros⁵⁰¹. A pesar de las alegaciones del Gobierno francés sosteniendo, por un lado, que las ingerencias de este tipo eran proporcionadas atendiendo a la necesidad de luchar contra la fuga de capitales y, por otro, que el Código aduanero dotaba a los particulares las garantías necesarias, el TEDH siguiendo los argumentos de los recurrentes concluyó declarando la vulneración del artículo 8 CEDH.

Durante la tramitación del asunto ante los órganos de Estrasburgo se modificó el artículo 64 del Código aduanero por medio de las leyes de finanzas de 30 de diciembre de 1986 y de 29 de diciembre de 1989. Desde entonces, toda visita domiciliaria (excepto en el supuesto de delito flagrante) requiere la autorización motivada del presidente del “*tribunal de grande instance*” o de un juez delegado por él. En enero de 1990, la

⁵⁰⁰Sentencia TEDH, de 25 febrero 1993, *serie A*, n.º. 256-A, B y C.

⁵⁰¹Una descripción más amplia de las circunstancias de estos asuntos puede encontrarse en el artículo de YERNAULT, D., “Les pouvoirs d’investigation de

reglamentación “*des changes*” fue modificada permitiendo a los residentes poseer bienes en el extranjero sin estar obligados a repatriar sus rentas.

El último de los asuntos que nos sirven de muestra de la influencia de las sentencias del TEDH en Francia es el que motivó la sentencia *Tomasi c/ Francia*⁵⁰². El Sr. Tomasi se quejó ante el Tribunal de Estrasburgo de los supuestos malos tratos que sufrió durante el período de detención⁵⁰³ por su presunta participación en un asesinato y en una tentativa de asesinato cometidos en 1982 por el FLNC⁵⁰⁴. Además, el recurrente estuvo en detención provisional durante 5 años y 7 meses, tiempo que según él fue excesivo. Del mismo modo, alegó que los 5 años y 10 meses transcurridos desde la presentación de la denuncia contra X por los malos tratos sufridos durante su detención, hasta su resolución por la Cour de Cassation excedieron el “plazo razonable” reconocido en el artículo 6 del Convenio.

El TEDH, tras examinar los certificados médicos presentados como prueba, constató la existencia de numerosos golpes sufridos por la víctima, que le llevaron a calificar el trato de “inhumano y degradante” y, por ello, contrario al artículo 3 CEDH. Del mismo modo, el período de 5 años y 10 meses que transcurrió desde que el Sr. Tomasi interpuso la demanda contra X por los malos tratos sufridos hasta que la Cour de cassation se pronunció, teniendo en cuenta que el caso no presentaba ninguna complejidad y que el recurrente no retardó el procedimiento, constituía una violación del artículo 6 CEDH. Finalmente, el TEDH también declaró vulnerado el artículo 5.3 del CEDH ya que las

l'administration face à la délinquance économique: le locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne”. *RTDH*, 1994, pp. 121 y s.

⁵⁰²Sentencia TEDH, de 27 agosto 1992, *serie A*, nº 241-A.

⁵⁰³Dada la complejidad del asunto nos remitimos al artículo de KOERING-JOULIN, R., “Les affaires Birou et Tomasi et la détention avant jugement”. En *Le derecho français et la Convention européenne des derechos de l'homme 1974-1992*. (Dir. F. SUDRE). Ed. Engel, 1994, pp. 185 y s.

⁵⁰⁴Front de libération nationale de la Corse.

jurisdicciones competentes no actuaron con la diligencia debida, lo que procuró la prolongación innecesaria de la detención provisional del recurrente. Así pues, el Tribunal condenó a Francia por la vulneración de los derechos contenidos en los artículos 3, 6.1 y 5.3 del CEDH.

Por medio de las leyes n°. 93-2 de 4 de enero de 1993 y 93-1013 de 24 de agosto de 1993 se suprimió el privilegio de jurisdicción. Además, se mejoró sustancialmente el sistema de protección de las personas sometidas a detención provisional con objeto de evitar los malos tratos, instaurándose en Francia la práctica habitual de exámenes médicos e intervenciones del abogado.

6.- Austria

Finalmente en Austria expondremos el asunto *Informationsverein Lentia y otros c/ Austria*⁵⁰⁵ en el que se cuestionaba la conformidad de la legislación austriaca en materia de creación y explotación de una estación de radio o de televisión con lo dispuesto en el artículo 10 CEDH. En concreto, los cinco recurrentes se veían imposibilitados para crear o explotar una estación de radio o de televisión debido al monopolio que, en esta materia, ostentaba la Oficina austriaca de radiodifusión (ÖRF). El Gobierno austriaco justificó este monopolio en la necesidad de asegurar la objetividad y la imparcialidad de las emisiones, procurando el respeto del pluralismo y de la independencia de las personas y de los órganos responsables de las emisiones. Sin un monopolio de este tipo, Austria entendía que tales principios no podían asegurarse. El TEDH entendió que esta justificación no era suficiente como para legitimar una restricción en el derecho a la libertad de expresión por lo que declaró la violación de los artículos 10 y 14 CEDH.

En menos de dos meses desde esta sentencia del TEDH, el 1 de enero de 1994, en Austria se liberalizó la radiofonía local y regional.

⁵⁰⁵ Sentencia TEDH, de 24 noviembre 1993, *serie A*, n°. 276.

Modificada el 1 de mayo de 1997, la ley prevé en la actualidad que el derecho de la ÖRF de emitir en todo el país se limita a cuatro cadenas y que la obtención de las licencias de radiodifusión privada se confía a una nueva autoridad : la autoridad regional de la radio y del cable. La ley establece, de este modo, un nuevo plan de reparto de frecuencias. Por su parte, la sentencia del Tribunal constitucional austriaco, de 27 de septiembre de 1995 declaró inconstitucional la legislación que prohibía la retransmisión activa por cable lo que llevó a adoptar la ley de 24 de abril de 1997, relativa a la radiodifusión por cable y por satélite. En virtud de esta ley, la radiodifusión por satélite puede efectuarse con la autorización de la autoridad regional y sus decisiones son susceptibles de recurso ante una comisión compuesta por jueces.

Con esta panorámica general hemos pretendido reflejar la indiscutible influencia ejercida por las sentencias del Tribunal de Estrasburgo en los órdenes jurídicos internos. La asimilación de las exigencias del Convenio de Roma se presenta de esta forma al margen (e incluso a pesar) de los intereses estatales. Ahora bien, con todas las reticencias y tensiones estatales surgidas fundamentalmente en el momento de “acatar” las decisiones condenatorias de Estrasburgo, la envergadura de las reformas que han propiciado no dejan lugar a dudas sobre el alcance del Convenio de Roma en la conformación de un patrimonio europeo de los derechos humanos.

La estructura elegida en este estudio ha presentado las dos vías que entendemos propician la armonización de los órdenes jurídicos internos de las Altas Partes Contratantes. Las dos permiten que los órdenes jurídicos nacionales se impregnen del contenido del Convenio; sin embargo, resulta evidente que, en términos de alcance, ambas no se revelan de la misma manera. Mientras que la asimilación del contenido del Convenio de Roma por los jueces y tribunales internos (Sección 1) se condiciona a la absorción progresiva y voluntaria de sus preceptos en los órdenes jurídicos estatales, como fruto de una mayor y mejor comprensión del CEDH por los protagonistas de la vida jurídica; la

influencia del mecanismo de protección de derechos instaurado por el Convenio se caracteriza por los efectos coercitivos que despliega una sentencia condenatoria en los órdenes jurídicos internos (Sección 2).

Al margen de esta división metodológica, una valoración global de todo lo expuesto en este Título I permite apreciar que la influencia del CEDH en los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión europea ha procurado claramente un efecto armonizador en materia de derechos fundamentales. Bien es cierto que ya desde antes de 1950 existía una manera común de percibir los derechos fundamentales en la Europa occidental. Pero no es menos cierto que ha sido la influencia del CEDH y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo la que ha procurado la definición precisa del contenido del *standard minimum* común a todos los Estados extendiendo y, al mismo tiempo, perfilando el real alcance de los derechos consagrados.

* *

*

Con todo, a pesar de las tensiones e imperfecciones constatables en la aceptación de ciertas disposiciones del CEDH y de no menos reticencias en aceptar las interpretaciones que de las mismas realiza el Tribunal de Estrasburgo, no podemos más que concluir declarando la existencia de un patrimonio europeo en materia de derechos fundamentales. Patrimonio que se desarrolla en torno a un instrumento jurídico común: el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La importancia de esta afirmación no es meramente teórica, sino que presenta importantes repercusiones en la determinación del contenido de una eventual Constitución europea. En cualquier caso, la configuración del CEDH como la "*veritable Charte constitutionnelle de la Grande Europe*" en materia de derechos fundamentales no nos parece, en absoluto, exagerada.

Capítulo 2

La influencia del CEDH y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en el orden jurídico comunitario

El estudio de la influencia armonizadora del CEDH es especialmente interesante en lo que concierne al orden jurídico comunitario. El carácter eminentemente económico y comercial⁵⁰⁶ del Derecho comunitario no ha sido óbice al desarrollo, en este orden jurídico, de un sistema de protección de los derechos fundamentales. Este mecanismo de garantía ha seguido un curso en el que el CEDH y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo han jugado un papel transcendental.

Ciertamente, la importancia otorgada a la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad europea no ha sido la misma en los años 50 que en la actualidad. Desde “Roma hasta Niza”, el proceso de profundización ha conducido a la Unión europea a extender sus competencias a ámbitos antes restringidos a la exclusiva acción estatal. Con esta extensión de las atribuciones comunitarias se han originado riesgos cada vez más elevados de que la actividad comunitaria pueda lesionar derechos fundamentales. Por esta razón, a medida que las competencias se han ido extendiendo, la garantía de derechos fundamentales en la Unión europea ha ido evolucionando hacia cotas de protección también cada vez más comprometidas.

El Convenio de Roma no ha sido ajeno a este proceso. Su presencia, tanto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las

⁵⁰⁶Resulta destacable en este sentido el editorial escrito por PADOA-SCHIOPPA, T., «Pourquoi l’Europe commence t-elle par l’argent?». *CDE*, 1999, nº. 1-2, pp. 7 y s., cuyo objeto principal es discutir que el proceso de integración europea haya comenzado por el «dinero», es decir, por el euro. El autor reconoce que el origen económico de las Comunidades europeas es indudable; sin embargo estima que «...la naturaleza del proyecto fue político en la acepción más elevada del término. ‘Nunca más guerra entre nosotros’», p. 9. La traducción del francés es nuestra.

Comunidades europeas (en adelante TJCE o Tribunal de Luxemburgo), como en las Declaraciones de las Instituciones comunitarias aparece ya en el inicio del proyecto comunitario. Pero esta presencia no ha tenido siempre la misma importancia. De este modo, si bien la protección de derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario ha progresado notablemente en el transcurso de casi 50 años (sección 1); aún no se ha alcanzado el nivel óptimo de protección que consideramos necesario para legitimar las acciones de la Comunidad (sección 2).

Antes de comenzar el análisis, se impone una precisión metodológica con objeto de evitar equívocos. Cuando a lo largo del presente estudio aludimos a los “Tratados fundacionales”, nos referimos exclusivamente, salvo mención expresa, al Tratado de Roma. Las comunidades europeas de carácter sectorial: Comunidad europea del Carbón y del Acero (CECA) y la Comunidad europea de la energía atómica (EURATOM) quedan fuera de nuestro estudio. Del mismo modo, advertimos que a los efectos de simplificar la redacción, siempre utilizamos la referencia a la Comunidad europea, si bien somos conscientes de la incidencia de la protección de derechos fundamentales en los pilares intergubernamentales tras el Tratado de la Unión europea de 1992.

Sección 1: La evolución sufrida en el orden jurídico comunitario en materia de protección de los derechos fundamentales

No cabe duda que los órdenes jurídicos de los Estados europeos participan de la misma concepción del ser humano. Esta concepción común aparece como el resultado de una evolución filosófica, social, política y económica, compartida⁵⁰⁷ por estos Estados a lo largo de la Historia europea. Evolución que se concreta en la protección de la dignidad y la libertad del individuo ante las eventuales ingerencias del poder estatal.

El derecho común europeo de los derechos fundamentales, parafraseando a P. HÄBERLE⁵⁰⁸ podría concretarse teniendo en cuenta dos aspectos fundamentales, la vertiente declaratoria y la vertiente de protección de los derechos del hombre. Con carácter general, puede afirmarse que ambas vertientes se desarrollan convenientemente en los Estados miembros, tanto mediante la estricta normativa de elaboración interna como por los efectos que produce la adhesión de estos Estados al CEDH.

Este esquema estatal, trazado en grandes líneas no encuentra, sin embargo, su reflejo en el orden jurídico comunitario. La Unión europea, compuesta por los mismos quince Estados miembros que declaran y protegen los derechos humanos carece, en su seno, de una declaración de derechos fundamentales y, pese a los distintos intentos,

⁵⁰⁷A título de ejemplo, la existencia indiscutible de una concepción similar de derechos del hombre entre los Estados europeos se manifiesta claramente cuando nos cuestionamos si es posible aplicar la concepción occidental de los derechos del hombre a sociedades de signo bien diferente. El hecho de que en Europa occidental exista una concepción común del hombre y consecuentemente de los derechos del hombre no implica que no existan otras. En este mismo sentido, ver LATORRE, A., “Concepto y problemas actuales de los derechos humanos” y FERRARI, V., “Europa ante los derechos del hombre”. Ambos en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año I, febrero-octubre, 1993, n. 1.

⁵⁰⁸Cfr. HÄBERLE, P., “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”. En *Derechos y Libertades*, op. cit. pp. 149 y s, sobre todo p.160.

la Comunidad, aún hoy, está lejos de aceptar su adhesión al CEDH. No obstante, aunque es cierto que en nuestros días la situación descrita no se ha modificado, la Comunidad europea, con importantes carencias en esta materia, sí ha ido avanzando hacia una protección efectiva de los derechos fundamentales.

Esta circunstancia es constatable desde una doble perspectiva. Por un lado, la Comunidad, por vía indirecta a través de diversas declaraciones, ha venido manifestando desde los años setenta su intención de respetar los derechos humanos (A). Por otro, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se erige, desde los primeros tiempos, en el garante de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario, fijando y desarrollando en su jurisprudencia los principios de protección comunitaria de los derechos fundamentales (B).

A) La asimilación del patrimonio europeo de los derechos fundamentales por las Instituciones comunitarias.

La falta de menciones expresas de los Tratados fundacionales a la protección de los derechos fundamentales no es casual. Circunstancias de diversa índole propiciaron la decisión de los Padres fundadores de omitir las referencias aludidas (1). Sin embargo, las reacciones de los Tribunales constitucionales de algunos de los Estados miembros propiciaron un importante revulsivo en la progresiva aceptación de la protección de derechos fundamentales por las Instituciones europeas (2).

El estudio de estas dos cuestiones nos permitirá obtener una visión general del proceso seguido por la Comunidad europea hasta asimilar la necesidad de proteger en su seno los derechos fundamentales, de manera cuanto menos equivalente, a la proporcionada por los sistemas constitucionales de los Estados que la componen.

1.- Los motivos que justifican la falta de una declaración de derechos fundamentales en los Tratados comunitarios

En líneas generales, la evolución de la protección de los derechos humanos en la Comunidad europea se ha distinguido, desde el Tratado CECA de 1951 hasta el Acta Única Europea de 1986, por la ausencia en sus disposiciones de cualquier mención relativa a su protección⁵⁰⁹. Esta circunstancia plantea problemas tanto desde una perspectiva teórica como práctica. En un plano *teórico* P. PESCATORE, ya en los años 60, fijó claramente el estado de la cuestión. El antiguo juez del TJCE se interrogaba sobre si era “concebible que un Estado, obligado por su Constitución nacional a respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos y, de manera general, a observar ciertos principios de estructura de libertad y democracia (respeto del Derecho, separación de poderes, carácter democrático del proceso legislativo, control judicial), podía participar en la formación de un organismo internacional cuya Constitución no fuera conforme a las exigencias de su propia Constitución nacional”⁵¹⁰.

En efecto, esta es la gran cuestión teórica de la que se derivan todas las demás. Pero además, descendiendo a la *práctica*, esta misma interrogación se encuentra en la base de reacciones estatales que han hecho tambalear los cimientos del propio orden jurídico comunitario.

Tratar de buscar una justificación teórica a la falta de declaración de derechos en los Tratados fundacionales encuentra un buen número de argumentos dirigidos a demostrar la falta de interés de su reconocimiento y protección en la estructura comunitaria. Todos estos razonamientos deben enmarcarse en el contexto temporal de la creación

⁵⁰⁹No obstante, a nivel declarativo ya el propio Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 recogía ciertas disposiciones que, con carácter general, contenían ciertos derechos fundamentales si bien no mencionaba ninguna referencia precisa a su protección.

⁵¹⁰Cfr. PESCATORE, P., «Les droits de l’homme et l’integration européenne». *CDE*, nº. 6, p. 633.

de las Comunidades europeas, concretamente en los primeros años de la década de los 50. Sólo en ese marco histórico es posible comprenderlos.

Desde la perspectiva actual, esta aproximación no tendría mayor sentido ya que la práctica se ha encargado de demostrar lo erróneo de la apreciación de los Padres fundadores en esta materia. Los acontecimientos posteriores no dejan lugar a dudas: en los años 70 comenzaron las reacciones estatales que pusieron en peligro los fundamentos de la Comunidad europea; la Comunidad consciente de la carencia desarrolló varios intentos con objeto de dotarse de una declaración de derechos; ante esta situación, el TJCE debió asumir la responsabilidad de erigirse en el garante *de facto* de los derechos fundamentales.

A pesar de esto, la lógica de nuestro estudio nos obliga a acercarnos a estos argumentos ya que son ellos los que nos sitúan en la base misma de los razonamientos seguidos por los redactores de los Tratados comunitarios. Estos argumentos constituyen, por tanto, el punto de partida de nuestro análisis.

En efecto, varias razones pudieron justificar, en su día, la decisión de los redactores del Tratado de Roma de no incluir un catálogo completo de derechos humanos. Con carácter general, el hecho de que los Tratados comunitarios se concibieran fundamentalmente “como textos técnicos de integración económica”⁵¹¹, tendentes a eliminar los obstáculos existentes “para garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal”⁵¹², podría

⁵¹¹Ver RUIZ-JARABO, D. y CORREA, B., “La protección de los derechos humanos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas”. En *Derechos humanos del migrante, de la mujer en el Islam, de injerencia internacional y complejidad del sujeto*. José María Bosch y Antonio Marzal editores. Facultad de Derecho- ESADE, Barcelona, 1999, pp. 177 y s.

⁵¹²Ver el párrafo cuarto del Preámbulo del Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957.

explicar la decisión de no incluir una lista de derechos fundamentales en el Tratado. El carácter marcadamente económico de los Tratados de París de 1951 y de Roma de 1957 hizo pensar en las escasas posibilidades que existían de que alguna acción de las Comunidades europeas vulnerase un derecho fundamental constitucionalmente reconocido por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros⁵¹³.

En el momento de la redacción de los Tratados fundacionales, junto a la justificación económica antes aludida confluyeron una serie de “razones de oportunidad política”⁵¹⁴ que completaron el marco general que propició, finalmente, la exclusión de una declaración de derechos en los Tratados. En concreto, varios hechos fueron clave en esta determinación.

Para empezar, hay una circunstancia clave: la creación del Consejo de Europa en 1948. En el seno de esta organización internacional de ámbito europeo se elaboró, como sabemos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el 5 de noviembre de 1950. Es decir, cinco meses y medio antes de la firma del Tratado de París, un instrumento internacional⁵¹⁵, el CEDH, se consagró expresamente a la protección de los derechos fundamentales en Europa. Esta circunstancia, como señala A. CHUECA SANCHO, quizá contribuyera negativamente en la voluntad de los redactores de los Tratados de París de incluir un catálogo de derechos en el ámbito comunitario, al existir ya un instrumento internacional que se ocupaba específicamente de garantizarlos⁵¹⁶.

⁵¹³Ver DAUSES, M.A., «La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire». *RTDE*, 1984, n.º. 3, julio-septiembre 1984, p. 402.

⁵¹⁴Cfr. RUIZ-JARABO, D., «Técnica jurídica de protección de los derechos humanos en la Comunidad europea». *RIE*, enero-abril, 1990, p. 163.

⁵¹⁵Al que se adhirieron todos los Estados que en 1951 firmaron el Tratado CECA y en 1957 el Tratado CEE y CEEA.

⁵¹⁶Ver CHUECA SANCHO, A.G., *Los derechos fundamentales en la Unión europea*. Bosch, 2ª. edición, Barcelona, 1999, p. 23.

Tampoco contribuyó a la inclusión de una declaración de derechos fundamentales en el Tratado de Roma, el fracaso previo de los Tratados relativos a la Comunidad Europea de Defensa, firmado el 27 de mayo de 1952 y a la Comunidad Política Europea, cuyo proyecto de Estatuto se aprobó por la Asamblea *ad hoc*, el 20 de febrero de 1953. Los dos textos incluían referencias expresas a los derechos fundamentales. En concreto, el artículo 3.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de Defensa recogía el compromiso de esta organización de garantizar en el ejercicio de sus competencias “los derechos políticos y los derechos fundamentales de los individuos”. Del mismo modo, el Proyecto de Tratado de la Comunidad Política Europea reconocía en su artículo 45, como una de sus funciones, “la contribución a la protección de los derechos humanos y las libertades públicas en los Estados miembros”, determinando además las relaciones entre los órganos creados por el CEDH y los de la Comunidad Política Europea⁵¹⁷. Ninguna de estas dos organizaciones vio finalmente la luz.

Con estos presupuestos fácticos, cuando los redactores del Tratado de Roma acometieron su labor de redacción, la posibilidad de incluir una declaración de derechos fundamentales no fue tomada en consideración. Pero esta circunstancia no significó, en absoluto, que la Comunidad se desentendiera de los derechos fundamentales⁵¹⁸. De

⁵¹⁷Sobre estas dos «iniciativas fracasadas» nos remitimos a la completa información que realiza CHUECA SANCHO, A.G., *ibídem* y RUIZ-JARABO, D., *op. cit.*, p. 162.

⁵¹⁸Dispersos por el Tratado de Roma encontramos numerosos preceptos que contienen derechos fundamentales, tales como los artículos 7, 48, 60, 118, 119, 214, 222 entre otros. Sin embargo, todos ellos se estiman necesarios para fomentar las libertades fundamentales consagradas en el Tratado. Varios autores se encargan de citar y evaluar la incidencia de estas disposiciones en el Tratado de Roma, En este sentido, destacamos el libro de FREIXES SANJUÁN, T. y REMOTTI, J.C., *El futuro de Europa. Constitución y derechos fundamentales*, *op. cit.*, especialmente pp. 65 y s. ; así como los artículos de RUIZ MIGUEL, C., «Los derechos fundamentales en la relación entre el Derecho comunitario y el ordenamiento nacional». *Noticias de la Unión Europea*, nº. 120, enero, 1995, pp. 37 y 38 ; RUIZ-JARABO, D., «Técnica jurídica...», *op. cit.*, pp. 163 a 165 ; FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F., «La adhesión a las Comunidades Europeas al

hecho, como nos encargaremos de exponer a continuación, las presiones estatales terminaron por imponer a la Comunidad europea el respeto de los estándares mínimos de protección en materia de derechos fundamentales.

2.- Las reacciones estatales. La exigencia de una protección eficaz de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario

La falta de un catálogo de derechos fundamentales comunitario, originó una reacción estatal que, como veremos, puso en jaque los fundamentos mismos del orden jurídico comunitario. Para comprender las reacciones estatales en toda su dimensión, con carácter previo es preciso aludir, siquiera brevemente, a los principios que regulan las relaciones entre los órdenes jurídicos nacionales y el orden jurídico comunitario⁵¹⁹.

a. En efecto, resulta bien sabido que los principios de primacía y de efecto directo de las normas de Derecho comunitario (ver infra segunda parte, título I, capítulo 2) constituyen la esencia del orden jurídico comunitario. Las razones de esta afirmación se desprenden de las exigencias impuestas por los propios principios que inspiran el orden jurídico comunitario. El mantenimiento de la esencia del Derecho comunitario requiere de una aplicación uniforme de sus disposiciones en todos y cada uno de los órdenes internos de los Estados miembros. Sin esta aplicación homogénea, el Derecho comunitario perdería su especificidad, pero, sobre todo, perdería su eficacia.

CEDH: un intento de solución al problema de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario». *RIE*, vol. 12, 1985, pp. 702 y 703.

⁵¹⁹El Abogado General LAGRANGE, M., define perfectamente las relaciones que se crean entre los órdenes jurídicos nacionales y el orden comunitario afirmando que «l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique interne, qui s'interpénètrent sans se confondre, et dont le premier, ayant son autonomie, ses règles propres, envahit des secteurs de plus en plus vastes de la vie nationale. A chaque instant, la règle de droit communautaire se trouve confrontée avec le droit national et, dans le système du Traité, doit prévaloir sur ce droit national».

Desde la perspectiva del orden jurídico comunitario, es bien sabido que ninguna disposición de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas enuncia explícitamente el principio de primacía. Por el contrario, su reconocimiento se ha desarrollado, íntegramente, por vía pretoriana. Por su parte, cada uno de los Derechos nacionales ha previsto en sus sistemas jurídicos disposiciones que permiten dirimir la norma aplicable en supuestos de controversia entre normas pertenecientes a distintos órdenes.

La trascendencia de este principio originó que, desde los inicios de la construcción comunitaria, el TJCE se encargase de precisar su alcance mediante una línea jurisprudencial bien definida. La resolución paradigmática que se encargó de precisar, con carácter general, el significado comunitarizado de la primacía es la sentencia *Costa c/ E.N.E.L.*, de 15 de julio de 1964⁵²⁰. Con esta sentencia se marcó el comienzo de una línea jurisprudencial⁵²¹ que proclamaba categóricamente la prevalencia del Derecho comunitario sobre los órdenes nacionales en todos los eventuales conflictos que puedan suscitarse entre ellos.

Ciertamente, si se hiciese depender la aplicación del Derecho comunitario de lo que dispusiera la concreta legislación nacional de cada Estado, esta aplicación de la normativa comunitaria (originaria o derivada) no sería, en absoluto, homogénea, poniéndose en peligro la realización de los fines del Tratado reconocidos en el artículo 5 TCEE, y provocándose además una discriminación prohibida por el artículo 7 TCEE. Por tanto, la aceptación de este principio por los Estados miembros es fundamental para mantener el orden jurídico comunitario y,

En «Les obstacles constitutionnels à l'intégration européenne». *RTDE*, 1969, p. 241.

⁵²⁰Sentencia *Costa c/E.N.E.L.*, as. 6/64, Rec. pp. 1141 y s.

⁵²¹No obstante la celebridad de la sentencia *Costa c/E.N.E.L.*, como subraya DE WITTE, B., el TJCE ya con anterioridad a 1964 había enunciado la primacía del Derecho comunitario en su sentencia *Humblet c/ Bélgica*, de 1960. As. 6/60,

a *sensu contrario*, la discusión de su fundamento equivaldría a la discusión de la propia esencia del Derecho comunitario.

Esta situación no es un supuesto exclusivamente teórico. En la práctica, dos Estados “desafiaron” las exigencias comunitarias al negarse a aceptar el principio de primacía por considerar inadmisibles aceptar la prevalencia de las normas de una organización que carece de un catálogo de derechos fundamentales y que, por tanto, podrían atentar a los derechos fundamentales que los Estados reconocen constitucionalmente.

b. Los dos Estados que discutieron la primacía de las normas comunitarias fueron Alemania e Italia⁵²². En el primero de estos Estados, la reacción se produjo con una sentencia del Tribunal Constitucional alemán denominada “*Solange I*”, de 29 de mayo de 1974⁵²³. La reserva introducida por el Tribunal alemán fue clara y contundente: “hasta que el proceso de integración de la Comunidad no alcance un estadio suficientemente avanzado para que el Derecho comunitario comporte igualmente un catálogo en vigor de derechos fundamentales (...), el envío al Bundesverfassungsgericht por una jurisdicción de la República federal de Alemania en el marco del procedimiento de control de constitucionalidad de las leyes y de otros actos de autoridad pública, posterior a una demanda de decisión del TJCE (...), será admisible y se impone desde el momento en que dicha jurisdicción considere la disposición de Derecho comunitario, tal y como el TJCE la ha interpretado, inaplicable y estime que vulnera alguno de los derechos fundamentales garantizados por la Ley fundamental”.

Rec. p. 1125. “Retour à ‘Costa’. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international”. *RTDE*, enero-marzo, 1984.

⁵²²No solo los Tribunales de estos dos Estados discutieron la primacía del Derecho comunitario, hubieron otras reacciones interesantes pero menos significativas cuyo análisis excedería el objeto de nuestro análisis. No obstante, destacamos la jurisprudencia de la Chambre criminelle de la Cour de cassation francesa de los años 64 y 65 a las que alude TALLON, D., «Le droit communautaire. Réalités et illusions». *CDE*, nº. 6, 1966, p.575.

⁵²³BVerfGE 37, p. 271. Texto en francés en la *RTDE*, 1975, p. 316 y s..

De este modo, el Tribunal Constitucional alemán se declara competente para controlar la conformidad de las disposiciones comunitarias, ya sean de Derecho originario o derivado, con los derechos fundamentales reconocidos por la LFB. Esta declaración supuso un ataque directo a los principios de primacía y de efecto directo, fundamentos ambos de toda la construcción comunitaria.

Como reacción, el TJCE desarrolló una abundante jurisprudencia en la que se encargó de reconocer los derechos fundamentales como parte de los principios generales del Derecho comunitario, arrogándose la función de garantizar su respeto. Esta línea jurisprudencial del TJCE fue apreciada por el Tribunal Constitucional alemán que procedió a mitigar la contundencia de su decisión *Solange I*, en la sentencia llamada *Solange II*, de 22 de octubre de 1986. En esta última, el Tribunal alemán reconoció que “En tanto que las Comunidades Europeas, en particular la jurisprudencia del TJCE, garanticen de manera general una protección efectiva de los derechos fundamentales incondicionalmente ofrecida por la Ley Fundamental, toda vez que garantiza con carácter general el contenido esencial de los derechos fundamentales, el *Bundesverfassungsgericht* no ejercerá en lo sucesivo su competencia jurisdiccional en materia de aplicación del Derecho comunitario derivado que se alegue como fundamento de una conducta de los órganos jurisdiccionales o de las autoridades en el ámbito de soberanía de la República Federal de Alemania, y en consecuencia no revisará dicho Derecho derivado a la luz de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental; por consiguiente, las correspondientes remisiones en virtud del apartado 1 del artículo 100 de la LFB son inadmisibles”⁵²⁴.

Por esta vía, el Tribunal Constitucional alemán, reconoció abiertamente la primacía del Derecho comunitario y, en consecuencia, se

⁵²⁴BVerfGE 73. Texto español en la Revista de Instituciones europeas, 1987, pp. 881 y s. Texto en francés en *RTDE*, 23 (3), julio-septiembre 1987, p. 537 y s. Ver el comentario de CONSTANTINESCO, V., en *RTDE*, 23 (3), julio-septiembre 1987, pp. 545 y s.

declaró incompetente para controlar la conformidad de los actos o disposiciones de Derecho comunitario respecto a los derechos fundamentales reconocidos en su Texto constitucional⁵²⁵. No obstante, siguió manteniendo su reserva en cuanto a un eventual control de este tipo, en el caso en que la Comunidad Europea (y más concretamente el TJCE), no procurase, al menos, una protección de los derechos fundamentales semejante a la contenida en la LFB⁵²⁶. El Tribunal Constitucional alemán ha mantenido esta jurisprudencia como lo demuestra la sentencia de 12 de octubre de 1993 sobre el Tratado de Maastricht en la que el respeto de las exigencias derivadas del principio de democracia se constituye en “el freno al desarrollo de la Unión Europea”⁵²⁷. De modo que el Tribunal Constitucional alemán vuelve a

⁵²⁵Recordamos que la primacía del Derecho comunitario sobre el nacional supone la inoponibilidad de cualquier norma interna, incluidas las constitucionales, para evitar la inaplicación de una norma de Derecho comunitario. Ver en este sentido, la sentencia TJCE, de 13 de julio de 1972. *Comisión c/ Italia*, as.48/71, en la que el Tribunal de Justicia declara que las disposiciones constitucionales no pueden constituir un obstáculo a la primacía del Derecho comunitario. Con anterioridad, la propia sentencia *Costa c/ E.N.E.L.* op. cit. con carácter general afirmó que “le droit né du Traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu’il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même”. Posteriormente esta jurisprudencia se ha extendido a las directivas comunitarias, así en sentencia de 6 de mayo de 1980, *Comisión c/ Bélgica*, as. 102/79, Rec, p. 1473, el TJCE estableció que ningún Estado miembro “ne saurait exciper de difficultés internes ou des dispositions de son ordre juridique national, même constitutionnel, pour justifier le non-respect des obligations et délais résultant de directives communautaires”.

⁵²⁶Para un estudio más detallado de las sentencias *Solange I* y *Solange II* consultar: comentario a la sentencia *Solange I* de FROMONT, M., en *RTDE*, 1975, pp. 316 y s. y el comentario de COHEN-JONATHAN, G., en *CDE*, 1975, pp.173 y s. Respecto a *Solange II*, ver el comentario de CONSTANTINESCO, V., op. cit. Con carácter más general sobre la primacía en Alemania, tener en cuenta los artículos de GRIMM, D., “La Cour européenne de Justice et les juridictions nationales vues sous l’angle du droit constitutionnel allemand” en *Cahiers Conseil Constitutionnel*, n.º. 4, 1998, pp. 70 y s; WALTER, Ch., “Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit communautaire dérivé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande”; P. GAÏA, *Le Conseil constitutionnel et l’insertion des engagements internationaux dans l’ordre juridique interne*. Economica, 1991, pp. 60 y s.

⁵²⁷ “Frein au développement de l’Union européenne”. Expresión utilizada por GREWE, C., en “L’arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 12

condicionar la primacía del Derecho comunitario imponiéndole ciertas limitaciones derivadas de su Derecho interno por considerarlas exigibles no sólo a sus instituciones propias sino también a las comunitarias.

Esta reserva de constitucionalidad del *Bundesverfassungsgericht* y, por tanto, la discusión del principio de primacía del Derecho comunitario se repitió en términos aún más controvertidos en Italia.

En efecto, los órganos jurisdiccionales italianos han mostrado grandes reticencias a aceptar el principio de primacía del Derecho comunitario con todas las implicaciones que éste comporta. Estas dificultades se manifiestan en el particular “diálogo” que han mantenido los tribunales italianos y el TJCE entre sí. Esta dialéctica, lejos de debilitar el alcance del Derecho comunitario, lo ha fortalecido.

El diálogo comienza con la sentencia *Costa c/ E.N.E.L.* pronunciada por el Tribunal Constitucional italiano el 7 de marzo de 1964⁵²⁸. En ella, el Alto Tribunal redujo la controversia entre la norma nacional y la norma comunitaria a un conflicto de leyes en el tiempo que resolvía con la aplicación de la regla *lex posterior derogat priori*. Con la utilización de esta regla nacional, el Tribunal italiano negaba absolutamente la primacía del Derecho comunitario.

Esta sentencia provocó que una buena parte de la doctrina calificara a las Instituciones europeas de “organismos técnicos especializados a disposición de los Estados miembros”⁵²⁹. Este

octobre 1993 sur le Traité de Maastricht: l’Union européenne et les droits fondamentaux”. *RUDH* 1993, p. 229.

⁵²⁸El Tribunal Constitucional concluyó que la ley era constitucional y enunció el sistema dualista italiano: “teniendo en cuenta la Constitución italiana, los Tratados ratificados no tienen un valor particular (preeminente) respecto a las otras leyes, y si el Estado, por una ley (posterior) viola un Tratado, la sola sanción que concierne a los Estados deriva de la responsabilidad surgida de los compromisos internacionales”.

⁵²⁹Cfr. D’ALESSIO, R., afirma que el contenido del artículo 5 TCEE “ne préconise ainsi qu’une vague coopération entre États, ce qui exclut toute

desconocimiento del significado del orden jurídico comunitario por parte del Tribunal Constitucional italiano obtuvo la contundente respuesta del TJCE en la sentencia del mismo nombre que se analizará en páginas posteriores.

Posteriormente, la sentencia del Tribunal Constitucional italiano *Frontini*⁵³⁰, de 27 de diciembre de 1973, tras fundamentar la inserción de los Tratados comunitarios en el orden nacional mediante la aprobación de la ley de ratificación (artículo 11 de la Constitución italiana)⁵³¹, aceptando así "...las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones..."⁵³², se reservaba el control de constitucionalidad de los reglamentos comunitarios que pudieran atentar a los derechos fundamentales garantizados por la Constitución. Por tanto, esta reserva, anterior en unos meses a la resolución *Solange I* del Tribunal constitucional alemán, discutía, en los mismos términos que aquélla la primacía del Derecho comunitario⁵³³.

Debió esperarse⁵³⁴ hasta la sentencia *Granital*, de 8 de junio de 1984 para que el Tribunal Constitucional italiano extrajera consecuencias

substitution, toute application de la théorie du dédoublement fonctionnel". Citado por CINTURA, P., "L'objectivisme juridique et la Cour de Luxembourg". *RTDE*, año 6, 1970, p. 285.

⁵³⁰Sentencia 183/73 *Frontini y Pozzani* del Tribunal Constitucional italiano.

⁵³¹En este sentido, ver DARMON, M., "Juridictions constitutionnelles et droit communautaire". *RTDE*, nº. 2 abril-junio 1988, p. 223.

⁵³²Ver RUBIO LLORENTE, F. y DARANAS PELÁEZ, M., *Constituciones*, ... op. cit. p. 344.

⁵³³No obstante la importancia de esta reserva, la sentencia *Frontini* constituye un avance del Tribunal Constitucional italiano en la aceptación de la primacía del Derecho comunitario, al superar su propia jurisprudencia vertida en la sentencia *Acciaierie San Michele*, de 27 de diciembre de 1965 en la que declaraba que la Comunidad constituía un orden jurídico distinto del ordenamiento interno. En *Frontini*, por el contrario, el Tribunal italiano declara que el orden jurídico comunitario es autónomo respecto al nacional, si bien ambos sistemas se encuentran *coordinados* atendiendo a la repartición de competencias garantizado por el Tratado.

⁵³⁴El reconocimiento de la primacía del Derecho comunitario por parte del Tribunal Constitucional italiano comenzó con la sentencia *Industrie Chimiche*

concretas de sus construcciones anteriores⁵³⁵. En *Granital*, el Alto Tribunal habilitó a los tribunales ordinarios italianos para dejar inaplicable, por su propia autoridad y sin necesidad de reenviarle el asunto, una ley nacional, incluso posterior, contraria a disposiciones de Derecho comunitario directamente aplicable. En los supuestos de duda, el Tribunal Constitucional italiano precisó que los tribunales que conocían del caso concreto debían recurrir al TJCE por el mecanismo de la cuestión prejudicial⁵³⁶.

Por tanto, las iniciales reacciones alemanas e italianas fueron posteriormente mitigadas ante la reacción del TJCE, que por medio de su jurisprudencia se encargó de otorgar a los derechos fundamentales en la Comunidad europea, una protección similar a la contenida en las “tradiciones constitucionales” y en los instrumentos internacionales ratificados por los Estados miembros.

- B) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. La función primordial del TJCE como garante de los “principios generales del Derecho comunitario”

La carencia de menciones expresas a la protección de los derechos fundamentales en los Tratados constitutivos de las Comunidades europeas, no impidió al TJCE ocuparse, desde los primeros momentos de la integración europea, de la

Italia Centrale, de 22 de octubre de 1975. Sin embargo, el Tribunal italiano no utilizó el fundamento adecuado, exigido por la primacía comunitaria, sino que se apoyó en una norma de su Derecho interno: el artículo 11 de la Constitución italiana. Este razonamiento, aunque permitió alcanzar las exigencias impuestas por el principio de primacía, no utilizó la argumentación adecuada, esto es, la jurisprudencia del TJCE en esta materia.

⁵³⁵La sentencia *Granital* se encuentra al término de un proceso de reconocimiento de la primacía del Derecho comunitario que encuentra como antecedentes, entre otras, las sentencias *Unil-it*, de 29 de diciembre de 1977 y *Comavicola*, de 26 de octubre de 1981.

⁵³⁶En este sentido, ver DE BERRANGER, T., en *Constitutions nationales et construction communautaire*. LGDJ, 1995, p. 243.

garantía de los derechos fundamentales. Ahora bien, a falta de una competencia explícita que atribuyera al Tribunal de Luxemburgo esta función, éste recurrió a la técnica de integración de los derechos fundamentales en la categoría de los “principios generales del Derecho comunitario” de los que el TJCE se erigió garante.

En el Tratado de Roma de 1957 sólo un precepto contenía expresamente la mención a los “principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”. Esta referencia no tenía un carácter general, sino que se limitaba al estricto ámbito de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad. Por tanto, la utilización de esta técnica para proteger los derechos fundamentales, resulta ciertamente difícil de justificar. No obstante, una vez la práctica demostró que la acción comunitaria no estaba exenta de vulnerar derechos fundamentales y, habida cuenta, además, de la transcendencia de las reticencias estatales que se suscitaron, las carencias de los Tratados comunitarios en materia de derechos fundamentales tuvieron que suplirse con cierta rapidez y eficacia. En este marco, la labor del TJCE ha sido, como veremos, esencial⁵³⁷.

1.- La evolución de la protección de derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJCE.

En las próximas líneas nos encargaremos de describir la evolución de la protección pretoriana de los derechos fundamentales a través de las sentencias paradigmáticas del TJCE. Esta evolución abarca posiciones dispares del Tribunal de Luxemburgo que van desde su inicial negativa a proteger los derechos fundamentales hasta la asunción sin reticencias de su papel como garante de estos derechos.

⁵³⁷En este mismo sentido, ver MOITINHO DE ALMEIDA, J.C., «La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». En *El Derecho comunitario europeo y su aplicación*

Ante la necesidad de hacer frente a la situación avanzada con anterioridad y dada la falta de previsiones expresas en los textos comunitarios, el TJCE actuando más allá de sus funciones puramente jurisdiccionales va a asumir valiéndose de los “principios generales del Derecho comunitario”, la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad⁵³⁸. Estos principios no constituyen un catálogo concreto y cerrado de derechos fundamentales, sino que han sido extraídos por el propio Tribunal de Luxemburgo de entre principios de diverso origen. De este modo, al margen de los principios propiamente comunitarios⁵³⁹, los sistemas constitucionales de protección de derechos así como los instrumentos internacionales consagrados a su garantía constituyen las fuentes privilegiadas de influencia del Derecho comunitario. En este contexto, el CEDH aparece como la fuente privilegiada de influencia en esta materia, si bien su consideración en el orden jurídico comunitario ha sido objeto igualmente de una interesante evolución (2).

No es nuestra intención realizar un recorrido exhaustivo por la jurisprudencia del TJCE, simplemente nos limitaremos a mostrar las líneas precisas de su evolución⁵⁴⁰. La protección pretoriana de los derechos fundamentales en la Comunidad europea comenzó con la sentencia *Stauder c/ Ciudad de Ulm*, de 12 de noviembre de 1969⁵⁴¹. En este supuesto, el Tribunal de Justicia resolvió una cuestión prejudicial (art. 234 TCE) planteada por un Tribunal alemán sobre la validez de la

judicial. (Dir. Rodríguez Iglesias, G.C., Liñán Noguera, D.J.) Cívitas, Madrid, 1993, p. 105.

⁵³⁸En general, estos principios generales, siguiendo a VERGÈS, J, provienen de tres fuentes distintas: de las tradiciones comunes de los Estados miembros, de los instrumentos internacionales y finalmente encontramos los principios derivados del propio sistema comunitario. “Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du Droit communautaire”. En *L’Europe et le Droit*. Mélanges en hommage à Jean Boulouis. DALLOZ, 1991, pp. 513 y s.

⁵³⁹Estos principios serían los deducidos del orden jurídico comunitario.

⁵⁴⁰Las numerosísimas obras consagradas al análisis sistemático de la jurisprudencia del TJCE en materia de derechos fundamentales hace innecesario que nos ocupemos pormenorizadamente de esta cuestión. Baste con aludir a algunas de las sentencias paradigmáticas y remitirnos, en el resto, a los artículos doctrinales que profundizan en el análisis de su contenido y alcance. Así, a lo largo de la exposición procederemos a las convenientes remisiones.

⁵⁴¹Sentencia TJCE *Stauder c/ Ciudad de Ulm*. Asunto 29-69, Rec. p. 420.

decisión comunitaria, de 12 de febrero de 1969. Esta decisión, permitía la venta de mantequilla a precio reducido a personas en situaciones desfavorecidas⁵⁴². En concreto, se discutía la validez del artículo 4 de la citada decisión en la que se establecía que los eventuales beneficiarios no podrían recibir la mantequilla más que tras presentar un bono individualizado a través de un documento que acreditase la identidad del comprador.

La cuestión que se le planteó al TJCE fue si la exigencia de presentar el citado bono individualizado era contrario a los principios generales del derecho comunitario. En esta sentencia, por primera vez y tras una fuerte reticencia inicial⁵⁴³, el TJCE va a declarar que los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario⁵⁴⁴.

Esta misma posición fue refrendada posteriormente por el TJCE en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 diciembre de

⁵⁴²Para una exposición clara y completa de los hechos nos remitimos a RUIZ-JARABO, D., « Técnica jurídica... », op. cit., pp. 168 y 169.

⁵⁴³Fundamentalmente la reticencia a admitir los principios derivados de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros se manifiesta en dos sentencias principales: *Storck contra Alta Autoridad de la CECA*, de 4 de febrero de 1959. Rec. 1959, p. 43 y *Comptoir de vente de la Ruhr*, de 15 de julio de 1960. Rec. 1960, p. 857. Es de destacar, el F.J. 4 a) de la sentencia *Stork* cuando afirma que “considerando, en efecto que, de conformidad con el artículo 8 del Tratado, la Alta Autoridad únicamente ha de aplicar el Derecho comunitario, que carece de competencia para aplicar el Derecho interno de los Estados miembro; que de igual manera, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 31 del Tratado, este Tribunal debe garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado y de los Reglamentos de ejecución; que, por regla general no debe pronunciarse sobre las normas nacionales, que, por consiguiente, no puede entrar en el examen del motivo basado en que al adoptar su Decisión, la Alta Autoridad ha vulnerado ciertos principios de Derecho constitucional alemán (en concreto los artículos 2 y 12 de la Ley Fundamental)”. Versión castellana, Rec., p. 223.

⁵⁴⁴La sentencia *Stauder* establece concretamente que «la protection garantie par les droits fondamentaux est en ce qui concerne le droit communautaire, assuré par diverses dispositions du traité tels les articles 7 et 40, par. 3, droit écrit qui est complété à son tour, par le droit communautaire non écrit tiré des principes généraux du droit des Etats membres».

1970⁵⁴⁵. En ella, el Tribunal de Justicia reiteró que el respeto de los derechos fundamentales forma parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario protegidos por el TJCE y así, su respeto, inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, debía ser asegurado en el marco de la estructura y los objetivos de las Comunidades Europeas. Pero además, en esta sentencia el Tribunal de Luxemburgo aludió a los principios de autonomía y de primacía del Derecho comunitario al afirmar que, "la invocación de vulneraciones tanto de derechos fundamentales formulados por la Constitución de un Estado miembro, como de principios de una estructura constitucional nacional, no podrá afectar la validez de un acto de la Comunidad"⁵⁴⁶. La rotundidad de esta formulación procuró, -como hemos expuesto en el epígrafe anterior-, la reacción de los Tribunales constitucionales alemán e italiano⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ Sentencia TJCE *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto 11/70. Rec., p. 1125. En esta sentencia, el TJCE resolvió que una disposición comunitaria mantiene su validez y por tanto prima sobre el Derecho interno, aunque tal disposición vulnere los derechos fundamentales reconocidos por los Textos constitucionales de los Estados miembros.

⁵⁴⁶ Sentencia TJCE *Internationale Handelsgesellschaft*, op. cit.

⁵⁴⁷ La noción de primacía abordada en esta sentencia y sus diferencias con respecto a la formulación de este mismo principio en la sentencia *Costa c/ E.N.E.L.*, op. cit., resulta especialmente criticada por RUIZ-MIGUEL, C., «Los derechos fundamentales...», op. cit., pp. 39 y 40. Este autor señala que «Mientras en la sentencia *Costa* el TJCE caracterizó el Derecho comunitario como ordenamiento basado en el pacto con competencias transferidas por los Estados 'en ámbitos restringidos', de modo que la primacía sólo se da en esos ámbitos restringidos expresamente transferidas, en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* se afirma una supuesta primacía del Derecho comunitario sobre cualesquiera reglas de Derecho Nacional, ya se refiera a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de los Estados miembros, ya se refiera a los principios de una estructura constitucional nacional. Pero dado que estas materias evidentemente no han sido transferidas (...) a las Comunidades, parece claro que la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* convierte (...) el principio de primacía o de competencia en principio de jerarquía absoluta con la correlativa invasión de competencias al margen de los procedimientos establecidos para ello».

Cuatro años más tarde, el TJCE dictó la sentencia *Nold*⁵⁴⁸, el 14 de mayo de 1974. En ella, el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de reiterar las dos decisiones anteriormente citadas en lo referente a la utilización de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Esta sentencia contenía, sin embargo, dos importantes novedades. La primera fue que el Tribunal estableció una metodología que le permitía seleccionar las reglas constitucionales más adaptadas a las necesidades de la Comunidad de entre aquéllas pertenecientes a los distintos Derechos nacionales de los Estados miembros. Así, encontramos ciertas construcciones elaboradas por los Abogados Generales en torno a la cuestión de determinar cuándo es posible incorporar un principio procedente de los órdenes jurídicos de los Estados miembros y del orden jurídico internacional al Derecho comunitario.

A título ilustrativo, el Abogado General Lagrange en el asunto *Hoogovens c. Alta Autoridad*⁵⁴⁹, advirtió que en la elección de las reglas nacionales aplicables en el Derecho comunitario, el TJCE debía valorar entre las soluciones nacionales aquéllas que, “teniendo en cuenta los objetivos del Tratado, parecen ser las mejores, o si uno puede utilizar la expresión, las más progresistas”. En el asunto *Zuckerfabrick*⁵⁵⁰, el Abogado General Roemer precisó que, para que un principio se considerase común a los Derechos de los Estados miembros, bastaba con que fuera “ampliamente reconocido”. Una posición similar se reconoció por el TJCE en el asunto *Werhahn*⁵⁵¹, que determinó como criterio para que un principio fuera reconocido como común que existiera “en un cierto número de Estados”.

⁵⁴⁸Sentencia *Nold*. Asunto 4/73, Rec., p. 491. La empresa Nold introdujo un recurso en anulación contra la decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1972. Por esta decisión, la empresa Nold perdía la categoría de negociante al mayor, así como la posibilidad de aprovisionarse directamente de carbón. Según los recurrentes, la decisión atacada violaba numerosos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la R.F.A., en particular el derecho a la libre elección de profesión y de su ejercicio y la garantía del derecho de propiedad.

⁵⁴⁹STJCE *Hoogovens c/ Alta Autoridad*, de 12 de junio 1962, as. 14/61, p. 539.

⁵⁵⁰STJCE *Zuckerfabrick*, de 2 de diciembre 1971, as. 5/71, p. 991)

⁵⁵¹STJCE *Werhahn*, de 13 de noviembre de 1973, Rec. p. 1229

El profesor J. VERGÈS por su parte entiende que el principio común a los Derechos de los Estados miembros no tiene por qué ser el principio reconocido unánimemente, ni siquiera el que mayoritariamente se reconoce en los Estados. Es posible que el principio común sea aquél consagrado en un escaso número de Estados miembros, e incluso en uno solo de ellos. El Juez comunitario, según este autor, tendrá que elegir como principio común el que mejor se adapte a la naturaleza y exigencias de la Comunidad⁵⁵².

La segunda novedad de esta sentencia fue que el TJCE incluyó entre sus fuentes de inspiración junto con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, “los instrumentos internacionales referidos a la protección de los derechos humanos a los que los Estados miembros cooperan o se han adherido”⁵⁵³. No obstante, resulta interesante destacar que en esta sentencia, -y a pesar de haber sido invocada expresamente por el demandante-, el TJCE argumentó su decisión sin referirse a ninguna de las disposiciones contenidas en el CEDH.

Debió esperarse hasta la sentencia *Rutili c/ Ministerio del Interior*, de 28 de octubre de 1975⁵⁵⁴ para encontrar, por vez primera, una resolución del TJCE que se fundamentara explícitamente en el CEDH. Más concretamente el TJCE consideró que, en su conjunto, las limitaciones de los poderes de los Estados miembros en materia de extranjería encontraban su justificación en los artículos 8, 9, 10 y 11 del CEDH y en el artículo 2 del Protocolo n° 4 “que disponen en términos idénticos que los atentados realizados, en virtud de las necesidades de

⁵⁵²Cfr. VERGÈS, J, “Droits fondamentaux de la personne...», op. cit., p. 526.

⁵⁵³Sentencia *Nold*, op. cit. De idéntico modo, se pronunció el TJCE, entre otras, en la sentencia *Hauer*, de 13 de diciembre de 1979, Rec. p. 3727.

⁵⁵⁴Sentencia *Rutili c/ Ministerio del Interior*. As. 36-75. Rec. p. 1219. Los hechos que motivan el pronunciamiento del TJCE se derivan de la limitación territorial de la tarjeta de residente de un nacional italiano que impone Francia justificándolo en el orden público. El asunto se planteó al TJCE por medio de una cuestión prejudicial introducida por el Tribunal administrativo de París. El TJCE se pronunció sobre las limitaciones que los Estados pueden imponer invocando la cláusula de orden público del art. 48.3 TCEE.

orden y seguridad pública, a los derechos garantizados por los artículos citados no podrían superar el marco de aquello que es necesario para salvaguardar estas necesidades 'en una sociedad democrática'..." (Considerando 32).

Con posterioridad a la sentencia *Rutili*, el estudio de la jurisprudencia del TJCE permitió apreciar la consolidación del uso de las fuentes constitucionales de los Estados, así como de los instrumentos internacionales por ellos ratificados, como fuentes de uso habitual por el Tribunal de Justicia para fundamentar sus sentencias en materia de derechos fundamentales⁵⁵⁵. Concretamente, en el próximo epígrafe nos encargaremos de analizar la evolución del uso del CEDH en la jurisprudencia del TJCE.

2- La utilización del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH por la jurisprudencia del TJCE.

En el marco de este estudio sobre la influencia del Convenio de Roma en los órdenes jurídicos nacionales y en el comunitario, resulta imprescindible dedicar una especial atención al uso concreto que el TJCE, como garante comunitario de los derechos fundamentales, realiza del CEDH y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

Dado que la Unión europea no se ha adherido al CEDH, el Tribunal de Luxemburgo no puede referirse a su contenido más que como fuente de inspiración en la resolución de conflictos que afecten a los derechos fundamentales. Esto implica que, en ningún caso, la Unión europea está vinculada por las disposiciones del Convenio. Bien es

⁵⁵⁵Destacar, en este sentido, la STJCE *National Panasonic c/ Comisión*, de 26 de junio de 1980. As. 136/79, Rec. p. 2033, en el que el TJCE reitera su jurisprudencia respecto a los derechos fundamentales afirmando que estos "font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect, conformément aux traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi qu'aux instruments internationaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré".

cierto que las propuestas tendentes a incorporar el CEDH en el orden jurídico comunitario han sido frecuentes; sin embargo al día de hoy, - como es bien sabido-, la adhesión aún no se ha producido⁵⁵⁶. La adhesión de la Unión europea al CEDH aparece como una cuestión clave en el desarrollo de nuestro análisis por lo que a su estudio dedicaremos páginas posteriores. Ahora nos centramos en el estudio de la evolución sufrida por las referencias del CEDH en la jurisprudencia del TJCE.

Es un hecho que la utilización del Convenio de Roma por el Tribunal de Luxemburgo no es más que una referencia entre otras posibles a las que puede recurrir el TJCE⁵⁵⁷. Sin embargo, en la práctica, no puede negarse el papel preeminente que el CEDH juega en el proceso de integración europea en materia de derechos fundamentales. La razón principal de este uso es fácil de entender, el Convenio de Roma es el instrumento internacional de influencia en el área europea que

⁵⁵⁶En este sentido, tener en cuenta el Memorándum de la Comisión europea, de 4 de abril de 1979 favorable a la adhesión de las Comunidades al CEDH (contrario a la opinión de la misma Comisión en su Informe de 4 de febrero de 1976). La Comisión reitera su posición favorable a la adhesión en la Comunicación de 19 de noviembre de 1990. Posteriormente, según lo dispuesto en el artículo 228.6 del Tratado, el Consejo solicitó al TJCE que determinase si la adhesión de la Comunidad Europea al CEDH sería compatible con el Tratado de la CE. El TJCE se pronunció en su Dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996, destacando la “envergadura constitucional” que entrañaría la integración del Convenio de Roma en el orden jurídico comunitario. Por este motivo el Tribunal de Luxemburgo concluye que “en l’état actuel du droit communautaire, la Communauté n’a pas compétence pour adhérer à la Convention”. El texto del Dictamen 2/94 se recoge en *RTDE*, 32 (3), julio-septiembre, 1996. Sobre un estudio detallado de este informe ver la crónica de SIMON, D., “L’avis 2/94 de 28 de marzo 1996 sur l’adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l’homme” en *Juris-Classeur, Europe*, crónica 6, junio 1996, p. 1 y s.

⁵⁵⁷Según BOULOUIS, J., en *Droit Institutionnel des Communautés Européennes*, 2a. ed., Monchrestein, 1990, p.184. Citado por JACQUÉ, J-P., “Communauté européenne et CEDH” en *L’Europe et le Droit. Mélanges Boulouis*, DALLOZ, 1991 p. 327.

representa claramente el Derecho común europeo de los derechos humanos⁵⁵⁸ (ver supra capítulo 1).

En efecto, según nuestro criterio, el papel preeminente que juega el CEDH en el proceso de conformación de un patrimonio europeo de derechos del hombre puede percibirse claramente a partir de dos aspectos estrechamente relacionados entre sí. Por un lado, desde el Tratado de Maastricht, la Unión se comprometió a respetar el contenido del CEDH. Esta declaración se tradujo en la frecuente utilización por parte del TJCE para argumentar sus sentencias, tanto del articulado del Convenio como de la propia jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. De esta forma, el CEDH se fue erigiendo en la fuente privilegiada de influencia directa en el orden jurídico comunitario en el ámbito de los derechos humanos. Por otro lado, los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión europea no sólo se han adherido al CEDH, sino que, -como vimos en páginas anteriores,- han asimilado perfectamente en sus Derechos internos respectivos el contenido del CEDH tal y como el Tribunal de Estrasburgo lo interpreta.

Ahora bien, la actitud del TJCE respecto a la aplicación del CEDH no se ha caracterizado siempre por ser un modelo de aceptación⁵⁵⁹. En la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo se perciben claramente las tensiones y las influencias que se generan inevitablemente entre órdenes jurídicos diversos. Así, resulta constatable en la práctica que el TJCE ha optado en algunos casos por no aludir a disposiciones del Convenio para fundamentar sus decisiones, o bien ha desarrollado interpretaciones “comunitarizadas” de su contenido.

⁵⁵⁸No en vano, el propio Tratado de la Unión europea de 1992, en su artículo F.2, alude explícitamente al compromiso de la Unión de respetar *los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo*. Idéntica declaración que reproduce el artículo 6 del nuevo Tratado de Amsterdam de 1997.

⁵⁵⁹En este mismo sentido, ver JACQUÉ, J-P., «Communauté européenne et Convention européenne des droits de l’homme». En *L’Europe et le droit*. Mélanges en hommage à Jean Boulouis, París, 1991, p. 328.

Un análisis pormenorizado de la utilización concreta del Convenio de Roma por el TJCE excedería ampliamente el objeto de nuestro estudio. No obstante, para conocer con rigor el grado de armonización alcanzado por el Convenio de Roma en el orden jurídico comunitario, es preciso determinar cuál es la utilización que el TJCE realiza, en nuestros días, del Convenio. Teniendo en cuenta que el CEDH no ha sido utilizado de forma uniforme por el Tribunal de Luxemburgo, una exposición evolutiva de la jurisprudencia del TJCE se impone.

a. Las tensiones del TJCE respecto a la utilización del CEDH se manifiestan en tres sentencias paradigmáticas. En la primera de ellas, *Prais c/ Consejo*, de 27 de octubre de 1976⁵⁶⁰, la demandante alegó la vulneración del artículo 9.2 del CEDH, que garantiza la libertad de pensamiento de conciencia y de religión. El TJCE, pudiendo haber argumentado su decisión según lo dispuesto en este precepto del Convenio Europeo no lo hizo, resolviendo finalmente fundamentándose en el principio comunitario de igualdad de tratamiento.

Dos años después, en la sentencia *Defrenne c/ Sabena*, de 15 de junio de 1978⁵⁶¹, el Tribunal Supremo belga planteó una cuestión prejudicial sobre una posible interpretación extensiva del artículo 119 del TCE. Al igual que en el asunto *Prais*, en esta sentencia el TJCE evitó realizar cualquier referencia al CEDH⁵⁶², fundamentando finalmente su decisión en la Carta Social Europea de 18 de noviembre de 1961, y en el Convenio 111 de la O.I.T. de 25 de junio de 1958. De este modo, el TJCE remarcó que el CEDH es un instrumento, “entre otros”, a los que

⁵⁶⁰STJCE, as. 130/75. Rec. p. 1589. La demandante denunció ante el TJCE la imposibilidad de participar en unas oposiciones convocadas por la C.E.E. para conseguir un puesto de jurista lingüístico en una de las Instituciones comunitarias por celebrarse la oposición en un día de fiesta religiosa de la demandante.

⁵⁶¹STJCE *Defrenne c/ Sabena*, Rec. p. 1365.

⁵⁶²Si bien los jueces del TJCE podrían haber aplicado en la resolución del caso el artículo 14 CEDH como, por otra parte, así lo había expuesto en sus Conclusiones el Abogado General Capotorti.

puede referirse para fundamentar sus resoluciones, pero no es ni el más importante, ni mucho menos el único.

En la sentencia *Hauer*⁵⁶³, de 13 de diciembre de 1979, al TJCE se le solicitó que se pronunciase sobre la posible violación del derecho de propiedad que encontraría su origen, según la tesis defendida por la recurrente, en lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento 1162/76/C.E.E. del Consejo, que establecía la prohibición de plantar nuevas viñas en un período de tres años. El TJCE va a analizar con cierto detenimiento el artículo 1 del Protocolo Adicional Primero del CEDH que reconoce el derecho a la propiedad. De su análisis, el TJCE extrajo como conclusión que el precepto citado no contenía indicaciones lo suficientemente precisas para su aplicación. Por ello, no lo utilizó en la fundamentación de su decisión, apoyándose en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros para la resolución del caso.

El TJCE no abandonó esta actitud después de estas tres sentencias citadas. A finales de los años 80 encontramos todavía decisiones en las que el Tribunal de Justicia omite cualquier mención al CEDH, a pesar de que podía haberlo utilizado para fundamentar sus razonamientos. Concretamente dos sentencias son interesantes en este sentido, *National Panasonic*, de 20 de junio de 1980 y *Solvay*, de 18 de octubre de 1989.

En todas estas sentencias dispersas en el tiempo, parece que se manifiesta la intención del TJCE de relativizar el valor del CEDH en su jurisprudencia. En las sentencias aludidas, -que concurren en el tiempo con otras en las que el TJCE ha recurrido al CEDH para su fundamentación-, el Tribunal de Luxemburgo evitó conscientemente utilizar cualquier disposición del CEDH, favoreciendo la utilización en sus decisiones de otras fuentes nacionales e internacionales consagradas a la protección de los derechos fundamentales. Ciertamente, teniendo en

⁵⁶³STJCE *Hauer*, op. cit., Rec., p. 3727.

cuenta esta circunstancia, como afirma J-P. JACQUÉ, “el efecto del Convenio en el orden jurídico comunitario es indirecto y depende exclusivamente de la voluntad del Tribunal”⁵⁶⁴.

b. Sin embargo, en otros supuestos, el TJCE no eludió la utilización de diversas disposiciones del CEDH para fundamentar sus sentencias. Ahora bien, lejos de darles el sentido fijado por la jurisprudencia del TEDH, realizó, por su parte, una lectura propiamente comunitaria de las disposiciones convencionales. Por tanto, si bien es cierto que la fuente utilizada por el Tribunal comunitario fue el CEDH, la interpretación autónoma que realizó de sus disposiciones le condujo a contravenir las interpretaciones dadas por el TEDH. Teniendo en cuenta que el contenido y el alcance de las disposiciones del CEDH vienen determinados por el sentido que la jurisprudencia del TEDH les otorgue, la disposición del Convenio lleva aparejada, formando un todo, la jurisprudencia del TEDH que le concierna. Por consiguiente, no sería posible separar ambos elementos, utilizando exclusivamente la literalidad de la norma sin contravenir, de este modo, la propia norma convencional.

Así, resultan de especial interés las sentencias *Johnston*⁵⁶⁵, de 15 de mayo de 1986 y *Heylens*, de 15 de octubre de 1987. En ambas, el TJCE hace referencia a los artículos 6 y 13 del CEDH consagrando, en el ámbito comunitario el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo y motivado. Así, en el asunto *Johnston*⁵⁶⁶, el TJCE recuerda a los Estados miembros que el artículo 6 del CEDH les obliga a instaurar en sus ordenamientos jurídicos las medidas necesarias que permitan el acceso, de toda persona que se considere objeto de una discriminación, a los jueces y tribunales, para ser restituidos en su derecho. Siguiendo esta

⁵⁶⁴Cfr. JACQUÉ, J-P., «Communauté européenne...», op. cit., p. 331.

⁵⁶⁵ Sentencia TJCE *Johnston*, as. 222/84, Rec., p.1651.

⁵⁶⁶La Sra. Johnston, perteneciente a los Cuerpos de Policía de Irlanda del Norte, no es renovada en su puesto. Ella considera que tal situación se deriva de una acción discriminatoria por razón de sexo. En virtud de lo dispuesto en el artículo 53.2 de la Sex Discrimination Order, la autoridad competente es competente para privar a los particulares de la posibilidad de hacer valer los derechos que les otorgan las directivas en materia de interdicción de la discriminación por sexo.

afirmación, el TJCE declaró que el artículo 53.2 de la *Sex Discrimination Order* era contrario al artículo 6 del CEDH.

En el asunto *Heylens*⁵⁶⁷, el TJCE afirmó que según lo dispuesto en el artículo 13 del CEDH, la exigencia de un recurso jurisdiccional efectivo incluye la necesaria motivación de las resoluciones. En consecuencia, el TJCE concluyó que la autoridad nacional concernida tenía la obligación de informar sobre los motivos en los que se fundaba su decisión (en este caso de no reconocer un diploma). La alusión de los artículos 6 y 13 del CEDH no debe, sin embargo, conducir a error ya que el TJCE realiza una interpretación autónoma de estos dos preceptos, sin ninguna alusión a la abundante jurisprudencia del TEDH, que precisa el contenido y alcance de estos dos preceptos.

Un estudio de la jurisprudencia más reciente del TJCE nos muestra, con carácter general, que la actitud del Tribunal de Luxemburgo respecto a la utilización del Convenio de Roma y de la jurisprudencia de Estrasburgo no ha sufrido grandes cambios en los últimos tiempos⁵⁶⁸. Con carácter general, el TJCE va a seguir utilizando el CEDH como instrumento privilegiado para fundamentar sus decisiones referentes a los derechos fundamentales, pero sin quedar obligada a utilizar sus disposiciones sistemáticamente en todo asunto en el que pudieran aplicarse. Además, en todo caso, el TJCE continúa aplicando los preceptos convencionales de manera autónoma si así lo estima oportuno, si bien no queda vinculado por la jurisprudencia del TEDH que, en definitiva, es el que precisa el significado y alcance de esos mismos preceptos. Sin embargo, una sentencia de estos últimos años merece una mención aparte por la utilización que el TJCE realiza del CEDH y de

⁵⁶⁷ Sentencia TJCE *Heylens*, as. 222/86, Rec., p. 4097.

⁵⁶⁸ A título de ejemplo destacamos las sentencias del TJCE *Deutsche Telekom AG c/ Agnes Vick y Ute Conce*, de 10 febrero 2000; *Dieter Krombach c/ André Bamberski*, de 28 marzo 2000; *Países Bajos y Gerard Van der Wal c/ Comisión*, de 11 enero 2000.

la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, la sentencia *Baustahlgewebe*⁵⁶⁹, de 17 de diciembre de 1998⁵⁷⁰.

En efecto, en esta sentencia, el TJCE se ve confrontado, entre otros motivos, a un supuesto de vulneración del plazo razonable de resolución de un recurso en anulación resuelto por el Tribunal de Primera Instancia (en adelante TPI)⁵⁷¹. La empresa recurrente recurrió ante el TJCE alegando que los 22 meses que demoró el procedimiento ante el TPI vulneraba lo dispuesto en el artículo 6.1 CEDH. Por vez primera, el Tribunal de Luxemburgo va a fundamentar su decisión claramente en el artículo 6 CEDH sin rehuir, en esta ocasión, la evocación expresa de la jurisprudencia del TEDH en la materia⁵⁷². Pero además, también por primera vez el TJCE declaró que el sistema jurisdiccional comunitario no respetó, en el caso de autos, los principios procesales derivados del "plazo razonable"⁵⁷³.

No obstante, no puede por menos sorprender que tras aplicar el "test del plazo razonable" desarrollado por la jurisprudencia de Estrasburgo, el TJCE, aún reconociendo que el procedimiento ante el TPI no respetó las exigencias del "plazo razonable"⁵⁷⁴, decidió no anular la sentencia del TPI al estimar que esta circunstancia no incidía en la

⁵⁶⁹STJCE *Baustahlgewebe GmbH*, asunto C-185/95 P, Rec. p. I-8417.

⁵⁷⁰Varios artículos doctrinales han analizado esta sentencia. Entre ellos destacamos dos publicados ambos en *Europe*, febrero 1999. El primero de ellos de SIMON, D., n.º. 57, pp.12 y s. El segundo de IDOT, L., n.º. 79, p. 21.

⁵⁷¹En este supuesto, el TJCE resuelve un recurso de casación dirigido contra la sentencia en anulación del TPI, *Baustahlgewebe c/ Comisión*, de 6 de abril 1995, (T-145/89, Rec. p. II-987).

⁵⁷²El TJCE cita las sentencias TEDH *Erkner y Hofauer*, de 23 abril 1987, serie A n. 117; *Kemmache*, de 27 noviembre 1991, serie A n. 218; *Phocas c/ Francia*, de 23 abril 1996, Rec.1996-II, p. 546 y s. y *Garyfallou AEBE c/ Grecia*, de 27 septiembre 1997, Rec. 1997-V, p. 1821 y s.

⁵⁷³ En el considerando 47 de la sentencia *Baustahlgewebe* el TJCE afirma claramente que "a la lumière des éléments qui précèdent, force est de constater, tout en tenant compte de la relative complexité de l'affaire, que la procédure devant le Tribunal a dépassé les exigences liées au respect du délai raisonnable".

⁵⁷⁴ Sentencia *Baustahlgewebe*, op. cit., considerando 47.

solución del litigio⁵⁷⁵. Sin embargo, a modo de “satisfacción equitativa” por la duración excesiva del procedimiento ante el TPI, el TJCE decidió rebajar en 50.000 ecus la multa de 3 millones interpuesta por el TPI a la empresa recurrente.

La valoración de esta sentencia en el proceso de evolución de la jurisprudencia del TJCE no puede ser más que positiva, sin embargo, no debe olvidarse que junto a estas sentencias, otras han continuado la línea “autónoma” de utilización del CEDH por el TJCE. Por tanto, de la lectura de la sentencia *Baustahlgewebe* no deben extraerse conclusiones demasiado optimistas.

* *

*

En definitiva, como hemos pretendido resaltar en el transcurso de esta sección, la falta de alusiones expresas y ordenadas a los derechos fundamentales por la Comunidad europea ha generado vulneraciones de los derechos fundamentales. La protección pretoriana de estos derechos ha sido, sin duda, esencial tanto en lo que respecta a la protección de los derechos de los ciudadanos, como a la consecución de una mayor legitimidad de la actuación de la Comunidad. Sin embargo, el respeto del estándar mínimo de protección de derechos contenido en el CEDH no puede conseguirse exclusivamente por esta vía, en cuanto que la Comunidad europea sólo utiliza este instrumento como fuente interpretativa y no con un carácter vinculante.

De este modo, entendemos que en el estado actual de evolución de la integración europea, la Unión europea necesita dotarse de un catálogo de derechos fundamentales. Pero esto, en si mismo, no sería suficiente. Además resultaría necesario que la Unión, al igual que han hecho los Estados que la conforman, se adhiera al CEDH. Tanto la

⁵⁷⁵ Sentencia *Baustahlgewebe*, op. cit, considerando 49.

elaboración de una Carta de derechos fundamentales jurídicamente vinculante, como la eventual adhesión de la Comunidad y/o de la Unión europea al CEDH han suscitado y continúan suscitando numerosas cuestiones jurídicas que, por su importancia, constituirán el objeto de la próxima sección.

Sección 2: Hacia una protección óptima de los derechos fundamentales en la Unión europea. Las soluciones propuestas y su alcance en el proceso de integración europea

El sistema de protección de derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario se ha ido consolidando progresivamente a lo largo de los casi cincuenta años de vida de las Comunidades europeas. A la descripción de esta evolución hemos consagrado la primera sección de este capítulo. En ella, a través del análisis en perspectiva, tanto de las declaraciones institucionales (ver supra sección 1, A.2, a), como de los propios Tratados comunitarios (ver supra sección 1, A.2.b), hemos podido apreciar claramente el sentido de una notable evolución del orden jurídico comunitario en materia de derechos fundamentales. Todo ello sin contar con la evolución sufrida igualmente por la protección procurada a los justiciables por vía pretoriana (ver supra sección 1, B). Sin embargo, sin negar la importancia de esta evolución, los avances en esta materia no nos han permitido concluir la sección precedente con una valoración positiva, sino más bien con una clara impresión de insuficiencia del sistema de protección de derechos comunitario.

Esta situación resulta intolerable en nuestros días. La falta de una protección adecuada de los derechos fundamentales afecta directamente a la legitimidad de la Unión europea. Las dimensiones adquiridas por esta organización, que asume trazos propios del constitucionalismo clásico se aleja, cada vez más, de las características definitorias de las organizaciones internacionales clásicas⁵⁷⁶ y no puede coherentemente seguir avanzando en su evolución “constitucional” sin dotarse de una declaración de derechos⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶Ver, PIRIS, J-C., «L'Union européenne a-t-elle une constitution?. Lui en faut-il une?. *RTDE* n.º 35 (4), oct-dic. 1999, pp. 602 y s.

⁵⁷⁷Una aproximación a la cuestión la encontramos en DÍEZ-PICAZO, L.M^a., “¿Una Constitución sin declaración de derechos?”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, n.º. 32 mayo-agosto 1991, pp. 135 et s.

Así, mientras en la primera sección nos hemos encargado de describir los avances en la declaración y protección de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario, en esta segunda nos ocuparemos de explorar sus carencias. Por un lado, veremos cuál es la situación actual de control de los actos de Derecho comunitario por parte del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (B). Por otro, examinaremos las soluciones propuestas para subsanar estas carencias de raíz, ya sea mediante la elaboración de una Declaración comunitaria de derechos fundamentales, ya fuera proponiendo la adhesión de la Comunidad/Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (A). Ninguna de estas dos vías, como veremos posteriormente, tuvieron demasiado éxito.

En cualquier caso, estas dos soluciones no deben percibirse como excluyentes entre sí. Ya en el memorándum de la Comisión de 1979⁵⁷⁸, esta Institución, consciente de las dificultades de elaborar una Carta comunitaria de derechos fundamentales, se pronunciaba a favor de una adhesión de las Comunidades al CEDH. Así la adhesión se entendería como una vía previa que cubriría convenientemente las necesidades de protección de derechos fundamentales en la Comunidad europea a la espera de una Declaración comunitaria⁵⁷⁹. También la postura inversa ha sido planteada, sosteniéndose la conveniencia de elaborar una Carta comunitaria de derechos fundamentales a la espera del momento en que la Comunidad salve los obstáculos que le impiden adherirse al CEDH⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸Memorándum de la Comisión sobre la adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH. Bull. CE, suplemento 2/79.

⁵⁷⁹En este sentido, ver CARRILLO SALCEDO, J.A., «La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas». En *Tratado de Derecho comunitario*, Tomo I, 1986, pp. 21 y 22.

⁵⁸⁰En este sentido, ver SUDRE, F., «La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam. Vers un nouveau système européen des droits de l'homme ?». *La Semaine juridique*, n. 1 y 2, 1998, pp. 9 y s.

A) La eventual adhesión de la Comunidad/Unión europea al Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950

El Convenio de Roma no ha sido nunca ajeno al sistema comunitario. Su elaboración fue coetánea al nacimiento de las Comunidades europeas y, como hemos reiterado, los Estados miembros de las Comunidades lo son también del Consejo de Europa habiéndose adherido, todos ellos, sucesivamente al CEDH. Por ello, no sorprende que el TJCE haya utilizado como fuente de inspiración frecuente en la fundamentación de sus sentencias las disposiciones del CEDH. Pero, ya hemos advertido, las dificultades que esta utilización ha generado en la jurisprudencia del TJCE (ver supra sección 1, B). Por ello, desde los años 70, las Instituciones comunitarias comenzaron a pronunciarse a favor de una adhesión de las Comunidades al Convenio de Roma con objeto de mejorar, en el ámbito comunitario, la protección de derechos fundamentales.

En la actualidad, resulta bien sabido, que la adhesión de la Comunidad/Unión⁵⁸¹ europea al CEDH aún no se ha producido. Sin embargo, varios han sido los pronunciamientos tanto institucionales como doctrinales tendentes a procurar la ratificación del CEDH (1). Evidentemente, la adhesión presenta múltiples ventajas en aras a la consecución de una mayor y mejor protección de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario; sin embargo, numerosos son también los problemas que suscita (2). A pesar de ellos, los inconvenientes prácticos que presenta la situación actual generan una incertidumbre que debe subsanarse. Esta circunstancia, como

⁵⁸¹Dado que la Unión europea carece de personalidad jurídica, en el estado actual de evolución podrían plantearse dos opciones teóricas. La primera es que se adhiera la Comunidad europea, que sí tiene personalidad jurídica, pero en este caso, los Pilares comunitarios introducidos por el Tratado de Maastricht quedarían fuera de la adhesión. La segunda, más deseable, es que previamente a la adhesión se le reconociera personalidad jurídica a la Unión europea, en cuyo caso, la adhesión posterior cubriría los tres Pilares.

tendremos ocasión de analizar, afecta fundamentalmente al eventual control de los actos comunitarios por el TEDH.

1.- Los intentos frustrados de adhesión de las Comunidades/Unión al CEDH

En la Conferencia Intergubernamental de 1996⁵⁸², que condujo a la firma del Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997; al igual que en la reciente CIG del 2000⁵⁸³, precedente del Tratado de Niza, se manifestó la necesidad de que la Unión europea se comprometiese con más fuerza que hasta entonces al respeto de los derechos humanos. Las dos opciones que se barajaron para conseguir este objetivo no fueron precisamente originales: la incorporación en el Tratado de un catálogo de derechos fundamentales y la adhesión de la Comunidad/Unión europea al Convenio de Roma de 1950. Dejando para más adelante todas las cuestiones derivadas de la inclusión de una Carta de derechos fundamentales en los Tratados comunitarios, ahora nos centraremos en el análisis de la eventual adhesión de la Comunidad/Unión al CEDH.

Ya desde los orígenes de la cuestión que nos ocupa, la vía de la adhesión no fue la única propuesta para procurar la inclusión del CEDH en el orden jurídico comunitario. Además, durante algún tiempo, se entendió posible recurrir a la denominada “vía de la sucesión”, que establecía que la ratificación del CEDH por todos los Estados miembros de la Comunidad, implicaba la adhesión implícita de la esta última al

⁵⁸²Ver a título de ejemplo el Informe de la Comisión. Reforzar la Unión política y preparar la ampliación. *OPOCE*, 1996, párr. 9. El Informe del Grupo de Reflexión puso de manifiesto que la mayor parte de los Estados miembros estimaban la conveniencia de que la Unión, si se le reconociera personalidad jurídica, o en todo caso a la Comunidad, se adhiriese al CEDH. *OPOCE*, 1996, párr. 34.

⁵⁸³En este sentido, véase a título de ejemplo la Resolución del Parlamento Europeo que contiene sus propuestas para la Conferencia Intergubernamental (14094/1999-C5-0341/1999-1999/0825 (CNS)). Fundamentalmente en el considerando 33 de este documento, el Parlamento se pronunció sobre la conveniencia de la elaboración de una Carta de los derechos fundamentales, así como de la adhesión del CEDH.

Convenio de Roma. Esta propuesta fue defendida, entre otros, por el Juez Pescatore, que fundamentaba su posición en lo dispuesto en el artículo 234 TCE. Este razonamiento se veía reforzado igualmente por la sentencia del TJCE *International Fruit Company*⁵⁸⁴, de 12 de diciembre de 1972, relativa a la vinculación de la Comunidad a las disposiciones del GATT. En ella, el TJCE admitió que la Comunidad europea sucedía a los Estados miembros respecto a los compromisos internacionales que éstos hubieran adquirido con anterioridad a su adhesión a la Comunidad, y concretamente al GATT.

Sin embargo, esta solución no es aceptable en el caso de la adhesión de la Comunidad al CEDH por dos motivos principales⁵⁸⁵. En primer lugar porque los fines perseguidos por el GATT y por el TCE presentan analogías que no aparecen entre este último y el CEDH. Mientras que el Tratado constitutivo del GATT y el Tratado CE se caracterizan por su contenido comercial, no puede decirse que el objeto del TCE y del CEDH contengan una similitud de contenidos. En segundo lugar, por si este razonamiento dejara alguna duda, la jurisprudencia ulterior del TJCE se ha ocupado de disiparlas, restringiendo la teoría de la sucesión al único caso del GATT⁵⁸⁶.

Por tanto, descartada la vía de la sucesión, la adhesión aparece como la única posibilidad de incorporar formalmente el CEDH en el orden jurídico comunitario. La adhesión no sólo permitiría al orden jurídico comunitario dotarse del anhelado catálogo de derechos fundamentales, sino que además introduciría la vertiente protectora derivada del mecanismo de protección de los derechos humanos y de las

⁵⁸⁴ Sentencia TJCE *International Fruit Company*. As. 21-24/72. Rec., pp.1219 y s.

⁵⁸⁵ Con mayor detenimiento, el profesor JACQUÉ, J-P., se encarga de precisar las dificultades que plantea aceptar la vía de la sucesión en el caso del CEDH. A su estudio «Communauté européenne...», op. cit., pp. 329 y s, nos remitimos en este aspecto.

⁵⁸⁶ Sentencia TJCE *Burgoa*, de 14 de octubre 1980. As. 812/79. Rec., pp. 2787 y s.

libertades fundamentales instaurado por el Convenio de Roma (supra capítulo 1).

Evidentemente, la CIG de 1996 no fue la primera ocasión en la que la vía de la adhesión se propuso como solución a las carencias de la Comunidad en materia de derechos fundamentales. En efecto, la primera mención favorable a la adhesión hay que buscarla en el Memorándum de la Comisión sobre la adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH, de 4 de abril de 1979⁵⁸⁷. En este informe⁵⁸⁸, la Comisión aún valorando positivamente la acción desarrollada por el TJCE como garante de los derechos fundamentales, pone de manifiesto igualmente las importantes carencias que genera la falta de un catálogo escrito de derechos en la Comunidad. Ante las dificultades de elaborar una declaración comunitaria de derechos fundamentales⁵⁸⁹, la Comisión se decantó en su memorándum por la adhesión de la Comunidades europeas al CEDH.

Durante la década de los setenta y de los ochenta, las Instituciones comunitarias, -como expusimos en la primera sección-, se mostraron especialmente activas en todo lo referente a la garantía de los derechos fundamentales. De igual modo, el TJCE durante estas dos décadas fue elaborando progresivamente una eficaz jurisprudencia protectora de los derechos fundamentales en la Comunidad. Sin embargo, durante todo este tiempo la idea de elaborar una Carta comunitaria de derechos fundamentales y/o de adherirse al CEDH, ya circulaba en las propias Instituciones comunitarias y en la doctrina especializada.

⁵⁸⁷Memorándum de la Comisión sobre la adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH. Bull. CE, suplemento 2/79.

⁵⁸⁸Un análisis más detallado de este memorándum, lo encontramos en ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Unión Europea*. Colección CEURA, Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1994, pp. 609 a 611.

⁵⁸⁹Sólo tres años antes, esta misma Institución había defendido la elaboración de una declaración específicamente comunitaria de derechos fundamentales, descartando la adhesión al CEDH por considerarla innecesaria. En Informe de la

El salto cualitativo en materia de la adhesión se produjo a principios de los años 90. Concretamente, el 19 de noviembre de 1990. La Comisión volvió a retomar la propuesta vertida en su memorándum de 1979 solicitando al Consejo que apoyase la adhesión de la Comunidad al CEDH, y consecuentemente le autorizase a negociar con el Consejo de Europa las modalidades de la adhesión. El Parlamento europeo en su Resolución sobre la adhesión de la Comunidad al CEDH, de 18 de enero de 1994⁵⁹⁰, manifestó claramente su acuerdo con la propuesta de la Comisión.

Los motivos que fundamentaban la posición del Parlamento resultan esclarecedores de la evolución sufrida por los derechos fundamentales en la Comunidad. Así, el Parlamento destacó entre las razones que motivaban su Resolución, por un lado, la mayor injerencia que la ampliación de las competencias de la Comunidad podría producir en el ámbito de los derechos fundamentales, así como los eventuales riesgos de contradicción entre las jurisprudencias del TJCE y del TEDH y; por otro, el interés de los individuos en poseer un recurso que les permitiera el acceso directo a una instancia jurisdiccional internacional ante eventuales vulneraciones de derechos y libertades reconocidos en el CEDH por actos o normas comunitarias.

El Parlamento no negaba que la Comunidad respetaba las exigencias de una “comunidad de derecho” y que, en este sentido, ya existían en el orden comunitario recursos que permitían al Tribunal de Luxemburgo ejercer un control de la conformidad de las actuaciones de los Estados miembros y de las Instituciones con el Tratado. Sin embargo, también era consciente de la existencia de lagunas en el sistema de protección de derechos que podrían llevar a cuestionarse la legitimidad del propio orden jurídico comunitario.

Comisión sobre la protección de los derechos fundamentales, de 14 de febrero de 1976. *JOCE* Suplemento 5/76.

⁵⁹⁰Resolución del Parlamento europeo sobre la adhesión de la Comunidad al CEDH. *DOCE* C 44/32, de 14 de febrero 1994.

Por todo ello, aún reconociendo las dificultades de índole político, institucional y jurídico que planteaba la adhesión; el Parlamento estimó, “que la adhesión constituye un progreso por lo que concierne a la protección de los derechos fundamentales del individuo, a condición de que el nivel de protección sea elevado y que el sistema de recursos establecido sea rápido y eficaz”⁵⁹¹.

Ante la petición de la Comisión (apoyada por la citada Resolución del Parlamento), el Consejo de la Unión presentó a su vez una solicitud de dictamen al TJCE en virtud de lo dispuesto en el artículo 228.6 TCE (artículo 300 en el Tratado de Amsterdam)⁵⁹², con objeto de saber si la Comunidad poseía competencia para negociar y concluir el acuerdo de adhesión al CEDH.

La respuesta del TJCE se concretó en el Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996⁵⁹³, en el que el TJCE desarrolló su opinión en torno a dos cuestiones principales: la competencia de la Comunidad para celebrar un acuerdo de este tipo y la compatibilidad del CEDH con las disposiciones del Tratado, en especial con las relativas a las competencias del Tribunal de Justicia (F.J. 9)⁵⁹⁴.

⁵⁹¹Resolución del Parlamento citada anteriormente, párrafo 5.

⁵⁹²Artículo 228.6 TCE: “El Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrán solicitar el dictamen del TJCE sobre la compatibilidad de cualquier acuerdo previsto con las disposiciones del presente Tratado. Cuando el dictamen del TJCE sea negativo, el acuerdo sólo podrá entrar en vigor en las condiciones establecidas en el artículo N del TUE”.

⁵⁹³Dictamen TJCE 2/94, de 28 de marzo de 1996. Rec., pp. I-1763 y s.

⁵⁹⁴Para un estudio pormenorizado de este dictamen nos remitimos a los trabajos específicos consagrados a su análisis. Entre otros, destacamos, DE SCHUTTER, O., LEJEUNE, Y., «L’adhésion de la Communauté à la CEDH. A propos de l’avis 2/94 de la CJCE». *CDE*, 1996 ; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Comunidad europea y Convenio europeo de derechos humanos: ¿el fin de una vieja polémica?. (Comentario al Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996)». *RIE*, 1996 ; SIMON, D, «L’avis 2/94 du 28 mars 1996 sur l’adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l’homme». *Europe*, junio, 1996 ; WACHSMANN, P., «L’avis 2/94 de la Cour de Justice relatif à l’adhésion de la Communauté Européenne à la CEDH». *RTDE*, 1996 y WAELBROECK, M., «La Cour de Justice et la Convention européenne des droits de l’homme». *CDE*, 1996 ;

Este esperado Dictamen resulta especialmente importante en el estudio de la eventual adhesión de la Comunidad europea al CEDH, ya que podría decirse que puso un punto final a algunas de las incognitas planteadas en las sucesivas declaraciones, tanto institucionales como doctrinales vertidas desde la década de los 70 en torno a la adhesión⁵⁹⁵. Sin embargo, como veremos, fueron más y de mayor importancia las complejas cuestiones técnicas que el Consejo planteó abiertamente al Alto Tribunal y que la “prudencia”⁵⁹⁶ del Tribunal de Luxemburgo le llevó a no contestar. Pero, en cualquier caso, la relevancia de este Dictamen no ofrece ninguna duda, por lo que estimamos oportuno centrarnos convenientemente en su estudio.

Antes de abordar el fondo del asunto, con carácter previo, la cuestión de la propia admisibilidad de la solicitud de dictamen introducida por el Consejo, suscitó opiniones enfrentadas⁵⁹⁷. Concretamente, los Gobiernos de Irlanda y Gran Bretaña, así como los Gobiernos sueco y danés, estimaban que el artículo 228.6 TCE únicamente posibilitaba el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo en los supuestos en que existiese un acuerdo “cuyo contenido fuese lo suficientemente preciso como para permitir al Tribunal de Justicia examinar la compatibilidad de la adhesión con el Tratado” (apartado 1). En este caso, ciertamente no sólo no había ningún acuerdo, sino que el Consejo, ni siquiera, había adoptado una decisión sobre la apertura de las negociaciones tendentes a adoptarlo.

⁵⁹⁵Ver, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Comunidad europea y Convenio europeo de derechos humanos», op. cit., pp. 817 y 818.

⁵⁹⁶Cfr. WAELBROECK, M., «La Cour de Justice et la Convention européenne des droits de l’homme», op. cit., p. 549.

⁵⁹⁷La cuestión de la compatibilidad suscitó cierta polémica. Los gobiernos irlandés, británico, danés, finlandés y sueco contestaron la admisibilidad de la demanda. Concretamente, Irlanda y Reino Unido estimaron que la falta de una propuesta específica de acuerdo de adhesión impedía al TJCE pronunciarse sobre las cuestiones presentadas por el Consejo. Por su parte, los Gobiernos danés, finlandés y sueco, estimaron que la solicitud en cuestión resultaba «prematura» habida cuenta de la falta formal de un acuerdo.

El TJCE remitiéndose a sus consideraciones emitidas en el Informe 1/78, de 4 de octubre de 1979⁵⁹⁸ declaró que, cuando se trata de resolver una cuestión de competencia interesa a todos que la cuestión quede bien determinada desde la apertura de las negociaciones. Por tanto, bastaría para que el TJCE pudiese emitir un dictamen de este tipo que se conozca “el objeto del acuerdo previsto antes de iniciar las negociaciones” (F.J. 11). Dado que esta exigencia era respetada, el TJCE no tuvo mayores problemas en declarar la admisión de la solicitud de dictamen (F.J. 18).

Una vez aceptada la competencia del Tribunal para emitir el dictamen, el TJCE declaró, sin embargo, que el Consejo no le proporcionaba la suficiente información como para que pudiera pronunciarse sobre la compatibilidad de la adhesión al Convenio con las normas del Tratado⁵⁹⁹. Así pues, dejando a un lado esta cuestión, se centró en la de dilucidar si la Comunidad tenía competencia para adherirse al Convenio.

Para comenzar fue preciso determinar si existía una base jurídica suficiente en la que apoyar la competencia de la Comunidad para adherirse al Convenio. El razonamiento del TJCE comenzaba en este punto recordando que las competencias de la Comunidad, según dispone el artículo 3B TUE (artículo 5 Tratado de Amsterdam) son de atribución. Dado que ningún precepto del Tratado atribuye específicamente a la Comunidad una competencia expresa o implícita en materia de protección de derechos fundamentales, el TJCE debió de examinar si, en este caso, era posible fundar la actuación de la

⁵⁹⁸Informe 1/78, de 4 de octubre de 1979. Rec. p. 2871, apartado 35.

⁵⁹⁹El TJCE estimó que al no disponer de información suficiente «sobre el modo en que la Comunidad proyecta someterse a los mecanismos actuales y futuros de control jurisdiccional establecidos por el Convenio» (F.J. 20), le resultaba imposible emitir su opinión en este punto.

Comunidad en el artículo 235 TCE (artículo 308 Tratado de Amsterdam)⁶⁰⁰.

El artículo 235 TCE⁶⁰¹ permite que la Comunidad actúe en materias en las que, en principio, carece de competencia pero en las que se entiende que la actuación de la Comunidad resulta “necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad”. El análisis de la necesidad y conveniencia de la utilización de esta base jurídica llevó al TJCE a precisar que “dicha disposición no puede servir de base para ampliar el ámbito de competencias de la Comunidad más allá del marco general que resulta del conjunto de las disposiciones del Tratado...” (F.J. 30). Tras el conveniente análisis, el Tribunal concluyó que la adhesión de la Comunidad al CEDH constituiría una reforma de “envergadura constitucional”⁶⁰² que excedería por su naturaleza los límites del artículo 235 TCE (F.J. 35). Consecuentemente, el TJCE resolvió esta cuestión afirmando que en el estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad carecía de competencia para adherirse al CEDH⁶⁰³.

Nótese en este sentido, como acertadamente señala C. ESCOBAR, que el Tribunal de Luxemburgo descartó la utilización del

⁶⁰⁰En el F.J. 28 del Dictamen, el TJCE estableció que “Al no existir competencias específicas expresas o implícitas en este sentido, es preciso examinar si el artículo 235 del Tratado puede constituir la base jurídica para la adhesión”.

⁶⁰¹Un análisis pormenorizado del alcance y límites de la utilización del artículo 235 TCE y, particularmente, de su estudio en el Dictamen 2/94, lo encontramos en DE SCHUTTER, O., y LEJEUNE, Y., «L’adhésion...», op. cit., pp. 567 y s.

⁶⁰²Compartimos con DE SCHUTTER, O., y LEJEUNE, Y., la « sorpresa » ante el empleo de esta expresión, así como su utilización por el TJCE para fundamentar que el artículo 235 no sirve como base jurídica para la adhesión, *ibídem*, p. 572.

⁶⁰³Sobre la utilización del artículo 235 TCE como base jurídica para la adhesión se distinguieron dos claras tendencias contrapuestas entre los Estados miembros. Los gobiernos español, francés, portugués, y británico que negaron a la Comunidad toda competencia para concluir acuerdos internacionales en el ámbito de los derechos humanos sobre la base de este artículo; mientras que los gobiernos austriaco, belga, danés, alemán, griego, italiano, finlandés y sueco se pronunciaron a favor de la adhesión.

artículo 235 TCE como base jurídica argumentando, no la falta de concurrencia de los requisitos formales o materiales que exige el precepto, sino las consecuencias jurídicas que se derivarían de su empleo⁶⁰⁴.

En cualquier caso, la discutible justificación dada por el TJCE le permitió no tener que entrar en el fondo de las múltiples cuestiones que le fueron planteadas por el Consejo y que, a su vez, rondaban por los artículos doctrinales y por las sucesivas CIG desde numerosos años atrás. Algunos autores han lamentado que una decisión tan importante como era (y es) la adhesión de la Comunidad europea al CEDH quedase nuevamente postergada⁶⁰⁵. Pero ciertamente, si algo es seguro es que la adhesión de la Comunidad europea al CEDH es una *necesidad*⁶⁰⁶ y que, por tanto, al margen de argumentos más o menos formalistas deberá abordarse cada vez con mayor urgencia.

No obstante, si bien defendemos claramente la adhesión de la Comunidad al CEDH, somos conscientes de las dificultades jurídicas que se derivan de la misma, no sólo desde la perspectiva del orden jurídico comunitario, sino también desde la de los Estados miembros e incluso desde el propio Consejo de Europa. La yuxtaposición de órdenes jurídicos y las tensiones e influencias que se generan entre ellos aparece, en este punto, con singular intensidad. Por tanto, a su estudio dedicaremos las próximas páginas.

⁶⁰⁴Ver, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Comunidad europea...», op. cit., pp. 833 y 834.

⁶⁰⁵En este sentido, WAELBROECK, D., califica de «regrettable» la falta de un pronunciamiento concreto del TJCE que hubiera permitido arrojar luz sobre cuestiones ampliamente debatidas por las instancias comunitarias, la doctrina y los propios Estados, op.cit., p. 549.

⁶⁰⁶Nos resulta especialmente interesante en este sentido la reflexión que ESCOBAR C. realiza sobre este particular en «Comunidad europea...», op. cit., pp. 835 y s. También en esta misma línea se pronuncia WAELBROECK, D., p. 549.

2.- Ventajas e inconvenientes de la adhesión de la Comunidad al CEDH

La mayor parte de la doctrina, así como las distintas Instituciones comunitarias coinciden en afirmar que la adhesión de la Comunidad europea al CEDH constituiría la solución más adecuada para propiciar la protección óptima de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario. En efecto, la utilización progresiva del CEDH por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; así como la manifestación de las Instituciones (y más tarde de los propios Tratados) de su intención de respetar los presupuestos contenidos en el Convenio de Roma, fue creando paulatinamente la situación propicia para abordar el tema de la adhesión de la Comunidad al CEDH.

Sin duda, la adhesión al CEDH presenta numerosas ventajas en orden a mejorar el sistema de protección de derechos fundamentales. Ahora bien, también son importantes las “desventajas” que resultan de la complejidad técnica que implica la adhesión. Sin ánimo de exhaustividad, aunque sí con intención de mostrar una panorámica global completa del estado de la cuestión, a continuación abordaremos las ventajas y los inconvenientes que genera la adhesión de la Comunidad/Unión al Convenio de Roma en los distintos órdenes jurídicos concernidos.

a. Sin duda, la eventual adhesión de la Comunidad al CEDH provocaría un salto cualitativo en todo lo referente a la protección de derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario. Resulta indiscutible que la adhesión mejoraría sustancialmente, como tendremos ocasión de comprobar, la posición del individuo en el entramado comunitario. Pero, con carácter más general, la adhesión proporcionaría una primera gran ventaja destacada por la totalidad de la doctrina especializada y de la que entendemos se derivarían en mayor o menor grado las demás: la adhesión dotaría a la Comunidad de un catálogo de derechos. Esta circunstancia debe destacarse convenientemente ya que de ella se derivarían importantes

consecuencias de enorme relevancia en cualquier sistema democrático. Primeramente, la existencia de un catálogo de derechos proporcionaría a los individuos (ciudadanos comunitarios o extra-comunitarios receptores, en todo caso, de las normas comunitarias) una mayor seguridad jurídica y certeza, en cuanto al contenido y alcance de los derechos protegidos. Circunstancia que permitiría completar convenientemente el sistema de protección jurisprudencial desarrollado por el TJCE⁶⁰⁷.

Pero además, desde una perspectiva más trascendente, la adhesión proporcionaría a la Comunidad europea un “plus” de legitimidad que “contribuiría a afirmar la imagen de Europa como tierra de libertad y democracia al tiempo que delimitaría, con trazos más firmes la personalidad propia de la Comunidad”⁶⁰⁸. En efecto, ya expusimos en la primera parte de este estudio, las reacciones de los Estados miembros de la Unión europea ante la falta de una protección comunitaria de derechos fundamentales equivalente a la que proporcionaban los órdenes jurídicos estatales. Estas reacciones propiciaron que la Comunidad comenzara a tomar conciencia de la relevancia de esta cuestión e iniciara la protección pretoriana de los derechos fundamentales. Ciertamente, la protección jurisprudencial sirvió para vencer las reticencias estatales, dando soluciones precisas a las

⁶⁰⁷Cfr. CARRILLO SALCEDO, J.A., «La protección de los derechos humanos en las Comunidades europeas». En *Tratado de Derecho comunitario*. Tomo II, 1986, p. 22. En este mismo sentido se pronuncia DÍEZ-PICAZO, L.M^a., cuando afirma que la adhesión “colmaría algunas lagunas. Así, habría un mínimo de certeza en los aspectos subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales y la actividad litigiosa, así como los razonamientos del propio TJCE, tendría ciertos márgenes. Además no cabe duda que el Convenio Europeo gozaría, en el ordenamiento comunitario, de rango superior al Derecho derivado”. En “¿Una Constitución...?”, op. cit., p. 151.

⁶⁰⁸Cfr. POYAL COSTA, A, «La protección de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario». *REE*, nº. 8, p. 95. En este mismo sentido se pronuncia CARRILLO SALCEDO, J.A., al afirmar que “La adhesión reforzaría sin lugar a dudas la imagen de Europa como espacio de libertad y democracia, así como a las Comunidades Europeas al subrayar su personalidad jurídica propia, distinta y separada de la de los Estados miembros”. En “La protección de los derechos humanos...”, op. cit., p. 22.

controversias concretas que se suscitaban; sin embargo este sistema distaba de ser el más idóneo⁶⁰⁹.

El “déficit democrático” del que adolece la Unión se vería considerablemente reducido con la existencia de un catálogo tangible, concreto y sistemático de derechos fundamentales al que la Unión declarase incondicionablemente su respeto. La adhesión al CEDH no sólo procuraría este catálogo de derechos, sino que además otorgaría a los particulares un recurso ante el TEDH contra actos de las Comunidades que eventualmente pudieran contravenir lo dispuesto en el Convenio de Roma (a esta cuestión particular nos remitimos al epígrafe siguiente).

b. El hecho de que hayan transcurrido algo más de dos décadas desde que la Comisión defendiera en su memorándum de 1979 la necesidad de la adhesión de la Comunidad al CEDH sin que ésta se haya producido, constituye una clara muestra de las dificultades que la adhesión presenta en la práctica. Ciertamente los problemas que plantea la adhesión no se derivan tanto de la aceptación por parte de la Comunidad de la declaración de derechos y libertades que se contiene en su Título I⁶¹⁰, como de la aceptación de someterse al mecanismo de protección de derechos instaurado por el propio Convenio. En concreto, la principal reticencia de la Comunidad a la adhesión se debe precisamente a las consecuencias que la aceptación de la jurisdicción obligatoria del TEDH provocaría en el orden jurídico comunitario⁶¹¹.

⁶⁰⁹En este sentido, entre las ventajas de la adhesión LABAYLE, H., destaca que ésta permitiría “...à la fois de contourner l’hostilité des États membres et d’espérer unifier les jurisprudences des Cours suprêmes...”. En “Droits fondamentaux et droit européen”. *AJDA*, nº. 20 especial, julio-agosto, 1998, p. 82.

⁶¹⁰De hecho, como hemos tenido ocasión de comprobar en páginas anteriores, la jurisprudencia del TJCE ha ido «absorbiendo» progresivamente el contenido del CEDH utilizándolo como fuente privilegiada de inspiración.

⁶¹¹Recordamos que, tras la entrada en vigor del Protocolo 11 al CEDH, la jurisdicción del TEDH pasa a ser obligatoria. En consecuencia, una eventual adhesión de la Comunidad a este instrumento internacional supondría la necesaria aceptación de la obligatoriedad de las sentencias de Estrasburgo. Antes

En efecto, la adhesión tendría un efecto inmediato en el equilibrio institucional comunitario ya que supondría que el TEDH sería competente para pronunciarse sobre la conformidad de los actos comunitarios con el CEDH. En definitiva, implicaría que una sentencia del TEDH podría obligar a la Comunidad europea a modificar un determinado acto o incluso una norma comunitaria si el TEDH estima que es contrario al Convenio. Dados estos presupuestos, la primera reticencia comunitaria es fácilmente deducible: ¿el Tribunal de Estrasburgo estaría capacitado para apreciar la especificidad del Derecho comunitario?.

No menos importante es la segunda reticencia que se refiere a la composición del TEDH. Como resulta bien sabido, el Tribunal de Estrasburgo se compone por tantos jueces como Altas Partes Contratantes. Por tanto, si la Comunidad se adhiriese al CEDH, jueces de nacionalidad distinta a la de los Estados miembros de la Unión europea, (artículo 20 CEDH) podrán decidir sobre la validez de los actos y normas comunitarias. Este hecho plantea un gran rechazo en el ámbito comunitario. Por otra parte, la estructura y composición del TEDH se vería también afectada por la adhesión de la Comunidad ya que debería preverse que ésta, en cuanto tal, estuviera representada en el TEDH así como en el Consejo de Ministros de igual forma que lo están el resto de los Estados miembros adheridos al CEDH⁶¹².

Por tanto, la cuestión de la adhesión de la Comunidad al CEDH no es tan simple como en un principio podría pensarse. Junto a las

de la entrada en vigor del Protocolo 11, los Estados podían ratificar el Convenio de Roma, sin que fuera obligatoria la aceptación de la jurisdicción del TEDH. De este modo, respecto a las Altas Partes Contratantes que no reconocían la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo éste era incompetente *rationae personae* para pronunciarse en los litigios que les afectasen.

⁶¹²Sobre las controversias jurídicas que la adhesión de la Comunidad/Unión europea produce, destacamos los interesantes comentarios de DÍEZ-PICAZO, L.M^a., “¿Una Constitución...?”, op. cit., pp. 151 y 152 ; LABAYLE, H., *Droits fondamentaux...*, op. cit. p. 82 y CARRILLO SALCEDO, J.A., «La

reticencias comunitarias que acaban de exponerse, muchas otras irresolubles aún en la actualidad se plantean. Así, a título de ejemplo podrían señalarse las siguientes: si la Comunidad se adhiere a la CEDH, un Estado miembro del Consejo de Europa, pero no de la Comunidad ¿podría impugnar un acto comunitario por ser contrario a los derechos reconocidos en el CEDH?, ¿un Estado miembro de la Comunidad podría impugnar ante los órganos de Estrasburgo un acto comunitario?, ¿la Comunidad europea podría impugnar ante los órganos de Estrasburgo una actuación de los Estados miembros?. Todas estas cuestiones exceden de su simple estudio teórico, presentando una indudable relevancia práctica. Como muestra de la importancia de las mencionadas cuestiones, nos centraremos en un aspecto concreto que denota la complejidad de “compaginar” las funciones del TJCE y del TEDH.

B) El control de los actos de Derecho comunitario por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La efectividad de los derechos fundamentales no puede conseguirse exclusivamente con la instauración de un catálogo de derechos, es preciso además que las declaraciones se acompañen de mecanismos que permitan su correcta garantizaci6n⁶¹³; en otras palabras, es necesario que junto a los cat6logos de derechos se prevean recursos efectivos que canalicen las pretensiones de las personas (f6sicas o jur6dicas) que se estimen vulneradas en sus derechos. En este sentido, dado que la Comunidad no se ha adherido al CEDH, el TEDH, en principio, no tiene competencia para pronunciarse sobre la compatibilidad de los actos comunitarios con el CEDH. Sin embargo, esta afirmaci6n debe ser matizada teniendo en cuenta que los actos de

protecci6n...», op. cit., pp. 23 y s. Tambi6n resulta interesante en este sentido, el memor6ndum de la Comisi6n 2/79, anteriormente citado.

⁶¹³En este mismo sentido se pronuncia TULKENS, F., cuando afirma categ6ricamente que «...l'utilit6 des droits fondamentaux d6pend tr6s largement des voies de recours qui permettent d'en r6clamer le contr6le juridictionnel». En *La Charte des droits fondamentaux de l'Union europ6enne*. Actes des Journ6es

los Estados miembros de la Comunidad sí quedan bajo el control del TEDH. Así nuestro análisis distinguirá a continuación, por un lado, acerca de la competencia del TEDH sobre actos adoptados por la Comunidad, y por otro, el control respecto a las medidas nacionales de ejecución del Derecho comunitario.

1.- El control de los actos comunitarios por el TEDH

Habida cuenta de que la Comunidad no está adherida al CEDH, resulta difícil sostener la existencia de una competencia del TEDH para controlar los actos comunitarios⁶¹⁴. Esta cuestión, como veremos, presenta una importante relevancia práctica. Precisamente, en los años 70 la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante Comisión EDH) se enfrentó a una demanda presentada por la *Confédération Française Démocratique du Travail* (CFDT) dirigida contra las Comunidades europeas y subsidiariamente contra la colectividad de los Estados miembros que la componen y contra cada uno de ellos individualmente⁶¹⁵. La Comisión EDH⁶¹⁶ se consagró, en su decisión de 10 de julio de 1978 al estudio de la eventual competencia *ratione*

d'études (dir. BENOIT-ROHMER, F.), Estrasburgo, 16 y 17 de junio 2000, p. 51.

⁶¹⁴Ver, ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Unión Europea*, op. cit., p. 618.

⁶¹⁵La empresa francesa CFDT, -una de las más representativas en Francia-, se dirigió a la Comisión Europea, tras haber agotado la jurisdicción interna, al estimar vulnerados su derechos 11, 13 y 14 CEDH ante el hecho de no haber sido designada por el Consejo de las CCEE como organización representativa para presentar listas de candidatos para el Comité Consultivo previsto por el artículo 18 TCECA. La designación se producía mediante la propuesta de los Gobiernos de los Estados miembros, en este caso, por el Gobierno francés, que no incluyó a la CFDT entre las organizaciones propuestas.

⁶¹⁶Nótese que en la mayor parte de los supuestos a los que aludimos, la Comisión Europea de Derechos Humanos era el órgano competente para declarar la admisibilidad de los asuntos, actuando como «filtro» del TEDH. Tras la entrada en vigor del Protocolo 11, la Comisión Europea desaparece y la decisión sobre la admisibilidad corresponde al propio TEDH tal y como se determina en los artículos 28 y 29 CEDH.

personae del TEDH para pronunciarse sobre la cuestión en cada uno de los tres supuestos planteados⁶¹⁷.

En el primer caso, como no podía ser de otro modo, la demanda contra las Comunidades fue inadmitida *ratione personae*. El razonamiento de la Comisión es simple: las Comunidades europeas no están adheridas al CEDH, luego el examen de las demandas presentadas contra esta organización internacional escapan de la competencia *ratione personae* de la Comisión⁶¹⁸.

La contundencia de la respuesta de la Comisión era ciertamente previsible. Por esta razón, la empresa recurrente dirigió subsidiariamente la demanda contra la colectividad de los Estados miembros y contra cada uno de ellos considerado individualmente⁶¹⁹. La intención de la empresa de conseguir la admisión de su recurso se centró con este objeto en demandar a los Estados que, a diferencia de las Comunidades sí eran parte del CEDH. Sin embargo, su intento fue también infructuoso en este punto. Sobre la responsabilidad de la colectividad de los Estados miembros de las Comunidades europeas⁶²⁰, la Comisión EDH alegó que la recurrente no definía claramente lo que se entendía por “colectividad de los Estados miembros”, entendiendo que, en el fondo, el recurso se dirigía contra el Consejo de las Comunidades, lo que situaba de nuevo la cuestión en los mismos términos que en el supuesto anterior. Por tanto, la Comisión EDH también inadmitió *ratione personae* la demanda contra la colectividad de los Estados miembros.

⁶¹⁷Decisión *Confédération Française Démocratique du Travail*, de 10 de julio 1978, demanda 8030/77. D.R. 13, pp. 231 y s.

⁶¹⁸Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, *CFDT*, considerando 3.

⁶¹⁹En este sentido se pronuncia JACQUÉ, J-P., cuando afirma que la recurrente con esta medida trató de «contourner» los obstáculos que provoca dirigir una demanda contra las Comunidades europeas. En «Communauté européenne et CEDH», op. cit., p. 336.

⁶²⁰Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, *CFDT*, considerando 4.

Finalmente, la Comisión EDH se pronunció sobre la responsabilidad de los Estados miembros de las Comunidades europeas considerados individualmente⁶²¹. La Comisión no entró a dirimir, con carácter general, si un acto decidido por un órgano de las Comunidades europeas podía generar la responsabilidad de los nueve Estados miembros en el ámbito del CEDH. Sin embargo, en lo referente al asunto concreto que le ocupaba, no pudo más que inadmitir *ratione personae* el recurso respecto a Francia ya que en aquel momento este Estado aún no había reconocido el derecho al recurso individual del artículo 25 CEDH. Respecto al resto de los Estados miembros de las Comunidades europeas, la Comisión también declaró la demanda inadmisibile al considerar que la participación de los otros ocho Estados miembros en la adopción del acto no implicaba que hubieran ejercido su “jurisdicción” en el sentido del artículo 1 del CEDH.

Sobre esta misma cuestión, la Comisión EDH tuvo otra vez ocasión de pronunciarse en su decisión *Dufay*, de 19 de enero de 1989⁶²². De nuevo, en este caso⁶²³, la demanda se dirigió contra las Comunidades europeas, y subsidiariamente contra la colectividad de los Estados miembros y contra cada uno de ellos considerado individualmente. Tampoco en este caso, la Comisión EDH entró a conocer sobre el fondo del asunto ya que estimó que la demandante no había satisfecho la exigencia impuesta por el artículo 26 CEDH (actual artículo 35.1) del agotamiento de las vías de recurso internas. Pero a los efectos que nos interesa destacar, la formulación de la decisión dejó una vía a la aceptación por parte de la Comisión Europea de controlar la

⁶²¹Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, *CFDT*, considerando 5.

⁶²²Decisión *Dufay*, de 19 de enero de 1989, demanda 13539/88. No publicada. Puede consultarse, no obstante, en la web del TEDH : www.echr.coe.int.

⁶²³La demandante, Christiane Dufay, tras ser despedida de su puesto de agente temporal en el Parlamento europeo, presentó un recurso ante el TJCE con objeto de obtener ciertos beneficios de naturaleza pecuniaria. El TJCE inadmitió el recurso por entenderlo presentado fuera de plazo. Posteriormente, la Sra. Dufay alegó ante el TEDH la vulneración del derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 CEDH) por parte del TJCE.

eventual responsabilidad conjunta de los Estados miembros de las Comunidades europeas. Así, la Comisión EDH estimó que “no le corresponde determinar si existe y en qué condiciones se produce la vulneración de uno de los derechos garantizados por el Convenio por un acto emanado de un órgano comunitario, más que si la condición de agotamiento de las vías de recurso previo se han respetado respecto a ese acto”. En definitiva, si bien la Comisión EDH no excluyó que un acto emanado de un órgano comunitario pudiera “comprometer la responsabilidad de cada uno de los doce Estados miembros de las Comunidades europeas en el ámbito del CEDH”, en el caso *Dufay*, el no agotamiento de los recursos internos evitó que la Comisión EDH tuviera que pronunciarse, tampoco en este caso, sobre el fondo.

En el estado actual de la cuestión, de lo expuesto podríamos extraer dos conclusiones concretas con objeto de aclarar la situación. En primer lugar, respecto a las demandas dirigidas contra la Comunidad europea, no cabe duda que, mientras la Comunidad no se adhiera al CEDH, los órganos de Estrasburgo no tienen más opción que declararse incompetentes *ratione personae* para pronunciarse sobre las cuestiones que se les planteen. La segunda, respecto a las demandas que se presenten contra la colectividad de los Estados miembros, (aceptando la competencia de la Comisión EDH, siguiendo las consideraciones que parecen deducirse de la decisión *Dufay*), la única hipótesis en la que podría deducirse fácilmente la responsabilidad de todos los Estados miembros por un acto comunitario que vulnera un derecho contenido en el CEDH, se produciría si se tratara de un acto del Consejo aprobado por la unanimidad de los Estados miembros. En los otros supuestos, y ante la complejidad de los procedimientos de elaboración de normas en la Unión europea sería imposible analizar cada una de las etapas previstas en cada procedimiento, con el fin de determinar el grado de responsabilidad de cada uno de los Estados en la adopción del acto controvertido.

2.- El control de los actos nacionales de ejecución del Derecho comunitario por el TEDH

La situación es completamente diferente respecto a los actos nacionales de ejecución del Derecho comunitario. En estos casos, la Comisión EDH no ha tenido ningún problema en declarar su competencia *ratione personae* para conocer de estos supuestos ya que, en definitiva, al tratarse de medidas adoptadas por los Estados parte del CEDH en el ejercicio de sus competencias nacionales, éstas inciden directamente en el ámbito de control reconocido a los órganos de Estrasburgo.

Con carácter general, la única controversia que se suscita respecto al control de las medidas nacionales de ejecución del Derecho comunitario por los órganos de Estrasburgo es la que se deriva del margen de apreciación que la norma de Derecho comunitario otorga al Estado para su ejecución. De este modo, si el Derecho comunitario permite a los Estados miembros un margen suficiente de libertad para ejecutar la medida comunitaria no habría, en principio, ningún obstáculo para imputar al Estado concernido la posible vulneración del CEDH. Ahora bien, si el Derecho comunitario no deja ningún margen de apreciación para la ejecución del Estado miembro, el Estado se encontrará ante la disyuntiva de ejecutar una norma comunitaria que vulnera preceptos del CEDH, o bien no ejecutar la normativa comunitaria respetando el CEDH. En el primer caso, el Estado podría ser condenado por el Tribunal de Estrasburgo; en el segundo, por el TJCE⁶²⁴.

En los supuestos de control de las medidas estatales de ejecución, si bien la competencia *ratione personae* no plantea mayores controversias, la determinación de la competencia *ratione materiae* de los órganos de Estrasburgo para conocer de la compatibilidad de las

⁶²⁴Por el procedimiento previsto en el recurso por incumplimiento de los artículos 226 y 227 TCE (antes 169 y 170).

medidas nacionales de ejecución del Derecho comunitario constituye, como veremos, el problema principal.

El caso paradigmático⁶²⁵, en esta materia, es el que propició la decisión *M.C. & Co c/ Alemania*, de 9 de febrero de 1990⁶²⁶. En ella, la Comisión EDH no tuvo mayores problemas en declararse competente *ratione personae* para conocer del asunto⁶²⁷. Así recordando su decisión *Ilse Hess c/ Reino Unido*⁶²⁸, la Comisión EDH afirmó que “los Estados miembros son responsables de todos los actos y omisiones procedentes de sus órganos internos supuestamente contrarios al Convenio con independencia de que tales actos y omisiones sean consecuencia del Derecho interno o de la necesidad de cumplir con obligaciones

⁶²⁵Si bien antes de esta sentencia, la Comisión Europea ya había tenido ocasión de pronunciarse sobre la eventual impugnación de medidas nacionales de ejecución del Derecho comunitario ante el TEDH. Entre ellas destacan los asuntos *Lindsey y otros c/ Reino Unido*, de 8 de marzo 1979, as. 8364/78 ; *Alliance des Belges de la Communauté européenne c/ Bélgica*, de 10 de mayo 1979, as. 8612/79 y *Tete c/ Francia*, de 9 de diciembre 1987, as. 11123/84. Todas estas demandas se referían a la eventual incompatibilidad de las medidas establecidas por los Estados para la primera elección directa al Parlamento europeo con el artículo 3 del Primer Protocolo Adicional del CEDH. La Comisión declaró inadmisibles las respectivas demandas por «mala fundamentación manifiesta» ya que entendió que el Parlamento europeo no es un cuerpo legislativo y por consiguiente no puede aplicársele el citado artículo 3. Sin embargo, la Comisión no excluía la posibilidad de que desarrollos posteriores en la estructura de las Comunidades Europeas pudieran exigir a las APC la garantía del Derecho protegido por el artículo 3 del Primer Protocolo Adicional del CEDH. Con mayor detenimiento, estas decisiones son analizadas por ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Unión Europea*, op. cit., p. 622 y 623.

⁶²⁶Decisión *M.C. & Co c/ Alemania*, de 9 de febrero de 1990, demanda 13258/87. D.R. 64, pp. 164 y s.

⁶²⁷En este supuesto, la República Federal Alemana se encontraba ante la obligación de ejecutar la sanción 1.450.000 ECUS impuesta por la Comisión de la Comunidad por vulneración del artículo 85 del TCEE. La citada empresa, interpuso un recurso contra la actuación de la Comisión por considerar que sus procedimientos vulneraban los derechos de defensa reconocidos en el artículo 6.2 del CEDH. El TJCE redujo la sanción pecuniaria a 400.000 ECUS, pero no aceptó el argumento fundado en la violación del artículo 6.2 CEDH. La empresa trató de evitar la ejecución de la sentencia en el Derecho alemán, y tras haber agotado los recursos internos, interpuso una demanda a la Comisión Europea de Derechos Humanos contra la R.F.A.

⁶²⁸Decisión *Ilse Hess c/ Reino Unido*, de 28 de mayo 1978, n.º. 6231/73.

internacionales”⁶²⁹. En ningún caso, por tanto, el hecho de que la RFA hubiera transferido ciertas competencias a la Comunidad, la eximía de su responsabilidad de respeto del CEDH. Poco importaba, a estos efectos, que la violación encontrase su origen en un acto o norma de los órganos alemanes, o fuese consecuencia de la ejecución de un acto comunitario.

Sin embargo a pesar de este razonamiento, la Comisión se declaró finalmente incompetente *ratione materiae* para conocer del asunto, aplicando la doctrina sentada en la sentencia *So Lange II* del Tribunal Constitucional alemán (ver supra sección 1, A, 3). Así, la Comisión EDH declaró que mientras que el sistema comunitario reconociese y respetase los derechos fundamentales, “sería contrario a la idea misma de transferencia de competencias a una organización internacional hacer a los Estados miembros responsables de examinar, en cada caso individual y antes de ejecutar una sentencia del TEDH, si el artículo 6 del Convenio fue respetado en el proceso subyacente”⁶³⁰.

Evidentemente, esta doctrina de la Comisión EDH limitó considerablemente el ámbito material de actuación del TEDH ya que, siguiendo estas consideraciones, podría pensarse que los órganos de Estrasburgo deberían eximise de controlar todo lo que se derivase de la ejecución del Derecho comunitario en el Derecho interno. No es esta la interpretación que G. COHEN-JONATHAN, realizó del alcance de esta sentencia que, según él, debía restringirse al caso de especie, esto es, a los supuestos exclusivos de ejecución de una sentencia del TJCE y en el ámbito de derecho a un proceso equitativo⁶³¹. Destacados profesores han criticado duramente la decisión del TEDH de declarar la demanda incompatible *ratione materiae*, en lugar de “manifiestamente mal fundada”⁶³². Precisamente este matiz doctrinal encuentra su plasmación

⁶²⁹Decisión *M.C. & Co c/ Alemania*, de 9 de febrero de 1990. La traducción del inglés es nuestra.

⁶³⁰Decisión *M.C. & Co c/ Alemania*, de 9 de febrero de 1990.

⁶³¹Ver, COHEN-JONATHAN, G.. *Juriclasseur Europe*, fasc. 6500, n.º. 68-108.

⁶³²Los profesores COHEN-JONATHAN, G. y FLAUSS, J-F., estiman que la fórmula «manifiestamente mal fundada» hubiera sido «más ortodoxa sobre el

cinco años más tarde, en la sentencia *Procola c/ Luxemburgo*, de 28 de septiembre de 1995⁶³³. En ella, la Comisión EDH aceptó controlar la conformidad de la legislación luxemburguesa relativa a las cuotas lecheras con el artículo 1 del Primer Protocolo adicional al CEDH (derecho de propiedad). Sin embargo, la demanda fue rechazada por “manifiestamente mal fundada” y no por incompatible *ratione materiae*⁶³⁴.

Seis años después de la decisión *M.C. & Co c/ Alemania*, la jurisprudencia del TEDH terminó de dar la razón a este sector doctrinal. Tras la decisión la Comisión EDH de admitir a trámite la demanda presentada por Michel Cantoni contra Francia, la presunción de conformidad del Derecho comunitario con el CEDH no fue tomada en cuenta por los órganos de Estrasburgo.

En efecto, en la sentencia *Cantoni c/ Francia*⁶³⁵, de 15 de noviembre de 1996, el TEDH va a entrar a conocer si el artículo L.511 del Código de salud pública francés (disposición que recoge de manera prácticamente literal lo dispuesto en la Directiva del Consejo 65/65, de 26 de enero de 1965⁶³⁶) había vulnerado lo dispuesto en el artículo 7 CEDH (principio de legalidad). En concreto, Michel Cantoni, gerente de un supermercado de la cadena «Euromarché», fue condenado por los tribunales franceses por el ejercicio ilegal de la actividad farmacéutica en el mencionado establecimiento comercial, por contravenir lo dispuesto en el artículo L.511. El demandante alegaba que “...la definición de medicamento dada por el artículo L 511 del Código de salud pública

plano jurídico y habría dejado la puerta abierta a un control ulterior, si hubiera sido necesario». En «A propos de l'arrêt *Matthews c/ Reino Unido* (18 février 1999)». *RTDE*, 35 (4), 1999, p. 642.

⁶³³Sentencia *Procola c/ Luxemburgo*, de 28 de septiembre 1995, Serie A, nº. 326. Sobre esta sentencia ver el estudio de AUTIN, J-L. y SUDRE, F., «La dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat en question devant la Cour européenne des droits de l'homme. À propos de l'arrêt *Procola c/ Luxembourg*, de 28 de septiembre 1995». *RFDA* 12(4), 1996, pp. 777 y s.

⁶³⁴Cfr. COHEN-JONATHAN, G. y FLAUSS, J-F., op. cit., p. 643.

⁶³⁵Sentencia TEDH *Cantoni c/ Francia*, de 15 de noviembre 1996. Rec. pp. 1614 y s.

⁶³⁶Directiva del Consejo 65/65, *DOCE* L 369, de 9 de febrero 1965.

francés es muy imprecisa y deja un amplio margen de apreciación a los tribunales”⁶³⁷. Habida cuenta de esta imprecisión conceptual, la defensa sostuvo que el Sr. Cantoni no podía conocer, en el momento de poner a la venta los productos litigiosos, que estaba incurriendo en un delito. De ahí que considerase que se había vulnerado el artículo 7.1 CEDH.

El contenido de esta sentencia resulta ciertamente interesante ya que el TEDH lejos de evitar pronunciarse sobre el conflicto entre el artículo L.511 (clara medida de ejecución de una norma comunitaria) y el artículo 7.1 CEDH, examina minuciosamente tanto el mencionado artículo L.511 como el contenido de la propia Directiva 65/65. Poco importa a los efectos que nos interesa destacar que la decisión del Tribunal de Estrasburgo declarase finalmente la no vulneración del artículo 7 CEDH. Lo que sí resulta muy relevante es que el TEDH rechazara de plano el argumento del Gobierno francés que se escudaba en el hecho de que el artículo L.511 se inspiraba casi palabra por palabra en la Directiva comunitaria 65/65. El TEDH afirmó rotundamente que esta circunstancia no sustraía al artículo L.511 del “imperio del artículo 7 del Convenio”⁶³⁸. Por otro lado, también resulta interesante destacar la situación que se hubiese creado si el TEDH hubiera concluido declarando la vulneración del artículo 7 CEDH: el Tribunal de Estrasburgo habría realizado una censura “implícita o indirecta” de la Directiva 65/65. Esta circunstancia hubiera manifestado, con mayor fuerza si cabe, la necesidad de materializar la adhesión de la Comunidad europea al CEDH⁶³⁹.

De indudable relevancia en la aceptación de la competencia *ratione materiae* por parte de los órganos de Estrasburgo, referido esta vez no a medidas nacionales de ejecución del Derecho comunitario, sino a normas “constitucionales” del ordenamiento comunitario, es la

⁶³⁷Sentencia TEDH *Cantoni c/ Francia*, considerando 26.

⁶³⁸Sentencia TEDH *Cantoni c/ Francia*, considerando 30.

⁶³⁹En este mismo sentido se pronuncia TULKENS, F. «L’Union européenne...», op. cit., p. 54.

sentencia *Matthews c/ Reino Unido*⁶⁴⁰, de 18 de febrero de 1999, novedosa por varios motivos. Por un lado, porque esta sentencia supuso la culminación de una interesantísima evolución jurisprudencial respecto al reconocimiento del Parlamento europeo como “cuerpo legislativo” en el sentido del artículo 3 del Protocolo 1 CEDH. Con esta decisión, el TEDH constató el aumento de competencias del Parlamento europeo desde el TCEE hasta el TUE y, en consecuencia, modificó las consideraciones alcanzadas en sus anteriores sentencias *Lindsey y otros c/ Reino Unido*, de 8 de marzo 1979; *Alliance des Belges de la Communauté européenne c/ Bélgica*, de 10 de mayo 1979 y *Tete c/ Francia*, de 9 de diciembre 1987⁶⁴¹, que negaban el carácter de “cuerpo legislativo” al Parlamento europeo.

Sin embargo, esta importante conclusión del Tribunal de Luxemburgo no es la razón que nos motiva a citar ahora la sentencia *Matthews*. Nuestro interés se centra en el hecho de que la Comisión EDH⁶⁴² declaró su competencia *ratione materiae* para controlar la conformidad del Acta sobre la elección de los representantes al Parlamento europeo, anexa a la Decisión del Consejo, de 26 de septiembre de 1976⁶⁴³, con el CEDH. El anexo II de esta Decisión limitaba al territorio del Reino Unido el derecho de voto en las elecciones al Parlamento europeo. Por tanto los ciudadanos de Gibraltar no tenían ningún modo de participación en las mismas, si bien las normas de Derecho comunitario se aplicaban en su territorio⁶⁴⁴. Denise Matthews, ciudadana británica que nació y vive en Gibraltar, consideró que esta situación constituía una vulneración del artículo 3 del Protocolo 1 al CEDH.

⁶⁴⁰Sentencia TEDH *Matthews c/ Reino Unido*, de 18 de febrero 1999.

⁶⁴¹Decisiones citadas anteriormente.

⁶⁴²Decisión de admisibilidad de la Comisión EDH, de 16 de abril 1997.

⁶⁴³Decisión del Consejo 76/781/CECA, CEE, EURATOM, de 26 de septiembre de 1976.

⁶⁴⁴Con los límites establecidos específicamente para Gibraltar en el Acta de adhesión del Reino Unido, de 22 de enero de 1972.

La Comisión EDH admitió la demanda y el TEDH se pronunció sobre el asunto. De nada sirvieron las alegaciones del Gobierno británico⁶⁴⁵ tratando de demostrar que la demanda de la recurrente se dirigía contra la Decisión del Consejo 76/787, esto es, contra una norma comunitaria sobre la que los órganos de Estrasburgo son incompetentes *ratione materiae*. La Comisión EDH y después el TEDH recordaron que el CEDH no se opone a la transferencia de competencias de los Estados parte a una organización internacional. Ahora bien, declaró contundentemente que esta transferencia no implicaba, en ningún caso, la desaparición de la responsabilidad de los Estados con respecto a las exigencias impuestas por el CEDH.

Por ello, poco le importaba al TEDH si las normas litigiosas provenían de órganos nacionales o de una organización internacional a la que los Estados hubieran transferido parte de sus competencias soberanas, lo importante era que el Estado ejerciese su “jurisdicción” a los efectos del artículo 1 CEDH⁶⁴⁶. Así pues, el TEDH se declaró competente *ratione materiae* para controlar normas comunitarias de naturaleza constitucional⁶⁴⁷ (en este caso concreto, el Acta sobre la elección de los representantes al Parlamento europeo así como ciertas disposiciones del TUE de 1992). Del estudio de estas disposiciones concluyó declarando la vulneración de la esencia misma del derecho de voto contenido en el artículo 3 del Protocolo 1 del CEDH.

Resulta fácil de constatar tras esta exposición, la evolución sufrida por la jurisprudencia el TEDH respecto al reconocimiento de su competencia *ratione materiae* tanto sobre las medidas de ejecución nacionales de las normas comunitarias, como de las propias normas comunitarias de carácter “constitucional”. Nótese, en todo caso, el

⁶⁴⁵Sentencia TEDH *Matthews c/ Reino Unido*, considerando 26.

⁶⁴⁶En este mismo sentido se pronuncian COHEN-JONATHAN, G. y FLAUSS, J-F., op. cit., p. 645.

⁶⁴⁷Del estudio de estos textos el TEDH constata que ninguno de ellos es susceptible de recurso ante el TJCE.

aumento de demandas⁶⁴⁸ ante el TEDH contra los quince Estados miembros que pueden propiciar un control cada vez mayor de los órganos de Estrasburgo directa o indirectamente sobre el Derecho comunitario. Por esta vía, en la práctica, podría llegar a alcanzarse una situación similar a la que originaría la adhesión de la Comunidad al CEDH.

Evidentemente esta situación *de facto* muestra la indudable influencia del CEDH sobre el orden jurídico comunitario. Ahora bien, la situación actual de los derechos fundamentales en este orden dista de ser la más adecuada. Sin perder la perspectiva de una futura adhesión de la Comunidad al CEDH (ver supra sección 2, B), la actualidad nos obliga a prestar una atención preferente a la Carta comunitaria de derechos fundamentales firmada por los presidentes del Parlamento, del Consejo y de la Comisión el 7 de diciembre de 2000. La importancia de este texto, merece un análisis específico que se desarrollará cuando estudiemos la protección de los derechos fundamentales en el contexto comunitario. A él nos remitimos en estos momentos (ver infra segunda parte, Título 2, capítulo 2 sección 2).

⁶⁴⁸La juez del TEDH, TOLKEN, F., destaca que en el transcurso del año 2000, varias demandas contra la colectividad de los Estados miembros se han introducido en el TEDH. Así, destacamos los asuntos *Manfred, Erika y Volker c/*

CONCLUSIÓN DEL TÍTULO II

El Convenio de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales representa el núcleo de convergencias compartidas por los Derechos internos de los Estados miembros de la Unión. Su contenido junto al alcance de las obligaciones jurídicas que impone a los Estados adheridos, le otorgan un papel predominante en el proceso de armonización de los órdenes jurídicos nacionales. El Convenio de Roma simboliza, por una parte, el “patrimonio europeo de los derechos humanos” en cuanto él mismo contiene un catálogo ordenado de los derechos fundamentales cuyo respeto se exige a las Altas Partes Contratantes (entre las que se encuentran los quince Estados miembros de la Unión europea).

Pero además, por otro lado, el Convenio de Roma ha permitido seguir profundizando en los elementos constitutivos del patrimonio europeo. Su influencia directa e indirecta ejercida fundamentalmente sobre los jueces nacionales, unida a las transformaciones sufridas por los propios órdenes jurídicos nacionales tras una sentencia condenatoria del Tribunal de Estrasburgo no dejan lugar a dudas sobre la influencia de este instrumento internacional en la conformación de un estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales. No sorprende con estos postulados que una buena parte de la doctrina haya calificado a este texto como la “verdadera Carta constitucional de la ‘Gran Europa’”⁶⁴⁹.

Alemania y los otros Estados miembros de las Comunidades europeas (demanda nº. 38837/97) y *DSR-Senator Lines GmbH* (demanda 56672/00).

⁶⁴⁹Cfr. SUDRE, F., «L’Europe des droits de l’homme», *Droits*, nº14. *L’Europe et le droit*, PUF, 1991, p.105 ; GARCIA DE ENTERRIA, E., reconoce que aunque el CEDH no es propiamente una constitución, cumple con las funciones de una Constitución europea. En «Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme en droit espagnol», *Mélanges Wiarda*, 1998, especialmente p. 221 ; DE GOUTTES, R., también califica al CEDH de «Charte ou ‘Constitution’ européenne des droits de l’homme». «Le juge français et la CEDH : avancées et réticences». En *Quelle Europe pour les droits de l’homme. La Cour de Strasbourg et la réalisation d’une «Union plus étroite»* (35 années de jurisprudence: 1959-1994, dir. TAVERNIER, P., Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 220.; COHEN-JONATHAN, G., define al CEDH como «l’épine dorsale

Ahora bien, el CEDH no sólo ejerce su fuerza armonizadora respecto a los órdenes jurídicos nacionales, el propio orden jurídico comunitario se ha visto igualmente afectado por su influencia. No obstante, la Unión europea aún no ha alcanzado el nivel óptimo de protección de los derechos fundamentales. En este sentido, entendemos que no cabe aceptar por más tiempo la singular paradoja de quince Estados que suscriben y asimilan el contenido del CEDH y la Unión europea, compuesta por estos mismos quince Estados, que se resiste a aceptar sus postulados.

des droits de l'homme pour l'ensemble de l'Europe». «Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme». En *Liber Amicorum Marc André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 1995, p. 39 ; JACOT-GUILLARMOD, O., define el Convenio de Roma como «un noyau commun d'un futur droit constitutionnel des droits de l'homme» en «Règles d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme». En *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, dir. PETTITI, E., DECAUX, E. y IMBERT, P.H., Economica, 1995, p. 41. Sobre el valor del orden público en el CEDH recomendamos la lectura del excelente estudio de GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «La CEDH a-t-elle dans le cadre du droit interne une valeur d'ordre public», Coloquio de Vienne, 1965 En *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1965, fundamentalmente, pp. 181 y s.

SEGUNDA PARTE

La recepción del patrimonio constitucional europeo por el orden jurídico comunitario

“...Una *comunidad moral postnacional* (...) depende principalmente de la aptitud de los pueblos de Europa a reconsiderar su pasado, reevaluar su Historia y, en consecuencia, descentrar su memoria, dicho de otro modo, de su asimilación de *una Historia reflexionada respecto a su propia Historia*, sin temer a desestabilizar el narcisismo nacional”⁶⁵⁰

Una vez determinados los órdenes jurídicos de referencia, así como los principios comunes que los caracterizan, a lo largo de esta segunda parte consagraremos nuestro análisis a discernir si los principios de democracia, Estado de Derecho y protección de los derechos fundamentales han sido asimilados (y en qué grado) por el orden jurídico comunitario. Ahora bien, dado que el orden jurídico receptor (el orden jurídico comunitario) no se identifica totalmente con los presupuestos conformadores de los órdenes jurídicos de referencia (órdenes jurídicos estatales), resulta imprescindible abordar con carácter previo, la esencia y notas características que definen a la Unión europea y que la distinguen de una organización estatal. La razón es simple, estimamos que un ejercicio de comparación entre elementos no equivalentes requiere de un estudio previo de los presupuestos de cada uno de ellos para evitar conclusiones erróneas.

En efecto, el estudio que realizaremos a continuación no consiste en un ejercicio de comparación entre una serie de principios pertenecientes a contextos de la misma naturaleza (órdenes jurídicos

⁶⁵⁰Cfr. FERRY, J-M., *La question de l'Etat européen*. Gallimard, 2000, p. 286.

español y francés o alemán e inglés), sino que la dificultad estriba en que su comprensión debe ser enmarcada en torno a dos realidades bien diferenciadas: la estatal y la supraestatal y, evidentemente, en las relaciones que surgen entre ellas. Una vez hayamos precisado el contexto de la comparación será posible abordar el ejercicio comparativo en toda su complejidad.

Pero antes, una última precisión. Este próximo Título, a pesar de consagrarse al análisis de una amplia gama de contenidos propios de los manuales de Derecho comunitario, no tiene pretensión de convertirse en un tratado de esta materia. Es cierto que los contenidos son los clásicos de un manual, pero no ya su tratamiento que desiste, desde su mismo planteamiento, de un estudio exhaustivo para centrarse solamente en los aspectos que tienen relevancia en la comprensión del objeto de la tesis.

TITULO I

El orden jurídico comunitario, sistema autónomo y específico.
Aproximación a la naturaleza original de la Unión europea

La idea de una Europa unida es la consecuencia de una evolución histórica, social, política y desde luego económica que se remonta varios siglos atrás. No puede entenderse la estructura, el funcionamiento y las competencias de la Unión europea (e igualmente no pueden entenderse las reticencias políticas que a menudo genera el proceso de integración) sin conocer los orígenes de la idea europeísta⁶⁵¹.

Ciertamente, el estado actual de evolución no resulta de un hecho fortuito o de una “moda” sino de un largo camino, de una larga y complicada Historia compartida. Historia con un importante “activo” (desarrollo artístico y cultural, científico,...) pero también con un pesado “pasivo” (guerras, epidemias, oscurantismo, persecuciones...). Así, los dos elementos del “balance” histórico europeo forman un todo: Europa⁶⁵². La idea de una Europa unida no es nueva. Por el contrario, los intentos de alcanzarla por la voluntad de los pueblos que la componen y no por intereses expansionistas de uno u otro Estado no aparecen en la Historia hasta el proceso de integración europea. Un proceso de integración que a su vez, como tendremos ocasión de comprobar posteriormente, también ha sido objeto de una importante evolución (infra capítulo 1, sección 2 A).

⁶⁵¹En este sentido, DUVERGER, M., afirma que “L’Europe se définit par la civilisation qu’elle a engendrée à travers les âges, dont l’originalité tient à l’édification de structures politiques supérieures à la plupart de celles développées ailleurs”. *L’Europe des Hommes* Odile Jacob, 1994.

⁶⁵²Sobre la estructura y evolución de Europa, resulta interesante destacar la obra de KAELBLE, H., *Vers une société européenne, 1880-1980*, 1987. Belin, 1988. Una interesante reflexión sobre el “patrimonio constitucional común europeo” en el que se analizan con mayor profundidad estas cuestiones, puede encontrarse en la obra colectiva *Le patrimoine constitutionnel européen*, Commission européenne pour la démocratie par le droit, Consejo de Europa, 1997.

El TJCE, ya desde sus primeras sentencias, se encargó de destacar la naturaleza particular de las Comunidades europeas. La evolución de esta organización internacional ha ido acentuando progresivamente la autonomía y especificidad de su estructura y funcionamiento. Sin duda, esta circunstancia ha supuesto un salto cualitativo en la manera de entender los compromisos internacionales y también en la propia comprensión de nociones tan arraigadas jurídicamente como la soberanía nacional.

Ciertamente, puede afirmarse que la Unión europea es una organización internacional, pero también es cierto que su funcionamiento presenta trazos característicos de los órdenes jurídicos estatales⁶⁵³. En definitiva, en este primer título tendremos que dar respuesta a cuestiones básicas, pero tremendamente complejas: ¿Qué es la Unión europea?, ¿qué características la definen?, ¿cuáles son las relaciones existentes entre el orden jurídico comunitario y los órdenes estatales?, ¿cuáles han sido las reacciones estatales ante las exigencias impuestas por el Derecho comunitario?. El análisis de la naturaleza jurídica, las notas características y las relaciones que se establecen entre el orden jurídico comunitario y los órdenes jurídicos estatales (capítulo 1), se completará con un estudio que nos permitirá mostrar el proceso de uniformación que produce el Derecho comunitario en los órdenes estatales por acción de dos principios fundamentales: primacía y efecto directo (capítulo 2).

Sin duda, un estudio de cada uno de los contenidos aludidos podría constituir el objeto de una tesis doctoral, por tanto advertir que el tratamiento que nosotros les daremos será parcial, resulta ciertamente evidente. Ahora bien, el hecho de que ninguno de estos aspectos sea el *objeto* de nuestro análisis no les resta ni un ápice de su protagonismo ya que no es sino su estudio el que nos marcará el *camino* de defensa de la

⁶⁵³Para obtener una idea general de las abundantes cuestiones que plantea la determinación de la naturaleza jurídica de la Unión europea, recomendamos la lectura de las reflexiones que sobre este particular desarrolla, MANGAS

presente tesis. Sólo analizando estos contenidos podremos saber hasta qué punto la yuxtaposición de ordenamientos jurídicos genera un acercamiento progresivo que tiende a aumentar y a consolidar el patrimonio constitucional europeo. Pero además, su análisis nos proporcionará otro interesante parámetro para nuestra investigación, al mostrarnos las dificultades jurídicas que han planteado y que continúan planteando las tensiones e influencias recíprocas de los órdenes en estudio.

Capítulo 1

El orden jurídico comunitario: naturaleza, características fundamentales y relaciones con los órdenes jurídicos de los Estados miembros

Intentar definir “Unión europea” no es una tarea fácil. Precisar su esencia, la lógica de su organización y su funcionamiento tampoco lo es. Definiciones de “Unión europea” ha habido muchas, pero retengamos una para comenzar nuestro análisis:

La Unión europea “se edifica a partir de una federación de Estados soberanos, pero va más allá de la simple liga, asociación o confederación (*Bund*), en cuanto se configura como una potencia pública capaz de asegurar la aplicación y sanción de la ley común, libremente adoptada por los responsables de los Estados miembros; también de garantizar y desarrollar el marco de una cooperación pacífica entre estos Estados sobre una referencia de justicia política entendida por ellos según los principios derivados del sentido común democrático: protección de la identidad y de la integridad –de la personalidad- de cada una de las naciones que la componen; participación equilibrada de los gobiernos en las decisiones comunitarias; oportunidades equitativas de acceso de los pueblos al “acquis” de la cooperación; derecho equitativo de las regiones a los beneficios de la solidaridad y a la redistribución en las condiciones previstas en las disposiciones comunes”⁶⁵⁴.

Precisamente J-M. FERRY, al enumerar en esta definición los elementos que caracterizan a la Unión europea describe trazos propios de una organización internacional: federación de Estados soberanos cuyo fin tiende a garantizar y desarrollar el marco de una cooperación pacífica entre los Estados..., junto a otros característicos de las organizaciones estatales: poder público capaz de asegurar la aplicación y la sanción de la ley común libremente adoptada... Todo ello, en un marco bien determinado: los principios democráticos; la protección de la identidad y la integridad de las personas y de las naciones. Por tanto, y simplemente con esta primera aproximación ya es posible apreciar la complejidad de la Unión europea, su naturaleza “sui generis”.

⁶⁵⁴Cfr. FERRY, J-M., *La question de l'Etat européen*, op. cit., p. 10.

Precisamente para mostrar en detalle esta complejidad, abordaremos el estudio de la naturaleza de la Unión europea cuestionándonos su vocación de orden jurídico internacional o constitucional (sección 1), para con posterioridad acercarnos a una definición de Unión europea que atienda a la evolución progresiva de los fines que persigue, tanto a nivel competencial como a nivel de ampliación paulatina de su “territorio” (sección 2).

Sección 1: La Unión europea, ¿orden jurídico internacional o constitucional?: Los elementos convergentes y divergentes del orden jurídico comunitario respecto al orden jurídico internacional y a los órdenes jurídicos estatales.

Denis TALLON, dijo en cierta ocasión que “el estudio del Derecho comunitario constituye para el jurista una experiencia maravillosa. En efecto, éste asiste a la elaboración de un orden jurídico nuevo enteramente original”⁶⁵⁵. Al igual que este autor compartimos la visión del Derecho comunitario como un reto continuo, tanto para comprender las regulaciones concretas de las distintas políticas comunitarias, como fundamentalmente para entender la originalidad del propio sistema.

Precisamente esta originalidad inherente al orden jurídico comunitario aparece desde el momento mismo en que intentamos definir qué es la Unión europea, cuál es su naturaleza jurídica, sus fundamentos últimos... Y resulta difícil emprender esta tarea sin acudir a órdenes jurídicos cuya definición aparece bien definida en sus aspectos principales: los órdenes jurídicos estatales y el orden jurídico internacional “clásico”. Múltiples elementos de estos órdenes pueden reconocerse fácilmente en la estructura comunitaria. Sin embargo, no puede decirse con rotundidad que la Unión europea sea una organización internacional o una estructura estatal. En todo caso, como expondremos a continuación se trata de una organización internacional (A) con trazos propios de los sistemas jurídicos estatales (B).

A) La Unión europea, organización internacional...

El debate sobre la naturaleza jurídica del orden comunitario o si se prefiere, sobre la determinación de la propia naturaleza jurídica de los Tratados comunitarios, - y eludiendo conscientemente el debate que

⁶⁵⁵Ver, TALLON, D., “Le droit communautaire”. *CDE*, nº. 6, 1966, p. 571.

suscita la cuestión de la Constitución europea (ver infra título II, capítulo 1, sección 2, B epígrafe 1)⁶⁵⁶-, puede resumirse en torno a dos tendencias bien diferenciadas⁶⁵⁷. Por un lado, hay quienes no dudan en calificar los Tratados comunitarios como la “Carta constitucional” de la Comunidad reconociendo así, cuanto menos implícitamente, que la Unión europea es un orden jurídico “constitucional”⁶⁵⁸. Por otro, hay

⁶⁵⁶Interesantes aportaciones doctrinales se han vertido en torno a la idea de una Constitución europea, entre otras baste citar HERMAN, F., “Pour une Constitution européenne”. En *La CIG sur l’Union européenne: répondre au défi du XXIème. siècle*, (dir. A. MATTERA). Cl. Juglar, 1996 pp. 41 y s.; GERKRATH, J, *L’émergence d’un Droit constitutionnel pour l’Europe*. Université de Bruxelles, 2ª. ed, Bruselas, 1997; STEIN, T., “La Constitución europea: pasado, presente y futuro. *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº. 14, 1996, pp. 155 y s.; CONSTANTINESCO, V., “¿Hacia la emergencia de un Derecho constitucional Europeo?” *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fabrique Furió Ceriol*, nº. 8, 1994, pp. 5 y s.; RUIPÉREZ, J., *La “Constitución europea” y la teoría del poder constituyente. Derecho*. Biblioteca Nueva, Madrid, 2000 (principalmente capítulo III); PIRIS, J-C., “L’Union européenne a-t-elle une constitution?. Lui en faut-il une?. *RTDE*, 35 (4), oct-dic. 1999, pp. 599 y s.; PERNICE I. y MAYER, F.C., “De la Constitution composée de l’Europe”. *RTDE*, nº. 4, 2000, pp. 623 y s. Entre los artículos “post-Niza” referidos a esta cuestión, destacar GUÉROT, U., “Une nouvelle Constitution pour le Vieux continent”. *Politique étrangère*, abril-junio 2001, pp. 325 y s. En el mismo número de esta revista, ver igualmente GOULARD, S. y LEQUESNE, Ch., “Une Constitution européenne, si et seulement si...”, pp. 311 y s. Esta cuestión tampoco ha sido ajena a la propia estructura comunitaria, como lo demuestran los intentos de la propia Comunidad europea de dotarse de una Constitución: Proyecto Spinelli, Proyecto Herman, Proyecto Oreja, ni a la opinión pública: “Europa busca su Constitución”, *EL PAÍS*, de 18 de junio 2000; “Pour une Constitution européenne” *Le Monde*, de 5 mayo 1998; ROUSSEAU, D. y otros “Pas d’Europe sans Constitution” *Le Monde*, de 18 enero 1997; ROVAN, J., “L’Europe a besoin d’une Constitution”. *Le Monde*, de 26 enero 1996. Con un carácter más amplio, pero igualmente básico para entender este tema, HÄBERLE, P., “¿Existe un espacio público europeo?”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº. 3, año 2, enero-junio 1998, pp. 113 y s. y LAUVAUX, P., “Existe-t-il un modèle constitutionnel européen?”. *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*, nº. 14, 1995, pp. 49 y s.

⁶⁵⁷En este sentido, ver GREWE, C., “Existe-t-il un ordre constitutionnel européen?”. En *Question sur le droit communautaire européen*. (C. GREWE, dir.). PU Caen, 1996, p. 29.

⁶⁵⁸El debate sobre la conveniencia de elaborar una Constitución europea ha sido (y sigue siendo) un tema recurrente en el Derecho comunitario. Para algunos autores que se apoyan fundamentalmente en la jurisprudencia del TJCE (entre otros, Dictamen 1/76, de 26 de abril 1977, Rec. p. I-758; STJCE *Los Verdes c/ PE*, op. cit. p. 1365; Dictamen 1/91, de 14 diciembre 1991, DOCE, nº. C 110, de 29 de abril de 1992, pp. 1 y s.) la Unión europea ya posee una Constitución: los

quienes discuten esta naturaleza constitucional de los Tratados al entender que ni éstos responden a la estructura y contenido que se exige a una Constitución, ni la propia Unión europea se funda en los presupuestos en los que una Constitución tiene su razón de ser⁶⁵⁹.

En efecto, este último sector doctrinal (acompañado de un buen número de Tribunales constitucionales europeos)⁶⁶⁰ pone de manifiesto que las Comunidades europeas fueron creadas por un Tratado internacional, negociado y aprobado por los representantes de los Estados y modificados sucesivamente por ellos mismos siguiendo los procedimientos previstos en los propios Tratados. Por tanto, desde la perspectiva del instrumento jurídico elegido para crear la organización, la convergencia de la Comunidad europea con las organizaciones internacionales clásicas es absoluta. Ahora bien, como tendremos ocasión de comprobar, el funcionamiento de la Comunidad se distancia claramente del de una organización internacional clásica.

Tratados comunitarios. En este sentido se pronuncian RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C., “La Constitución de la Comunidad Europea” Noticias CEE, n.º. 100, 93 a 99; LOUIS, J.V., “La constitution de l’Union européenne”, En *Démocratie et construction européenne*. M. TELÒ, (dir.), Université de Bruxelles, 2ª ed. Bruselas, 1995, pp. 329 y s. RAUX, “La constitutionnalisation du système communautaire dans un traité fondamental de l’Union européenne”. *Juris-Classeur, Europe. Chronique*, agosto-septiembre, 1995, pp. 1 y s. Recientemente, destacar DE AREILZA, J.Mª., La reforma de Niza, ¿hacia qué Unión europea?. *Política exterior*, vol. XV, enero/febrero 2001, p.116. Por su parte, FERNÁNDEZ. ESTEBAN, Mª. L., recopila las sentencias y dictámenes del TJCE en los que utilizado la expresión “Constitución europea” en “La noción de Constitución europea”.

⁶⁵⁹Entre la doctrina que niega la existencia actual de una Constitución europea por entender que los Tratados comunitarios no son una verdadera Constitución podemos destacar a DE GIOVANNI, B., “Pourquoi une Constitution européenne?”. *Démocratie et construction européenne*. Dir. M. TELÒ. Université de Bruxelles, 2ª ed. Bruselas, 1995, p. 339 y s. DE CARRERAS, F., “Por una Constitución europea”. *Revista de Estudios Políticos, monográfico sobre la integración europea* n.º. 90, oct-dic 1995, pp. 204 y s; DÍEZ-PICAZO, L.Mª., “Reflexiones sobre la idea de Constitución europea”. *RIE*, 1993, vol. 20, pp. 533 y s.

⁶⁶⁰Ver, a título de ejemplo la posición vertida por el Tribunal constitucional alemán en su sentencia *Maastricht, BverfGE* 89, 155 (188, 190) o por el Tribunal italiano en su sentencia *Spa Fragd c/ Ministro de Finanzas, Il Foro italiano*, I.1990.1855.

En cualquier caso, y aún admitiendo la confluencia de elementos constitucionales e internacionales en la estructura comunitaria, nuestra posición es la de defender, ante todo, la naturaleza específica y original de la Unión. No tiene ningún sentido pretender hacer entrar esta organización en una categoría preestablecida; no se trata de “crear un Estado europeo”⁶⁶¹, sino de evolucionar siguiendo el camino marcado por el proceso integrador. En este camino, *propiamente comunitario*, ya hemos visto que pueden establecerse paralelismos tanto con las organizaciones internacionales como con los sistemas estatales, pero a fin de cuentas, lo que hace del orden jurídico comunitario un orden novedoso es la comprensión y asimilación de las influencias aludidas adaptándolas a su esencia.

Una vez apuntado el sentido de la investigación y antes de entrar en el estudio concreto de esta evolución, conviene distinguir nociones que utilizaremos a lo largo de nuestra exposición y que si bien poseen significados distintos, son a menudo utilizadas indistintamente: Comunidades europeas, Comunidad europea y Unión europea. Estas nociones serán posteriormente estudiadas atendiendo al contexto histórico en el que nacieron y se desarrollaron (ver infra sección 2 A epígrafe 1).

La noción “Comunidades europeas”, hace referencia al conjunto de las tres Comunidades: Comunidad europea del carbón y del acero (CECA)⁶⁶², Comunidad económica europea (CEE) y Comunidad europea de la energía atómica (CEEAA)⁶⁶³. Estas tres Comunidades tienen áreas

⁶⁶¹Cfr. PERNICE, I. y MAYER, F.C., “De la Constitution composée de l’Europe”, op. cit., p. 641.

⁶⁶²La CECA encuentra su origen y fundamento en el Tratado de París de 19 de marzo de 1951, en vigor desde el 25 de julio de 1952, nacido con una duración de 50 años. Con él se materializa la idea de poner en común la producción de carbón y acero expuesta en la Declaración de 9 de mayo de 1950 (Declaración “Schuman”).

⁶⁶³La CEE y la CEEA (también denominada EURATOM) se constituyeron con sendos Tratados de duración ilimitada firmados en Roma el 25 de marzo de 1957, en vigor el 1 de enero 1958. El primero de ellos tendente a conformar un mercado común, el segundo referido al sector concreto de la energía atómica.

de acción y comportamientos bien distintos que se precisan y regulan en sus Tratados constitutivos. Posteriormente, con el Tratado de Bruselas de 1965⁶⁶⁴ se produjo la fusión de ejecutivos, instituyéndose formalmente un Consejo y una única Comisión/Alta Autoridad para el conjunto de las tres Comunidades.

Por su parte, el término “Comunidad europea” surge con el Acta Única europea de 1986⁶⁶⁵, marcando con la caída de la mención “económica” de la original Comunidad económica europea, los inicios de un proceso de profundización política cuyos objetivos van mucho más allá de los puramente económicos.

La creación de la “Unión europea” supuso un importante salto cualitativo en el proceso de integración, tanto por su contenido como por la estructura de “templo griego” ideada por el Tratado de Maastricht de 1992. Este Tratado, incluye en su primer Pilar a las Comunidades europeas, si bien la genérica denominación “Unión europea” hace alusión a los tres Pilares que la componen. De este modo, cuando a lo largo de esta investigación utilicemos el término Unión europea haremos referencia a la organización en su conjunto surgida tras la reforma de Maastricht. Ahora bien, dentro de esta estructura las diferencias entre el Pilar comunitario y los dos pilares intergubernamentales hacen que las referencias realizadas a la Comunidad europea en el contexto de la Unión se refieran exclusivamente a las competencias incluidas en el primer Pilar.

Para profundizar en esta cuestión conceptual de gran transcendencia en el marco de la presente investigación, abordaremos a continuación el estudio de la naturaleza jurídica de la Comunidad europea (1) y de la Unión europea (2).

⁶⁶⁴El Tratado de fusión de ejecutivos, se firmó en Bruselas el 8 de abril de 1965 y entró en vigor en 1967.

⁶⁶⁵El Acta única europea se firmó en Luxemburgo, el 17 de febrero de 1986 y entró en vigor el 1 de julio de 1987.

1.- La naturaleza jurídica de la Comunidad europea

En una ya clásica definición de “orden jurídico comunitario” el profesor G. ISAAC, configuraba este orden como el “conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas que posee sus propias fuentes, dotada de órganos y procedimientos aptos para emitir las, interpretarlas, así como para constatar y sancionar, llegado el caso, las violaciones”⁶⁶⁶.

Ya desde los inicios de la construcción europea, el TJCE no eludió pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de las Comunidades europeas: “A diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros (...), al instituir una comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad de representación internacional, y más en particular, de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos”⁶⁶⁷. Aún antes de este pronunciamiento, el Tribunal de Luxemburgo en la sentencia *Van Gend end Loos* de 1963 ya declaró que el Tratado CEE “constituye algo más que un Acuerdo que sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes...”⁶⁶⁸. Con mayor rotundidad, el TJCE no dudó en subrayar, como vimos anteriormente, en su célebre sentencia *Los Verdes c/ Parlamento europeo* “que la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus Instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la *carta constitucional fundamental* que constituye el Tratado”⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶Cfr. ISAAC, G., *Droit communautaire général*. Masson, París, 1983, p. 11.

⁶⁶⁷Ver STJCE *Costa c/ ENEL*, de 15 de julio de 1964, as. 6/64, Rec. p. 1141.

⁶⁶⁸Ver STJCE *Van Gend end Loos*, de 15 de febrero 1963. Rec., pp. 3 y s.

⁶⁶⁹STJCE *Los Verdes c/ Parlamento europeo*, de 23 de abril de 1986. As. 294/1983. Rec. 1986, p. 1365.

En efecto, el TJCE no dudó en distinguir, desde sus primeras sentencias, los Tratados comunitarios de los Tratados internacionales clásicos, estableciendo con ello una clara diferenciación acerca de la naturaleza jurídica de las organizaciones creadas por unos y otros. Así, con carácter general, puede afirmarse ya desde estas primeras líneas que la Comunidad europea (o el pilar comunitario, desde la entrada en vigor del Tratado de la Unión europea de 1992), presenta unas notas que la caracterizan y la distinguen de otras organizaciones internacionales y que nos permiten acercarnos a la determinación de su naturaleza jurídica.

En primer lugar, la Comunidad europea, al igual que cualquier organización internacional, tiene su origen en la agrupación de Estados para alcanzar unos fines⁶⁷⁰. Sin embargo, a diferencia de las organizaciones internacionales clásicas cuya actuación se rige por el principio de cooperación, la Comunidad europea dirige su actuación por el principio de integración⁶⁷¹. Esta distinción tiene una importante relevancia práctica ya que mientras que por regla general las decisiones en la Comunidad se toman por mayoría; en una organización internacional clásica se exige la unanimidad. La consecuencia inmediata de esta circunstancia es que mientras que en este último caso los Estados cuentan con el derecho de veto, en el caso de las decisiones comunitarias éstas se adoptan por mayoría⁶⁷². Siguiendo este razonamiento, puede percibirse claramente que la soberanía estatal

⁶⁷⁰El profesor PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público*, op. cit., pp. 688 y s., distingue seis notas que caracterizan a las organizaciones internacionales: carácter interestatal, base voluntaria, órganos permanentes, voluntad autónoma, competencia propia y cooperación entre sus miembros a efectos de la satisfacción de intereses comunes.

⁶⁷¹Principio que encuentra por vez primera su reconocimiento genérico en una norma de Derecho primario en el Preámbulo del TUE de 1992. De igual modo, de manera concreta, el principio de integración se utiliza de manera concreta en el artículo 138 A del Tratado de Maastricht que hace referencia a los partidos políticos a escala europea. Sobre este asunto, ver LOUIS, J-V., *L'ordre juridique communautaire*. OPOCE, 1993, p. 9.

⁶⁷²Sin perjuicio de la existencia de decisiones comunitarias que deben adoptarse por unanimidad, por ejemplo la adhesión de nuevos Estados (artículo 48 TUE).

respecto a las competencias cedidas a la Comunidad se ve claramente mermada, mientras que en las organizaciones internacionales clásicas ésta se mantiene intacta.

Pero además de influir en los procesos decisionales, la diferencia entre cooperación e integración afecta a la propia comprensión de las relaciones entre el orden jurídico internacional y el estatal, y más concretamente a la posición de los particulares respecto a las normas emanadas de la organización internacional. Resulta bien sabido que las organizaciones internacionales poseen una estructura institucional –más o menos simple- que les permite producir normas dentro de sus ámbitos competenciales. En el caso de las organizaciones de integración, tanto el Derecho originario (Tratados constitutivos) como el derivado (normas elaboradas por las instituciones de la propia organización) no se limitan a establecer derechos y obligaciones a los Estados, sino que además pueden desplegar sus efectos en la esfera de los particulares⁶⁷³ (con las matizaciones que se expondrán posteriormente en la sección 2 del capítulo II).

Ahora bien, la construcción europea lleva implícita en su esencia la idea de progresividad⁶⁷⁴, de avances en “pequeños pasos”, de superación de etapas hacia la integración europea⁶⁷⁵. En esta evolución, como veremos a continuación, el Tratado de la Unión europea de 1992 marcó un importante punto de inflexión.

⁶⁷³Ver GREWE, C., *Droits constitutionnels européens*, op. cit., p. 110.

⁶⁷⁴Ver el *Informe sobre la Unión europea*, de TINDEMANS, L., Bulletin des Communautés européennes, suplemento 1/76, p. 13. Así como los comentarios de FERRÁN, G., “El informe Tindemans sobre la Unión europea”. *RIE*, mayo-agosto vol. 3, nº. 2, pp. 327 y s. y TRUYOL Y SERRA, A., “Las incidencias institucionales del informe Tindemans” en el mismo número de esta revista, pp. 301 y s.

⁶⁷⁵Cfr. Preámbulo del Tratado de la Unión europea, de 1992.

2.- La naturaleza jurídica de la Unión europea

Determinar cuál es la naturaleza jurídica de la Unión europea constituye una de las tareas más complejas que pueden presentarse en el marco de un estudio de Derecho comunitario. Plantear, reflexionar y resolver las polémicas cuestiones que comprende, resulta sin lugar a dudas una misión imposible en el marco de esta concreta investigación. De hecho, se requeriría un análisis consagrado en exclusiva a este asunto para entender qué es realmente la Unión europea; no en vano, a esta singular organización en la jerga comunitaria se la conoce como *Objeto Político no Identificado* (OPNI)...⁶⁷⁶

En lo que interesa al presente estudio, con el Tratado de Maastricht de 1992, la naturaleza jurídica⁶⁷⁷ de la Comunidad sufrió una importante transformación que se manifestó fundamentalmente en la actual división del Tratado comunitario en tres pilares⁶⁷⁸. Así, mientras que en las materias comprendidas en el primer Pilar también denominado Pilar comunitario (formado por las tres Comunidades europeas: CECA, CE y CEEA profundizado y ampliado con la Unión económica y monetaria), las decisiones se adoptan por mayoría en el seno del Consejo; en los dos Pilares intergubernamentales (Política Exterior y de Seguridad Común⁶⁷⁹ y Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior⁶⁸⁰), las decisiones se adoptan por unanimidad. Por tanto, la naturaleza jurídica de la Unión europea varía considerablemente según

⁶⁷⁶QUERMONNE, J-L., “Existe-t-il un modèle politique européen?. *Revue Française de Science Politique*, 1990, n.º. 2, pp. 194 a 201.

⁶⁷⁷Sobre este particular, ver PLIAKOS, A.D., “La nature juridique de l’Union européenne”. *RTDE*, abril-junio, 1993, pp. 187 y s.

⁶⁷⁸Un interesante estudio consagrado específicamente al estudio de la estructura elegida por el Tratado de Maastricht, lo encontramos en DE WITTE, B., “La estructura en pilares y la naturaleza de la Unión europea: ¿templo griego o catedral gótica francesa?. *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º. 53 (II), 1999, pp. 11 y s.

⁶⁷⁹Título V del Tratado de la Unión europea firmado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997 (artículos 11 a 28).

⁶⁸⁰Título VI del Tratado de la Unión europea firmado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997 (artículos 29 a 42).

actúe en el ámbito de competencias del primer Pilar⁶⁸¹ (siguiendo los principios característicos de una organización de integración), o en los dos Pilares intergubernamentales (en los que ésta se comporta como una organización internacional clásica). La estructura del TUE, metafóricamente denominada “templo griego” o “templo de tres pilares”, se completa con las disposiciones comunes⁶⁸² y las finales⁶⁸³ aplicables a todos ellos y que garantizan su unidad⁶⁸⁴.

Ciertamente, el TUE, es el punto de llegada de una triple ambición económica, social y política⁶⁸⁵. Pero al mismo tiempo, el Tratado de Maastricht constituye el punto de partida de una evolución más comprometida hacia la consecución de los objetivos propios de la Unión política, como lo demuestra el hecho de que en menos de diez años, dos reformas del TUE ya han visto la luz. Por ello, el proceso iniciado con Maastricht debe estudiarse en perspectiva para valorar el sentido de evolución de la integración europea. De este modo, el análisis concreto del contenido del Tratado de Maastricht de 1992, junto con sus reformas de Amsterdam de 1997 y de Niza de 2000, será objeto de un estudio específico cuando analicemos el principio de profundización (sección 2 A epígrafe 1) al que en estos momentos nos remitimos.

Ahora baste con señalar que la Unión europea (como también las Comunidades europeas) presenta una naturaleza jurídica difícil de precisar. No es una organización internacional “clásica”, pero tampoco es un Estado o si se prefiere, no es un Estado federal ni tampoco es una Confederación de Estados... pero tiene rasgos de ambos⁶⁸⁶. Algunos

⁶⁸¹Unión aduanera y mercado interior, política agrícola, política estructural, política comercial, ciudadanía de la Unión, educación y cultura, redes transeuropeas, protección del consumidor, sanidad, investigación científica y medio ambiente, política social, política de asilo, fronteras exteriores, política de inmigración.

⁶⁸²Las disposiciones comunes se hallan en los artículos A a F del TUE y comprenden los “principios constitucionales” comunes a los tres pilares.

⁶⁸³Artículos 247 y 248 del Tratado de Maastricht.

⁶⁸⁴Ver LOUIS, J-V., *L'ordre juridique communautaire*, op. cit., pp. 88 y 89.

⁶⁸⁵Cfr. DE CARRERAS, F., op. cit., p. 196.

⁶⁸⁶Cfr. RUIPÉREZ, J., *La “Constitución europea”* ... op. cit., pp. 44 y 45.

autores la califican de organización “supraestatal”. En cualquier caso, es cierto que la Unión europea carece de los elementos constitutivos de un Estado: no existe un pueblo europeo, ni un territorio comunitario bien definido y como tendremos ocasión de analizar posteriormente carece de la legitimidad democrática que caracteriza a las estructuras estatales. Además, no debe olvidarse que la Unión europea no tiene personalidad jurídica internacional que únicamente la posee la CECA, CEE y CEEA. Esto supone que la Unión europea, como tal, no tiene capacidad para firmar Convenios internacionales. En definitiva, actualmente resulta difícil abogar por la idea de un “Estado europeo”, aunque a continuación veremos que la estructura “sui generis” de la Unión presenta trazos característicos de los órdenes jurídicos estatales que exigirán diluir algunas de las consideraciones realizadas en estas líneas.

B) ...con trazos característicos de los órdenes jurídicos estatales

La teoría clásica del Estado, reconoce que todo Estado para serlo debe poseer tres notas principales. Así, debe asentarse en un territorio bien determinado, contar con una comunidad definida permanentemente establecida y ejercer el poder. De este modo, un Estado podría definirse como una “agrupación humana establecida sobre un territorio determinado con poder soberano que se ejerce de conformidad con el Derecho”⁶⁸⁷ o simplemente “es un fenómeno de dominación regulado por el Derecho”⁶⁸⁸. Atendiendo a estas definiciones, parece que bastaría un primer acercamiento al sistema comunitario para apreciar que la Unión europea no se asienta en un territorio “estático”, sino que la esencia del proyecto comunitario es eminentemente dinámica, consistente en abarcar el mayor número posible de Estados europeos (1); tampoco puede hablarse en puridad de la existencia de un pueblo europeo ya que al colectivo “ciudadanos europeos” le faltan los elementos necesarios para conformar una Nación europea (2); en cuanto al ejercicio del poder, en el capítulo 1 del Título II, nos dedicaremos a esta cuestión y a él nos remitimos en estos momentos.

Ahora bien, no obstante lo dicho quizá una aproximación más detallada a la estructura comunitaria nos permita apreciar que la Unión europea comparte muchos más trazos característicos de los sistemas estatales de los que en un primer momento cabría pensar.

⁶⁸⁷Sobre “la complejidad de la noción de Estado” ver, SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Introducción al Estado constitucional*. Ariel Derecho, Barcelona, 1993, p. 180.

⁶⁸⁸Cfr, RIALS, S., *Destin du Fédéralisme*. LGDJ, París, 1986, p. 5. Sobre la noción de Estado, ver COLAS, D., *Dictionnaire de la Pensée politique*. LAROUSSE, 1997, pp. 412 y s.

1.- El “territorio europeo”: un espacio en continua ampliación

Uno de los soportes fundamentales de un Estado es el terreno en el que se asienta⁶⁸⁹. Este terreno se define por unas fronteras que, en la práctica, van variando a lo largo del tiempo. De hecho, probablemente la delimitación de las fronteras estatales ha sido (y sigue siendo) la cuestión que mayores controversias bélicas ha causado a lo largo de la Historia⁶⁹⁰. La Comunidad, y posteriormente la Unión europea, tampoco ha sido ajena a la variación de sus fronteras aunque, en este caso, la ampliación comunitaria no sólo se caracteriza por su naturaleza pacífica, sino además porque su materialización únicamente es posible por un acto de voluntad de los Estados aspirantes a la adhesión⁶⁹¹.

Ciertamente, la ampliación constituye una de las bases fundamentales en las que se asienta la Comunidad europea. Así, el “territorio europeo” ha ido extendiendo progresivamente sus fronteras desde los iniciales seis Estados fundadores hasta los actuales quince que conforman la Unión europea. En la actualidad, además nos encontramos en una fase de ampliación especialmente intensa que requiere, por su trascendencia, reformas en la propia estructura de la Unión (ver infra sección 2 A epígrafe 2).

⁶⁸⁹Recordamos que es posible distinguir entre modos de adquirir la soberanía territorial originarios y derivados. Entre los primeros se aprecian tres supuestos: que el territorio se encuentre en el origen histórico del Estado; la adquisición de una tierra *nullius* y la accesión. Entre los segundos, destacan la cesión, conquista y la prescripción. Sobre este asunto, ver PASTOR RIDRUEJO, J.A., op. cit., pp. 342 y s.

⁶⁹⁰Si bien, como señala GONZÁLEZ VEGA, J.A., “el territorio se presta fácilmente para sublimar conflictos que encuentran su origen en otras causas”. “Conflictos territoriales y uso de la fuerza en la práctica internacional”. *Revista de Derecho internacional*, vol. XLIV, nº. 2, 1992, p. 351.

⁶⁹¹La ampliación exige el cumplimiento de un procedimiento que puede resumirse del siguiente modo: el Estado candidato presenta una solicitud al Consejo de la UE que por unanimidad, tras consultar a la Comisión y previo dictamen conforme del Parlamento europeo, decide si puede o no comenzar la fase de negociación. Una vez superada esta fase y aceptada la solicitud, un acuerdo internacional entre la UE y el Estado solicitante plasma las condiciones de la adhesión. El acuerdo debe ser ratificado por todos los Estados miembros de conformidad con las normas constitucionales.

Pero con carácter más general, la propia noción de “territorio comunitario” resulta muy difícil de definir. Como afirma V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, esta noción, en sentido estricto, hace referencia al ámbito de aplicación geográfica de las reglas de los Tratados⁶⁹². Planteada en estos términos, la cuestión de la definición del territorio comunitario resulta, como veremos, de difícil determinación. De hecho, no puede sostenerse que la Unión europea tenga un “territorio” en el sentido que este término posee en el contexto estatal⁶⁹³. Y en cualquier caso, en el ámbito comunitario no puede utilizarse este concepto más que en un sentido funcional⁶⁹⁴, esto es, haciendo referencia al espacio en que se aplican las normas de Derecho comunitario respecto a aquellos ámbitos en los que los Estados han cedido sus competencias soberanas. De este modo, cuando el Tratado comunitario determina en su artículo 299.1 (ex. 227) el territorio al que se aplican las normas comunitarias, no dice que éstas se aplican a la Comunidad o a la Unión europea, sino que enumera los Estados miembros adheridos a ella. Bien distinto, de las menciones que en este sentido encontramos en las constituciones estatales que hacen referencia, en aspectos específicos, a un territorio físico bien definido como soporte del Estado⁶⁹⁵.

Por tanto, cuando en sentido impropio se alude al término “territorio comunitario”, debe entenderse que esta expresión no tiene el significado que se atribuye a este concepto en Derecho constitucional, sino que alude exclusivamente al ámbito de aplicación de los

⁶⁹²Cfr. SIMON, D., *Le système juridique communautaire*. PUF, París, 1997, p. 61.

⁶⁹³Sobre la noción clásica de “territorio” ver GICQUEL, J., *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Montchrestien, 10ª edición, París, 1989, pp. 63 y s.

⁶⁹⁴Ver RIDEAU, J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, op. cit., p. 80. En el mismo sentido, COUSSIRAT-COUSTÈRE, V., “Artículo 227 TCE” En *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*. Dir. Constantinesco, V.; Kovar, R.; Jacqué, J-P.; Simon, D., Economica, 1995, p. 1421.

⁶⁹⁵Ver a título de ejemplo el artículo 137 de la Constitución española que organiza *territorialmente* el Estado en municipios, provincias y Comunidades Autónomas.

Tratados⁶⁹⁶. Y en este sentido, como advertíamos en líneas precedentes, las dificultades que plantea la determinación del ámbito concreto en que se aplican las normas de Derecho comunitario, resulta una tarea ciertamente complicada.

A modo de muestra de esta complejidad y sin pretender un tratamiento exhaustivo que excedería de nuestras pretensiones, con carácter general, puede afirmarse que los límites geográficos de la Comunidad europea comprenden todo territorio sometido a la soberanía de un Estado miembro, es decir, se extiende a las posesiones que dichos Estados poseen fuera de su territorio propiamente dicho. Así, por ejemplo, las disposiciones del Tratado se aplican a los departamentos franceses de Ultramar, las Azores, Madeira y las Islas Canarias (artículo 299, párrafo 2). Ahora bien, aun siendo parte del “territorio” comunitario estos territorios cuentan con regímenes particulares orientados a otorgar un trato más apropiado a sus particularidades: gran lejanía, insularidad, reducida superficie, relieve y clima adversos, etc.⁶⁹⁷.

Por otra parte, el Anexo II del Tratado enumera los países y territorios de Ultramar a los que se aplicarán las disposiciones de la cuarta parte del Tratado, artículos 182 a 188 del TCE, que instauran el denominado régimen especial de asociación. Sin embargo, el Tratado no se aplica a los países y territorios de Ultramar no mencionados en la citada lista que mantengan relaciones especiales con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Por tanto, junto a los territorios de los Estados miembros enumerados en el párrafo 1 del artículo 299 del TUE, a los que se les aplica como regla general el conjunto de las disposiciones del Tratado, existen otros territorios donde se produce una aplicación parcial del mismo: las islas Anglo-Normandas, la Isla de Man,

⁶⁹⁶Ver ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA y otros *Introducción al Derecho de la Unión europea*, op. cit., p. 302.

⁶⁹⁷Así, por ejemplo, los artículos 25 y 115 del Acta de adhesión de España y Portugal, de 12 de junio de 1985, se refiere expresamente a la aplicación del Derecho comunitario en las Islas Canarias, Ceuta y Melilla.

Gibraltar, Canarias, Ceuta y Melilla y los Departamentos de Ultramar franceses. Pero, al mismo tiempo y respecto a algunos convenios que les unen a Francia e Italia, algunos territorios que no pertenecen a la Unión europea como Mónaco y San Marino sí se incluyen en el “territorio aduanero de la Comunidad”⁶⁹⁸.

Por lo demás, el ámbito de aplicación del Derecho comunitario no sólo se limita al territorio en sentido estricto sino también a las aguas dependientes de la soberanía o de la jurisdicción de los Estados miembros y a los espacios internacionales en los que los Estados miembros actúan⁶⁹⁹. Respecto al espacio aéreo de los Estados miembros éste entra dentro del ámbito cubierto por el artículo 299 TCE⁷⁰⁰.

De lo expuesto se aprecia la complejidad y a menudo también la falta de claridad de la regulación comunitaria respecto al ámbito de su aplicación, pero al margen de este hecho, y centrándonos en la cuestión objeto de este epígrafe, no puede más que constatarse que el significado que la noción de territorio posee en el ámbito estatal es desconocida en el orden jurídico comunitario. Para los Estados, el territorio es el soporte físico de su existencia; para la Unión es el conjunto de territorios de los Estados miembros que la componen. Por tanto, el término territorio aparece estrechamente unido al concepto de Estado, careciendo de sentido propio en el orden jurídico comunitario cuya utilización alude exclusivamente al espacio de aplicación de sus normas.

⁶⁹⁸Ver GROUX, J., “‘Territorialité’ et droit communautaire”. *RTDE*, nº. 1 enero-marzo 1987, p. 20.

⁶⁹⁹Ver STJCE *Kramer*, de 14 de julio de 1976. Rec. 1976, p.1279 (considerando 31).

⁷⁰⁰Ver sobre este particular COUSSIRAT-COUSTÈRE, V., “Artículo 227 TCE”, op. cit., p. 1429 y 1430.

2.- El componente humano: el sentimiento de pertenencia a la Unión

Resulta ciertamente obvio en nuestros días que no existe un pueblo europeo⁷⁰¹, no puede hablarse de una Nación europea ni tan siquiera de una genérica identidad europea (al menos de una identidad percibida como tal por los ciudadanos europeos). Desde la perspectiva de su componente humano, sólo puede decirse que la Unión europea se compone de varios pueblos⁷⁰², cada uno de los cuales presenta lazos subjetivos y objetivos con un territorio que forma parte de la Unión (ya sea un Estado, región, comunidad autónoma, etc). De hecho, lo más parecido a la idea que transmite la noción de “pueblo” o “Nación” en los Estados se corresponde con la de “ciudadanía europea” en el orden jurídico comunitario. Probablemente, y con toda razón, el lector pensará que bien poco tienen entonces en común los dos modelos; sin embargo, tampoco puede negarse que la inclusión formal de la ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht constituyó “uno de los índices mayores que muestran la constitucionalización del sistema comunitario”⁷⁰³.

Precisamente, la importancia de reflexionar sobre la identidad europea, sobre la existencia de un pueblo europeo (o varios) o, en definitiva, sobre el alcance y la incidencia de la ciudadanía europea en el proceso de integración, se deriva, como veremos posteriormente, de sus implicaciones en la propia legitimidad de la actuación comunitaria⁷⁰⁴.

⁷⁰¹Ver en este sentido, KRIEGEL, B., “Le mépris du peuple”. *Le Monde*, 5 de mayo de 1994, p. 9.

⁷⁰²El artículo 1 párrafo 2 TUE (antiguo artículo A) establece que “El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión más estrecha entre los *pueblos de Europa*, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible”. La cursiva es nuestra.

⁷⁰³Cfr. SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 65.

⁷⁰⁴Ver en este sentido, PIERRÉ-CAPS, S., “L’Union européenne, demos et légitimité: de l’Etat nation à la multination”. *Civitas Europa*, nº. 1, septiembre, 1998, cuando afirma que “la légitimité procède nécessairement du substrat humain de l’ordre juridique qu’elle informe et non pas des normes que celui-ci produit, car c’est bien la légitimité qui valide les règles de droit qui établissent la légitimité”, p. 36.

Pero ¿existe propiamente hablando un sustrato humano homogéneo, cuya esencia sirva para definir al conjunto de “los ciudadanos europeos”, o por el contrario no puede hablarse más que de una organización “multinacional”⁷⁰⁵ a la que los ciudadanos no se sienten unidos por ningún sentimiento de pertenencia⁷⁰⁶?. Desde una concepción voluntarista de Nación⁷⁰⁷, parece difícil sostener que los nacionales de los quince Estados miembros compartan una voluntad común de pertenencia a la Unión europea. De hecho, como veremos, sería difícil que así fuera dada la escasa participación política que los europeos han tenido en la conformación, desarrollo y funcionamiento de la Comunidad/Unión europea.

Pero al mismo tiempo, es innegable que los europeos han compartido el pasado, comparten el presente y van a seguir irremediablemente compartiendo el futuro. Dicho de otro modo, los europeos están condenados a vivir juntos, más aún en las sociedades actuales caracterizadas por los generalizados intercambios de cultura (además de los económicos) favorecidos por los medios de

⁷⁰⁵La idea de la multinación resulta sumamente interesante, si bien no es objeto de este estudio abordarla, aun así nos permitimos recomendar especialmente la lectura de las obras colectivas dirigidas por AUDÉOUD, O., MOUTON, J.D. y PIERRÉ-CAPS, S., *L'État multinational et l'Europe*. Presses Universitaires de Nancy. Nancy, 1997 y por LENOBLE, J., DEWANDRE, N. En *L'Europe au soir du siècle. Identité et démocratie*, Esprit, 1992.

⁷⁰⁶Aquí se evoca la idea de la identidad “postnacional”, cuyo estudio ha sido objeto de interesantes estudios que plantean las dificultades que origina la superación de la identidad nacional clásica hacia formas de identidad supranacionales. Entre ellos, nos gustaría destacar los artículos de FERRY, J-M., “Pertinence du postnational”; HABERMAS, J., “Citoyenneté et identité national. Réflexion sur l'avenir de l'Europe”; BERTEN, A., “Identité européenne une ou multiple?. Réflexion sur les processus de formation de l'identité” y TAYLOR, Ch., “Quel principe d'identité collective?. Todos ellos en *L'Europe au soir du siècle. Identité et démocratie* (dir. LENOBLE, J., DEWANDRE, N.). Esprit, 1992.

⁷⁰⁷Sobre las diferentes concepciones de Nación, así como sobre el estudio de sus componentes objetivos y subjetivos, recomendamos la lectura de la obra de PIERRÉ-CAPS, S., *Nation et peuples dans les Constitutions modernes*. Presses Universitaires de Nancy. Sobre el significado y alcance de Nación ver igualmente HERNÁNDEZ BRAVO DE LAGUNA, J., “Nación, nacionalidad,

comunicación, los transportes, los progresos técnicos... Algunos ven en estos intercambios un grave riesgo para las culturas preestablecidas (fundamentalmente respecto a las culturas nacionales), sin embargo, la evolución de la sociedad requiere de la aceptación de estos “riesgos” con el fin de poder adaptarse a las nuevas exigencias de las sociedades actuales⁷⁰⁸.

Ahora bien, resulta difícil que pueda conformarse una identidad europea si la visión que “Europa” refleja a sus ciudadanos es la de una macro-entidad lejana e incomprensible, de una gran máquina burocrática en la que el criterio del “pueblo” sencillamente no se tiene en cuenta⁷⁰⁹. En definitiva, dejando a un lado la visión romántica de una Europa unida, lo cierto es que los obstáculos que deben salvarse son numerosos. Se trata, nada más y nada menos, que de poner de acuerdo a varios cientos de millones de europeos; cifra que además no cesa de aumentar ante el proceso continuo de ampliación. Pero además, como afirma L. MATA-TALA, políticamente resulta complicado aunar en un mismo “contrato social” monarquías y repúblicas, regímenes parlamentarios y presidenciales, Estados federales y unitarios..., y que de todo ello, además, los ciudadanos se sientan parte integrante⁷¹⁰.

La idea de fomentar una real participación de los ciudadanos en la estructura comunitaria aparece ya clara y explícitamente recogida en el Informe Tindemans de 29 de diciembre de 1975⁷¹¹ en cuyo capítulo IV se

patria y país en cuato conceptos políticos indeterminados”. *Asamblea, revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº. 4, diciembre 2000, pp. 99 y s.

⁷⁰⁸En este sentido compartimos la visión de LÉVY-STRAUSS cuando afirma que “L’exclusive fatalité, l’unique tare qui puisse affliger un groupe humain et l’empêcher de réaliser pleinement sa nature, c’est d’être seul”. *Race et histoire*. Denoël, 1952, Re- edición de 1987.

⁷⁰⁹Ver en este sentido, MUCCHIELLI, A., *L’Identité*. Que sais-je?. P.U.F., Paris, 1986, p. 42.

⁷¹⁰Cfr. MATA-TALA, L., “La construction politique européenne: plaidoyer pour un nouveau contrat social”. *Civitas Europa*, nº. 1, septiembre 1998, p. 109.

⁷¹¹Ver Informe de Leo Tindemans, suplemento 1/76. Boletín de las Comunidades europeas, fundamentalmente pp. 27 y s. Para un estudio detallado de este Informe, ver FERRÁN, G., “El Informe Tindemans sobre la Unión europea”.

alude a “La Europa de los ciudadanos”⁷¹². Sin embargo, debió esperarse hasta el Tratado de Maastricht de 1992 que, haciéndose eco de la consigna de aproximar Europa a los ciudadanos, no ignoró que en el marco del proceso de integración política era necesario crear una ciudadanía de la Unión. De esta forma, el artículo G.6 del TUE introdujo una serie de preceptos en este sentido (artículos 8, 8A, 8B, 8C, 8D y 8E)⁷¹³. Esta profundización en materia de ciudadanía europea no se acabó en Maastricht, sino que posteriormente, durante la celebración de la Conferencia Intergubernamental de 1996, la ciudadanía europea volvió a ser una de las cuestiones más trascendentes de la Conferencia. Concretamente, en todos los informes de las Instituciones de la Unión, así como en el informe del Grupo de Reflexión⁷¹⁴ se reiteró la necesidad

RIE, vol. 3, nº. 2, mayo-agosto 1976, pp. 327 y s. y TRUYOL Y SERRA, A., “Las incidencias institucionales del informe Tindemans”, en el mismo número y revista, pp. 301 y s.

⁷¹²Tras el Informe Tindemans y hasta la inclusión de la ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht de 1992, otros textos comunitarios desarrollaron esta idea: la decisión sobre elecciones al Parlamento europeo y el Acta de 20 de septiembre de 1976, la Declaración final de la Cumbre de Fontainebleau de 26 de junio de 1984, el Informe Adonnino, el Proyecto Spinelli (artículo 3). Un análisis de la evolución de la ciudadanía europea en estos documentos puede encontrarse en BRU, C.M^a., *La ciudadanía europea*. Editorial Sistema, Madrid, 1994, pp. 13 y s.

⁷¹³Artículos 17 a 22 del Tratado de Amsterdam de 1997.

⁷¹⁴El informe del Grupo de Reflexión, dejó constancia de las diferentes reacciones que se producen en los Estados miembros ante la idea de una ciudadanía de la Unión. Concretamente, en el párrafo 41 del informe del Grupo de Reflexión aparecen claramente definidas las dos tendencias existentes en los Estados miembros de la Unión. De este modo se constata, en primer lugar, que para la mayoría de los Estados miembros la ciudadanía de la Unión es un elemento esencial para que el TUE sea aceptado por la opinión pública y así ésta se pronuncie claramente a favor de su desarrollo. Para conseguir este objetivo deberían reforzarse los derechos específicos del ciudadano de la Unión que ya figuraban en el Tratado de Maastricht (libre circulación y libertad de residencia sin restricciones, mayor protección diplomática y consular en los Estados no miembros), junto con la introducción eventual de nuevos derechos, así como una simplificación de los artículos del TUE referidos a la ciudadanía europea. Los ciudadanos deberán beneficiarse de un derecho específico a la información sobre los temas referentes a la Unión y sobre la manera en que ésta funciona. Así, mientras que para algunos países esta noción sirve para reforzar el sentimiento de pertenencia a la Unión europea, para otros, la ciudadanía de la Unión representa el peligro de pérdida de las particularidades que representa la ciudadanía del Estado del que son nacionales que sería sustituida por la europea. Esta inquietud

de “acercar Europa a los ciudadanos” de modo que se crease un verdadero sentimiento de pertenencia de los ciudadanos europeos a la Unión⁷¹⁵. Pero, las numerosas e innovadoras propuestas de la CIG de 1996, no encontraron su eco en el Tratado de Amsterdam ante la falta del necesario acuerdo entre los Estados miembros para profundizar en los presupuestos de una ciudadanía europea⁷¹⁶.

Al margen del contenido concreto de la ciudadanía europea, -a cuyo estudio ya se han consagrado numerosas obras y artículos⁷¹⁷-, consideramos interesante dedicar estas líneas a mostrar la percepción global que tenemos de la ciudadanía europea, como concepto dinámico

ha supuesto una aclaración en el Tratado de Amsterdam donde se afirma que la ciudadanía de la Unión es complementaria de aquélla de los Estados miembros.

⁷¹⁵Ciertamente, el establecimiento de una ciudadanía de la Unión es esencial para seguir avanzando en el proceso de construcción europea. El establecimiento de esta ciudadanía europea implicaría la eficaz puesta en práctica de los siguientes contenidos: 1) Fundamentalmente, el núcleo de esta noción comprendería la creación de un espacio de total libertad de movimiento, de libre elección del lugar de residencia en cualquiera de los Estados miembros y de libre participación de los ciudadanos europeos en la vida política de su lugar de residencia. 2) Por otra parte, los ciudadanos europeos deberían poder disfrutar de una mayor protección diplomática y consular por parte de los otros Estados miembros de la Unión. 3) Los ciudadanos de la Unión tendrían igualmente que poder acceder de un modo más sencillo a las Instituciones de la Unión, en concreto nos referimos al derecho de petición al Parlamento europeo y a la creación del Defensor del Pueblo.

⁷¹⁶Sobre la evolución de la ciudadanía europea en el Tratado de Amsterdam, ver, ARNALDO ALCUBILLA, E., “Una visión dinámica de la ciudadanía europea”, op. cit., En *Los retos de la Unión europea ante el siglo XXI*. Banco del Comercio, UNED, 1997, pp. 65 y s. y QUERMONNE, J-L., “Réflexions prospectives sur la citoyenneté européenne”. En *Mélanges Jacques Robert*. Montchrestien, 1998, pp. 553 y s.

⁷¹⁷Entre ellos, especialmente tanto por su actualidad como por el tratamiento que otorga el autor a la ciudadanía europea, destacamos JIMENA QUESADA, L., “Los ciudadanos como actores en el proceso de construcción europea”. *Cuadernos europeos de Deusto*, nº. 24, 2001, pp. 59 y s. Una obra también reciente consagrada exclusivamente al análisis de este tema es BORJA, J., DOURTHE, G. y PEUGEOT, V., *La ciudadanía europea*. Ediciones Península, Barcelona, 2001. Algo anterior, pero igualmente completo en sus contenidos recomendamos la lectura de BRU, C. M^a., *La ciudadanía europea*. Editorial Sistema, Madrid, 1994.

y evolutivo⁷¹⁸, así como posteriormente plantear los retos que la regulación de esta institución debería alcanzar en un futuro. En cuanto a la primera cuestión, entendemos por un lado que la construcción de una definición de la ciudadanía europea participa de las tradiciones nacionales de los Estados miembros que han sufrido, a su vez, una evolución desde tiempos remotos hasta desembocar en las respectivas nociones de ciudadanía nacionales. Por tanto, la ciudadanía de la Unión refleja la evolución de las nociones de ciudadanía de cada Estado miembro de cuyas fuentes se nutre, y al mismo tiempo evoluciona de manera autónoma en el orden jurídico comunitario, caracterizado, él mismo, por su flexibilidad y dinamismo⁷¹⁹.

Por otro lado, la propia figura de los europeos ha ido variando a lo largo de los años de construcción comunitaria, desde su consideración como simple “agente económico” (trabajador, consumidor) ha pasado a reforzarse su dimensión política, a reconocerse su participación ya no como objeto sino como sujeto en el entramado comunitario⁷²⁰. Finalmente, no debe olvidarse que el propio artículo 22 (8 E), configura el contenido concreto de los derechos de los ciudadanos europeos de manera evolutiva, al prever que el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento, pueda introducir nuevos derechos que completen los derechos ya previstos.

Sin embargo, si bien la ciudadanía europea se encuentra estrechamente ligada a la nacionalidad de los Estados miembros, no puede decirse que su configuración desarrolle una visión comunitaria de esta institución. Este hecho se percibe desde la redacción del propio artículo 8.1 del TUE cuando afirma que “será ciudadano de la Unión toda

⁷¹⁸Ver PREUß, U.K., “Reflexiones preliminares sobre el concepto de “ciudadanía europea”. *RIFP*, 5, 1995, p. 6.

⁷¹⁹No debe olvidarse la naturaleza específica del orden jurídico comunitario cuya idea debe de inspirar el desarrollo de todas las regulaciones comunitarias.

⁷²⁰Sobre esta evolución, ver QUERMONNE, J-L., “Réflexions prospectives sur la citoyenneté européenne”, op. cit., pp. 547 y s. y ARNALDO ALCUBILLA, E., “Una visión dinámica de la ciudadanía europea”, op. cit., pp. 57 y s.

persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro”⁷²¹. Por tanto, sólo los nacionales de los Estados miembros disfrutaban de los derechos derivados de la ciudadanía europea⁷²². Evidentemente, corresponde a cada Estado miembro, según sus leyes nacionales, determinar quiénes ostentan su nacionalidad. Por tanto, los destinatarios del “estatuto” de ciudadano europeo serán, en última instancia, los que decidan los Estados. En este sentido, se percibe que la regulación comunitaria de la ciudadanía europea resulta especialmente ligada a la estatal. Esto se explica por la tradicional prerrogativa de los Estados de fijar las normas que permiten adquirir, conservar y perder la nacionalidad. Así pues, la ciudadanía europea en nada varía la situación anterior⁷²³. Sin embargo, aun respetando este hecho, la ciudadanía europea bien podría haber marcado una línea de autonomía respecto a las regulaciones estatales y haber determinado quiénes son los ciudadanos europeos sin que éstos tuvieran que coincidir necesariamente con los nacionales de los Estados miembros⁷²⁴.

⁷²¹Ver igualmente la Declaración 2ª anexa al Acta Final de la Confederación que adoptó el TUE que establece que “la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate...”.

⁷²²Uno de los aspectos más discutidos de la regulación actual de la ciudadanía europea es la determinación de quiénes son los ciudadanos europeos o mejor dicho de quiénes quedan excluidos. Esta cuestión ha sido objeto de interesantes reflexiones entre las que nos gustaría resaltar particularmente una de ellas, la desarrollada por BALIBAR, E., “¿Es posible una ciudadanía europea?”. *RIFP*, nº. 4, 1994, fundamentalmente pp. 26 y s.

⁷²³Acerca de la noción de ciudadanía europea y de su alcance diferente al contenido en las Normas constitucionales, y más específicamente de la Constitución española, ver SAGARRA TRÍAS, E., “Alcance y significado del término ciudadano en la Constitución española de 1978 y la ciudadanía de la Unión”. En *La Constitución española en el ordenamiento jurídico comunitario I*, volumen II. Dirección General del servicio jurídico del Estado. Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones, 1995, pp. 1879 y s.

⁷²⁴Sobre el papel de los Estados en la configuración de la ciudadanía europea, nos remitimos a las interesantes observaciones de TOMÁS CARRASCO, B., “La nacionalidad de los Estados miembros en el ámbito comunitario”. *REE*, nº. 12, 1996, pp. 77 y s.

Enlazando esta circunstancia con la reflexión que nos ocupa, resulta claro que el hecho de que exista una vinculación tan fuerte entre el estatuto de nacional de cada uno de los Estados miembros y el de ciudadano de la Unión europea no ayuda tampoco a defender la existencia de una identidad europea. Identidad que puede, sin duda, yuxtaponerse a la de los Estados miembros, pero que en cualquier caso debe ser independiente de la de éstos. Sin un mínimo de independencia no es posible siquiera imaginar la existencia de un pueblo europeo. De este modo, la conformación de la ciudadanía europea requiere de la elaboración de un concepto comunitario propio, perfectamente diferenciado de las realidades que reflejan los conceptos de ciudadanía de los Estados miembros, que hagan percibir al ciudadano su pertenencia a la Unión.

Esta situación no significaría, en absoluto, que las particularidades reconocidas en los conceptos de ciudadanía contenidos en los Derechos de los Estados miembros fueran sustituidas por el concepto comunitario. Bien al contrario, se trataría de fomentar el cuerpo político europeo como realidad diferenciada de cada cuerpo político nacional. De este modo, podrían reconocerse derechos *propriamente* comunitarios con una protección *propriamente* comunitaria pero además y, sobre todo, se fomentaría una real repercusión de la ciudadanía europea en la propia identidad de la Comunidad Europea.

Esto supondría un interesante cambio respecto a la situación actual que, como pone de relieve P. BIGLINO CAMPOS⁷²⁵, se limita - respecto a la participación electoral acordada por el artículo 8 B 1 TUE- a otorgar a los ciudadanos nacionales de otros Estados miembros el derecho de voto en las elecciones municipales del Estado miembro de residencia, así como al Parlamento europeo. Pero, no habilita al ciudadano europeo a participar activamente en la vida política de la

⁷²⁵Cfr. BIGLINO CAMPOS, P., "Ciudadanía europea y legitimidad democrática". *REE*, 3, nº. 9, 1995, p. 7.

Comunidad; y esto sería precisamente lo que dotaría de legitimidad a la acción comunitaria.

Por tanto, como advertimos en un principio, la legitimidad de la acción comunitaria subyace claramente en materia de ciudadanía, por lo que un tratamiento adecuado de la misma no sólo se limitaría a otorgar ciertos derechos a los ciudadanos, sino que dotaría de legitimidad a la acción comunitaria. El desfase entre el nivel de integración económica y política, el déficit democrático de la Unión, la falta de proyectos político-ideológicos que impulsen el acercamiento de los ciudadanos a los fines y objetivos de la Unión..., son algunas de las razones que muestran la necesidad de desarrollar una verdadera ciudadanía europea⁷²⁶.

En cualquier caso, como hemos visto, la Unión europea está todavía lejos de fundarse en una comunidad humana dotada de unidad y permanencia; ahora bien, no debe minusvalorarse la situación actual. Ya hemos aludido en diversas ocasiones al hecho de que la Unión europea es mucho más que un “mercado”. De hecho, ni siquiera en el momento de la ratificación del Tratado CECA, las intenciones de los Estados fundadores se limitaban exclusivamente a poner en común las producciones de carbón y acero, mucho menos aún en nuestros días en los que el grado de profundización es ciertamente considerable (ver supra sección 2 A, epígrafe 1). Con esta evolución “política” de la Comunidad hacia la Unión, la posición del ciudadano también ha ido adquiriendo una mayor relevancia. Es cierto que no puede distinguirse un pueblo europeo sino varios, pero esta circunstancia por sí sola no es motivo para negar la existencia de una comunidad política europea⁷²⁷. Lo relevante es que los ciudadanos europeos se sientan parte de una comunidad más amplia que a su vez engloba comunidades nacionales

⁷²⁶Ver en este sentido, BORJA, J., DOURTHE G. y PEUGEOT, V., *La ciudadanía europea*, Península Atalaya, Barcelona, 2001, pp. 41 y s.

⁷²⁷En este mismo sentido se pronuncia MATALA-TALA, L., op. cit., p. 110, cuando afirma que “...le peuple européen pourrait signifier ensemble des peuples des Etats membres; non pas comme une somme arithmétique, mais une sorte de différentiel entre tous ces peuples”. Ver igualmente, PERNICE, I. y MAYER, F.C., “De la constitution composée de l’Europe”, op. cit., pp. 637 a 639.

preexistentes, para ello es preciso seguir avanzando hacia la consecución de una verdadera ciudadanía europea.

Para fomentar este “sentimiento patriótico europeo” es posible percibir las evoluciones tanto estructurales como materiales sufridas por la Unión. A las estructurales, que se refieren fundamentalmente al progresivo aumento de competencias del Parlamento europeo, nos remitimos al Título II capítulo 1, sección 1. En cuanto a las materiales, estimamos interesante destacar los esfuerzos de la Comunidad en dos ámbitos que fomentan, sin duda, el sentimiento de pertenencia a una comunidad política⁷²⁸: el establecimiento de una moneda única y los esfuerzos por continuar avanzando hacia una defensa europea. Indudablemente “moneda” y “ejército” son dos elementos de singular importancia política y, en todo caso, de fácil apreciación por los ciudadanos. En ambas políticas se han centrado los esfuerzos comunitarios.

Sin entrar en un análisis de la evolución de cada una de ellas que excedería ampliamente el objeto de esta investigación⁷²⁹, lo cierto es que tanto la política exterior -y más concretamente la defensa común- como

⁷²⁸ Además de estas dos políticas de mayor relevancia, muchas medidas tendentes a fomentar la identidad europea han sido desarrolladas por la Comunidad europea, así por ejemplo la adopción de una bandera europea (1986); o del himno europeo (que oficiosamente se escuchaba en los grandes eventos europeos desde 1972).

⁷²⁹ La bibliografía que incide sobre estas materias es enorme. A modo de pequeña muestra de entre todos ellos destacamos algunos que inciden más específicamente en aspectos derivados de la soberanía. Sobre la moneda única: ALSASUA, J., “Unión económica y monetaria: ajuste y convergencia”. *Cuadernos Europeos de Deusto* n.º.13, 1995; CARBAJO, D., “La Unión Económica y monetaria: Fases y perspectivas”. *Noticias de la Unión Europea*, n.º. 135, abril 1996, año XII; OLESTI RAYO, A., “El proceso de integración europea, la Unión Monetaria y la soberanía de los Estados miembros”. *Gaceta Jurídica de la C.E.* Serie D, oct. 1997. Sobre la política exterior y la defensa europea, destacamos FERNÁNDEZ, J.J., “El Tratado de Amsterdam y la política exterior y de seguridad común”. *Revista de Derecho comunitario europeo*, 3, año 2, enero/junio 1998, DES NERVIENS, P., “Les relations extérieures”. En *Le Traité d’Amsterdam. RTDE*, n.º. 4- 1997; CORRAL SUÁREZ, M., “Algunas

la implantación de una moneda única constituyen dos de los elementos principales que componen el núcleo de la soberanía estatal. Resulta de indudable importancia para el proceso de integración europea que los Estados hayan cedido parte del ejercicio de estas competencias principales a la Unión Europea, lo que refuerza la naturaleza cuasi-constitucional de esta organización.

Finalmente, no debe olvidarse que la Unión europea se encuentra en permanente evolución y que la adhesión de nuevos territorios es una de las máximas que inspiran la idea comunitaria. Así, a los actuales 375 millones de europeos pronto se le añadirán otros 100 millones. Como dice JIMENA QUESADA esta ampliación “sólo debería ser motivo de satisfacción”⁷³⁰, pero resulta fácilmente apreciable los retos que supondrá en el ámbito de la consecución de una identidad europea, añadir a los ciudadanos de los actuales Estados miembros los nacionales de Chipre, Estonia, Hungría o... Turquía.

consideraciones sobre la integración de la U.E.O. en la Unión Europea”, *R.E.E.*, nº. 7, 1994.

⁷³⁰Cfr. JIMENA QUESADA, L., “Los ciudadanos...”, op. cit., p. 78.