El argumento de la sustitución o sucesión parece que ha sido también acogido en algún momento por la propia Comisión de las Comunidades Europeas, sobre todo en una primera época, alrededor de 1976. A este respecto es significativa su toma de postura en las observaciones orales realizadas en el curso del procedimiento en el caso *Royer*[109], en las cuales afirmó la necesidad de que los Estados miembros, en materia de límites al derecho fundamental de libre circulación, tuvieran en cuenta también el Convenio Europeo de Derechos Humanos, "*ratificado por todos los Estados miembros de la CEE y que formaría parte integrante del derecho comunitario*"[110]. Y también en sus observaciones al caso *Watson y Belmann*: "*El Convenio, después de su ratificación por los Estados miembros, constituye una obligación jurídica tanto frente a los actos de las instituciones como cada vez que se invoca una disposición de derecho comunitario*"[111]. Además, en su *Memorándum sobre la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio sobre la protección de los derechos humanos y la libertades fundamentales* la Comisión se refiere a este carácter vinculante del Convenio, y se refiere explícitamente al "principio de sustitución", aunque este argumento debe parecerle poco sólido incluso a la propia Comisión, pues si no carecería de objeto que concluyese el *Memorándum* recomendando la adhesión al CEDH[112].

---

109 Sentencia del TJCE de 8 de abril de 1976, as. nº 48/75, *Jean Noël Royer*, Rec. 1976, pp. 497 y ss.

110 Traducido del francés: "*ratifiée par tous les Etats membres de la CEE et qui ferait partie intégrante du droit communautaire*", Rec. 1976, p. 507. Anteriormente no parece que la Comisión se hubiese mostrado muy convencida de ello. Así, en 1972, a la pregunta de un miembro del Parlamento Europeo sobre si una rápida ratificación francesa al Convenio redundaría en el interés de la Comunidad, la Comisión respondió que este problema no entraba dentro de las competencias de la Comunidad, Pregunta escrita nº 109/72, JOCE C 57, de 3 de junio de 1972, p. 3.

111 Traducido del francés: "*La Convention, à la suite de sa ratification par les Etats membres, constitue un lien juridique tant à l'égard des actes des institutions communautaires que chaque fois que se trouve invoquée une disposition du droit commuautaire*", Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1976, as. 118/75, *Lynne Watson et Alessandro Belmann*, Rec. 1976, pp. 1185 y ss., p. 1194.

112 Concretamente la Comision dice en su *Memorándum*: "*Cabe plantearse si la Comunidad, en la medida en que cuenta con poderes que le han sido delegados por los Estados miembros, no se encuentra ya, en virtud del principio de sustitución, ligada por*

Posteriormente, en la Comunicación de la Comisión sobre la adhesión de la Comunidad al CEDH de 19 de noviembre de 1990, parece que hay un cambio de opinión al respecto, puesto que se puede leer lo siguiente: "*La Comunidad no está formalmente vinculada por el Convenio de 1950. Este último sólo se aplica en el ordenamiento jurídico comunitario de manera indirecta, como fuente de inspiración del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con miras a la elaboración de los principios generales del Derecho en los que se basa el Derecho comunitario*"[113].

Ahora bien, no toda la doctrina se ha mostrado partidaria de defender la obligatoriedad del CEDH basándose en el argumento de la sucesión. En particular, se han alzado varias críticas contra la extrapolación automática de la jurisprudencia GATT al Convenio de Roma.

En primer lugar, se ha señalado[114] que en la sentencia *International Fruit* el TJCE consideró que el GATT vinculaba a la Comunidad no tanto por una aplicación estricta del artículo 234 TCEE, sino sobre todo a partir del dato de que los Estados habían querido vincular a la Comunidad, y ésta había heredado competencias específicas que, en el marco del Acuerdo General, estaban reservadas a los Estados antes de la entrada en vigor del Tratado comunitario. La situación respecto al CEDH no es exactamente la misma. Difícilmente se puede sostener que los Estados hayan transferido en este ámbito

---

las disposiciones de derecho material de la Convención de Derechos Humanos a partir del hecho mismo de la obligación original de los Estados miembros", *Mémorandum concernant l'adhésion des Communautés européennes à la Convention de sauvegarde des droits de l'home et des libertés fondamentales*, adoptado por la Comisión el 4 de abril de 1979, *Bol. CE*, suplemento 2/1979, p. 10.

113 SEC(90) 2087 final, p. 1 del Anexo II.

114 Véase COHEN-JONATHAN, "L'incidence de la Convention européenne des Droits de l'Homme sur les Communautés européennes", *op. cit.*, p. 101.

competencias a la Comunidad; o, al menos, parece claro que, a pesar de los enormes esfuerzos y avances realizados en el seno de la Comunidad en materia de derechos fundamentales, tanto en la jurisprudencia del TJCE como por el resto de instituciones, la Comunidad en ningún momento ha pretendido sustituir a los Estados miembros en la protección de los derechos fundamentales; por otro lado, es dudoso cómo podrían querer vincular a la Comunidad como tal, dado que en el momento de creación de las Comunidades un Estado miembro (Francia) no había ratificado el CEDH.

En este mismo sentido, se ha argüido también la dificultad de entender la Comunidad vinculada por un Convenio que ha sido ratificado por todos los Estados de forma separada, en momentos distintos, para algunos incluso después de la creación de la Comunidad[115].

En segundo lugar, se ha señalado la dificultad de precisar el alcance de la obligación de la Comunidad en el plano normativo, suponiendo que se considere a ésta vinculada por el Convenio. En efecto, varios Estados miembros han utilizado la técnica de las reservas. La Comunidad, ¿deberá considerarse vinculada al texto inicial, o se debe considerar que ha asumido también todas las reservas formuladas por los diferentes Estados miembros?. La misma problemática se plantea respecto a los Protocolos adicionales al Convenio.

---

115 Para COHEN-JONATHAN esta cuestión es un punto importante a dilucidar: "*La remarque est d'importance et la question nullement théorique car elle risque fort de se poser pour d'autres traités concernant les droits de l'homme (conventions internationales de travail, Charte Sociale, Pacte des Nations Unies)*", COHEN-JONATHAN, "L'incidence de la Convention européenne des Droits de l'Homme sur les Communautés européennes", *op. cit.*, p. 102.

Por último, también se ha dicho que para poder hablar de sucesión era preciso que hubiese reconocimiento de las demás partes contratantes, lo que no es el caso[116].

Teniendo en cuenta algunos de estos argumentos críticos, algunos autores aportan matizaciones al hablar del efecto de sustitución, recalcando sus limitaciones. Así, FERNÁNDEZ TOMÁS señala que la utilización de dicho principio está sujeta a unos límites, que consisten en la propia asignación competencial comunitaria operada por los Tratados constitutivos. La afirmación de que el CEDH forma parte del derecho comunitario por la vía de la sucesión resultaría exagerada si se tiene en cuenta que las disposiciones del Convenio exceden los límites de las competencias comunitarias: " *Así, pues, el límite al "principio de sustitución" vendría a ser al propio tiempo funcional y finalista, pues únicamente sería función del Tribunal de Justicia la protección de una libertad fundamental en el ámbito económico cuando ello fuera necesario para el logro de los fines integradores asignados a la Organización*"[117].

También se ha dicho que la cuestión de los efectos del CEDH debería abordarse, más que por el principio de sucesión, mediante el recurso al artículo

---

116 AKEHURST, *op. cit.*, p. 42.

117 FERNÁNDEZ TOMÁS, A. : "La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH): un intento de solución al problema de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario", *RIE*, 1985, nº 3, pp. 701-719, p. 709. Por su parte, también MANCINI parece aceptar la tesis de una sustitución limitada y funcional. Para este autor dicha opinión viene ratificada por la sentencia *Panasonic*, "*in cui la Corte valutò i diritto de riservatezza con solo riferimento all'art. 8 della Cedu e affermò senza ambagi che, in sede comunitaria, il rispetto dei diritti fondametali è garantito "conformemente" ai trattati internazionali. E dunque ormai certo che agli organi della Comunità Cedu e Gatt si impongono con la medesima efficacia e, di conseguenza, che le norme materiali della pria constituiscono un parametro per la valutazione di altri parametri*" , MANCINI, F.: "La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee", *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1989, nº 1, pp. 1-16, p. 12.

234[118]. Sin embargo, tampoco esta vía está exenta de dificultades. Este artículo enuncia simplemente que los Estados que han concluido acuerdos con Estados terceros no se ven exentos de sus obligaciones por la entrada en vigor del Tratado de Roma. Es decir, que no pueden utilizar el pretexto de su pertenencia a la Comunidad para no respetar sus obligaciones internacionales preexistentes. Por tanto, este artículo no se opondría a la adopción de actos comunitarios contrarios al CEDH, sino sólo a su aplicación en el derecho interno de los Estados miembros. Esta oponibilidad relativa no lleva por sí sola a hacer del CEDH una fuente obligatoria para la Comunidad[119].

En definitiva, más allá de lo bien fundado de las posiciones doctrinales al respecto, lo cierto es que el TJCE, pese a sus múltiples referencias al CEDH, en ningún momento lo ha relacionado con el principio de sustitución ni con el artículo 234. Este silencio del TJCE resulta aún más significativo si se tiene en cuenta que en diversas ocasiones los Abogados Generales se han referido a estas cuestiones en sus Conclusiones, habiéndose pronunciado en alguna ocasión claramente en contra de considerar al CEDH incorporado al ordenamiento comunitario[120].

Más matizada resulta la opinión de quien aclara que si el CEDH debe considerarse parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario, no lo es en

---

118 MENDELSON, *op. cit.*, p. 160.

119 Estas dificultades han sido subrayadas por J. P. JACQUÉ en "Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'Homme", en *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 325-340, p. 331, y por COHEN-JONATHAN: "La Convention Européenne des Droits de l'Homme et la Communauté Européenne", en *Mélanges F. Dehousse. Vol. 1: Le progres du droit des gens*, Nathan-Labor, Paris-Bruxelles, 1979, pp. 157-168, p. 165.

120 En este sentido ver las conclusiones del Abogado General TRABUCCHI, presentadas el 2 de junio de 1976, as. 118/75, *Lynne Watson et Alessandro Belmann*, Rec. 1976, pp. 1201 y ss., p. 1206. Más recientemente las Conclusiones del Abogado General VAN GERVEN presentadas el 27 de abril de 1994, as. C-404/92P, *X contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1995, pp. I-4739 y ss., p. I-4750.

virtud del principio de sustitución, sino sólo de un modo parcial e indirecto, por la vía de los principios generales; es decir, las previsiones que contiene el Convenio obligarían a las instituciones comunitarias en tanto que principios generales del derecho que deben respetar[121]. Ahora bien, la afirmación que la Comunidad está vinculada al CEDH en la medida en que éste se ha incorporado a los principios generales del derecho que el Tribunal garantiza, sólo puede contrastarse, al menos hasta la entrada en vigor del TUE, a partir de la jurisprudencia del Tribunal. Y en dicha jurisprudencia no se encuentran indicaciones claras en el sentido de una incorporación por la vía de los principios generales del derecho[122]. Así, en la sentencia *Wachauf* el TJCE afirma:

"*Según reiterada jurisprudencia sentada en particular por la sentencia de 13 de diciembre de 1979 (Hauer, 44/79, Rec. 1979, p. 3727), los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al garantizar la salvaguardia de dichos derechos, el Tribunal de Justicia está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, de forma que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones de dichos Estados. Los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, a los que han colaborado o se han adherido los Estados miembros, pueden proporcionar asimismo indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario*"[123].

---

121 DRZEMCZEWSKI, A.: "The Domestic Application of the European Human Rights Convention as European Community Law", *ICLQ*, 1981, nº 1, pp. 118-140, p. 132.

122 En este sentido, JACQUÉ, *op. cit.*, p. 327. Y también FOSTER, N. : "The European Court of Justice and the European Convention for the Protection of Human Rights", *HRLJ*, 1987, nº 2-4, pp. 245-272, p. 248.

123 Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1989, as. 5/88, *Hubert Wachauf contra República Federal de Alemania*, Rec. 1989, pp. 2609 y ss, p. 2639, subrayado añadido.

Es cierto que en otras ocasiones, en cambio, el TJCE utiliza fórmulas más expeditivas, en las que se omite hablar de fuente de inspiración. Así, por ejemplo, en la sentencia de 21 de setiembre de 1989, *Hoechst*, se dice simplemente: "*En efecto, según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia, de conformidad con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como con los instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han intervenido o a los que se han adherido (..). El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (...) presenta en este orden una singular relevancia*"[124]. Resulta díficil, sin embargo, sostener que este cambio de terminología constituye una evolución jurisprudencial, puesto que en sentencias posteriores el TJCE ha utilizado la fórmula anterior, en la que claramente habla de fuente de inspiración[125].

Teniendo en cuenta todo ello se podría afirmar que el CEDH tiene meramente un valor de guía para el TJCE. Es decir, es un elemento que le permite, entre otros, afirmar la existencia de un determinado derecho fundamental en el ordenamiento comunitario, pero no una fuente formal para

---

124 Sentencia del TJCE de 21 de setiembre de 1989, *cit.*, Rec. 1989, p. 2939, subrayado añadido.

125 Así, por ejemplo, en la sentencia *ERT*, en la que se dice: "*...procede recordar, con carácter preliminar que, según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al efecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros hayan cooperado o a los que se hayan adherido (...). El Convenio Europeo para la protección de los derechos Humanos reviste a este respecto un significado particular...*" , Sentencia de 18 de junio de 1991, as. C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE (ERT) contra Dimotiki Etairia Plirofossis y Sotirios Kouvelas*, Rec. 1991, pp. I-2925 y ss, p. I-2963, subrayado añadido.

aplicar en cuanto tal a los casos concretos[126]. La técnica utilizada por el TJCE en relación al CEDH no sería distinta a la empleada respecto a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Esta parece ser la posición de RODRÍGUEZ IGLESIAS: "*Al igual que el Derecho interno, las normas internacionales de protección de los derechos humanos no son formalmente aplicadas en el Tribunal de Justicia en cuanto tales normas internacionales, sino que son tomadas en consideración en cuanto fuente para la identificación de los principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros*"[127].

Ahora bien, más allá de la explicación teórica sobre el valor jurídico del CEDH, la jurisprudencia del TJCE, con sus reiteradas referencias al mismo, pone de manifiesto que dicho Convenio en la práctica juega un papel importante. Es en este sentido que se ha reconocido que el CEDH desempeña una función parecida o equivalente a la de un catálogo de derechos fundamentales[128]. Ello comporta que, a pesar del elevado margen de maniobra que el TJCE dispone en la medida en que utiliza el CEDH meramente como guía, las pautas que sigue el TJCE son más claras que respecto a las tradiciones constitucionales comunes, al existir un catálogo codificado. La referencia al CEDH, pues, ha sido y es un factor clave para la identificación de los derechos fundamentales, aunque el

---

126 En este sentido, MANGAS MARTÍN, A.: *Derecho comunitario europeo y derecho español,* Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1987, p. 163.

127 RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C.: "La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea..., op. cit.*, pp. 202-233, p. 211. También otros autores, entre ellos: SAGGIO, A.: "La protezione dei diritti fondamentali...", *op. cit.*, p. 285; LASAGABASTER HERRATE, I.: "Las Comunidades europeas y los derechos fundamentales", *REDC,* 1986, nº 18, pp. 51-82, p. 62; GRABITZ, E.: "Implementation of Human Rights in Community Law", en *European Governmental Studies. In Memoriam J.D.B. Mitchell,* Sweet & Maxwell, London, pp. 194-210; CARRILLO SALCEDO, J.A. : "La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas", en GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; GONZÁLEZ CAMPOS, J. y MUÑOZ MACHADO, S. (dirigido por): *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho Español,* Tomo II, Civitas, Madrid, 1986, pp. 17-26.

128 RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., *op. cit.*, p. 213.

hecho que no pueda considerarse estrictamente como parte del derecho comunitario tiene también sus consecuencias, en particular que el TJCE pueda realizar una configuración propia de los derechos reconocidos en el mismo, sin estar obligado a seguir en detalle la interpretación de los mismos realizada por los órganos de Estrasburgo.

UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA

FACULTAT DE DRET

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO

VOL. II

MONTSERRAT PI LLORENS

Bellaterra, febrer, 1996

Universitat Autònoma de Barcelona
Servei de Biblioteques
1500492129

CAPÍTULO V

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO: CATEGORIZACIÓN

Los derechos fundamentales han sido recogidos en el ordenamiento comunitario de la mano del TJCE, que ha considerado que forman parte de los principios generales del derecho que él garantiza. En los capítulos anteriores se ha examinado el fundamento legal y la metodología que ha seguido el TJCE para afirmar dicha protección. Se trata ahora de abordar lo que podría considerarse el resultado de dicha metodología. Es decir, en virtud de los métodos aplicados por el TJCE, ¿cuáles son los derechos que están reconocidos como fundamentales en el ordenamiento comunitario?, ¿porqué se les califica de fundamentales?. En otras palabras, el presente capítulo intenta ofrecer un posible concepto de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario.

Para la delimitación de lo que será el objeto de las siguientes páginas, es preciso realizar dos consideraciones previas. En primer lugar, no se pretende abordar aquí una fundamentación de los derechos fundamentales, en el sentido de aportar razones en favor de su reconocimiento por parte del derecho. Dicha tarea de fundamentación traspasa, en nuestra opinión, las fronteras del orden jurídico para adentrarse en el ámbito de la filosofía moral o política. Tampoco se intentará establecer una teoría general o concepción sobre los derechos fundamentales, en el sentido de fijar un esquema explicativo aplicable a todos los derechos fundamentales, que conduzca a una determinada comprensión de los mismos: como valores, como instituciones, etc... La finalidad del presente

capítulo es mucho más modesta: intentar delimitar una categorización de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario.

En segundo lugar, debe advertirse también que el propósito de las siguientes páginas no consiste en analizar el contenido de todos los derechos que el TJCE ha considerado como fundamentales, ya que cada uno de ellos sería el objeto de una tesis en sí misma. Lo que se pretende es establecer una conceptualización y una sistemática de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario. Ello exigirá, evidentemente, mencionar en concreto los derechos que ha protegido el TJCE, pero las referencias a sus contenidos serán necesariamente incompletas; la investigación, por tanto, tendrá un carácter funcional e instrumental y será parcial, en el sentido que está sólo dirigida al fin que se ha preestablecido previamente.

1. LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO

1.1. La ausencia en el ordenamiento comunitario de un concepto formal de derechos fundamentales.

Abordar una delimitación conceptual de los derechos fundamentales o de los derechos humanos en general es una tarea no exenta de dificultades, como ha sido reconocido por la doctrina, que ha expresado la ambigüedad reinante en esta materia al caracterizarlos con expresiones como "*realidad compleja y polivalente*"[1] o "*paradigma de la equivocidad*"[2]; intentar dicha clarificación conceptual en el ámbito específico del derecho comunitario resulta también enormemente complicado.

Parece ser que el término "derechos fundamentales" es de origen alemán (*Grundrechte*), apareciendo por primera vez en la Constitución aprobada en Frankfurt en 1848, cuya vigencia temporal fue muy limitada[3]. La expresión no

---

[1] DE CASTRO CID, B.: *El reconocimiento de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 23.

[2] PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 25. Buena prueba de esta equivocidad (es decir, que pueden entenderse o interpretarse en varios sentidos) lo constituye la actitud del *rapporteur* general en el estudio de la FIDE dedicado a la protección de los derechos fundamentales por el poder judicial, cuando, tras haber esbozado una serie de consideraciones acerca de esta noción, afirma: "*Les remarques précédentes sont destinées à montrer que l'expression droits fondamentaux pose un problème. Ce problème m'est apparu insoluble, j'ai donc considéré qu'il n'existait pas....C'est dire donc que j'ai volontairement adopté une position tendant à étudier les procédures de protection des droits fondamentaux en considérant que ceux-ci correspondaient aux libertés individuelles, aux droits de l'homme*" COLLIARD, C.A.: "La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire. Rapport général", *L'individu et le droit européen,* VII Congrès FIDE, Bruxelles, 1975, apartado II/1, pp.1-22, p. 4.

[3] Así se afirma en PÉREZ ROYO, J.: *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 244. PÉREZ LUÑO señala que el término "derechos fundamentales" apareció en Francia en 1770 en el seno del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 30.

reapareció en el constitucionalismo alemán hasta después de la I Guerra Mundial: en la Constitución de Weimar se incluyó una parte titulada *Derechos Fundamentales y Deberes Fundamentales de los Alemanes*. La Ley Fundamental de Bonn retomó esta terminología, que ha sido objeto desde entonces de una considerable expansión en todo el continente europeo.

Actualmente, los distintos sistemas jurídicos se refieren en ocasiones a la noción de derechos fundamentales y en otras a la de derechos humanos, libertades fundamentales o derechos de los ciudadanos. Así, y únicamente a modo de ejemplo, mientras la expresión derechos fundamentales es usada de modo generalizado en los ordenamientos jurídicos alemán y español, entre otros, y en algunos textos internacionales[4], otros ordenamientos estatales, como es el caso en Francia y la mayoría de documentos internacionales, se refieren básicamente a los derechos humanos[5]. Ambas expresiones conviven también en el interior de un mismo sistema jurídico: los términos utilizados varían de un texto a otro, y la pluralidad de expresiones viene también a menudo propiciada por la incorporación al derecho interno de los convenios internacionales. No es, pues, de extrañar que en el derecho comunitario se encuentren también todas estas fórmulas.

La complicación de la delimitación conceptual viene agravada en el derecho comunitario por la inexistencia de un catálogo de los mismos, lo cual dificulta el establecimiento de una noción normativo-positivista de derechos fundamentales. A ello hay que añadir que en la jurisprudencia comunitaria aparecen una serie de expresiones ("derecho fundamental", "principio

---

[4] Por ejemplo, en el Preámbulo del Tratado de Bruselas de 1948.

[5] Así, la Declaración Universal de 1948, los Pactos de 1966, y el Convenio Europeo de 1950.

fundamental", "principio", "regla superior de derecho que protege los intereses de los particulares", "derechos de las personas") que el TJCE utiliza en función del derecho de que se trate, pero también en función del contexto contencioso en el que aparecen[6], que no siempre resultan fáciles de clarificar desde el punto de vista conceptual y que no permiten determinar a simple vista con exactitud las consecuencias jurídicas que se derivan de que un derecho sea calificado como fundamental. De ahí la gran disparidad que se puede encontrar en la doctrina a la hora de incluir o no una determinada cuestión bajo el rótulo de los derechos fundamentales comunitarios.

La pregunta sobre qué derechos deben considerarse fundamentales puede ser planteada en términos concretos o de forma abstracta[7]. Una formulación de corte abstracto consiste en preguntarse sobre los criterios a partir de los cuales un derecho, sea cual sea el orden jurídico o la Constitución a la que pertenece, puede ser considerado e identificado como fundamental. En cambio, la cuestión se presenta en términos concretos si se ciñe a un determinado orden jurídico o a una determinada Constitución, intentando dilucidar dentro de él o de ella qué derechos son fundamentales y cuáles no. En la doctrina se pueden encontrar conceptos de derechos fundamentales en términos abstractos. Así, un primer sentido atribuible a la expresión derechos fundamentales, que responde a un enfoque abstracto, haría referencia a aquellos derechos que se consideran inalienables y de carácter absoluto[8]. En esta línea, el

---

6 En este sentido, RIDEAU, J.: "Le rôle de la Cour de Justice des Communautés européennes. Techniques de protection", *RIDC*, 1891, nº 1, pp. 583-599, p. 584, traducción al castellano de L. AGUIAR DE LUQUE y M.G. RUBIO CASAS en *Tribunales constitucionales y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 537-561, p. 539.

7 ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción al castellano de E. GARZÓN VALDÉS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 62.

8 DRZEMCZEWSKI, A.Z.: "Fundamental Rights and the European Communities: recent developments", *HRRev.*, 1977, pp. 69-86, p. 79.

profesor VAN BOVEN establece una distinción entre "derechos humanos fundamentales" y "otros derechos humanos". La primera categoría vendría representada por aquellos derechos que se encuentran en la base misma de la comunidad internacional, fundamentados en un consenso real, y que son válidos en cualquier circunstancia, independientemente de tiempo y lugar, sin ninguna posibilidad de derogación (por ejemplo, la prohibición de discriminación racial, del genocidio, o de la esclavitud). La segunda categoría recogería derechos más recientes y discutidos, como ciertos derechos sociales y económicos, de carácter programático, o derechos colectivos[9].

Sin embargo, parece difícil que el concepto de derechos fundamentales pueda reducirse a los derechos inalienables y absolutos, aún suponiendo que pudiera establecerse claramente cuáles son estos. En general, las normas jurídicas internas e internacionales otorgan el calificativo de derechos fundamentales a derechos que pueden someterse a límites. En el caso del CEDH, por ejemplo, no tendría sentido afirmar que la libertad de expresión no puede calificarse de fundamental por el hecho que el artículo 9 de dicho Convenio permite restricciones a la misma. En el ámbito de los derechos internos, también los derechos considerados fundamentales están sometidos a limitaciones. Baste señalar, como ejemplo, la Constitución española de 1978: la libertad ideológica y religiosa encuentra su límite en "*el orden público protegido por la ley*" (art. 16); las libertades de expresión, creación artística, cátedra e información tienen su límite "*en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*" (art. 20.4); la llamada "función social" constituye un límite a los derechos de propiedad privada y herencia (art. 33.2).

---

9 VAN BOVEN, T.C.: "Criterios distintivos de los derechos humanos" en VASAK, K. (ed): *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. I, Serbal-Unesco, Barcelona, 1984, pp. 77-99.

La traslación de estas consideraciones sobre el carácter "fundamental" de algunos derechos al ámbito comunitario tampoco resulta fácil. Por un lado, parece claro que, dados los objetivos y las competencias materiales de las Comunidades, el concepto de derechos fundamentales no puede limitarse[10] a los derechos que antes se han descrito, siguiendo a VAN BOVEN, como derechos humanos fundamentales: los básicos de la comunidad internacional, fundamentados en un consenso real y válidos independientemente de circunstancias de tiempo y lugar, que no permiten ninguna derogación o restricción. Los derechos fundamentales en las Comunidades presentan una serie de especificidades que hay que tener en cuenta. Entre ellas, se puede mencionar precisamente el hecho que el derecho comunitario incide sólo de manera tangencial en los ámbitos en los que habitualmente son más relevantes los derechos fundamentales (derecho penal, derecho de familia, procedimiento penal, etc...); a ello hay que añadir que si bien los individuos son sujetos del derecho comunitario, además de los Estados miembros y las instituciones comunitarias, los particulares afectados más directamente por el ordenamiento comunitario son habitualmente operadores económicos y generalmente personas jurídicas más que personas físicas[11]. Por otro lado, al igual que en otros ordenamientos, el TJCE ha reconocido que también en el derecho comunitario los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones[12]. La categorización de los derechos fundamentales como derechos absolutos no resulta, pues, de mucha ayuda para su delimitación conceptual.

---

10 MOITINHO DE ALMEIDA, J.C.: "La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (dirigido por): *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 97-132, p. 97.

11 EDWARD, D.: "Constitutional Rules of Community Law in EEC Competition Cases", *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1989, pp. 383-418, p. 393.

12 Véase *infra*, cap. VI.

Otro sentido de "fundamental" planteado también en términos abstractos pero que apunta ya a una necesidad de concreción, haría referencia a la determinación de una estructura jerárquica. Es decir, se estaría aludiendo a derechos que forman parte del orden superior de una comunidad, que se sitúa por encima del resto de derechos subjetivos ordinarios. En este sentido, MARCOUX afirma: "*Los derechos fundamentales son los expresados o garantizados por las normas superiores de un ordenamiento jurídico dado, o que son esenciales para la existencia y el contenido de otros derechos de este ordenamiento. Así, el estudio de los derechos fundamentales de un ordenamiento jurídico se concentra en su texto constitucional, sobre las interpretaciones jurisprudenciales de éste, y sobre las reglas consideradas como de primera importancia para su estructura y contenido*"[13].

También PERROT[14] define los derechos fundamentales como aquéllos que están expresados en, o garantizados por, las leyes básicas de un determinado sistema legal, por ejemplo derechos que están especificados en una Constitución escrita, o en leyes de desarrollo constitucional, o en la jurisprudencia de tribunales superiores.

---

13 En francés en el original: "*Les droits fondamentaux sont ceux exprimés ou garantis par les normes supérieures d'un ordre juridique donné ou qui sont essentiels à l'existence et au contenu d'autres droits de cet ordre. Ainsi l'étude des droits fondamentaux d'un ordre juridique se concentre sur son texte constitutionnel, sur les interprétations jurisprudentielles de celui-ci, et sur les règles considerées comme de première importance pour sa structure et son contenu*", MARCOUX, L.: "Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne", *RIDC*, 1983, pp. 691-733, p. 691. En un sentido parecido, algo más amplio, DRZEMCZEWSKI: "*Basic/fundamental rights may be embodied in constitutional provisions, as for example in the Italian and German Constitutions which control ordinary legislation and acts of public administration, or alternatively, in the absence of such provisions, may derive their validity from political axioms upon which the given social order rests. The identification of rights and freedoms which are given social priority is another way of categorising the term "fundamental". The category may include those rights which are generally to be enforced or respected and the exercise of which may be restricted only if, and to the extent that, an identifiable public interest is overriding and requires it, by such terms as 'ordre public' and 'subject to restrictions in a democratic society'*", *op. cit.*, p. 80.

14 PERROT, D.L.: "The Logic of Fundamental Rights", en *Fundamental Rights*, Sweet & Maxwell, London, 1973, pp. 1-17, p. 8.

El diferente grado de concreción positiva es también el criterio que utiliza PÉREZ LUÑO para distinguir entre derechos humanos y derechos fundamentales[15]. Para este autor, el término "derechos humanos" tendría unos contornos más amplios e imprecisos que la noción de "los derechos fundamentales":

"*Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada*"[16].

Aparece en esta definición un punto clave para el tema que se está tratando, y es la relación derechos fundamentales-Constitución. Para CRUZ VILLALÓN[17], los derechos fundamentales son una categoría dogmática del derecho constitucional. Ello significa que una referencia a derechos

---

15 PÉREZ LUÑO, A.: *Los derechos fundamentales*, Temas clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1986, pp. 44 y ss.

16 PÉREZ LUÑO, *Los derechos..., op. cit.*, p. 46.

17 CRUZ VILLALÓN, P.: "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *REDC*, 1989, nº 25, pp. 35-62, p. 41. Por su parte, PHILIP afirma: "*Les droits fondamentaux sont les droits de l'homme garantis par la Constitution*". Sin embargo, dicho autor no concede una especial importancia, y en esto se separa de CRUZ VILLALÓN, a la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales: "*S'il est vrai que nous sommes plus accoutumés au terme "droits de l'homme" employé dès 1789 et que nous retrouvons dans de nombreuses constitutions nationales et dans les textes des organisations internationales come l'O.N.U. ou le Conseil de l'Europe, il ne faut pas attacher à cette différence une grande signification. L'expression "droits fondamentaux", déjà utilisée dans le préambule du traité de Bruxelles de 1948, est issue de la Loi Fondamentale de la République d'Allemagne. Les droits fondamentaux sont les droits de l'homme garantis par la Constitution*", PHILIP, C.: "La Cour de Justice des Communautés européennes et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire", *AFDI*, 1975, pp. 383-407, p. 384.

fundamentales tiene como premisa previa la existencia de una Constitución. Y este es el criterio, para este autor, que permite deslindar la categoría derechos fundamentales de otros términos parecidos. Si no se dispone de una Constitución, podrá hablarse de derechos humanos, libertades públicas, derechos de las personas, derechos públicos subjetivos, etc..., pero no de derechos fundamentales. Es decir, derechos fundamentales serían aquellos derechos que encuentran su reconocimiento en una Constitución y en la medida en que de este reconocimiento se deriva alguna consecuencia jurídica específica. Serían, en definitiva, "*los derechos en cuanto garantía constitucionalmente relevante*"[18].

Ciertamente los derechos humanos o fundamentales no existen jurídicamente al margen del derecho positivo, pero es preciso constatar que pueden ser reconocidos por el derecho positivo mediante técnicas muy diversas. Como señala PRIETO SANCHÍS es probable que la disparidad sea meramente terminológica[19]. Para este autor, resulta artificioso sostener que en la Ley Fundamental de Bonn o en la Constitución española se reconoce algo diferente a las *libertés publiques* francesas, a los *civil rights* ingleses o a los derechos humanos del CEDH. Y concluye: "*Sin duda, será importante subrayar que se protegen de manera diferente, pero, en lo sustancial, no que se protegen cosas diferentes*"[20].

Todo ello pone de manifiesto que un concepto de derechos humanos o fundamentales que quiera ser eficaz y operativo en el ámbito jurídico debe centrarse en las prescripciones del derecho positivo de un determinado

18 CRUZ VILLALÓN, *op. cit,* p. 42.

19 PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Ed. Debate, Madrid, 1990, p. 96.

20 *Ibid.*

ordenamiento jurídico. Resulta muy categórico afirmar que un derecho no es fundamental si no es absoluto, inalienable, constitucional, etc..., pero parece más realista reconocer que la etiqueta de "fundamental" es a menudo una cuestión discutible que sólo se puede intentar dilucidar partiendo de la dimensión histórica de los derechos, plasmada en un ordenamiento jurídico concreto[21]. Se trata, por tanto, de averiguar qué concepto de derechos fundamentales ofrece el ordenamiento jurídico comunitario.

Podría pensarse en la siguiente respuesta: son aquéllos que se recogen en las disposiciones fundamentales o superiores del ordenamiento jurídico comunitario, es decir, los Tratados constitutivos y los principios establecidos en la jurisprudencia del TJCE. En este sentido se podría situar la definición que ofrece MOITINHO DE ALMEIDA: "... *los derechos garantizados por normas o principios superiores del ordenamiento comunitario que constituyen un instrumento esencial para la realización de tales derechos, constituyendo, así, un elemento del sistema de sanción de normas fundamentales propias del ordenamiento jurídico comunitario*"[22].

Sin embargo, esta respuesta plantea un problema: es evidente que no todas las disposiciones de los Tratados constitutivos ni todos los principios generales del derecho protegen derechos fundamentales[23]. Es preciso, por tanto, establecer un criterio que permita clasificar o separar los principios o disposiciones de los Tratados que expresan un derecho fundamental de aquéllos que no; o para expresarlo en términos análogos a la definición de MOITINHO

---

21 En este sentido, PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, p. 88.

22 MOITINHO DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 97.

23 La categoría de principios generales incluye también principios a los que no se puede otorgar un carácter fundamental, como por ejemplo los aludidos en el artículo 215 del TCE en materia de responsabilidad extracontractual.

aquí transcrita, es necesario precisar en virtud de qué criterios se considera a una norma o a un principio como superior, mas allá de su pertenencia al Tratado o a la jurisprudencia del TJCE. La búsqueda de dichos criterios puede apoyarse en puntos de vista formales o materiales.

Desde un punto de vista formal, que apunte a la forma de positivación, serían derechos fundamentales aquéllos que, independientemente de su contenido y estructura, estén recogidos en normas que los califiquen formalmente como tales. Pues bien, en virtud de este criterio, en el ordenamiento comunitario no existe ninguna norma de derecho fundamental. Como es sabido, no existen en los Tratados constitutivos normas que expresamente reconozcan derechos fundamentales. La única referencia que se hace a los mismos es la contenida en el artículo F.2 del TUE. Este artículo no contiene un catálogo de derechos desarrollado, pero sí que declara que la Unión protege los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Podría pensarse que de dicho artículo se deducen, pues, cuáles son los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario. Sin embargo, el problema radica en la imprecisión y generalidad del redactado de dicho artículo. Como se ha visto en los capítulos anteriores, ni la remisión al CEDH ni a las tradiciones constitucionales comunes ofrecen resultados concluyentes[24]. El TJCE los utiliza fundamentalmente como guía a la hora de dotar de contenido a los principios generales del derecho, conservando una gran libertad o grado de discreción para su definición y aplicación concreta. Por tanto, el artículo F.2 no aporta un criterio formal de identificación de los derechos fundamentales.

---

[24] Véase *supra*, capítulo IV.

Si los Tratados no permiten una categorización formal de los derechos fundamentales, podría buscarse ésta a partir de la jurisprudencia del TJCE, que ha declarado que los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del derecho. Ciertamente, en la jurisprudencia del TJCE, así como en las conclusiones de los Abogados Generales, pueden encontrarse algunos párrafos que apuntan a una distinción entre los derechos fundamentales y otros derechos. En páginas anteriores se ha comentado ya lo que aportan en este sentido las sentencias *Hoechst*, *Orkem* y *Solvay*[25].

En estos casos, los derechos alegados por los demandantes (en el primero, la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, y en los otros dos, el derecho a no declarar en contra propia) no son reconocidos por el TJCE como derechos fundamentales, pero el TJCE extrae de los principios generales del derecho comunitario garantías o derechos de los particulares frente a las actuaciones de la Comisión. En la sentencia *Hoechst* podría considerarse que el no reconocimiento de la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas como un derecho fundamental exime al TJCE de establecer un estándar comunitario de protección, operándose una remisión a los derechos internos[26]. Pero en el caso de las sentencias *Orkem* y *Solvay* el TJCE no hace ninguna remisión a los derechos internos y establece un límite o una prohibición clara para la Comisión: no puede imponer a las empresas la obligación de dar respuestas por las cuales se admita la existencia de una infracción. Y a partir de este criterio general el TJCE examina las preguntas que la Comisión formuló en la Decisión objeto de recurso y anula aquéllas que considera contrarias a este

25 Véase *supra*, cap. II y cap. III.

26 RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.: "La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas", en *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea. Jornadas celebradas los días 2 y 3 de noviembre de 1992, en la Sede de la Universidad en Getafe*, Universidad Carlos III de Madrid, Cátedra Joaquín Ruíz-Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo, Madrid, 1993, pp. 201-233, p. 220.

principio general. La consecuencia, por tanto, de la vulneración del principio general por parte de la Comisión es la anulación de la Decisión. Podría decirse, pues, que dichas sentencias apuntan a una distinción entre derechos fundamentales y otros derechos, pero sin que queden muy claras las consecuencias jurídicas de dicha distinción.

Esta cuestión se aborda de manera más concreta en las conclusiones del Abogado General WARNER al caso *AM & S*[27]. Se discutía aquí el reconocimiento del principio de la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y su cliente. La CCBE (*Commission Consultative des Barreaux de la Communauté européenne*) argumentó que se trataba de un derecho fundamental. El Abogado General consideró que no podía sostenerse dicha afirmación, basándose en que tal derecho no estaba reconocido ni en el CEDH ni en las Constituciones estatales. Por ello concluyó:

"*En nuestra opinión, se trata de un derecho que las legislaciones de los países civilizados reconocen en general, de un derecho que no es fácilmente denegable, pero no de un derecho protegido hasta el extremo que en la Comunidad el Consejo no pueda nunca legislar para prever una excepción o modificarlo*"[28].

Parece que el Abogado General esté aludiendo a una distinción entre principios que protegen derechos fundamentales, que tendrían un valor "constitucional" y, por tanto, no podrían ser objeto de excepciones o

---

27 Sentencia del TJCE de 18 de mayo de 1982, as. 155/79, *AM & S Europe Limited contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1982, pp. 1575 y ss.

28 En francés en el original: "*Selon nous, il s'agit d'un droit que les législations des pays civilisés reconnaissent de façon générale, d'un droit qu'il n'est pas facile de denier, mais non pas d'un droit protégé au point que dans la Communauté le Conseil ne puisse jamais légiférer pour y prevoir une exception ou le modifier.*", Rec. 1982, p. 1636.

modificaciones por el legislador comunitario, y otros principios protectores de derechos que no gozarían de tal preminencia y, en consecuencia, podrían ser modificados por vía legislativa. Evidentemente, el TJCE ha considerado los derechos fundamentales como un parámetro de validez de las normas de derecho derivado. Sin embargo, el problema radica en que dicha función correctora también se ha atribuido a principios que el TJCE no ha reconocido como derechos fundamentales[29]. Por otro lado, la distinción apuntada por el Abogado General se basa únicamente en un criterio de jerarquía, que no es suficiente para permitir una categorización formal de los derechos fundamentales, puesto que todas las disposiciones de los Tratados gozan de superioridad jerárquica en el ordenamiento comunitario.

La conclusión que debe extraerse, por tanto, de lo dicho hasta aquí, es que el ordenamiento comunitario como tal no ofrece expresamente ningún criterio formal que permita identificar derechos fundamentales. A la inexistencia de criterios formales internos, es decir propios del derecho comunitario, hay que añadir la imposibilidad de aplicar criterios formales externos, es decir, criterios trasladados de otros ordenamientos jurídicos. En este sentido, desde un punto de vista formal, los derechos fundamentales se vinculan a su reconocimiento constitucional, que implica generalmente que se vean dotados de unas garantías específicas y particulares. A ello alude CRUZ VILLALÓN al hablar de la vertiente formal de los derechos fundamentales, que comprende dos elementos: la garantía judicial y la vinculación del legislador[30]. Este esquema no es

---

29 En este sentido RIDEAU, J.: "*...la estructura y el sistema de fuentes de Derecho de las Comunidades europeas no permite establecer una jerarquía formal entre los principios del estilo de la que exite en algunos Estados, en los que se distingue entre principios con valor constitucional y principios con valor legislativo. Los principios comunitarios participan de la preeminencia del Derecho primario (los Tratados constitutivos) sobre el Derecho derivado, ya se encuentren inscritos en los propios Tratados o sean fruto de una creación jurisprudencial*", RIDEAU, *op. cit.*, p. 539. Sobre este tema véase *supra*, cap. III.

30 CRUZ VILLALÓN, P. "El Legislador de los derechos fundamentales", en LÓPEZ PINA, A.(ed.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Civitas, Madrid,

trasladable al derecho comunitario, puesto que en él no existe ningún procedimiento ni ninguna garantía específica para los derechos fundamentales. En efecto, no existe en el plano procesal ninguna vía de recurso específica para supuestas violaciones de derechos fundamentales, sino que su conocimiento por parte del TJCE se hace mediante los recursos previstos en los Tratados para garantizar en general el respeto del derecho (especialmente, el recurso de anulación, cuyo acceso a los particulares es, como es sabido, muy restringido[31], y la cuestión prejudicial). Por su parte, el artículo F.2 no prevé ninguna garantía específica en cuanto a las limitaciones o a la protección de estos derechos[32].

Por otro lado, si el concepto de derechos fundamentales se liga específicamente a la existencia de una Constitución, la cuestión entonces reside en preguntarse hasta qué punto los Tratados constitutivos pueden considerarse una verdadera Constitución comunitaria. Es decir, hasta qué punto la idea de Constitución es adecuada a la realidad jurídico-política comunitaria y, por tanto, si es conceptualmente correcta su utilización[33]. Ciertamente en la jurisprudencia

---

1991, pp. 125-137, p. 127. Por su parte, PÉREZ ROYO señala tres elementos definitorios de los derechos fudamentales: eficacia directa y vinculación a todos los poderes públicos, reserva de ley y contenido esencial, y control de constitucionalidad, PÉREZ ROYO, *op. cit.*, p. 289.

31 El propio Tribunal de Justicia ha planteado dudas sobre si el recurso de anulación, que los particulares sólo pueden interponer contra los actos que les afecten directa e individualmente, es suficiente para garantizarles una protección jurisdiccional efectiva contra las violaciones de sus derechos fundamentales que puedan resultar de la actividad legislativa de las instituciones. Al respecto, véase *infra*, capítulo VII.

32 El profesor LIÑÁN señala que "*esta actividad proclamatoria recuerda, mutatis mutandi, la tradición de las constituciones del siglo XIX que, en general, como ha señalado Pierre Bon, atendían en lo esencial a la función de proclamación de los derechos y libertades, e ignoraban ampliamente la función de garantía*", LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: "Derechos fundamentales y de ciudadanía en la Constitución Europea", en OREJA, M.(dirigido por): *La Constitución Europea*, Universidad Complutense de Madrid, Actas del Escorial, Madrid, 1994, pp. 75-86, p. 77.

33 Sobre este tema, véase RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.: "La Constitución de la Comunidad europea", *Noticias CEE*, 1993, nº 100, pp. 93-99; DÍEZ-PICAZO, L.M.: "Reflexiones sobre la idea de Constitución europea", *RIE*, 1993, nº 2, pp. 533-559, y FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L.: "La noción de Constitución europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas", *REDC*, 1994, nº 40, pp. 241-289.

del TJCE se pueden encontrar referencias a los Tratados constitutivos en clave constitucional[34]. El texto jurisprudencial más interesante en este sentido es, por el momento, el Dictamen 1/91, sobre el acuerdo del Espacio Económico Europeo[35]. En él, el TJCE claramente afirma que el carácter jurídico-internacional de los actos fundadores de la Comunidad no impide su consideración como Constitución:

"*Por el contrario, el tratado CEE, aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los tratados comunitarios han creado un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales (...). Los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario así creado son, en particular, su primacía con respecto a los Derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos*"[36].

En el ámbito de los derechos fundamentales aparece también reconocida en la jurisprudencia del TJCE una posible distinción entre ilegalidad e inconstitucionalidad. En concreto destaca el Auto del Presidente del TJCE en el

---

[34] Véase, especialmente, la Sentencia del TJCE de 23 de abril de 1986, as. 294/83, *Partie écologiste "Les verts" contra Parlamento Europeo*, Rec. 1986, pp. 1339 y ss.

[35] Dictamen 1/91 de 14 de diciembre de 1991, Dictamen emitido con arreglo al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 228 del Tratado, *Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo*, Rec. 1991, pp. I-6079 y ss. Sobre este Dictamen, véase VALLE GÁLVEZ, A.: "La especificidad del ordenamiento comunitario (Comentario a los dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo)", *RIE*, 1993, nº 1, pp. 155-193.

[36] Rec. 1991, p. 6102.

asunto *Hoechst*[37]. En el origen de dicho Auto se encuentran dos Decisiones de la Comisión dirigidas a la empresa demandante. En la primera de ellas, la Comisión ordenaba una investigación de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento nº 17/62, al sospechar que la empresa *Hoechst* estaba implicada en ciertos acuerdos y prácticas concertadas entre algunos productores de polietileno, que podían ser contrarios al derecho comunitario de la competencia y que no habían sido notificados a la Comisión. La empresa se negó a someterse a la investigación alegando que ésta carecía de los requisitos legales elementales, entre ellos la autorización judicial. La Comisión impuso, a través de una segunda Decisión, una multa de 1.000 ECUs diarios por cada día que la empresa rechazase la investigación.

La empresa interpuso un recurso de anulación contra ambas Decisiones de la Comisión, así como una demanda de medidas provisionales con el fin de obtener la suspensión de la ejecución de las mencionadas Decisiones. Para justificar dicha suspensión la empresa *Hoechst* alegó dos motivos. El primero es que la Decisión de las Comisión por la que se ordenaba el registro no satisfacía las condiciones impuestas por el artículo 14.3 del Reglamento nº 17/62. El segundo motivo se basa en que la Comisión había deducido del artículo 14.3 un poder que éste no le otorga y que consiste en la posibilidad de realizar una investigación si obtener previamente un mandamiento judicial. Pero más allá de la discusión sobre si el artículo 14 del Reglamento le otorga este poder o no, la demandante alegó que Decisión sería en todo caso "inconstitucional" al permitir a la Comisión realizar una investigación sin haber solicitado la autorización judicial. La parte actora fundamentaba dicha inconstitucionalidad en la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, derecho incluido, según ella en los principios generales del derecho que el TJCE

37 Auto del Presidente del TJCE de 26 de marzo de 1987, as. 46/87 R, *Hoechst AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1987, pp. 1549 y ss.

garantiza. El Presidente del TJCE recogió dicha distinción entre ilegalidad e inconstitucionalidad:

"*Conviene, en consecuencia, examinar si, en el caso de autos, los argumentos expuestos por la parte demandante pueden demostrar, a simple vista, la existencia ya sea de semejante ilegalidad ya sea de semejante inconstitucionalidad*"[38].

En ambos casos el TJCE estimó que la consideración de una eventual ilegalidad o inconstitucionalidad no podía realizarse en el procedimiento cautelar porque significaría prejuzgar el caso. Por ello concluyó:

"*Por las razones que preceden, se debe declarar, sin prejuzgar la procedencia del recurso en el asunto principal, que las Decisiones controvertidas no resulta a la luz de los motivos formulados contra ellas, actos a los que falte incluso la apariencia de legalidad o de constitucionalidad....*"[39].

El empleo del adjetivo "inconstitucional" en relación con los derechos fundamentales en este Auto podría suponer un intento de distinguirlos de otros principios, apelando no sólo a su superioridad en el sistema de fuentes, sino por su distinción cualitativa, y por tanto no formal, en tanto que principios básicos de fundamentación de un sistema jurídico[40]. Se apuntaría, pues, a criterios materiales de calificación de los derechos fundamentales, cuestión que se abordará más adelante.

---

[38] Rec., p. 1556. Subrayado añadido.

[39] Rec., p. 1558. Subrayado añadido.

[40] En este sentido, FERNÁNDEZ ESTEBAN, *op. cit.*, p. 288.

También en la doctrina se hallan ejemplos variados de la utilización de la idea de Constitución para referirse a los Tratados constitutivos comunitarios. El profesor DÍEZ PICAZO[41] describe las distintas concepciones sobre la noción de Constitución comunitaria agrupándolas en cuatro bloques. En primer lugar, la idea de Constitución europea ha sido utilizada por algunos autores a partir de la jurisprudencia del TJCE, destacándose la trascendencia del papel desempeñado por el TJCE en la construcción de una organización jurídico-política supranacional[42]. En segundo lugar, la existencia de una Constitución se ha vinculado al funcionamiento de los Tratados como la regla fundamental del ordenamiento jurídico comunitario, en la medida en que a partir de ellos se ha creado un ordenamiento jurídico autónomo; los Tratados, que han organizado un sistema institucional propio, con competencias y mecanismos específicos para crear y aplicar normas jurídicas, constituyen el conjunto de normas y principios jerárquicamente superiores, son la norma fundamental o Constitución de dicho ordenamiento[43]. En tercer lugar, la idea de Constitución se ha enfocado como creación y organización de un auténtico poder público comunitario[44]. Por último, se ha identificado el establecimiento de una estructura cuasi-federal, o al menos de una estructura que contiene los elementos necesarios para que evolucione hacia un verdadero modelo federal[45].

---

41 DÍEZ PICAZO, L.M.: "Reflexiones sobre la idea....", *op. cit.*, p. 538.

42 En este sentido, se cita RASMUSSEN, H.: *La Constitución de la Comunidad Económica Europea*, traducción de A. ESCRIBANO FERNÁNDEZ, Trivium, Madrid, 1990; y MANCINI, F.: "The Making of a Constitution for Europe", *CMLRev.* 1989, nº 4, pp. 595-614.

43 En este sentido se menciona BERNHARDT, R.: "Las fuentes del derecho comunitario: la "constitución" de la Comunidad", en *Treinta años de derecho comunitario*, OPOCE, Luxemburgo, 1984, pp. 73-86.

44 CASSESE, S.: "La costituzione europea", *Quaderni costituzionali*, 1991, nº 3, pp. 487-508.

45 HARTLEY, T.C.: "Federalism, Courts and Legal Systems: The Emerging Constitution of the European Community", *AJCL*, 1986, nº 2, pp. 229-247.

Si hasta aquí se han señalado aquellos rasgos del sistema comunitario que permiten o sugieren hablar de la existencia de una Constitución comunitaria, también hay que decir que existen argumentos en contra de caracterizar los Tratados constitutivos como una Constitución en sentido pleno. Sin entrar a examinarlos con detalle, lo que interesa destacar es que precisamente una de las lagunas o carencias que se han señalado en este sentido es la falta de un catálogo de derechos fundamentales[46]. Como recoge DÍEZ PICAZO, una Constitución no es sólo la ley fundamental y suprema que dota de validez a un ordenamiento y establece una organización política, sino que debe encarnar y salvaguardar determinados valores: "*...debe ser una nomocracia o limitación jurídica del poder como medio de garantizar la libertad política; y sus instrumentos técnicos han de ser,..., la tutela de los derechos fundamentales y la división de poderes*"[47]. Esta afirmación se basa, evidentemente, en una concepción prescriptiva de los que debe entenderse por Constitución, que entronca con la filosofía política liberal[48]. En la Comunidad hay división de poderes, aunque ésta sea débil y no responda a los esquemas tradicionales estatales, pero no hay un catálogo de derechos[49]. El hecho que exista una

---

46 DÍEZ PICAZO agrupa la cuestiones que impedirían hablar de Constitución comunitaria en dos bloques: por un lado, los fines de la Comunidad se limitan al ámbito económico, lo que significa, entre otras cosas, la inexistencia de una nueva organización política completa; por otro, el déficit democrático comunitario, DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, p. 552.

47 DÍEZ PICAZO, L.: "Reflexiones sobre la idea...", *op. cit.*, p. 549.

48 También desde una concepción prescriptiva actual de la Constitución, que la vincula con la democracia, la existencia de una Constitución europea ha sido puesta en duda por la ausencia de un auténtico poder constituyente democrático. En este sentido parece totalmente acertada la posición de FERNÁNDEZ ESTEBAN cuando afirma: "*Si bien...puede concluirse que los Tratados funcionan como una Constitución, cosa que tanto la doctrina como el Tribunal han señalado, lo que hay tras esta noción no es una real Constitución europea, por mucho que el término sea empleado por la doctrina o por el Tribunal de Justicia. En mi opinión esto es así porque el auténtico sentido de Constitución implica el recurso a una Asamblea Constituyente y la votación subsiguiente por el pueblo europeo, que como tal debe darse una auténtica Constitución*", *op. cit.*, p. 289.

49 *Ibid*, p. 549. GARCÍA DE ENTERRÍA, a pesar de haber afirmado que la Unión Europea se ha dotado de un auténtico *Bill of Rights* con el artículo F.2 (GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "Los derechos fundamentales europeos según el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea", *Derechos y Libertades*, 1993, nº 1, pp. 473-480, p. 477), señala también el vacío comunitario en materia de garantía de los derechos fundamentales, vacío que ni la jurisprudencia comunitaria ni el artículo F.2 suplen en un sentido constitucional, GARCÍA

tutela jurisprudencial no es equivalente en el sentido que una declaración de derechos define las condiciones de aceptación del acto constituyente. Por tanto, si el concepto de derecho fundamental se entiende, como antes se reseñaba, ligado a la existencia de una Constitución, habría que concluir que en la Comunidad se protegen derechos, pero no derechos fundamentales.

¿Significa todo lo dicho hasta aquí que en el ordenamiento jurídico comunitario no se puede hablar propiamente de protección de los derechos fundamentales? En nuestra opinión, la respuesta debe ser negativa[50]: lo único que avalan las consideraciones anteriores es la afirmación de que en el ordenamiento comunitario no existe un concepto normativo y formal de derechos fundamentales claramente establecido, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos que cuentan con un catálogo de derechos o con una larga tradición en la delimitación de los mismos. Sí, en cambio, puede hablarse de protección de derechos fundamentales desde su vertiente material. Como señala CRUZ VILLALÓN[51], en el ordenamiento comunitario se protegen derechos que son considerados como fundamentales en la conciencia y en la cultura jurídica en la que se inserta dicho ordenamiento, y que se distinguen de otros derechos no formalmente pero sí cualitativamente, en tanto que principios básicos de fundamentación del sistema jurídico. En este sentido, se ha podido considerar, a partir de la jurisprudencia del TJCE, que los principios generales

---

DE ENTERRÍA, E.: "El Proyecto de Constitución europea", *REDC*, 1995, nº 45, pp. 9-29, p. 18.

50 Ciertamente, en nuestra cultura jurídica la idea de derechos fundamentales acostumbra a estar rodeada de ciertas características o exigencias: constitucionalización, existencia de especiales procedimientos de tutela jurisdiccional, determinada rigidez en su desarrollo normativo, etc... Sin embargo, una mirada histórica pone de relieve que esto no siempre ha sido así: Gran Bretaña nunca ha contado con una Constitución en sentido estricto, cobrando una gran relevancia la jurisprudencia; en la III República francesa los derechos fueron obra del legislativo; en muchos países, entre ellos Estados Unidos, que siempre se menciona como cuna de los derechos, no existe nada parecido a un recurso singular de protección del tipo del recurso de amparo.

51 CRUZ VILLALÓN, "El legislador...", *op. cit.*, p. 127.

del derecho, o al menos algunos de ellos, y entre éstos naturalmente los que protegen derechos fundamentales, forman una especie de bloque de superlegalidad en el sistema de fuentes del derecho comunitario, tienen un carácter tan fundamental que representan, en palabras del actual Presidente del TJCE, RODRÍGUEZ IGLESIAS, "un auténtico *ius cogens* comunitario"[52].

Por tanto, en el ordenamiento comunitario no existe un aparato normativo y procesal de derechos fundamentales en cuanto tales, pero sí se recogen "*contenidos esenciales*" de los mismos, expresión utilizada por el profesor LIÑÁN[53]. Para entender el uso que el TJCE ha hecho del término "derechos fundamentales", es preciso recordar, una vez más, que en el origen de la jurisprudencia del TJCE se encuentra la preocupación por preservar la autonomía y primacía del derecho comunitario, y ofrecer, desde el propio ordenamiento comunitario, una solución a la actitud de algunos Tribunales Constitucionales, especialemente el alemán. La utilización por el TJCE de la terminología "derechos fundamentales" se explica por este contexto; es decir, para dejar claro que no existen razones para poner en entredicho la primacía del derecho comunitario, porque los "derechos fundamentales" reconocidos por las Constituciones internas, en concreto la Ley Fundamental de Bonn, también están protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario[54]. De ahí la preponderancia de la terminología alemana de "derechos fundamentales".

---

52 RODRÍGUEZ IGLESIAS, "La Constitución de la ...", *op. cit.*, p. 95.

53 LIÑÁN NOGUERAS, "Derechos fundamentales y de ciudadanía ...", *op. cit.*, p. 78.

54 Véase *supra*, capítulo I.

1.2. La identificación material de los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento comunitario.

La ausencia de un concepto formal y la necesidad, por tanto, de adoptar un punto de vista material, comporta el no poder disponer de un concepto dogmático claro de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario. En efecto, en la doctrina comunitarista se encuentran diferentes aproximaciones cuando se trata de establecer los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento comunitario. La mayoría de los autores proceden a enumerarlos y explicar brevemente su contenido a partir de las sentencias del TJCE que se han ocupado de ellos, incluyendo en dicha enumeración unos u otros derechos, según los casos[55]. Este acercamiento descriptivo ofrece una panorámica de derechos reconocidos en el ordenamiento comunitario, pero generalmente no desvela el criterio seguido para la selección de los derechos que deben reconocerse como fundamentales.

Otros autores ofrecen clasificaciones basadas en criterios que se utilizan tradicionalmente a nivel interno e internacional, adaptándolos al sistema comunitario. Así, MENDELSON distingue cuatro tipos de derechos: derechos civiles o políticos, derechos económicos y sociales, principios de justicia administrativa y derechos fundamentales comunitarios[56].

---

55 Así, por ejemplo, DAUSES ofrece un breve resumen de los siguientes derechos: principio de igualdad, protección de la propiedad y de la libertad profesional, libertad de asociación, principios generales del derecho administrativo y libertad religiosa, DAUSES, M.: "La protección de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario", *GJ de la CE*, 1991, D-14, pp. 355-388, pp. 369 y ss. Otros autores, en cambio, incluyen otros derechos: principio de libre circulación, por ejemplo, MARCOUX, "Le concept de droits fondamentaux....", *op. cit.*, p. 697, principio de *non bis in idem*, como WEILER, J.; LOCKHART, N.: "'Taking Rights Seriously' Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence. Part I", *CMLRev.*, 1995, nº 1, pp. 51-94, p. 92.

56 MENDELSON, M.H.: "The European Court of Justice and Human Rights", *YEL*, 1981, pp. 125-165, pp. 126-129.

DUBOUIS[57], por su parte, después de señalar la ambigüedad que impera en esta materia al no existir un catálogo de derechos fundamentales, considera que tanto en la jurisprudencia del TJCE como en buena parte de la doctrina, y también en las propias instituciones comunitarias, predomina una concepción excesivamente estrecha de los derechos fundamentales, concepción muy marcada por el contexto en el que surgió el problema de los derechos fundamentales en la Comunidad, y que se limita a analizar los derechos fundamentales en tanto que principios generales del derecho aplicables en ausencia de una norma escrita. El inconveniente que de ello se derivaría es que se estaría minusvalorando las relaciones que existen entre los principios de derecho comunitario y otras normas que consagran derechos de los particulares, empezando por las propias disposiciones de los Tratados. Para este autor, la comparación con las Constituciones y con el Convenio europeo de derechos humanos es un buen criterio para reconocer qué derechos merecen, en el ordenamiento comunitario, el calificativo de fundamentales.

Por otro lado, algunos autores consideran que cuando se habla de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario, este concepto no debe elaborarse únicamente a partir de los derechos clásicamente reconocidos como tales en las Constituciones internas o en los convenios internacionales, sino que deben tenerse en cuenta las especificidades propias de la construcción comunitaria[58].

---

57 DUBOUIS, L.: "Le rôle de la Cour de Justice des Communautés européennes. Objet et portée de la protection", *RIDC,* 1981, nº 1, pp. 601-623, p. 605. Traducción al castellano de L. AGUIAR DE LUQUE y M.G. RUBIO CASAS en *Tribunales constitucionales y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 563-597, p. 569.

58 En este sentido, MARCOUX, *op. cit.*, p. 692; también DUBOUIS, *op. cit.*, p. 605, y RIDEAU, *op. cit.*, p. 584.

En nuestra opinión, la identificación material de los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento comunitario debe hacerse mediante una combinación de criterios externos e internos. Es decir, deben incluirse aquellos derechos que en la cultura jurídica actual reciben, de modo general, esta calificación y aquéllos que, atendiendo a la naturaleza y especificidad del ordenamiento jurídico comunitario, merecen dicho calificativo por su trascendencia en el interior de este ordenamiento. Este criterio es coherente con la metodología seguida por el TJCE y en parte sancionada por el artículo F.2. Se ha dicho ya que el TJCE ha protegido los derechos fundamentales a través de los principios generales del derecho, y que dichos principios el TJCE los extrae de las tradiciones constitucionales comunes, del CEDH y del propio derecho comunitario. Por tanto, para establecer qué derechos fundamentales están protegidos por el derecho comunitario se hará a partir también de estas bases que ha utilizado el TJCE.

En el bloque de derechos que deben considerarse fundamentales en virtud de un punto de vista externo, figuran aquéllos reconocidos a partir del CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Aunque la naturaleza de las relaciones económicas y sociales que desarrolla el funcionamiento de la Comunidad hace que sean relativamente escasos, en la jurisprudencia del TJCE, los derechos fundamentales "tradicionales", hay que señalar que, en el contencioso económico habitual, cada vez son evocados con mayor frecuencia principios destinados a proteger derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en las medidas antidumping o en los procedimientos en materia de derecho de la competencia, que ponen en juego el derecho a una tutela judicial justa y efectiva[59], así como el respeto de la vida privada[60]; o cuestiones

59 Véase, entre muchas otras, la sentencia del TJCE de 7 de junio de 1983, as. 100-103/80, *SA Musique Diffusion française et autres contre Commission des Communautés européennes,* Rec. 1983, pp. 1825 y ss.

relativas a la política agrícola común, que, cuando prohíbe la plantación de viñas, limita el derecho de propiedad[61]. También en el contencioso de la función pública comunitaria pueden suscitarse numerosas cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales: libertad de expresión, respeto de las creencias religiosas de los candidatos a concursos de reclutamiento, etc...

No es posible señalar de manera exhaustiva y cerrada cuáles son los derechos protegidos en el ordenamiento comunitario a partir del CEDH y de las tradiciones constitucionales estatales. Estos derechos están aludidos en el artículo F.2 del TUE, pero no se encuentran enumerados en ningún texto positivo. La metodología seguida por el TJCE en sus referencias al derecho comparado no permite tampoco una enumeración concluyente[62]. En otras palabras, dado que el reconocimiento de estos derechos se hace por vía jurisdiccional, necesariamente tiene un carácter abierto[63], siendo aventurado afirmar el reconocimiento de tal o cual derecho fundamental en el ordenamiento comunitario antes de que el TJCE se haya pronunciado[64].

---

61 Sentencia del TJCE, de 13 de diciembre de 1979, as. 44/79, *Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, Rec. 1979, pp. 3727 y ss.

62 Véase, *supra*, cap. V.

63 Desde esta perspectiva, no se comparte la opinión del profesor CONSTANTINESCO, para quien del artículo F.2 se deduce, *a contrario*, que no forman parte de los derechos fundamentales protegidos en la Unión los contenidos en otros instrumentos internacionales que no sean el CEDH, CONSTANTINESCO, V.: "La structure du Traité instituant l'Union européenne. Les dispositions communes et finales. Les nouvelles compétences.", *CDE*, 1993, nº 3-4, pp. 251-284, p. 270. En nuestra opinión, el hecho que estos derechos se reconozcan como principios generales del derecho, como indica el propio artículo F.2, deja un amplio grado de discrecionalidad al TJCE, que podrá tener en cuenta, si lo considera oportuno, otros instrumentos internacionales, así como los Protocolos anexos al CEDH, que tampoco se mencionan en el artículo F.2. En este sentido, véase GAJA, G.: "The Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty", en *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. II, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1994, pp. 549-560, p. 556.

64 Los problemas de inseguridad jurídica que de ello se derivan se han comentado en el capítulo III.

A pesar de ello, hay que señalar que la indeterminación no afecta tanto al núcleo esencial de los derechos reconocidos, terreno en el que no existen diferencias sustanciales entre los Estados miembros, sino en cuanto al alcance de la protección conferida en concreto por aquéllos[65], tema que se abordará más adelante[66]. Por lo que respecta a estos núcleos esenciales, el CEDH, en la medida en que expresa una posición común de todos los Estados miembros, se ha convertido en un punto de referencia clave, como lo atestigua la jurisprudencia del TJCE.

Así, por ejemplo, el TJCE se ha referido en varias ocasiones al derecho de propiedad recogido en el CEDH. En la primera de sus sentencias en las que se pronuncia sobre este derecho, en el caso *Hauer*[67], el TJCE examinó detenidamente el artículo 1 del Primer Protocolo del CEDH para concluir que el Reglamento comunitario que prohibía plantar nuevas viñas, no violaba el derecho de propiedad. La protección del derecho de propiedad con referencias al CEDH también la encontramos mencionada en las sentencias *Valsabbia* y *Schräder*[68].

---

65 RODRÍGUEZ IGLESIAS, "La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia...", *op. cit.*, p. 209.

66 Véase *infra*, cap. VI.

67 Sentencia del TJCE, de 13 de diciembre de 1979, *cit.*

68 En el caso *Valsabbia* (sentencia del TJCE de 18 de marzo de 1980, ass. 154, 205, 206, 226 a 228, 263 y 264/78 y 39, 31, 83 a 85/79, *SpA Ferreira Valsabbia et autres contre Commission des Communautés européennes,* Rec. 1980, pp. 907 y ss.) el TJCE consideró que la garantía de dicho derecho no debe extenderse a la protección de intereses de carácter comercial, cuya naturaleza aleatoria es inherente a la propia esencia de la actividad económica. En el caso *Schräder* (sentencia del TJCE de 11 de julio de 1989, as. 265/87, *Hermann Schräder HS Kaftfutter GmbH & Co. KG contre Hauptzollamt Gronau,* Rec. 1989, pp. 2237 y ss.), el TJCE declaró que la tasa de corresponsabilidad, en el ámbito de una organización común de mercado, no afecta al derecho de propiedad de los transformadores de cereales.

Otra disposición del CEDH presente en diversas ocasiones en la jurisprudencia comunitaria es su artículo 6. En relación con dicho artículo, el TJCE ha concluido, por ejemplo, que la Comisión no puede ser considerada como un Tribunal en el sentido de dicha disposición[69]. Pero también ha controlado en diversos supuestos si ciertas disposiciones normativas, ya fueran comunitarias o estatales, violaban el derecho a un control jurisdiccional efectivo, prescrito por dicho artículo 6 del CEDH. El ejemplo jurisdiccional paradigmático de lo que se acaba de decir lo constituye la sentencia *Johnston*[70], en la que el TJCE consideró que la legislación de un Estado miembro, según la cual no admite prueba en contrario una certificación ministerial -que establecía que la denegación de cierto empleo estaba fundada en la necesidad de proteger la seguridad del Estado y el orden público-, violaba este derecho. Asimismo, también consideró en la sentencia *Heylens*, de 15 de octubre de 1987[71], que no aseguraba el control jurisdiccional efectivo previsto en el artículo 6 del CEDH la legislación que no prevé un recurso en vía jurisdiccional contra un acto administrativo que deniegue la equivalencia de diplomas. La exigencia de un proceso equitativo también fue examinada en la sentencia *Pecastaing* en relación con el régimen de expulsión de extranjeros, nacionales de los Estados miembros, previsto en la Directiva del Consejo nº 64/221, de 25 de febrero de

---

69 Sentencia del TJCE de 29 de octubre de 1980, ass. 209 a 215 y 218/78, *Heintz Van Landewyck sarl et autres contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1980, pp. 3125 y ss., y sentencia del TJCE de 7 de junio de 1983, ass. 100 a 103/80, *SA Musique Diffusion française et autres contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1983, pp. 1825 y ss. Para un análisis crítico de esta jurisprudencia, especialmente en relación con la jurisprudencia del TEDH, ver HELALI, M.S.E.: "La Convention européenne des droits de l'homme et les droits français et communautaire de la concurrence", *RTDE*, 1991, nº 4, pp. 609-633.

70 Sentencia del TJCE de 15 de mayo de 1986, as. 222/84, *Marguerite Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Rec. 1986, pp. 1651 y ss.

71 Sentencia del TJCE de 15 de octubre de 1987, as. 222/86, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) contra G. Heylens y otros*, Rec. 1987, pp. 4097 y ss.

1964[72]. Por último, el TJCE también interpretó que este artículo 6 no puede ser invocado por una empresa, en el ámbito de una investigación en materia de competencia, para negarse a declarar en contra suya[73], ni es contrario a que se prevea un plazo de prescripción para un recurso judicial[74]. Debe observarse, además, que el TJCE, al interpretar dicho artículo 6, lo ha hecho en términos amplios, extendiendo su ámbito de aplicación más allá de lo resultante de una interpretación literal. Así, este artículo, que se refiere a litigios sobre "derechos y obligaciones de carácter civil" y a "cualquier acusación en materia penal", ha sido interpretado y aplicado también en otros contextos de derecho público [75].

El TJCE también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el artículo 7 del CEDH. Este aparece en la sentencia *Kent Kirk*, de 10 de julio de 1984[76], en la

---

72 Sentencia de 5 de marzo de 1980, as. 98/79, *Josette Pecastaing contre Etat belge*, Rec. 1980, pp. 691 y ss.). Se trataba de la Directiva de 25 de febrero de 1964 para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (JOCE L 56, de 4 de abril de 1964, p. 85, EE 05/01 p. 36).

73 Sentencias del TJCE de 18 de octubre de 1989, en los asuntos 374/87, *Orkem contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1989, pp. 3283 y ss. y as. 27/88, *Solvay & Cie. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1989, pp. 3355 y ss.

74 Sentencia del TJCE de 1 de abril de 1987, as. 257/85, *C. Dufay contra Parlamento Europeo*, Rec. 1987, pp. 1561 y ss.

75 Véanse, respectivamente las sentencias dictadas en los asuntos *Pescataing* (*cit.*), *Van Landewick* (*cit.*), y *Johnston* (*cit.*). A este respecto, véase PESCATORE, P.: "La Cour de Justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droit de l'Homme", en MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (ed.): *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns, Köln, 1988, pp. 441-455, p. 444. Sobre el art. 6 del CEDH ver también la Sentencia del TJCE de 3 de diciembre de 1992, as. C-97/91, *Oleificio Borelli SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1992, pp. I-6313 y ss., y la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de octubre de 1991, as. T-26/89, *Henri de Compte contra Parlamento Europeo*, Rec. 1991, pp. II-781 y ss., en la que el TPI declara que el artículo 6 del CEDH no se aplica en el ámbito propiamente disciplinario de la función púlica, apoyándose en varias decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos.

76 Sentencia del TJCE de 10 de julio de 1984, as. 63/83, *Regina contre Kent Kirk*, Rec. 1984, pp. 2689 y ss. Se debe señalar que, anteriormente a esta sentencia, el artículo 7 del CEDH había sido invocado ante el TJCE en el caso de los pescadores españoles (sentencia del TJCE de 28 de octubre de 1982, ass. 50-58/82, *Administrateur des affaires maritimes à Bayonne et Procureur de la République contre José Dorca Marina et autres*, Rec. 1982, pp. 3949 y ss.), pero el TJCE no entró en su consideración, lo cual ha sido criticado. Véase, para un análisis de este caso, CHURCHILL, R.R.; FOSTER, N.G.: "Double Standards in Human Rights? The Treatment of Spanish Fishermen by the European Community", *ELRev.*, 1987, nº 6, pp. 430-443.

que se declara contraria a este artículo una normativa que prevea sanciones penales retroactivas. En el mismo sentido el TJCE se ha pronunciado en la sentencia *Fedesa*, de 13 de noviembre de 1990, afirmando que "*el principio de la irretroactividad de la disposiciones penales es un principio común a todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, recogido en el artículo 7 del Convenio Europeo sobre Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales como un derecho fundamental, que forma parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto tutela el Tribunal de Justicia*"[77].

Respecto al apartado 1 del artículo 8 (toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia), el TJCE se ha pronunciado en diversas ocasiones. Respecto a él ha declarado que, aun admitiendo que fuera aplicable a personas jurídicas, no puede ser invocado para impugnar la legitimidad de los poderes de fiscalización atribuidos a la Comisión. El TJCE recuerda que la injerencia en la vida privada es posible, conforme al CEDH, cuando "*esté prevista en la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás*" (art. 8.2 del CEDH), como es el caso, puesto que las normas sobre competencia se destinan a que no se falsee ésta en detrimento del interés general, de las empresas individuales y de los consumidores[78]. El propio apartado 1 del artículo 8 del CEDH, según el

---

[77] Sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 1990, as. C-331/88, *The Queen contra the Minister of Agriculture, Fisheries and Food and the Secretary of State of Health, ex parte Fedesa,* Rec. 1990, pp. I-4023 y ss., p. I-4068.

[78] Sentencia del TJCE de 26 de junio de 1980, as. 136/79, *National Panasonic (UK) Limited contre Commission des Communautés Européennes*, Rec. 1980, pp. 2033 y ss. Véase además, en el ámbito de la competencia, la sentencia del TJCE de 23 de septiembre de 1986, as. 5/85, *AKZO Chemie BV y AKZO Chemie UK Limited contra Comisión de las*

TJCE, sólo se refiere a la libertad del individuo, no extendiéndose, por ello, a los locales empresariales[79].

Este primer apartado de dicho artículo también ha sido utilizado por el TJCE para interpretar, en orden al respeto de la vida familiar, el apartado 3 del artículo 10 del Reglamento del Consejo nº 1612/68, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad[80], en el sentido de que el requisito de disponer de un alojamiento considerado como normal se impone únicamente como un requisito de acogida del miembro de la familia del trabajador[81].

El artículo 8.1 del CEDH también ha jugado un papel importante en el contencioso de la función pública, habiendo declarado el TJCE que en él se comprende el derecho a mantener secreto el estado de salud. En virtud de ello, en la sentencia de 5 de octubre de 1994[82], el TJCE anuló una sentencia del TPI y una Decisión de la Comisión que denegaba la contratación de un candidato por falta de aptitud física, puesto que la Comisión realizó, sin el consentimiento

---

Comuidades Europeas, Rec. 1986, pp. 2585 y ss., en la que se excluyó que hubiera una violación del artículo 8 del Convenio, por haberse respetado el apartado 3 del artículo 14 del Reglamento nº 17.

79 Sentencia del TJCE de 21 de setiembre de 1989, ass. 46/87 y 227/88, *Hoechst AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1989, pp. 2859 y ss., y sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1989, as. 85/87, *Dow Benelux NV contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1989, pp. 3137 y ss. Para un amplio comentario de esta posición, recogiendo las críticas que se le han hecho ver JANSEN, V.V.: "Les pouvoirs d'investigation de la Commission en matière de concurrence (Observations au sujet des arrêts de la Cour des 21 septembre , 17 et 18 octobre 1989)", *RMC*, 1990, nº 342, pp. 696-701.

80 JOCE L 257, de 19 de octubre de 1968, p. 2, EE 05, vol. 01, p. 77.

81 Sentencia del TJCE de 18 de mayo de 1989, as. 249/86, *Comisión contra República Federal de Alemania*, Rec. 1989, pp. 1263 y ss.

82 Sentencia del TJCE de 5 de octubre de 1994, as. C-402/92 P, *X contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1994, pp. I-4737 y ss. Sobre la protección del secreto médico, véase también la sentencia del TJCE de 8 de abril de 1992, as. C-62/90, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania*, Rec. 1992, pp. I-2575 y ss. Citar també la de 13 de juliol de 1995.

del interesado, pruebas médicas que permitían llegar a resultados análogos a los de las pruebas específicas de detención del SIDA.

También se puede encontrar en la jurisprudencia comunitaria una referencia a la libertad religiosa, derecho recogido en el apartado 2 del artículo 9 del CEDH. En el asunto *Prais*[83], en el que se invocó, el TJCE, si bien se desestimó la pretensión de la demandante, por no haber informado ésta debidamente a la institución demandada de que no podía presentarse a un concurso por motivos religiosos, señaló, no obstante, que era deseable que la autoridad facultada para proceder a los nombramientos se informase, con carácter general, de las fechas que podían ser no convenientes por motivos de orden religioso y procurase evitar fijar dichas fechas para la realización de las pruebas. El TJCE, sin embargo, no basó su argumentación en el CEDH directamente, sino en el principio de igualdad.

Respecto al artículo 10 del CEDH (libertad de expresión), el TJCE consideró que no restringía la libertad de publicación una Decisión de la Comisión por la que se había considerado contrario al apartado 1 del artículo 85 del TCEE un acuerdo entre editores y libreros en el que se fijaba un régimen de precios impuestos, cuyo único objetivo era asegurar la libertad de comercio entre los Estados miembros en condiciones normales de competencia. Incluso admitiendo que el artículo 10 del Convenio deba ser interpretado en el sentido de que debe garantizarse la publicación de los libros en condiciones económicamente rentables, ello se encuentra plenamente garantizado, tanto en favor de los editores, como de las empresas de distribución[84]. El TJCE ha

---

83 Sentencia del TJCE de 27 de octubre de 1976, as. 130/75, *Vivien Prais contre Conseil des Communautés Européennes*, Rec. 1976, p. 1589.

84 Sentencia del TJCE de 17 de enero de 1984, ass. 43 y 63/82, *Vereeniging ter Bevordering van Vlaamse Boekwezen, VBVB, et Vereeniging ter Bevordering van Belangen des Boekhandels, VBBB, contre Commission des Communautés Européennes*, Rec. 1984, pp. 19 y ss.

considerado que la preservación del pluralismo debe considerarse conectado con la libertad de expresión protegida en el artículo 10 del CEDH y se ha tenido en cuenta en el ámbito del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios[85].

Por último, el artículo 11 del CEDH ha sido objeto de una referencia en la sentencia *Bosman*[86], en la que el TJCE ha considerado que la libertad de asociación protegida por este artículo forma parte del derecho comunitario, pero que no puede invocarse para excluir las reglas adoptadas por una asociación deportiva del ámbito de aplicación del artículo 48 del TCE, puesto que no son necesarias para garantizar el ejercicio de la libertad de asociación ni constituyen una consecuencia ineluctable de la misma.

Como se desprende de este breve e incompleto repaso jurisprudencial, el CEDH ha sido utilizado en múltiples ocasiones por el TJCE. A pesar de ello, es preciso señalar que en muchos de estos casos el CEDH ha sido únicamente un elemento más para confirmar un principio general que el TJCE deriva del propio ordenamiento comunitario o de los ordenamientos de los Estados miembros[87]; en otros, el TJCE se refiere al CEDH para descartar que sus disposiciones sean

---

85 Sentencia del TJCE de 18 de junio de 1991, as. C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE (ERT) contra Dimotiki Etairia Plirofossis y Sotirios Kouvelas* , Rec. 1991, pp. I-2925 y ss.; sentencia del TJCE de 25 de julio de 1991, as. C-288/89, *Stichting Collective Antennvoorziening Gouda y otros contra Commissariat voor de Media*, Rec. 1991, pp. I-4007 y ss., sentencia del TJCE de 25 de julio de 1991, as. C-353/89, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos*, Rec. 1991, pp. I-4069 y ss., sentencia del TJCE de 28 de octubre de 1992, as. C-219/91, *Proceso Penal contra Johannes Stephanus Wilhelmus Ter Voort*, Rec. 1992, pp. I-5485, y la sentencia del TJCE de 5 de octubre de 1994, as. C-23/93, *TV10 SA contra Comissariaat voor de Media*, Rec. 1994, pp. I-4795 y ss.

86 Sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1995, as. C-415/93, *Jean Marc Bosman*, no publicada, texto policopiado, pp. I-18 y I-19.

87 Sentencias *Pescataing* y *National Panasonic* (*cit.*). Tampoco hay que olvidar que el TJCE también ha consagrado derechos fundamentales sin hacer referencia al CEDH.

aplicables al caso en cuestión[88]; tampoco es infrecuente que las invocaciones al CEDH realizadas por las partes o los Abogados Generales no sean retenidas por el TJCE[89].

Ello no es óbice para considerar que en el ordenamiento comunitario se reconocen los núcleos esenciales de los derechos protegidos en el CEDH. Es en este sentido que se ha afirmado que el CEDH desempeña un papel análogo al de un catálogo de derechos fundamentales reconocidos formalmente[90]. Tampoco hay que olvidar que, a pesar de la importancia creciente del CEDH en la jurisprudencia comunitaria, esta fuente de inspiración se completa con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y algunos de los derechos que el TJCE ha reconocido claramente encuentran su origen en los ordenamientos estatales. Puede citarse, a título de ejemplo, el derecho al libre ejercicio de la profesión, reconocido en la sentecia *Nold*[91], fuertemente inspirado en el artículo 12 de la Ley Fundamental de Bonn[92].

Como se ha indicado antes, además de estos contenidos esenciales generales de derechos fundamentales reconocidos a partir del CEDH y de los

---

88 Sentencia *Landewyck* (*cit.*).

89 Sentencia *Dorca Marina* (*cit.*). Estos datos han llevado a algunos autores a mantener una posición un tanto escéptica sobre la efectividad práctica del CEDH en la jurisprudencia comunitaria. Así FOSTER afirma: "*Therefore it must be concluded, that despite the number of occasions on which the European Court has declared that the ECHR and other international treaties can supply the guidelines which should be followed in Community law, it has had little concrete practical effects for individuals, so far, in the Community*", FOSTER, N.: "The European Court of Justice and the European Convention for the Protection of Human Rights", *HRLJ*, 1987, nº 2-4, pp. 245-272, p. 270.

90 Véase, en este sentido, RODRÍGUEZ IGLESIAS, "La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia ....", *op. cit.*, p. 213.

91 Sentencia del TJCE de 14 de mayo de 1974, as. 4/73, *J. Nold, Kohlen-und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1974, pp. 491 y ss.

92 Sobre esta influencia, véase NIELSEN, H.K.: "The Protection of Fundamental Rights in the Law of the European Union", *NJIL*, 1994, pp. 213-243, p. 227.

ordenamientos estatales, deben incluirse también en un concepto material de derechos fundamentales aquéllos que merecen tal calificativo desde un punto de vista interno al derecho comunitario, y que el TJCE ha protegido a partir de principios y disposiciones propios de dicho ordenamiento. En este bloque hay que incluir, en nuestra opinión, el principio del respeto de los derechos de defensa, el principio de igualdad y el principio de libertad de circulación[93]. Además de éstos, algunos autores han querido ver en diferentes disposiciones del Tratado una expresión de derechos económicos y sociales fundamentales. Así, se señala el derecho a un nivel de vida suficiente, que derivaría de los artículos 2, 3, 39.1, 123 y 117 TCE, o el derecho al empleo (para el cual se citan los artículos 3, 123, 118 y 118A). En nuestra opinión, el carácter general y programático, así como la limitación de las competencia comunitarias en estas materias, dificultan que puedan verse como creadoras de auténticos derechos fundamentales.

En cuanto al principio del respeto de los derechos de defensa, hay que señalar que las Comunidades son un complejo engranaje administrativo, en el que ha influido notablemente la experiencia de sus Estados miembros, algunos de ellos con sofisticados sistemas de derecho administrativo. No es de extrañar que la jurisprudencia del TJCE haya desarrollado una importante construcción de principios en relación con la actividad de la administración comunitaria. El hecho de que este conjunto de principios se considere en algunos de los Estados miembros como más propio del derecho administrativo que del derecho constitucional, y que muchos de ellos no aparezcan en los textos

93 Véase, por todos, BRIDGE, J.W.: "Fundamental Rights in the European Economic Community", en *Fundamental Rights*, Sweet & Maxwell, London, 1973, pp. 291-305.

internacionales de protección de derechos, hace que su calificación como derechos fundamentales sea discutida[94]. SCHWARZE señala al respecto:

"*Si se examinan los debates sobre la protección de los derechos humanos y las libertades en los últimos tiempos, se puede observar que con frecuencia se ha olvidado el papel de los principios administrativos como una garantía efectiva de los derechos individuales. Es necesario resaltar que dentro del sistema del derecho comunitario europeo la protección jurídica de derechos y libertades individuales por medio de principios de derecho administrativo no está en absoluto desfasada. Estos principios de derecho administrativo forman parte del derecho comunitario desde sus inicios, y garantizan (...), junto con los derechos humanos genuinos, una protección jurídica adecuada y efectiva para los ciudadanos dentro de la Comunidad...*"[95].

Para ARNULL[96] estos principios comparten el objetivo de promover la justicia en el ordenamiento comunitario, y en este sentido se pueden considerar "análogos a los derechos fundamentales" que el TJCE también protege como parte integrante de los principios generales. Según HILF, los derechos

---

94 Para ZULEEG estos principios ayudan a interpretar los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones internas, ZULEEG, M.: "Fundamental Rights and the law of the European Communities", *CMLRev.*, 1971, nº 4, pp. 446-461, p. 456.

95 En inglés en el original: "*Considering the discussion about legal protection of human rights and freedoms in recent times, it appears that the role of administrative principles as an effective guarantee for individual rights has been to some extent neglected. Therefore, it has to be emphasized that within the system of European Community law the legal protection of individual rights and liberties by means of principles of administrative law is not at all out of date. These principles of administrative law which have formed an integral part of European Community law from its very beginning are still alive, and they do ensure (...) together with genuine human rights, adequate and effective legal protection for the citizens within the Community.....*", SCHWARZE, J.: "The Administrative Law of the Community and the Protection of Human Rights", *CMLRev.*, nº 2, 1986, pp. 401-417, p. 405.

96 ARNULL, A.: *The General Principles of EEC Law and the Individual*, Leicester University Press, London and Leicester, 1990, p. 1.

procesales frente a la administración deben considerarse parte de la protección de los derechos fundamentales[97].

En nuestra opinión, en el sistema comunitario, a partir de la jurisprudencia del TJCE, no resulta descabellado considerar los derechos de defensa como técnicas de garantía de derechos fundamentales, de enorme importancia e indisociables de los mismos. En la sentencia *National Panasonic*[98], la alegada violación del derecho a ser escuchado fue analizada por el TJCE bajo la rúbrica "violación de derechos fundamentales". En *Al-Jubail Fertilizer*[99], el TJCE anuló una disposición anti-dumping del Consejo por infracción del derecho de defensa, utilizando claramente un discurso propio de los derechos fundamentales:

"*Hay que recordar a continuación que, según jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia (...) los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Por ello, para interpretar el apartado 4 del artículo 7 del Reglamento de base, conviene tener en cuenta sobre todo las exigencias resultantes del respeto del derecho de defensa, principio cuyo carácter fundamental ha sido subrayado en repetidas ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (...)*" [100].

---

97 HILF, M.; CIESLA, G.; PACHE, E.: "Rights vis-à-vis the Administration at the Community level", en CASSESE, A.; CLAPHAM, A.; WEILER, J. (eds.): *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, pp. 455-491, p. 457-458.

98 Sentencia del TJCE de 26 de junio de 1980, *cit.*

99 Sentencia del TJCE de 27 de junio de 1991, as. C-49/88, *Al-Jubail Fertilizer Company y Saudi Arabian Fertilizer Company contra Consejo de las Comunidades Europeas*, Rec. 1991, pp. I-3187 y ss.

100 Rec. 1991, p. 3241.

Es cierto que en otros casos en los que se han invocado los derechos de defensa, el TJCE no se ha referido expresamente a ellos como derechos fundamentales. A veces alude a su carácter de "principios fundamentales"[101], o simplemente analiza si estos derechos de defensa han sido violados, sin más calificativos. Sin embargo, esta omisión no parece excesivamente relevante toda vez que en otras ocasiones sí han sido reconocidos como fundamentales[102].

La inclusión de los derechos de defensa en el grupo de derechos fundamentales derivados del ordenamiento comunitario no está exenta de problemas, puesto que, en su determinación y aplicación el TJCE utiliza también referencia al derecho comparado y al CEDH. Sin embargo, el hecho que relacione estos principios con la interpretación de ciertas disposiciones de derecho comunitario escrito, especialmente el Reglamento nº 17/62, justifica su inclusión en este grupo[103].

La doctrina unánimemente coincide en señalar que uno de los derechos fundamentales que reconoce el Tratado, tal vez el más importante, es el principio de igualdad de trato, reflejado de modo particular en varios artículos del Tratado CE. Así, el artículo 6 (prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad, en el ámbito de aplicación del Tratado), el apartado 3 del artículo 40 (prohibición de discriminación entre productores o consumidores en el ámbito de las organizaciones comunes de mercados agrícolas), el apartado 2 del artículo 48 (prohibición de discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo), el párrafo segundo del artículo 52 (derecho

---

101 Por ejemplo, en la sentencia *Orkem, cit.*, Rec. 1989, p. 3351.

102 En este sentido, WEILER y LOCKHART, *op. cit.*, p. 89.

103 Véase *supra*, cap. III.

reconocido a los profesionales independientes de ejercer actividades no asalariadas en las condiciones fijadas por las legislaciones de los Estados miembros para sus propios nacionales), el artículo 60 respecto a los servicios, y el artículo 119 (igualdad de retribución para los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo).

Según el TJCE, estas disposiciones del Tratado CE que consagran específicamente prohibiciones de discriminación no son sino el reflejo de un principio general de igualdad que forma parte de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario[104], principio reconocido también como fundamental en los ordenamientos internos de los Estados miembros. Así, por ejemplo, el artículo 119 del TCE puede ser considerado desde la sentencia *Defrenne*[105] como expresión de un derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, y en la sentencia *Ruckdeschel*[106] el TJCE consideró el artículo 40.3 del TCE como expresión específica del principio de igualdad que forma parte de los principios fundamentales del derecho comunitario. El principio de igualdad ha sido utilizado también en clave de derecho

---

104 Este principio exige que situaciones semejantes no sean tratadas de modo diferente, salvo que exista para este trato diferenciado una justificación objetiva y prohíbe no sólo las discriminaciones manifiestas, basadas en la nacionalidad o el sexo, sino también cualquier forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado (véanse, entre otras, la sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1981, as. 96/80, *J.P. Jenkins contre Kingsgate (Clothing Productions) Ltd*, Rec. 1981, pp. 911 y ss., y la sentencia del TJCE de 30 de mayo de 1989, as. 33/88, *Pilar Allué y Carmel Mary Coonan contra Università degli studi di Venezia*, Rec. 1989, pp. 1591 y ss.). El principio de igualdad de trato en el derecho comunitario se configura como un auténtico derecho para los justiciables en virtud del efecto directo de las disposciones que los consagran.

105 Sentencia del TJCE de 15 de junio de 1978, as. 149/77, *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Rec. 1978, pp. 1365 y ss., p. 1379.

106 Sentencia de 19 de octubre de 1977, ass. 117/76 y 16/77, *Albert Ruckdeschel &Co. et Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. contre Hauptzollant Hamburg St., Diamlt AG contre Hauptzollant Itzehoe*, Rec. 1977, pp. 1753 y ss.

fundamental en el ámbito de la función pública. En el caso *Weiser*[107] se declara:

"*Por consiguiente, debe examinarse si la diferencia de trato entre los funcionarios con arreglo a su pasado profesional resulta conforme con el principio de igualdad de trato. Efectivamente, tal principio constituye un derecho fundamental que también vincula a las autoridades comunitarias cuando dictan normas destinadas a regir la función pública comunitaria y cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia (...)*" [108].

En el mismo nivel que el principio de igualdad de trato, se ha mencionado como derecho fundamental recogido por los Tratados la libertad de circulación, aunque la consideración que de este principio ha hecho la doctrina en relación con el tema de los derechos fundamentales varía de autor a autor. Algunos de ellos consideran que tanto las libertades comunitarias fundamentales como el principio de no discriminación son de tratamiento obligado cuando se habla de la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad[109]. Otros, en cambio, sí toman en consideración el principio de no discriminación, pero no así

---

107 Sentencia del TJCE de 14 de junio de 1990, as. C-37/89, *Michel Weiser contra Caisse nationale des barreaux français*, Rec. 1990, pp. 2395 y ss.

108 Rec. 1990, pp. 2420-2421.

109 Por ejemplo, MANCINI, F.: "*In realtà, chi cerchi di guardare al trattato di Roma senza gli occhiali dell'ideologia e libero da inconfessati progetti politici constaterà che esso garantisce due importanti diritti fondamentali: la classica libertà liberale di circolare -che gli artt. 48-59 riservano ai lavoratori subordinati e autonomi, ma arricchiscono di contenuti nuovi- e il più moderno diritto di nn essere discriminati in ragione della nazionalità (artt. 7, 40. par.3, 48, par.2 e 3, 220) e del sesso (art. 119)*", MANCINI, F.: "La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee", *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1989, nº 1, pp. 1-16, p. 2. Véase también MARCOUX, "Le concept de droits fondamentaux ....", *op. cit.*, p. 697, y COHEN-JONATHAN, G.: "La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme", *RMC*, 1978, nº 214, pp. 74-100, p. 76.

el de libertad de circulación, al estimar que no puede incluirse en el ámbito de los derechos fundamentales[110].

Al respecto hay que señalar que el principio de libertad de circulación se proclama como un "fundamento de la Comunidad". La libre circulación de personas es uno de los derechos que constituyen la embrionaria ciudadanía de la Unión[111] y el Reglamento del Consejo 1612/68 de 15 de octubre de 1968[112] proclama que la libre circulación constituye un derecho fundamental de los trabajadores. Por su parte, el TJCE en la sentencia *Heylens*[113] declaró que el libre acceso al empleo constituye un derecho fundamental atribuido por el Tratado individualmente a cualquier trabajador comunitario. El Abogado General LENZ califica también el derecho a la libre circulación como un derecho fundamental en sus conclusiones al caso *Bosman*, lo cual justifica que las medidas que limitan este derecho deban estar justificadas y que la naturaleza no discriminatoria de las mismas no sea causa suficiente para considerarlas fuera del campo de aplicación del artículo 48[114]. En su sentencia, el TJCE se refiere a la sentencia *Heylens* y reitera que el artículo 48 confiere un derecho fundamental al acceso libre a un empleo[115].

---

110 En este sentido, MOITINHO DE ALMEIDA, que declara tajantemente: "*Escapa al objetivo de esta exposición el análisis del régimen jurídico de las cuatro libertades fundamentales: la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas y de servicios, y la libre circulación de capitales. Nos limitaremos al conjunto de los derechos que, por su importancia, forman la, aún incipiente, ciudadanía comunitaria*", *op. cit.*, p. 98.

111 Véase el artículo 8A del TCE.

112 JOCE L 257, de 19 de octubre de 1968, pp. 2 y ss., EE 05, vol. 01, pp. 77 y ss.

113 Sentencia del TJCE de 15 de octubre de 1987, *cit.*, Rec. 1987, p. 4117.

114 Conclusiones del Abogado General CARL OTTO LENZ, presentadas el 20 de setiembre de 1995, as. C-415/93, *Jean-Marc Bosman*, no publicadas, texto policopiado, p. I-85.

115 Sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1995, as. C-415/93, *Jean Marc Bosman*, no publicada, texto policopiado.

A pesar de que el principio de libre circulación no se reconoce como un derecho fundamental en derecho internacional público[116], puede considerarse que los artículos 48, 52 y 59 del TCE contienen en germen un derecho fundamental a la libertad de comercio y de industria[117]. En este sentido PETERSMANN señala que las libertades económicas comunitarias encajan dentro del derecho general a la libertad reconocido en el artículo 2 de la Ley Fundamental de Bonn[118]. En nuestra opinión, una delimitación material de los derechos fundamentales comunitarios que combine a la vez criterios externos e internos debe considerar el principio de libertad de circulación, así como el de igualdad de trato, como un derecho fundamental. El carácter fundamental de este derecho responde a la lógica de integración propia del derecho comunitario.

Por último, es preciso también hacer una referencia a los derechos de ciudadanía, incorporados al TCE a raíz de la reforma operada en Maastricht. El estatuto de ciudadano de la Unión, que el artículo 8 vincula a la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro, incluye el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo en el Estado miembro en el que se resida, el derecho a acogerse a la protección diplomática y

---

116 COHEN-JONATHAN señala que la libre circulación de personas es una vieja reivindicación de los derechos humanos. Sin embargo, el CEDH no satisface totalmente esta exigencia, puesto que no consagra un derecho a favor de los extranjeros de entrar en el territorio de un Estado sin autorización estatal. En lo que hace referencia a los trabajadores migrantes, otros textos, como la Carta Social europea tampoco han venido a restringir la soberanía estatal en esta materia (el artículo 18 de la Carta Social establece simplemente que los Estados signatarios se comprometen a aplicar con un espíritu liberal y a flexibilizar las reglamentaciones que se oponen a que los extranjeros ejerzan una actividad en el territorio de otro Estado), COHEN-JONATHAN, "La Cour des Communautés européennes et ...", *op. cit.*, p. 76.

117 En este sentido, BLECKMANN, A.: "Considérations sur l'interprétation de l'article 7 du Traité CEE", *RTDE*, 1976, nº 3, pp. 469-481, p. 481.

118 PETERSMANN, E.U.: "National Constitutions, Foreign Trade Policy and European Community Law", *EJIL*, 1992, nº 1, pp. 1-35, p. 13.

consular de cualquier Estado miembro, en el territorio de un país tercero en el que su Estado no tenga representación, el derecho de petición anter el Parlamento Europeo y el derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo europeo.

A pesar de que la relación con los derechos fundamentales es innegable, tradicionalmente se ha distinguido entre derechos fundamentales y derechos de los ciudadanos, basándose en la noción que los derechos fundamentales se predican de la persona en tanto tal, mientras que los de ciudadanía tienen más que ver con la vinculación de la persona a su Estado[119]. Independientemente de lo correcto de esta distinción, lo cierto es que en el sistema comunitario los derechos de ciudadanía claramente se han previsto como derechos específicos, separados de los derechos fundamentales aludidos en el artículo F.2 del TUE. En efecto, la propuesta española contenida en el documento *Hacia una ciudadanía europea*[120], que proponía incluir el compromiso del respeto de los derechos fundamentales en los artículos dedicados a la ciudadanía de la Unión, no prosperó en la Conferencia Intergubernamental. La mayoría de las delegaciones prefirió situar la referencia a los derechos fundamentales a nivel más político, en las *Disposiciones comunes* del TUE, fuera del alcance de la protección jurisdiccional. Probablemente, en dicha opción subyace el delicado

---

119 Así los expresa O'LEARY: "*...fundamental rights incorporate a set of inalienable higher rights which is inherent in the human person, whereas citizenschip generally refers to the civil and political rights of certain individuals to participate in a given society*", O'LEARY, S.: "The Relationship between Community Citizenship and the Protection of Fundamental Rights in Community Law", *CMLRev.*, 1995, nº 2, pp. 519-554, p. 533.

120 *Hacia una ciudadanía europea*, propuesta oficial de España, octubre de 1990, y *Propuesta de texto articulado sobre ciudadanía europea*, presentado por la delegación española a la Conferencia Intergubernamental sobre Unión Política, 20 de febrero de 1991, *RIE*, 1991, nº 1, pp. 333-338 y pp. 405-409. Comisión y Parlamento también barajaron la idea de ligar ciudadanía y derechos fundamentales: véase al respecto el documento "Ciudadanía de la Unión" en *Contribuciones de la Comisión a la Conferencia Integubernamental, Bol CE*, suplemento 2/91, p. 84, y la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Ciudadanía de la Unión aprobada el 21 de noviembre de 1991, DOCE C 326 de 16 de diciembre de 1991, pp. 205-208.

problema de la delimitación de las competencias entre la Comunidad y sus Estados miembros en cuanto a la protección de los derechos fundamentales[121].

Otra cuestión que afecta a la consideración de los derechos reconocidos en las disposiciones que consagran la ciudadanía de la Unión como expresiones de derechos fundamentales es la del efecto directo de dichas disposiciones. No parece que se planteen dudas respecto al efecto directo del artículo 8C (protección diplomática y consular) y 8D (derecho de petición y de acudir al Defensor del Pueblo). Asimismo, también parece claro que el artículo 8B (participación electoral) no goza de esta característica. Más compleja resulta la cuestión por lo que se refiere al artículo 8A, que dispone el derecho a circular y residir libremente. El hecho que dicho artículo estipule este derecho "*con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación*", podría plantear dudas sobre la invocabilidad directa del mismo. Sin embargo, como señala el profesor LIÑÁN, "*la sujeción a las limitaciones y condiciones del Tratado y de las disposiciones adoptadas para su aplicación en nada obstaculizan la consideración del efecto directo como muestra con nitidez que el TJCE ha considerado con tal efecto disposiciones del Tratado sujetas a estas mismas limitaciones y condiciones*"[122].

---

121 O'LEARY, quien afirma: "*As it stands, citizenship could be regarded as a cosmetic exercise, comforting Member State nationals with their privileged legal position while attempting to foreclose any judicial expansions of their constitutional rights. The failure to recognize an explicit link between fundamental rights and the scope and operation of Community citizenship is further striking evidence of this attempt at foreclosure*", *op. cit.*, p. 537.

122 LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: "La ciudadanía de la Unión", en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (dirigido por): *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial, op. cit.*, pp. 271-295, p. 279.

Recapitulando lo dicho hasta ahora, se podría concluir que en el ordenamiento jurídico comunitario se han pueden identificar dos núcleos básicos de derechos desde un punto de vista material: los reconocidos a partir del CEDH y de las Constituciones nacionales, y algunos de los reconocidos en los propios Tratados comunitarios. Esta identificación de los derechos fundamentales en el sistema comunitario es, sin embargo, compleja y ambigua, dada la inexistencia de criterios formales para ella.

En primer lugar, el reconocimiento jurisprudencial de los derechos, realizado por el TJCE por la vía de los principios, conlleva el carácter abierto y asistemático del mismo. Como no podía ser de otra manera, el TJCE define esta protección en función de los casos que se le presentan, es decir, reacciona jurídicamente a las invocaciones de derechos que se le formulan. Ello, por muy importante que sea, no puede suplir la decisión política de determinar qué derechos fundamentales se les debe reconocer a los ciudadanos en virtud del derecho comunitario.

En segundo lugar, la ausencia de criterios formales conlleva la necesidad de definir los mismos en función de criterios materiales, lo cual entraña el riesgo de incurrir en una confusión entre el plano descriptivo y el plano prescriptivo del discurso. Afirmar, por ejemplo, que el principio de libre circulación debe ser considerado como la expresión de un derecho fundamental, a pesar de que ello no se dice explícitamente en el Tratado, implica una operación descriptiva, en la medida en que existen elementos textuales y jurisprudenciales que permiten deducir su trascendencia en el seno del ordenamiento comunitario, pero encierra también una valoración acerca de la importancia que debe reconocérsele. Este tipo de valoraciones correspondería hacerlas con claridad a las instancias políticas o constituyentes y ello sólo se puede lograr mediante la definición de un catálogo de derechos.

Por otro lado, la inexistencia de criterios formales impide determinar con precisión cuáles son las consecuencias de la calificación de un derecho como fundamental, más allá de su relación de jerarquía respecto a las normas de derecho derivado. Ello, unido a la ausencia de mecanismos de protección jurisdiccional específicos o privilegiados, constituye una grave carencia del sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales.

2. UN INTENTO DE SISTEMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMUNITARIOS

En el apartado anterior se ha hecho referencia a los criterios que se pueden utilizar para la identificación o conceptualización de los derechos fundamentales, en particular criterios formales o materiales. No se ha hecho mención, en cambio, a una tercera posibilidad: el recurso a criterios estructurales. En función de este criterio, sólo se podría hablar de derechos fundamentales en sentido estricto cuando se trate de derechos que posean una determinada estructura. Un ejemplo de esta opción, dentro de la dogmática alemana, lo representa la definición de derechos fundamentales propuesta por CARL SCHMITT, para quien sólo son derechos fundamentales en sentido estricto los que tienen la estructura del derecho individual de libertad[123]. La limitación del concepto de derechos fundamentales a aquéllos que poseen una determinada estructura presenta el inconveniente de que parte de un planteamiento abstracto, que no siempre se corresponde con las prescripciones formales de un determinado ordenamiento jurídico u orden constitucional. Es decir, significa desconocer que algunos derechos, todos ellos incluidos en un catálogo constitucional de derechos fundamentales, pueden poseer estructuras diferentes. En el caso del ordenamiento jurídico comunitario, el hecho de que el reconocimiento de los derechos se haya hecho preferentemente por la vía jurisdiccional, a partir de una remisión a los ordenamientos internos y al derecho internacional, hace difícil una identificación de los derechos basada

123 Hay que matizar que SCHMITT, en su definición de derechos fundamentales, combinaba criterios estructurales y materiales, puesto que para él los derechos fundamentales eran los que pertenecen al fundamento mismo del Estado. Puesto que su concepción del Estado respondía al Estado liberal, tan sólo se refería a los derechos de libertad. Para una síntesis de sus posiciones véase ALEXY, *op. cit.*, pp. 63-64, y ESTÉVEZ ARAUJO, J.A.: *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Editorial Trotta, Madrid, 1994, pp. 91-96.

estrictamente en su estructura. Asimismo, éste es un criterio que no aparece en la jurisprudencia del TJCE.

Ahora bien, aunque la estructura de los derechos no se tenga en cuenta para su identificación o conceptualización, sí que puede resultar útil para establecer una sistemática de los mismos. Sin embargo, los criterios estructurales no son los únicos que se pueden utilizar para establecer un cierto orden entre los derechos fundamentales. En la doctrina se encuentran innumerables clasificaciones, que atienden a criterios diversos: objeto, finalidad, etc... En las páginas que siguen se intentará aplicar a los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario algunas de las sistematizaciones propuestas por la doctrina.

2.1. La estructura de los derechos fundamentales.

La estructura de los derechos fundamentales se describe generalmente como la de un derecho subjetivo. Desgraciadamente, el concepto de derecho subjetivo presenta enormes complejidades y dista mucho de ser claro[124]. De las abundantes discusiones doctrinales al respecto se trasluce que los que, tanto en el lenguaje ordinario como técnico, se denominan "derechos" pueden clasificarse en un gran número de posiciones jurídicas. KELSEN, por ejemplo, distingue entre derechos reflejos, derechos subjetivos en sentido técnico, autorizaciones positivas de las autoridades, derechos políticos y derechos de libertad[125]. Se ha distinguido también entre derechos de *status* negativo,

---

124 En este sentido, ALEXY afirma: "*No obstante su considerable duración y los muy intensos y amplios esfuerzos desplegados, la discusión sobre el concepto de derecho subjetivo no ha conducido a un consenso*", ALEXY, *op. cit.*, p. 173.

125 KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho,* traducción al castellano de J. VERNEGO, UNAM, México, 1979, pp. 138 y ss.

positivo y activo, o el papel que juega la voluntad en el ejercicio de los mismos[126].

Estos pocos ejemplos ponen de manifiesto la variedad de situaciones que se denominan como derechos subjetivos. Esta variedad plantea la disyuntiva sobre la conveniencia de reservar el uso de este término sólo para algunos casos o, en cambio, preconizar una utilización lo más amplia posible. Para ALEXY "*la primera vía encierra el peligro de provocar una estéril polémica acerca de qué debe ser llamado 'derecho subjetivo'. Más importante que esta cuestión es la interrelación de la estructura de las distintas posiciones. Es aconsejable, por ello, utilizar la expresión derecho subjetivo, siguiendo el uso existente, como un concepto general para posiciones muy diferentes, y luego, dentro del marco de este concepto, trazar distinciones y llevar a cabo caracterizaciones terminológicas*"[127].

Desde este punto de vista, los derechos fundamentales pueden ser caracterizados en su estructura como derechos subjetivos, matizando que pueden designar posiciones jurídicas distintas. A esta variedad alude la doctrina cuando, respecto a los derechos fudamentales, distingue entre derechos de autonomía, de participación o derechos prestacionales[128], o entre derechos subjetivos en sentido estricto, libertades, potestades o inmunidades[129], o entre libertades negativas y derechos positivos, entre otras. Particularmente esclarecedora nos parece la división que mantiene ALEXY, al dividir las

---

126 Para una síntesis véase ALEXY, *op. cit.*, pp. 173-185.

127 ALEXY, *op. cit.*, p. 185.

128 PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, pp. 129-138.

129 ATIENZA, M.: *Introducción al derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 170.

posiciones designadas como derechos fundamentales en tres grupos: derechos a algo, libertades y competencias[130]. El derecho a algo puede definirse como la siguiente estructura: *a* tiene frente a *b* el derecho a *c*. Por ejemplo, afirmar que todos tienen derecho a la vida puede estructrarse como el derecho de *a* frente al Estado a que éste no lo mate, y también como el derecho de *a* frente al Estado a que éste proteja su vida frente intervenciones arbitrarias de terceros.

Con este ejemplo ya se pone de manifiesto que los derechos a algo pueden subdividirse, o diferenciarse dentro de ellos, en derechos a acciones positivas y derechos a acciones negativas[131]. A su vez, estos derechos a acciones negativas pueden dividirse en: derechos al no impedimento de acciones (entre ellos ALEXY cita como ejemplos la libertad de movimiento, la expresión de la opinión o la elección de una profesión); derechos a la no afectación de propiedades y situaciones (por ejemplo, la inviolabilidad de domicilio); y derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas (como el derecho de propiedad).

Por su parte, entre los derechos a acciones positivas del Estado puede establecerse una distinción entre aquellos derechos cuyo objeto es una acción fáctica y aquellos cuyo objeto es una acción normativa (como sería el derecho del *nasciturus* a la protección a través del derecho penal). Cuando se habla de derechos a prestaciones se hace referencia, por lo general, a acciones positivas fácticas.

---

130 ALEXY, *op. cit.*, pp. 186-245. La exposición que sigue a continuación es una síntesis de las posiciones de este autor.

131 ALEXY denomina a los derechos a acciones negativas "derechos de defensa". Esta terminología no se ha recogido aquí para no crear confusión con los tradicionales derechos de defensa reconocidos por el TJCE.

Para la creación de una situación de libertad jurídica se requiere tan sólo una omisión del Estado, es decir, una acción negativa. Para asegurar la libertad jurídica no se requiere ningún derecho a prestaciones, sino sólo un derecho negativo. ALEXY distingue entre la libertad jurídica no protegida y la libertad protegida, definiendo la primera como la conjunción de "*una permisión jurídica de hacer algo y una permisión jurídica de omitirlo*"[132]. En cambio, la protección iusfundamental de la libertad consiste "*en un haz de derechos a algo y también de normas objetivas que aseguran al titular del derecho fundamental la posibilidad de realizar las acciones permitidas*"[133]. La libertad jurídica protegida como derecho fundamental es una libertad que, por lo menos, existe en relación al Estado. La protección directa y subjetiva de la misma hace que comporte un derecho de igual contenido a que el Estado no obstaculice al titular del derecho el goce de dicha libertad. Cuando se habla de derechos fundamentales como derechos de protección se hace referencia, la mayoría de las veces, a los derechos frente al Estado a acciones negativas que protegen libertades iusfundamentales.

Por último, algunos derechos fundamentales se refieren a posiciones que ALEXY denomina como "competencia", entendiendo por tal la capacidad para modificar posiciones jurídicas[134]. Existen competencias del ciudadano que gozan de protección fundamental. Así, en muchos ordenamientos el legislador violaría normas de derechos fundamentales si derogara la competencia para celebrar matrimonio, fundar asociaciones o adquirir la propiedad.

---

132 *Ibid.*, p. 224.

133 *Ibid.*, p. 225.

134 *Ibid.*, pp. 227-228.

A pesar de la utilidad que supone clarificar todas estas distintas estructuras de un derecho, hay que señalar que a menudo una norma de derecho fundamental constituye una situación compleja, resultado de una combinación de situaciones básicas[135]. Es decir, un derecho fundamental puede encarnar un ensamblaje o un conjunto de posiciones jurídicas distintas. Así, por ejemplo, de la libertad científica podrían resultar tres posiciones de tipo diferente[136]: una libertad jurídica para realizar las acciones que caen dentro del ámbito de la ciencia, un derecho frente al Estado para que éste no obstaculice las acciones en este ámbito (es decir, un derecho a acciones negativas del Estado que protege la libertad jurídica), y un derecho a acciones positivas del Estado que son indispensables para la protección de dicha libertad (por ejemplo, una determinada normativa sobre la organización de la universidad). Es decir, también las libertades o los derechos negativos pueden presentar una dimensión prestacional[137].

Trasladando las consideraciones precedentes al ordenamiento jurídico comunitario, la primera observación es que, como ya se ha dicho anteriormente, el hecho que en el derecho comunitario los derechos fundamentales se hayan reconocido jurisprudencialmente por la vía de los principios no es óbice para considerar que se trata de derechos subjetivos reconocidos a los particulares[138]. En el caso de los derechos no reconocidos en el ordenamiento comunitario escrito, el TJCE ha considerado que los principios generales del derecho incluyen la exigencia de protección de dichos derechos. En el caso de derechos

---

135 ALEXY, *op. cit.*, pp. 240-245.

136 El ejemplo está tomado de ALEXY, *op. cit.*, p. 241.

137 Véase COSSÍO DÍAZ, J.R.: *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 185 y ss.

138 Véase *supra*, cap. II.

que encuentran una expresión en normas expresas del derecho comunitario, como en el caso del principio de no discriminación o de libertad de circulación, el reconocimiento del efecto directo de las disposiciones del Tratado posibilita su estructuración como derechos subjetivos exigibles judicialmente. Por tanto, si los derechos fundamentales se consideran en general como derechos subjetivos, los derechos reconocidos en el ordenamiento comunitario no entrañan ninguna peculiaridad.

Atendiendo a las distintas posiciones jurídicas que cubre un concepto amplio de derecho subjetivo, no existe ninguna dificultad en afirmar que el TJCE ha protegido derechos fundamentales que se estructuran en el reconocimiento de un derecho de protección, o si se quiere, un derecho a una acción negativa. Por citar sólo unos ejemplos, la afirmación realizada en la sentencia *Heylens* de que el artículo 48 reconoce un derecho al libre acceso al empleo[139] puede considerarse como una situación de un derecho al no impedimento de una acción, en este caso el acceso a un empleo sin distinción de nacionalidad. El TJCE ha reconocido también el derecho a la inviolabilidad del domicilio (derecho a la no afectación de propiedades y situaciones) y el derecho de propiedad (derecho a la no eliminación de posiciones jurídicas).

El TJCE también ha reconocido que el derecho comunitario protege determinados ámbitos de libertad jurídica de los particulares, en los que las autoridades públicas no pueden inmiscuirse. Así, la libertad de expresión, la libertad de circulación o la libre elección de profesión. Los particulares tienen derecho a que no se obstaculice el goce de dichas libertades.

---

139 Véase *supra*, apartado 1.2 del presente capítulo.

Más complicado resulta, en cambio, encontrar en el ordenamiento comunitario, derechos fundamentales que puedan describirse como derechos a prestaciones, es decir, derechos que exigen una acción positiva. Dicha acción, como se ha indicado antes, puede consistir en una prestación normativa o en una prestación fáctica. En cuanto a los derechos a prestaciones fácticas, no puede considerarse que ninguno de los derechos que pueden calificarse de fundamentales en el ordenamiento comunitario respondan a esta estructura o contemplen esta posición jurídica. Ciertamente que el Tratado establece los objetivos y los principios básicos de algunas políticas económicas que exigen medidas positivas por parte de las autoridades públicas, ya sean las estatales o las propias instituciones comunitarias. Así, la política agrícola o la política de cohesión. De la normativa que aplica estas políticas podrán nacer derechos a prestaciones para los particulares, pero éstos no pueden considerarse como fundamentales: ni están sancionados en la norma superior del ordenamiento jurídico comunitario, el Tratado, ni la jurisprudencia del TJCE les ha otorgado este tratamiento.

Por lo que se refiere a derechos a una prestación normativa, tal vez podría afirmarse que el derecho a una tutela judicial efectiva, reconocido en la sentencia *Johnston*[140], podría considerarse como el derecho a que el Estado adopte la normativa necesaria para garantizar una protección adecuada de los derechos. Este derecho ha sido calificado también como un derecho de participación en el marco de la clasificación apuntada por PRIETO SANCHÍS, ya citada, que, atendiendo al modo de ejercicio y al contenido de la obligación, distingue entre derechos de autonomía, de participación y derechos prestacionales[141]. De ella interesa destacar la categoría de derechos de

140 Véase *supra*, apartado 1.2 del presente capítulo.

141 PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, pp. 129-138.

participación, puesto que los derechos de autonomía y los derechos prestacionales se corresponderían básicamente con lo que se ha denominado aquí derechos a acciones negativas y libertades y derechos a prestaciones fácticas, respectivamente.

PRIETO SANCHÍS define los derechos de participación como aquéllos que "*se resuelven en el ejercicio de un poder jurídico, que puede estar dirigido a lograr el cumplimiento de una obligación previa o simplemente a participar en la formación de la voluntad estatal*"[142]. Usualmente los derechos de participación se equiparan a los llamados derechos políticos, pero este autor, adoptando una postura kelseniana, incluye también en ellos el derecho a la jurisdicción, entendiendo que éste también se dirige a la formación de una decisión pública, a pesar de que se trate de una decisión particular y no una decisión general.

En el derecho comunitario se protege el derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, puede hablarse también de derechos de participación en el sentido expuesto. En cambio, los derechos típicos de participación, es decir, los derechos políticos, ocupan un papel muy menor en este ordenamiento. La única expresión de ellos que puede reseñarse es el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo en el Estado miembro de residencia consagrado en el artículo 8B del TCE. Sin embargo, este derecho es sólo una expresión muy limitada de la participación de de los ciudadanos en la voluntad pública y además la disposición que lo consagra no dispone de efecto directo, por lo que su ejercicio depende de la normativa de desarrollo que se adopte. Esta escasa trascendencia de los derechos políticos no es de extrañar, puesto que la Comunidad Europea es una organización internacional, no un

142 *Ibid.*, p. 131.

Estado, y el grado de integración política alcanzado entre los Estados miembros es aún muy limitado, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito económico.

2.2. Derechos de primera, de segunda y de tercera generación.

Las diferentes posiciones jurídicas que pueden entrañar los derechos fundamentales están en la base, como se ha indicado anteriormente, de muchas de las clasificaciones o distinciones que se hacen entre los derechos fundamentales. Una de ellas que goza de una amplia difusión es la que distingue entre derechos de primera, de segunda y de tercera generación[143], en la que se combinan criterios histórico-políticos, que atienden al momento y a la ideología preponderante en el proceso de reconocimiento de los derechos, y criterios estructurales.

Los derechos humanos como categoría histórica nacen en el seno de la cultura política del liberalismo clásico que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Acorde con esta filosofía política, la primera generación de los derechos la constituyen las libertades individuales, que garantizan la esfera privada del individuo en la que el Estado no puede inmiscuirse. Este carácter individualista sufrió un proceso de cuestionamiento en el siglo XIX con las luchas sociales llevadas a cabo por el movimiento obrero. Sus reivindicaciones apuntaban a la necesidad de completar el catálogo de derechos liberal con la inclusión de derechos sociales, económicos y culturales. Esta segunda generación de derechos encontrará su plasmación jurídica y política en el paso

143 Para una clasificación de este tipo véase PÉREZ LUÑO, A.: "La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales", en OLIVAS, E.: *Problemas de legitimación en el Estado social*, Ed. Trotta, Madrid, 1991, pp. 91-106, y ARA PINILLA, I.: *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990.

del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho. PÉREZ LUÑO resume así las diferencias estructurales entre ambas generaciones de derechos:

"*La distinción, que no necesariamente oposición, entre ambas generaciones de derechos se hace patente cuando se considera que mientras en la primera los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa de las libertades individuales, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; en la segunda, correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación, que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos*"[144].

Sin embargo, si la diferenciación entre la primera y la segunda generación de derechos a partir de criterios políticos y históricos parece clara, no sucede lo mismo por lo que se refiere a las consideraciones estructurales de los derechos aquí recogidas. En primer lugar, porque bajo el rótulo de derechos económicos y sociales se engloban a menudo categorías heterogéneas, lo cual hace que no sea conveniente reducirlos únicamente a derechos a prestaciones, o al menos en el sentido en que generalmente se utiliza esta expresión, es decir, a prestaciones fácticas. La libertad sindical o el derecho de huelga merecerían el calificativo de derechos sociales por el momento hitórico a partir del que se reconocen y por la ideología política a la que responden, y no comportan necesariamente, por su naturaleza intrínseca, el derecho a ninguna prestación, aunque en la configuración que algunos ordenamientos hacen de estos derechos se incluyan

144 PÉREZ LUÑO, A.: "La evolución del Estado social....", *op. cit.*, p. 92.

derechos a determinadas prestaciones. En segundo lugar, porque, como ya se ha indicado antes, a menudo un derecho fundamental se configura como un haz de distintas posiciones jurídicas, es decir, también las libertades o los derechos negativos pueden presentar o ir unidos a una dimensión prestacional.

La tercera generación de derechos, aún imprecisa, haría referencia a derechos que han sido reivindicados por los nuevos movimentos sociales que se desarrollan especialmente a partir de los años sesenta: derecho a la paz, al medio ambiente, a la protección de los consumidores. Su configuración y protección como derechos fundamentales es aún muy imprecisa.

El ordenamiento comunitario ha acogido la protección de derechos liberales, o de primera generación. En el apartado anterior se han mencionado diferentes ejemplos de derechos que reconocen la autonomía del individuo y la protección de su esfera privada: libertad de expresión, inviolabilidad de domicilio, entre otros. Desde la óptica de las generaciones de derechos habría que añadir también en este primer grupo el derecho de propiedad. Este reconocimiento de los derechos clásicos no es de extrañar, puesto que su protección se halla extendida y generalizada en los ordenamientos de los Estados miembros y en el derecho internacional, en particular en el CEDH. Puesto que éstas son las fuentes de inspiración del TJCE, formalizadas además ahora expresamente en el artículo F.2, su "incorporación" al derecho comunitario no puede ser puesta en duda. Al tratarse además de derechos negativos, la vía jurisdiccional, que es la que ha sido operativa en el derecho comunitario para la protección de los derechos fundamentales, resulta totalmente adecuada.

Más controvertido resulta en cambio el terreno de la protección de derechos económicos y sociales. Ciertamente, dado que el ámbito material de las

competencias comunitarias es de carácter preferentemente económico, podría decirse que los derechos conferidos por los Tratados se inscriben precisamente en el grupo de derechos económicos y sociales. Así, el principio de libre circulación del artículo 48 y el de no discriminación salarial por razón de sexo del artículo 119 del TCE.

Fuera de estos casos, hay que recordar que el TJCE ha mencionado algunos derechos sociales típicos, como el de huelga o el de libre sindicación, pero de manera muy limitada. Así, en la sentencia dictada en el caso *Rutili*[145] el TJCE admitió "*que el artículo 8 del reglamento nº 1612/68, que garantiza la igualdad de trato en materia de filiación a las organizaciones sindicales y de ejercicio de los derechos sindicales, permite reconocer que la reserva relativa al orden público no puede ser invocada tampoco por motivos que se refieran al ejercicio de estos derechos*"[146]. Este caso, sin embargo, ha de situarse en el campo de la libertad de circulación y la no discriminación, más que como un auténtico ejemplo de reconocimiento de una libertad sindical. Lo mismo puede afirmarse de la sentencia *ASTI*[147], en la que el TJCE interpretó que dicho artículo 8 constituye una expresión particular en el ámbito concreto de la participación de los trabajadores en las organizaciones y actividades sindicales. Su aplicación no puede verse limitada por consideraciones relativas a la forma jurídica de los organismos en cuestión, por lo que debe predicarse también respecto a la participación de los trabajadores en organismos que, aun no

---

145 Sentencia del TJCE de 28 de octubre de 1975, as. 36/75, *Roland Rutili contre Ministre de l'Intérieur*, Rec. 1975, pp. 1219 y ss.

146 En francés en el original: "*que l'article 8 du règlement nº 1612/68, qui garantit l'égalité de traitement en matière d'affiliation aux organisations syndicales et d'exercice des droits syndicaux, fait reconnaître que la réserve relative à l'ordre public ne saurait être invoquée, non plus, pour des motifs tendant à l'exercice de ces droits*", Rec. 1975, pp. 1231-1232.

147 Sentencia del TJCE de 4 de julio de 1991, as. C-213/90, *ASTI (Association de soutien aux travailleurs immigrés) contra Chambre des employés privés*, Rec. 1991, pp. I-3507 y ss.

revistiendo la naturaleza jurídica de organizacines sindicales, desempeñan funciones similares de defensa y representación de los intereses de los trabajadores.

En el terreno de la función pública comunitaria, es preciso mencionar la sentencia *Union Syndicale*[148], en la que el TJCE señaló "... *que la libertad de sindical reconocida por el artículo 24 bis del estatuto de funcionarios implica, según los principios generales del derecho del trabajo, no solamente el derecho, de los funcionarios y agentes, de constituir libremente asociaciones de su elección, sino también el derecho de estas asociaciones de dedicarse a toda actividad lícita en defensa de los intereses profesionales de sus miembros*"[149]. Sin embargo, el ejercicio de este derecho, por lo que se refiere a la legitimación activa de dichas asociaciones ante el TJCE, está subordinado a las condiciones determinadas por el sistema de recursos de los Tratados. En la sentencia *Maurissen*[150] el TJCE añadió que la libertad sindical significa que las instituciones y organismos comunitarios no pueden prohibir a sus funcionarios y agentes afiliarse a una organización sindical o participar en sus actividades, ni penalizarlos de forma alguna por ello. También deben aceptar que estas organizaciones sindicales desempeñen el papel que les corresponde, en particular emprendiendo acciones para informar a los funcionarios,

---

148 Sentencia del TJCE de 8 de octubre de 1974, as. 175/73, *Union Syndicale-Service public européen- Bruxelles, Denise Massa et Roswitha Kortner contre Conseil des Communautés européennes*, Rec. 1974, pp. 917 y ss. Véase también la sentencia del TJCE de 8 de octubre de 1974, as. 18/74, *Syndicat général du personnel des organismes européens contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1974, pp. 933 y ss.

149 En francés en el original: "... *que la liberté syndicale reconnue par l'article 28 bis du statut des fonctionnaires implique, selon les principes généraux du droit du travail, non seulement le droit pour les fonctionnaires et agents, de constituer librement des associations de leur choix, mais encore celui, pour ces assotiations, de se livrer à toute activité licite dans la défense des intérêts professionnels de leurs membres*", Rec. 1974, p. 925.

150 Sentencia del TJCE de 18 de enero de 1990, ass. C-193/87 y C-194/87, *Henry Maurissen y Union Syndicale contra Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas*, Rec. 1990, pp. I-95 y ss.

representarlos y participar en la concertación con las instituciones. Las obligaciones de las instituciones no se extienden, sin embargo, a poner sus servicios de correo interno a disposición de las organizaciones sindicales.

Algunos autores han considerado que entre los derechos económicos y sociales reconocidos por el ordenamiento comunitario debe incluirse también el derecho de huelga. Así, CHUECA SANCHO afirma: "*...teniendo presentes las fuentes de inspiración de la jurisprudencia comunitaria puede afirmarse que este derecho existe en dicho ordenamiento con carácter general*"[151]. Sin embargo, las alusiones a este derecho en la jurisprudencia del TJCE se limitan al campo de la función pública comunitaria. En el caso *Acton*[152] el TJCE no se pronunció sobre si los funcionarios comunitarios poseían un derecho de huelga ni sobre las modalidades de su ejercicio, resaltando la ausencia de principios comunes de los ordenamientos internos en esta materia. Se limitó a afirmar que el paro llevado a cabo por los funcionarios podía considerarse como una huelga y que "*...según un principio reconocido en el derecho del trabajo de los Estados miembros, los salarios relativos a los días de huelga no son debidos a los que han participado en ella*"[153].

De las sentencias reseñadas es difícil deducir un reconocimiento general de la libertad sindical o del derecho de huelga como un derecho fundamental,

---

151 CHUECA SANCHO, A.: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1989, p. 289.

152 Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 1975, ass. 44, 46 y 49/74, *Marie-Louise Acton et autres contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1975, pp. 383 y ss.

153 En francés en el original: "*...selon un principe reconnu dans le droit du travail des Etats membres, les salaires et traitements afférents aux jours de grève ne sont pas dus à ceux qui ont participé à celle-ci.*", Rec. 1975, p. 394. La posición del TJCE fue recogida y reiterada en la sentencia del TPI de 15 de julio de 1994, ass. T-576/93 a T-582/93, *Martine Browet et autres contre Commission des Communautés européennes*, Rec. F.P. 1994, pp. II-621 y ss.

puesto que si bien han sido aludidos por el TJCE, estas referencias se limitan a la función pública comunitaria y, en el caso del derecho de huelga, se ha hecho mención del mismo de manera bastante tangencial. A ello hay que añadir que, como ya se ha indicado anteriormente, no existe en el ordenamiento comunitario ningún derecho fundamental que pueda estructurarse como derecho a una prestación fáctica por parte de los poderes públicos. Por tanto, si nos acogemos a lo que usualmente se entiende por derechos económicos y sociales, habrá que concluir que su reconocimiento en el ordenamiento comunitario como derechos fundamentales es muy escaso.

Ello puede explicarse acudiendo a dos tipos de consideraciones. En primer lugar, la distribución de competencias entre los Estados miembros y la Comunidad. Las competencias comunitarias en el ámbito de la política social son muy limitadas. El artículo 118 del TCE sólo confiere a la Comisión una tarea de "*promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros en le ámbito social (...) mediante estudios, dictámenes y la organización de consultas...*". El Acta Única introdujo los artículos 118A y 118B, que se dirigen a la armonización de las medidas de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y al desarrollo del diálogo entre las partes sociales. Los tímidos avances del TUE en este ámbito se vieron frustrados por la oposición del Reino Unido, por lo que tuvieron que articularse en un acuerdo entre once Estados incluido en un Protocolo anexo al Tratado. Otros ámbitos de actuación pública que también pueden incidir en la formulación de derechos sociales, como la educación y la sanidad, tampoco son objeto de competencias comunitarias sustanciales. Por otro lado, la Carta Comuitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores, adoptada en diciembre de 1989 por los jefes

de Estado y de gobierno en 1989, con excepción del Reino Unido[154], no es un instrumento jurídicamente obligatorio.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta la manera en que han tenido que ser reconocidos la mayoría de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, es decir, por la vía de los principios generales del derecho. Las fuentes de inspiración del TJCE, esto es las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y el derecho internacional, no son de mucha ayuda en el ámbito de los derechos económicos y sociales, al menos en algunos de ellos. Por lo que se refiere a los derechos internos, PRIETO SANCHÍS señala que "*...en el panorama que ofrecen los ordenamientos de corte liberal, los derechos sociales tienden a sujetarse al etéreo capítulo de los principios programáticos, muy lejos, desde luego, de las técnicas vigorosas de protección que caracterizan a los derechos fundamentales*"[155]. Las diferencias en el tratamiento que las distintas Constituciones confieren a estos derechos haría mucho más difícil al TJCE extraer principios generales comunes a los ordenamientos estatales.

Por lo que se refiere al derecho internacional, aunque en teoría el TJCE no excluye ningún instrumento internacional de protección de derechos en el que los Estados miembros hayan participado, en la práctica solamente el CEDH ha desempeñado un papel análogo a un catálogo de derechos y no así la Carta Social europea de 1961, que sólo ha aparecido aludida en ocasiones en la jurisprudencia del TJCE[156] y no se menciona en el artículo F.2 del TUE. Por otro lado, cuando se trate de derechos que exigen una prestación por parte de

---

154 *Bol. CE*, nº 12/1989, y Documentos Europeos nº 6/90.

155 PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, p. 185.

156 Véase *supra*, cap. IV.

las autoridades públicas, la mera técnica jurisprudencial de protección no resulta adecuada. En definitiva, la protección de los derechos fundamentales por el ordenamiento comunitario se ciñe básicamente a los derechos de corte liberal.

CAPÍTULO VI

EL ALCANCE Y LOS LÍMITES DE LA PROTECCIÓN COMUNITARIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el capítulo anterior se ha procedido a un intento de categorización de los derechos fundamentales en el sistema comunitario. En este sentido se ha afirmado que este ordenamiento jurídico protege "núcleos esenciales" de derechos fundamentales. Es decir, en el derecho comunitario se protegen bienes e intereses que pueden considerarse fundamentales desde un punto de vista material. Pero la protección de un derecho no se agota en este núcleo esencial, sino que exige delimitar o tener en consideración otros elementos que lo configuran: cuál es su ámbito de aplicación material, quiénes son sus titulares, a quiénes obliga, a qué límites o restricciones puede estar sujeto. Este conjunto de elementos completan el alcance de la protección de los derechos fundamentales y, en este terreno, la protección conferida por el ordenamiento comunitario presenta particularidades que conviene tener en cuenta.

El examen del alcance de la protección comunitaria de los derechos fundamentales plantea dos tipos de cuestiones. En primer lugar, es preciso analizar las características que el sistema comunitario presenta respecto a elementos que configuran los derechos: su ámbito de aplicación material y personal, los titulares de las obligaciones. En segundo lugar, deben examinarse los límites que pueden establecerse a dichos derechos, en particular a qué condiciones y a qué controles están sujetos.

1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMUNITARIOS

1.1. El ámbito material y personal de aplicación de los derechos fundamentales comunitarios.

La primera observación que procede hacer respecto al ámbito material, es que el ordenamiento comunitario protege los derechos fundamentales en el marco de las competencias que han sido atribuidas a la Comunidad. Esta afirmación, con ser válida tanto para los derechos protegidos por la vía de los principios generales elaborados jurisprudencialmente, inspirándose en el CEDH y en las Constituciones nacionales, como para los derechos incluidos en los Tratados, conlleva consecuencias particulares para cada uno de estos dos bloques de derechos.

En el primer caso, puede considerarse que se trata de núcleos esenciales de derechos generales[1], es decir, que no tienen ninguna limitación o particularidad respecto a su ámbito material de aplicación. Cuando el TJCE afirma que la libertad de expresión, por ejemplo, está reconocida en el derecho comunitario no existe ningún sector de la actividad comunitaria que escape a la obligación de respetar dicha libertad. Qualquier acción de las instituciones comunitarias está sometida al alcance de la protección de este derecho. Por tanto, la limitación competencial de la Comunidad no comporta ninguna particularidad respecto a las acciones de las instituciones comunitarias.

---

[1] El profesor LIÑÁN los califica de contenidos esenciales "*generales*", LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: "Derechos fundamentales y de ciudadanía en la Constitución Europea", en OREJA, M.(dirigido por): *La Constitución Europea*, Universidad Complutense de Madrid, Actas del Escorial, Madrid, 1994, pp. 75-86, p. 81.

Sin embargo, como es sabido, en la aplicación del derecho comunitario no intervienen únicamente las instituciones comunitarias, sino también las autoridades públicas de los Estados miembros. Y es aquí donde la limitación competencial comunitaria entra en juego. Como se analizará a continuación[2], la protección de los derechos fundamentales por parte del TJCE frente a las autoridades nacionales se limita a las actuaciones de las mismas que entren dentro del ámbito de aplicación del derecho comunitario. Fuera de este ámbito material, el derecho comunitario no aporta ningún *plus* de protección a los individuos, que deben acudir a las instancias nacionales y, en su caso, a los órganos de control del CEDH. Dado que las competencias comunitarias son fundamentalmente económicas, la aproximación del TJCE a estos derechos que se han calificado de "generales" necesariamente se ve limitada a situaciones conexas con actividades de tipo económico[3].

En el caso de los derechos conferidos por los Tratados, la problemática relativa al ámbito material de los derechos se plantea en términos distintos. Se ha afirmado antes que el principio de igualdad de trato y el de libre circulación pueden considerarse como derechos fundamentales en el sistema comunitario. Ahora bien, no puede olvidarse que estos derechos están pensados para los individuos en tanto que operadores económicos y no considerando su dignidad humana. El principio de libre circulación del art. 48 TCE no tiene por objetivo principal asegurar la libertad de circulación de los individuos en nombre del respeto de la dignidad de la persona, sino que busca directamente permitir la movilidad de los factores de producción, en este caso la mano de obra, que

---

2 Véase *infrra*, apartado 1.2 del presente capítulo.

3 LAWSON considera que ello conlleva defraudar las expectativas que podría generar las repetidas afirmaciones del TJCE de que no pueden aceptarse medidas incompatibles con los derechos fundamentales, LAWSON, R.: "Confusion and Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg", en *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. III, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1994, pp. 219-252, p. 251.

resulta indispensable para el establecimiento de un mercado común. El principio de igualdad de trato va ligado a la realización efectiva del principio de libre circulación en un espacio compartimentado en Estados soberanos; la no discriminación por razón de sexo prevista en el artículo 119 atiende, en su origen, a razones de condiciones de competencia en el mercado[4].

Es, por tanto, el *homo-economicus* el titular de estos derechos. En este sentido, para KÜHNHARDT la posición legal del individuo en los Tratados está confinada al ámbito económico. Las libertades fundamentales pueden considerarse inicialmente como derechos económicos indirectos; en efecto, se refieren en principio a una "*ciudadanía del mercado*" más que a una "*ciudadanía política*"[5].

Ahora bien, no debe olvidarse que a partir de unas disposiciones cuyos objetivos son esencialmente económicos y teniendo en cuenta todas las condiciones que rodean el ejercicio de las libertades económicas, el TJCE ha podido deducir, mediante una interpretación finalista del TCE y partiendo del objetivo de la integración, una serie de derechos que, en ocasiones, van más allá del ejercicio de una actividad económica[6]. Las sentencias *Mutsch*[7], *Reed*[8] y

---

4 Véase VILÀ COSTA, B.: "Les droits des femmes dans la Communauté européenne", en CASSESE, A.; CLAPHAM, A.; WEILER, J. (eds.): *Human Rights and the European Community: The Substantive Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, pp. 177-224.

5 KÜHNHARDT, L.: "European Courts and Human Rights", en GREENBERG, D.; KATZ, S.N.; OLIVIERO, M.B. and WHEATLEY, S.C.(eds.): *Constitutionalism and Democracy. Transitions in the Contemporary World*, Oxford University Press, New York, Oxford, 1993, pp. 126-138, p. 132. También CLAPHAM, por las razones expuestas, afirma que estos derechos deben considerarse como "derechos fundamentales comunitarios" más que como "derechos humanos universales", CLAPHAM, A.: "A Human Rights Policy for the European Community", *YEL*, 1990, pp. 309-366, p. 319. Por su parte, RUSCELLO considera que sólo pueden ser considerados como derechos fundamentales de la Comunidad entendida ésta como un organismo regulador de la vida económica, RUSCELLO, F.: *Rilevanza dei diritti della persona e "ordinamento comunitario"*, Quaderni della Ressegna di diritto civile, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1993, p. 14.

6 Véase, entre muchas otras, la sentencia del TJCE de 28 de octubre de 1975, as. 36/75, *Roland Rutili contre Ministre de l'Intérieur*, Rec. 1975, pp. 1219 y ss.

Cowan[9], entre muchas otras, dan buena cuenta de ello. En este sentido, O'KEEFEE señala que el TJCE cada vez más interpreta el derecho a la libre circulación en un contexto constitucional y de derechos humanos que supera lo estrictamente económico[10]. El trabajador, asalariado o independiente, o el prestador o receptor de un servicio, se configuran paulatinamente más como un individuo susceptible de invocar una protección constitucional que como un mero factor de producción. La inclusión de la libre circulación de personas en el artículo 8A del TCE, desligado de toda actividad económica, apunta también en esta dirección. Se producen, pues, relaciones y solapamientos entre principios económicos y derechos fundamentales. Para KOOPMANS estos principios comunitarios contribuyen a reforzar los derechos humanos clásicos[11]. En cambio, COPPEL y O'NEILL sostienen, en nuestra opinión equivocadamente, que el hecho que el TJCE se refiera a estos principios como "fundamentales" constituye una peligrosa confusión terminológica que puede llevar a considerar que las libertades económicas prevalecen frente a los derechos que protegen sobre todo la dignidad humana[12].

---

7 Sentencia del TJCE de 11 de julio de 1985, as. 137/84, *Ministère public contre Robert Heinrich Maria Mutsch*, Rec. 1985, pp. 2681 y ss.

8 Sentencia del TJCE de 17 de abril de 1986, as. 59/85, *Estado neerlandés contra Ann Florence Reed*, Rec. 1986, pp. 1283 y ss.

9 Sentencia del TJCE de 2 de febrero de 1989, as. 186/87, *Ian William Cowan contra Trésor public*, Rec. 1989, pp. 195 y ss.

10 O'KEEFFE, D.: "Trends in the Free Movement of Persons within the European Communities", en *Human Rights and Constitutional Law. Essays in Honour of Brian Walsh*, The Round Hall Press, Blackrock, 1992, pp. 263-291, p. 273.

11 KOOPMANS, T.: *The Judicial system envisaged in the Draft Treaty*, E.U.I. Working Paper nº 85/145, European University Institute (European Policy Unit) in collaboration with the University of Strasbourg and TEPSA, Badia Fiesolana, 1985, p. 30.

12 COPPEL, J.; O'NEILL, A.: "The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?", *CMLRev.*, 1992, nº 4, pp. 669-692, p. 690.

Puede afirmarse, por tanto, que con el principio de no discriminación y de libre circulación los Tratados contienen un núcleo normativo a partir del cual se reconocen derechos fundamentales. Sin embargo, no puede dejar de constatarse la limitación material a la que están sometidos estos derechos, limitación que deriva de su carácter funcional, no general: se trata de derechos, como señala el profesor LIÑÁN, "*previstos y protegidos en función de un ámbito material concreto que determina el principio de atribución de competencias*"[13]. Esta limitación material que resulta de la naturaleza económica y social de las competencias comunitarias conduce a una cierta "*escisión de la personalidad del individuo que únicamente se ve protegida en aquellas parcelas que puedan ser reconducidas a este marco competencial*"[14].

En cuanto al ámbito personal de aplicación de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario cabe plantearse dos tipos de cuestiones. En primer lugar, si la titularidad de los derechos protegidos se extiende tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas. En segundo lugar, si los beneficiarios de dichos derechos son todas las personas o sólo los nacionales de los Estados miembros.

Por lo que se refiere a la primera de ambas cuestiones, podría parecer a simple vista que la noción de derechos humanos o derechos fundamentales va ligada a la del ser humano en su dignidad como tal y que, por tanto, la titularidad de estos derechos se limita a las personas físicas, o que difícilmente se plantearán temas de derechos humanos en relación con personas jurídicas. Ciertamente, algunos derechos protegen bienes directamente ligados al ser humano, y no se aplican a personas jurídicas: el derecho a la vida es un ejemplo obvio. Sin

---

[13] LIÑÁN NOGUERAS, "Derechos fundamentales y de ciudadanía....", *op. cit.*, p. 79.

[14] LIROLA DELGADO, M. I.: *Libre circulación de personas y Unión Europea,* Cuadernos de Estudios Europeos, Civitas, Madrid, 1994, p. 55.

embargo, hay otros derechos que sí encajan con la esfera de actuación de personas jurídicas, como por ejemplo el derecho de propiedad. La titularidad de derechos considerados fundamentales concedida a personas jurídicas no puede, pues, descartarse de entrada, sino que dependerá del objeto del derecho en cuestión. De hecho, en el marco del CEDH las personas jurídicas han recurrido con relativa frecuencia a los órganos de Estrasburgo y, bastante a menudo, con éxito[15].

En el ordenamiento comunitario este tema adquiere una importancia particular, dado que los sujetos del derecho comunitario son habitualmente agentes económicos y generalmente personas jurídicas más que personas físicas. El TJCE ha reconocido en diversas ocasiones derechos, que ha considerado fundamentales, en beneficio de personas jurídicas[16]. En otras, en cambio, ha reservado la titularidad de un determinado derecho fundamental a las peronas físicas. Así, en la sentencia *Orkem* el TJCE consideró que el derecho a no declarar en contra propia sólo se reconoce en beneficio de las personas físicas inculpadas en un procedimiento de naturaleza penal[17]. El caso más problemático, sin embargo, ha resultado ser la titularidad del derecho al respeto de la vida privada, el domicilio y la correspondencia, consagrado en el artículo 8 del CEDH y en los ordenamientos de los Estados miembros.

---

15 En este sentido, LAWSON señala que en las sociedades occidentales contemporáneas, muchas normas de derechos humanos "*are developing into general standards of good governance*". Estos estándar se aplican a cualquier acción de las autoridades públicas y la cuestión de si el objeto de dicha acción es una persona física o jurídica reviste una importancia secundaria, LAWSON, *op. cit.*, p. 236.

16 Piénsese, por ejemplo, en las emblemáticas sentencias en materia de derechos fundamentales *Nold* e *Internationale Handelsgesellschaft.*

17 Sentencia del TJCE de 18 de octubre de 1989, as. 374/87, *Orkem contra Comisión de las Comunidades Europeas,* Rec. 1989, pp. 3283 y ss, p. 3350.

La cuestión se planteó ya en la sentencia *National Panasonic*[18]. En este caso, la empresa demandante alegó el artículo 8 del CEDH contra una Decisión de la Comisión relativa a una verificación en los locales de esta empresa. Mientras que, en sus observaciones, la Comisión expresó dudas sobre si este derecho se aplicaba a las personas jurídicas, el Abogado General WARNER consideró que este derecho se aplica también a las actividades empresariales, independientemente de que se trate de una persona física o jurídica[19]. El TJCE, en su sentencia, optó por dejar abierta esta cuestión:

"*Al respecto, hay que señalar que el artículo 8 del Convenio, suponiendo que se aplique a las personas jurídicas, al mismo tiempo que consagra el principio de no ingerencia....*"[20].

Es en la sentencia *Hoechst*[21] donde el TJCE se pronuncia claramente sobre este tema. El Abogado General MISCHO realizó un examen comparativo de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros respecto a si el derecho a la inviolabilidad del domicilio se aplica a las personas jurídicas, destacando la existencia de divergencias: algunos (España y Alemania, por ejemplo) lo aceptan, en otros no está claro y en otros no se acepta (Irlanda, Países Bajos). Como conclusión de este análisis, el Abogado General afirma: "*Más allá de estas divergencias, ha de observarse, no obstante, una tendencia general en*

---

18 Sentencia del TJCE de 26 de junio de 1980, as. 136/79, *National Panasonic (UK) Limited contre Commission des Communautés Européennes*, Rec. 1980, pp. 2033 y ss.

19 Conclusiones del Abogado General WARNER, presentadas el 30 de abril de 1980, as. 136/79, *National Panasonic (UK) Limited contre Commission des Communautés Européennes*, Rec. 1980, pp. 2061 y ss., p. 2068.

20 Subrayado añadido. En francés en el original: "*À cet égard, il y a lieu de relever que l'article 8 de la Convention européenne, pour autant qu'il s'applique à des personnes morales, tout en énonçant le principe de la non-ingérence ...*", Rec. 1980, p. 2057.

21 Sentencia del TJCE de 21 de setiembre de 1989, ass. 46/87 y 227/88, *Hoechst AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1989, pp. 2859 y ss.

el sentido de esa equiparación en el plano de los Derechos nacionales.... Os proponemos... reconocer expresamente la existencia en el ámbito comunitario del derecho fundamental a la inviolabilidad de los locales empresariales"[22]. El TJCE no siguió al Abogado General en este punto y declaró:

"*...hay que observar que, en tanto que el reconocimiento de ese derecho respecto al domicilio particular de las personas físicas viene impuesto en el ordenamiento jurídico comunitario como principio común a los Derechos de los Estados miembros, no sucede así en lo que se refiere a las empresas, pues los sistemas jurídicos de los Estados miembros presentan divergencias no desdeñables en lo relativo a la naturaleza y el grado de protección de los locales empresariales frente a las intervenciones de las autoridades públicas.*

No puede extraerse una conclusión diferente del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo apartado 1 prevé que 'toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia'. El objeto de la protección de este artículo abarca el ámbito de desenvolvimiento de la libertad personal del hombre y no puede por tanto extenderse a los locales empresariales. Por otra parte, ha de señalarse la inexistencia de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta cuestión"[23].

La interpretación que el TJCE hace del artículo 8 del CEDH ha sido muy criticada y se ha señalado que constituye un caso de contradicción o

---

22 Conclusiones del Abgado General MISCHO, presentadas el 21 de febrero de 1989, ass. 46/87 y 227/88, *Hoechst AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1989, pp. 2875 y ss., p. 2893

23 Rec. 1989, p. 2924.

divergencia con la jurisprudencia del TEDH[24]. En este sentido, se ha afirmado que el TJCE no tuvo debidamente en cuenta la sentencia de Estrasburgo en el asunto *Chapell*[25]. Sin embargo, hay que observar que los dos casos no son equiparables y que, en realidad, no está tan claro que de la sentencia *Chappell* se desprenda que la inviolabilidad de domicilio se aplique a as personas físicas, puesto que en el caso de autos el domicilio empresarial y el domicilio particular del demandante se hallaban en el mismo edificio, y las autoridades británicas registraron ambos[26].

A raíz de estos casos, se ha planteado la cuestión de hasta qué punto el TJCE está obligado a seguir las interpretaciones por el TEDH en su jurisprudencia. En sus conclusiones al asunto *Orkem*, el Abogado General DARMON, tras recordar que el CEDH no es más que una simple guía o referencia en la jurisprudencia del TJCE, se pronunció claramente en contra:

"*Por lo tanto, este Tribunal de Justicia podría hacer de las disposiciones del Convenio una interpretación que no coincidiese con la realizada por los órganos de Estrasburgo y, especialmente, por el Tribunal de Derechos Humanos. Este Tribunal de Justicia no está vinculado, en el sentido de que no está obligado a tener en cuenta sistemáticamente, en lo*

---

24 En palabras de MONET: "...*[el TJCE] s'est bel et bien référé à la Convention mais avec une autonomie d'application et d'interprétation qui surprendrait si l'on perdait de vue qu'il ne s'agissait là que d'une source d'inspiration jugée non contraignante por la Cour*", MONET, H.: "La Communauté européenne et la Convention européen des droits de l'homme", *RTDH*, 1994, nº 20, pp. 501-518, p. 511.

25 Sentencia del TEDH de 30 de marzo de 1989, *caso Chappell*, *BJC* 1991, nº 122, pp. 83 y ss.

26 Véase LAWSON, *op. cit.*, p. 241. Posteriormente, el TEDH, en el caso *Niemitz*, realizó una interpretación del artículo 8 del CEDH que puede considerarse más amplia que la ofrecida por el TJCE, pero no hay que olvidar que se trata de un caso posterior, Sentencia del TEDH de 16 de diciembre de 1992, *Niemietz contra Alemania*, *ACEDH*, 1992, nº 35, pp. 209 y ss. Una selección de este texto puede encontrarse también en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1993, nº 15, pp. 467-470, con observaciones de P. LAMBERT, pp. 470-480, y de F. RIGAUX, pp. 480-481.

relativo a los derechos fundamentales del Derecho comunitario, el tenor de las interpretaciones del Convenio emanadas de los referidos órganos"[27].

Por su parte, el TJCE nunca se ha pronunciado claramente al respecto, aunque el párrafo de la sentencia *Hoechst* anteriormente transcrito puede interpretarse en el sentido de que el TJCE, cuando se refiere a un derecho protegido en el CEDH, tiene en cuenta la jurisprudencia del TEDH. También el Tribunal de Primera Instancia alude a esta jurisprudencia y a las interpretaciones del CEDH realizadas por la Comisión Europea de Derechos Humanos[28]. En nuestra opinión, dado que el CEDH no está formalmente integrado en el ordenamiento comunitario[29], el TJCE no estaría obligado legalmente a seguir la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, al utilizar el CEDH como guía de inspiración y de interpretación en materia de derechos fundamentales, lo lógico es que tenga también en cuenta, al mismo nivel, la jurisprudencia del TEDH, posición que, como se ha indicado, parece reflejarse en la jurisprudencia comunitaria.

El ámbito personal de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento comunitario debe examinarse también en relación a las cuestiones relativas a la nacionalidad de sus titulares. Tradicionalmente se parte de una distinción entre los derechos humanos que están vinculados a la persona y los derechos cívicos y políticos, o de ciudadanía, vinculados al estatuto de la

---

27 Conclusiones del Abogado General DARMON, presentadas el 18 de mayo de 1989, as. 374/87, *Orkem contra Comisión de las Comunidades Europeas,* Rec. 1989, pp. 3301 y ss., p. 3338.

28 Entre otras, sentencia del TPI de 17 de octubre de 1991, as. T-26/89, *Henri De Compte contra Parlamento Europeo*, Rec. 1991, pp. II-781 y ss. En esta sentencia el TPI se apoyó en varias decisiones (que cita) de la Comisión Europea de Derechos Humanos para concluir que el artículo 6 del CEDH no se aplica en el ámbito propiamente disciplinario de la función pública.

29 Véase *supra*, cap. V.

nacionalidad y de los que se excluye a los extranjeros[30]. La Constitución española, por ejemplo, contiene derechos cuyos titulares son tanto los nacionales como extranjeros y otros que están reservados a los españoles. El CEDH, en cambio, no contiene ninguna limitación respecto a la nacionalidad de los titulares de sus derechos, sino que se aplica a todas las personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte del Convenio.

En el derecho comunitario, este aspecto del ámbito personal está estrechamente ligado a su ámbito material de aplicación. Ya se ha dicho anteriormente que en el sistema comunitario los derechos fundamentales sólo se protegen dentro del ámbito competencial de la Comunidad. En el caso de los derechos que el TJCE protege por la vía de los principios generales no escritos, inspirándose en las constituciones internas y en el CEDH, no existen restricciones relativas a la nacionalidad de los titulares en tanto tales, pero el hecho que estos derechos sólo se protejan en la esfera de las competencias comunitarias incide en la práctica en la nacionalidad de los titulares de estos derechos. Un buen ejemplo lo constituye la sentencia *Demirel*[31]. En este caso, una mujer de nacionalidad turca invocó ante el TJCE el artículo 8 del CEDH contra una orden de expulsión dictada contra ella por las autoridades alemanas. El TJCE consideró que la actuación de las autoridades nacionales se producía en un ámbito en el que no había normativa comunitaria aplicable y, por tanto, no le correspondía a él enjuiciar si se había respetado o no el CEDH. Evidentemente, la base de la argumentación del TJCE no se corresponde a criterios personales, sino materiales, pero no se puede negar que si se hubiese tratado de una persona de nacionalidad comunitaria sus derechos se hubieran

---

30 Véase PÉREZ ROYO, J.: *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 222-224.

31 Sentencia del TJCE de 30 de setiembre de 1987, as. 12/86, *Meryem Demirel contra Stadt (municipio) de Schwäbisch Gmünd*, Rec. 1987, pp. 3719 y ss.

examinado, porque sí que se aplicaría el derecho comunitario. De esta sentencia se ha criticado el rigor en la interpretación realizada por el TJCE, puesto que éste se basa en la falta de efecto directo de un acuerdo de asociación entre la Comunidad y Turquía para excluir el control de la actividad de las autoridades nacionales[32].

Por lo que se refiere a los derechos que el TJCE protege a partir de los Tratados, también el ámbito de aplicación material condiciona quiénes sean los titulares de estos derechos. El principio de igualdad de trato y el principio de libre circulación se aplican a los nacionales de los Estados miembros, así como los derechos de ciudadanía de la Unión. Sin embargo, no hay que olvidar que los no-nacionales de los Estados miembros se ven influidos por el derecho comunitario por dos vías: o bien en relación con el ejercicio de un derecho comunitario, es decir, en cuanto familiares de un titular de un derecho comunitario, o bien por la existencia de un acuerdo internacional entre la Comunidad y un tercer Estado. En este último supuesto, es necesario, sin embargo, que la disposición de dicho acuerdo tenga efecto directo para engendrar derechos que el TJCE pueda proteger, lo cual no siempre es fácil. En el primero de los supuestos mencionados, los derechos que poseen los no-nacionales comunitarios son derechos derivados, es decir, supeditados al ejercicio por un nacional de un derecho comunitario[33].

---

32 Véase WEILER, J.: "Thou Shalt not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EEC Nationals: A Critique", *EJIL*, 1992, nº 1, pp. 65-91, pp. 72 y ss.

33 También aquí se ha criticado la jurisprudencia del TJCE por su enfoque restrictivo: WEILER, *op. cit.*, pp. 84 y ss.

1.2. La titularidad de las obligaciones: la protección comunitaria de los derechos fundamentales frente a los Estados miembros.

El TJCE ha reconocido en su jurisprudencia la protección de los derechos fundamentales a pesar de la inexistencia de disposiciones específicas en este sentido en los Tratados, protección que vincula a las instituciones comunitarias y, por tanto, un acto adoptado por ellas que violara un derecho fundamental podría ser invalidado por el TJCE. Ahora bien, el siguiente interrogante que se plantea consiste en saber si, y en qué medida, dicha protección establecida por el TJCE vincula también a las autoridades de los Estados miembros. Al respecto, es importante distinguir claramente entre los derechos conferidos a los individuos por una disposición de derecho comunitario escrito, y los derechos fundamentales que el TJCE ha garantizado por la vía de los principios generales del derecho, inspirándose en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y en los acuerdos internacionales, especialmente el CEDH. Es evidente que el TJCE es plenamente competente para controlar el respeto por los autoridades nacionales a los derechos que los individuos ostentan en virtud del derecho comunitario escrito (libre circulación, no discriminación), de acuerdo con los principios de primacía y efecto directo. La cuestión que aquí se plantea hace referencia, esencialmente, a los derechos fundamentales consagrados por los principios generales del derecho, como parámetro independiente.

La solución a dicha cuestión no deja de tener importantes implicaciones[34]. Una respuesta afirmativa, sin ningún tipo de reservas, podría comportar, por ejemplo, que la interpretación dada por el TJCE, en su aplicación

34 Ya en 1977 WAELBROECK señaló las dificultades del proceso, WAELBROECK, M.: "La protection des Droits Fondamentaux à l'égard des États membres dans le cadre communautaire", en *Mélanges F. Dehousse, vol. 2: La Construction européenne*, Nathan-Labor, Paris-Bruxelles, 1979, pp. 333-335. Véase también CLAPHAM, A.: *Human Rights and the European Community: A Critical Overview*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, p. 30.

o interpretación del derecho comunitario, de nociones como libertad religiosa, libertad de asociación o respeto a la vida privada, limitara la competencia de los Estados miembros en su actividad normativa, no sólo cuando ésta actúa en aplicación del derecho comunitario, sino en el marco de sus competencias propias, en una situación similar, pero con obligaciones jurídico-internacionales bien diferentes, a los efectos de la jurisprudencia del TEDH.

En este sentido, los derechos fundamentales dentro del ordenamiento comunitario podrían cumplir, además de su función subjetiva, de protección del individuo, y objetiva, de conformación de todo el orden jurídico, una importante función federalizadora, convirtiéndose en uno de los catalizadores centrípetos más importantes del sistema constitucional comunitario. No es de extrañar, por ello, que al abordar este tema, algún sector de la doctrina traiga a colación la historia de lo que se conoce por la "incorporación" de los derechos en el sistema constitucional americano[35].

El término "incorporación" en el constitucionalismo americano hace referencia al proceso mediante el cual el Tribunal Supremo de los Estados Unidos extendió la protección del *Bill of Rights* a la actividad de los Estados

---

35 Véase WEILER, J.: "Methods of Protection: Towards a Second and Third Generation of Protection", en CASSESE, A., CLAPHAM, A., WEILER, J. (eds.): *Human Rights and the European Community: Methods of Protection,* Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, pp. 555-642, pp. 595 y ss. y LENAERTS, K.: *Le Juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen,* Bruylant, Bruxelles, 1988, pp. 665 y ss. Véase también DALLEN: "*Paralleling the evolution of incorporation in the U.S., the European Community has first "discovered" its guarantees of fundamental rights. Rather than interpreting a Bill of Rights, the European Community has reached down into the nations of the Community to absorb those general principles which would make up its rights catalogue. [...]. Having discovered these fundamental rights and weighed Community actions against them -a virtual upward vertical incorporation- the Court then turned and applied these rights to the actions of states, in much the same way as the u.S. did -a downward vertical incorporation*", DALLEN, R.M.: "An Overview of European Community Protection of Human Rights, with Some Special References to the U.K.", *CMLRev.*, 1990, nº 4, pp. 761-790, p. 774. Hay que aclarar, sin embargo, que este autor, al desarrollar este argumento, hace referencia sobre todo al derecho comunitario escrito. Por otro lado, y como se verá más adelante, la afirmación de que la aplicación frente a los Estados miembros de los derechos comunitarios es parecida a la evolución seguida en EEUU resulta un tanto exagerada, al menos por el momento.

federados[36]. Cuando la Constitución federal americana fue completada con el *Bill of Rights*, se hizo básicamente para evitar que la transferencia de parte de las competencias de los Estados federados a la Unión se tradujera en una mengua de la protección que los individuos gozaban en virtud de las constituciones de sus Estados, en el momento en que la Unión ejercitara las competencias que se le habían atribuido. Es decir, el *Bill of Rights* se construyó esencialmente como un límite a la actividad del gobierno federal, sin que tuviera ninguna aplicación directa respecto a los Estados, cada uno de los cuales contaba con su propia Constitución; eran las diferentes Constituciones estatales las que constituían la base para la protección del individuo frente a las actividades de los Estados.

Sin embargo, este punto de vista inicial se modificó con el tiempo, al comprobar que el *Bill of Rights* ofrecía una protección claramente superior a la de muchas Constituciones estatales, proceso que se aceleró con la Guerra Civil. Todo ello tuvo como resultado la introducción en la Constitución federal de la decimocuarta enmienda, que prohíbe a todos los Estados miembros de la Federación privar a una persona de su vida, su libertad o su propiedad sin las debidas garantías legales, y no respetar la igual protección legal para todos (disposiciones conocidas como la *Equal Protection Clause*, y la *Due Process Clause*). La interpretación de términos tan amplios como los utilizados por esta enmienda se reveló una fuente de polémica dado que proporcionó un cierto margen de apreciación para el juez federal.

En esta tarea de interpretación, y en una larga evolución jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha ido "incorporando" en la decimocuarta enmienda los derechos y limitaciones substantivas contenidos en el *Bill of Rights*. Así

---

[36] Para una visión de este proceso véase LENAERTS, *op. cit.*, pp. 225 y ss.

incorporados, estos derechos se convierten en directamente aplicables también frente las acciones de los Estados federados.

¿Qué ocurre con la "incorporación" de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario? Podría argumentarse que, dado que el TJCE a la hora de aplicar los principios generales en materia de derechos fundamentales se basa en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y en acuerdos internacionales en los que dichos Estados hayan participado, especialmente el CEDH, la cuestión hasta ahora planteada es, en la práctica, irrelevante. Es decir, ya que la protección comunitaria tiene su origen en la normativa nacional, su "incorporación" en los ordenamientos internos tampoco aportaría nada nuevo. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el estándar de protección acordado por el TJCE puede no coincidir con el existente en todos los Estados miembros. Es decir, el problema no es la norma en sí, sino su interpretacion y aplicación. Por otro lado, dado que una de las fuentes de inspiración del TJCE es el CEDH, la incorporación del derecho comunitario no escrito en materia de derechos fundamentales a los ordenamientos internos podría tener como consecuencia práctica la "incorporación" de este Convenio en los Estados miembros por la vía del derecho comunitario, lo cual podría resultar problématico en algunos de ellos, como por ejemplo, el Reino Unido, país en el que no se reconoce efecto directo al Convenio. Es decir, el CEDH podría ser invocado por los particulares en virtud del derecho comunitario, mientras que esta invocación no es posible según el ordenamiento interno[37].

---

37 Sobre este tema véase DRZEMCZEWSKI, A.: "The Domestic Application of the European Human Rights Convention as European Community Law", *ICLQ*, 1981, nº 1, pp. 118-140, GRIEF, N.: "The Domestic Impact of the European Convention on Human Rights as Mediated through Community Law", *Public Law*, 1991, nº 4, pp. 555-567, y DALLEN, *op. cit.*

A pesar de que la referencia en esta materia al constitucionalismo americano no resulta carente de interés, las divergencias en la situación jurídica de los derechos fundamentales a uno y otro lado del Atlántico son considerables.

Por un lado, la inexistencia de un catálogo de derechos en los Tratados constitutivos hace que el proceso de "incorporación" de los derechos fundamentales en el orden comunitario se haya dado más bien en sentido inverso al americano. La normativa "central o federal" no ofrece un fundamento para la protección de los derechos fundamentales, por lo que el TJCE ha tenido que "incorporar" a ésta las disposiciones constitucionales nacionales (y del CEDH).

Por otro lado, y este es el punto que aquí interesa, la "incorporación" por repercusión de la norma comunitaria en materia de derechos fundamentales en los ordenamientos internos de los Estados miembros está lejos de ser aceptada[38]. En el estadio actual del desarrollo del derecho comunitario, para que los Estados miembros estén vinculados por la protección comunitaria de los derechos fundamentales tal y como es interpretada por el TJCE, es preciso que su actividad entre dentro del ámbito de aplicación material de los Tratados, que

---

38 El Abogado General CAPOTORTI enunció claramente esta idea, para rechazarla: "*Toutefois, la signification de la protection des droits fondamentaux au niveau communautaire n'est pas la même qu'au niveau des droits nationaux (...). En premier lieu, le respect des droits fondamentaux constitue la limite de toute l'activité communautaire: tout acte par lequel s'exercent les compétences des institutions communautaires est soumis à cette limite et en ce sens toute la structure de la Communauté est tenue de l'observer. En second lieu, lorsque les règles communautaires sont directement applicables (par l'effet des traités ou d'actes derivés), elles doivent être interpretées de manière cohérente avec le principe du respect des droits de l'homme. Il ne nous semble pas que l'on puisse aller au-delà de ces affirmations. En particulier, les rapports juridiques laissés à la compétence du législateur national doivent être compris comme soumis au principe constitutionnel du respect des droits de l'homme, en vigueur dans l'Etat par lequel le rapport est réglé, dans toute la mesure où les règles nationales ne sont pas remplacés par une réglamentation communautaire directement applicable*", Conclusiones del Abgado General CAPOTORTI, presetadas el 30 de mayo de 1978, as. 149/77, *Gabrielle Defrenne contre Societé anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Rec. 1978, pp. 1381 y ss., p. 1385.

haya, en definitiva, un elemento de conexión con el derecho comunitario. Sea cual sea la amplitud con la que se interprete la existencia de tal elemento de conexión (aspecto que se tratará a continuación, al analizar la jurisprudencia del TJCE), aquí reside la gran divergencia con el caso americano. Pese a todos los vaivenes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la tesis que ha prevalecido es que el objeto de la decimocuarta enmienda es, precisamente, limitar, en favor de los individuos, el ejercicio por parte de los Estados federados de sus propias competencias. En el ámbito comunitario, los individuos, frente a una acción de los Estados miembros en ejercicio de las competencias que les son propias, deberán basar su protección en su Constitución nacional (o en el CEDH): los principios generales del derecho comunitario en materia de derechos fundamentales no les aportan ningún fundamento complementario. Un repaso a la jurisprudencia del TJCE así lo manifiesta, aunque se insinúa también una posición evolutiva, que a largo término puede desembocar en una ampliación considerable del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales protegidos en el ordenamiento comunitario.

La primera sentencia pertinente para este tema es la que se dictó en el caso *Rutili*[39], en el año 1975. En esta ocasión, el TJCE debía pronunciarse sobre dos cuestiones prejudiciales planteadas por un Tribunal administrativo de París sobre la interpretación de la reserva relativa al orden público del artículo 48 del Tratado CEE, teniendo en cuenta las medidas adoptadas para el desarrollo de este artículo, en particular el reglamento nº 1612/68 y la directiva nº 68/360 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativos a la libre circulación de trabajadores. Los hechos que subyacían a dicha cuestión resultaban de un recurso interpuesto por RUTILI, un sindicalista de nacionalidad italiana que

[39] Sentencia del TJCE de 28 de octubre de 1975, as. 36/75, *Roland Rutili contre Ministre de l'Intérieur*, Rec. 1975, pp. 1219 y ss. Un buen análisis de esta sentencia puede encontrarse en SIMON, D.: "Ordre public et libertés publiques dans les Communautés européennes. À propos de l'arrêt Rutili", *RMC*, 1976, nº 195, pp. 201-223.

vivía en Francia, contra una decisión de las autoridades francesas que le impedía residir en determinados departamentos franceses; el origen de dicha decisión radicaba en las actividades políticas de RUTILI.

El TJCE admitió que la reserva de orden público deja un cierto margen de apreciación a los Estados miembros para determinar una limitación a la libertad comunitaria en función de las necesidades nacionales de orden público. Sin embargo, no por ello estas limitaciones escapan al control comunitario ("*que sólo son admisibles...las limitaciones conformes a las exigencias de derecho, entre ellas las que derivan del derecho comunitario*"[40]). El control comunitario deriva de las exigencias sustantivas recogidas en el derecho comunitario primario y derivado. En este sentido, son relevantes el reglamento y la directiva sobre libre circulación de trabajadores, pero también disposiciones más generales, pero explícitas, de los Tratados, como el artículo 7, que prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad. Pero el TJCE dio un paso más, y no sólo se refirió a las disposiciones de los Tratados y del derecho comunitario derivado, sino que también hizo una referencia al CEDH:

"*que, en su conjunto, estas limitaciones aportadas a los poderes de los Estados miembros en materia de policía de extranjeros son la manifestación específica de un principio más general consagrado por los artículos 8, 9, 10 y 11 del Convenio de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por todos los Estados miembros y por el artículo 2 del protocolo nº 4 del mismo Convenio, firmado en Estrasburgo el 16 de setiembre de 1963, que disponen en términos idénticos que las violaciones basadas en motivos de orden y seguridad públicos a los derechos garantizados por los artículos citados no*

40 Traducido del francés: "*que ne sont admissibles...que les limitations conformes aux exigences de droit, dont celles qui relèvent du droit communautaire*", Rec. 1975, p. 1230.