

LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

IÑAKI LASAGABASTER HERRARTE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS TRATADOS INSTITUTIVOS DE LAS COMUNIDADES.—III. LA JURISPRUDENCIA DEL TJ DE LA CE EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.—IV. LA DECLARACIÓN COMÚN DEL PARLAMENTO, DEL CONSEJO Y DE LA COMISIÓN.—V. LA RATIFICACIÓN POR LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA DE LA CEDH: 1. *Consideraciones políticas*. 2. *Consideraciones de técnica jurídica*.—VI. CREACIÓN DE UN CATÁLOGO PROPIO DE DERECHOS EN LA CE.—VII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCION

La cuestión que suscita este trabajo es la de si en la Comunidad Europea están protegidos los derechos fundamentales, cuyo respeto se considera un elemento legitimador del poder del Estado, de tal modo que aquellas Constituciones que no disfrutaban del elemento garantizador de tales derechos no merecen tal nombre, conforme a la opinión de la doctrina más autorizada (1).

A diferencia de las Constituciones de los Estados, los tratados comunitarios no disponen de un catálogo de derechos justiciable, que permita a los ciudadanos valerse de los mismos como límites, por lo menos, frente a los actos y disposiciones emanados por los órganos comunitarios.

Si se atiende al Tratado CEECA, de 18 de abril de 1951, o a los Tratados CEE o EURATOM, de 25 de marzo de 1957, se constata la ausencia de un

(1) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 45-48.

catálogo de derechos fundamentales o de una cláusula general que haga referencia a su respeto. Solamente en los proyectos de creación de una Comunidad Europea de Defensa, de 27 de mayo de 1952, y en el proyecto para la creación de una Comunidad Política, de 26 de febrero de 1953, en sus artículos 3.º y 2.º, respectivamente, se contenía una referencia a la necesidad del mantenimiento y salvaguarda de los derechos humanos y libertades públicas (2).

La ausencia de tal catálogo es de especial importancia porque la Comunidad Europea es un nuevo tipo de organización internacional, cuya naturaleza jurídica es diferente de la de las organizaciones europeas de cooperación, como la OCDE, y de las organizaciones internacionales.

Sin entrar en la discusión sobre la naturaleza jurídica de la Comunidad Europea, que podría llevar demasiado lejos, se quiere dejar constancia solamente de los datos que la sustentizan y que permiten predicar su especificidad.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional Federal alemán, la Comunidad Europea es una Comunidad en proceso continuo de integración (3), que no es un Estado, porque carece de la competencia de la competencia, siendo su norma básica un tratado internacional.

A pesar de ser el fundamento jurídico de la existencia de la CE un tratado internacional, hay una serie de características que le son singulares; así la disposición de recursos propios, el dictar normas que vinculan inmediata y directamente, aunque sea en un marco competencial delimitado, disponer de un Parlamento elegido por sufragio universal directo, estar dotado de un Tribunal de Justicia cuyas sentencias vinculan directamente a los ciudadanos y a los poderes públicos, etc. (4).

Donde más se quiere llamar la atención es, sin embargo, en el hecho de que los órganos de la CE son órganos dotados de un poder soberano, dirigido a la consecución de los fines de los tratados, cuyos actos y disposiciones jurídicas son de aplicación directa en los Estados, haciendo surgir derechos y obligaciones no solamente entre aquéllos y la Comunidad, sino también

(2) PIERRE PESCATORE, «Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Recht der Europaischen Gemeinschaften», EuR, 1979, p. 2.

(3) BVGE, 22, 293, 296.

(4) Véase sobre este tema PODROMOS D. DAGTOGLOU, «La naturaleza jurídica de la Comunidad Europea», en *Teinta años de derecho comunitario*, Luxemburgo, 1984, pp. 35-44.

en los ciudadanos, justiciables directamente ante los Tribunales internos, lo que en la terminología clásica del Derecho internacional se denominan normas *self-executing* (5).

Junto a este principio de la directa aplicabilidad de las normas europeas está el de su primacía. De modo similar, aunque no idéntico, a como ocurre en los Estados de estructura compleja, federal, regional o autonómica, el derecho comunitario prima sobre el derecho interno de los Estados, tenga la naturaleza jurídica que tenga, sea anterior o posterior a la norma comunitaria.

Esta primacía del derecho comunitario no encuentra su justificación en ningún precepto concreto de los tratados, hallándose la misma fundamentada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ya tempranamente señaló en la sentencia COSTA-ENEL que «el derecho nacido del tratado no podría, pues, en razón de su naturaleza específica original, dejarse oponer judicialmente un texto interno de cualquier clase que sea, sin perder su carácter comunitario y sin cuestionarse la base jurídica misma de la Comunidad» (6).

En el mismo sentido se manifestó en la sentencia SIMMENTHAL, al decir que sería «incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica —legislativa, administrativa o judicial— que tuviera por efecto el disminuir la eficacia del derecho comunitario por el hecho de rehusar al juez competente para aplicar este derecho, el poder de hacer, en el momento mismo de esta aplicación, todo lo que es necesario para obviar las disposiciones legislativas nacionales que eventualmente obstaculicen la plena eficacia de las normas comunitarias» (7).

Consecuencia de lo anterior es que las normas comunitarias priman también sobre las Constituciones de los Estados. Los actos y disposiciones de los órganos comunitarios tienen como parámetro de legalidad solamente las normas europeas, o mejor, el derecho europeo, según la dicción del artículo 164 del Tratado CEE.

Si la validez de las normas europeas dependiese del resultado de su con-

(5) El artículo 189 del TCEE dice en relación con el Reglamento que será de «aplicación general», «obligatorio en todas sus disposiciones» y «directamente aplicable». La decisión es «obligatoria en todas sus partes», aunque lo sea solamente para los destinatarios.

(6) Asunto COSTA/ENEL, sentencia de 15 de julio de 1964, en *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1984, p. 34.

(7) Asunto SIMMENTHAL, sentencia de 9 de marzo de 1978, en *Jurisprudencia...*, op. cit. nota 6, p. 389.

traste con las Constituciones de los Estados, se eliminaría la efectividad y unidad material del derecho comunitario.

Esta relación entre Derecho constitucional y normas comunitarias, en especial entre derechos fundamentales y normas comunitarias, no ha provocado problemas en su aplicación en todos los Estados europeos, aunque sí los haya producido de forma significativa en Italia y en la República Federal de Alemania.

En Italia, el Tribunal Constitucional, después de decir que la normativa emanada por los órganos de la CEE está prevista solamente en relación con materias concernientes a relaciones económicas, respecto de las cuales la Constitución italiana sólo prescribe la reserva de ley, señala a continuación que «parece difícil configurar, aunque sea en abstracto, la hipótesis de que un reglamento comunitario pueda incidir en materia de relaciones civiles, ético-sociales, políticas, con disposiciones contrastantes con la Constitución italiana». Sigue diciendo después que las limitaciones a la soberanía solamente lo son para la consecución de las finalidades del Tratado y «debe, por tanto, excluirse que tales limitaciones —concretamente puntualizadas en el Tratado de Roma, suscrito por Estados cuyos ordenamientos se inspiran en los principios del Estado de Derecho y garantizan las libertades esenciales de los ciudadanos— puedan comportar para los órganos de la CEE un inadmisiblemente poder de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana. Y es obvio que en el momento en que se diese al artículo 189 una interpretación tan aberrante, en tal hipótesis estaría siempre asegurada la garantía del control jurisdiccional de esta Corte sobre la constante compatibilidad del Tratado con los principios fundamentales precitados» (8).

En similar dirección se manifestó el Tribunal Constitucional Federal alemán cuando en su sentencia de 29 de mayo de 1974 precisó que, «en tanto que el proceso de integración de la Comunidad no haya alcanzado el estadio de que el derecho comunitario esté dotado también de un catálogo vigente de derechos fundamentales establecidos por un Parlamento e igual al catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, la consulta presentada por un Tribunal de la República Federal de Alemania ante el Tribunal Constitu-

(8) STC italiano de 27 de diciembre de 1973, núm. 83, Giur. Cost., 1973, p. 2420, con nota de PAOLO BARILE, «Il cammino comunitario della Corte», pp. 2406-2419. Véase también CESARE PINELLI, «La jurisprudencia de la Corte constitucional italiana en materia de derecho comunitario: puntos de partida para su reconstrucción», RIE, 1983, pp. 53-71, y en especial p. 62.

cional Federal, después de recaída la decisión del Tribunal de las Comunidades contemplada en el artículo 177 del Tratado, es admisible e indicada si el Tribunal considera inaplicable el precepto comunitario relevante para su decisión en la interpretación dada por el Tribunal de las Comunidades porque, y en la medida en que colisiona con uno de los derechos fundamentales» (9).

Como se puede deducir claramente de ambas sentencias, el derecho comunitario no primaría frente al derecho interno, cuando éste fuese una norma constitucional que garantiza un derecho fundamental, por lo que se pone en solfa el principal principio que caracteriza al ordenamiento jurídico comunitario, que es el de supremacía frente a *cualquier* norma de derecho interno, provocando en consecuencia una grave disminución de la efectividad de las normas europeas.

Esta ruptura, además, puede provocar situaciones muy diferentes, ya que los derechos fundamentales que disfrutan de esa categoría, de una tutela judicial reforzada, no son los mismos en todos los Estados; piénsese en el derecho de propiedad, catalogado como derecho fundamental en la Ley Fundamental de Bonn, pero no en la Constitución española de 1978, o en los Estados cuyas tradiciones jurídicas no han llevado a un expreso reconocimiento de un catálogo constitucional de los derechos fundamentales, como el Reino Unido.

Las decisiones de los Tribunales Constitucionales italiano y alemán produjeron el surgimiento de la discusión doctrinal sobre la necesidad y la forma de garantizar los derechos fundamentales frente a la actividad de los órganos comunitarios, discusiones que también tuvieron su eco en sede política, como lo demuestra la atención que a este tema dedicó la Comisión de las Comunidades y que más tarde se tomará en consideración.

En esta relación entre derechos fundamentales y ordenamiento jurídico comunitario pueden adoptarse dos puntos de vista diferentes. Por una parte, el papel que juegan los derechos fundamentales como normas o principios que limitan la actividad de los órganos comunitarios.

El otro sería el papel de los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de los Estados como límites a la actividad de la Comunidad Europea.

(9) BVGE, 37, 271. Véase, en este sentido, TORSTEN STEIN, «La jurisprudencia de los Tribunales alemanes en relación con el derecho comunitario europeo», RIE, 1982, pp. 785-811; MANFRED ZULEEG, «Das Bundesverfassungsgericht als Hueter der Grundrechte gegenueber der Gemeinschaftsgewalt», DöV, 1975, p. 44.

En este momento solamente se pretende analizar la primera parte, dado que su solución hace perder legitimidad a la segunda.

De todos modos, no se es ajeno a que la relación entre derecho constitucional y derecho europeo, a pesar del principio de primacía, no es fácilmente resoluble, teniendo en cuenta los principios que rigen en los ordenamientos jurídicos caracterizados por la existencia de Tribunales Constitucionales que ostentan el monopolio de rechazo de las normas por inconstitucionalidad, ya que ningún obstáculo existiría a que declarasen los propios tratados institutivos o algunas de sus normas como inconstitucionales. Desde un punto de vista de estricta técnica jurídica se puede afirmar que mientras que la Comunidad Europea no se constituya como Estado, no disfrute de una «Constitución propia», este problema no tendrá una solución satisfactoria.

No se quiere seguir por este camino. Solamente se intenta analizar la primera cuestión antes planteada, es decir, si los derechos fundamentales actúan como límites de la actividad de la CEE.

Obviamente, dado el campo reducido al que atiende la actividad de la CE, no todos los derechos reconocidos en las Constituciones se van a ver afectados. La Constitución de 1978 reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), derechos relacionados con el Derecho Penal (art. 17), el derecho de reunión (art. 21), etc., que difícilmente podrían verse afectados por normas comunitarias, porque no entran dentro del campo de sus competencias.

Otros derechos sí podrían, en cambio, verse afectados, como la práctica y los asuntos planteados ante el Tribunal de Justicia han demostrado; así la libertad religiosa en relación con los funcionarios comunitarios, el principio de igualdad, la libertad sindical, derechos procesales, etc.

Los pasos siguientes a dar en la exposición tratarán en primer lugar de determinar si los tratados reconocen ya algún derecho fundamental, para pasar posteriormente a analizar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con este tema, las actividades de las instituciones comunitarias y dos tesis que se barajan en la actualidad, que son: 1.^a realizar la ratificación por la CE de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Públicas de 1950, y 2.^a que el Parlamento Europeo elabore un catálogo de derechos fundamentales para la Comunidad.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS TRATADOS INSTITUTIVOS DE LAS COMUNIDADES

Si bien es cierto que los tratados institutivos no contienen ningún catálogo de derechos, hay algunas normas de los mismos que de una forma u otra, más o menos directamente, hacen referencia a aquéllos.

Un breve repaso a las normas del Tratado CEE permite contemplar cómo en su artículo 7.º se señala que «en el ámbito de aplicación del presente Tratado... se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad». En el artículo 40.3 se prohíbe toda «discriminación por razón de la nacionalidad». En el mismo sentido irían otros preceptos del Tratado, como los artículos 48.2; 48.3, b, c y d; los artículos 52, 59 y 60, y el artículo 119, donde se establece el principio de igualdad de retribución a idéntico trabajo para hombres y mujeres.

De una forma más genérica se puede deducir la vigencia de los derechos fundamentales del artículo 164 cuando señala que el «Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado». Es decir, que el Tribunal no solamente está vinculado por el derecho positivo, por los Tratados y las normas dictadas por los órganos comunitarios, en definitiva por el derecho escrito, sino que debe respetar el derecho, concepto que al igual que el utilizado por el artículo 103.1 de la Constitución de 1978, cuando dice que «la Administración pública actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho», significa la superación de un positivismo miope y la consideración de otras fuentes del Derecho como los principios generales del Derecho, que sirven como elemento interpretativo y útil para completar las lagunas del ordenamiento y darle coherencia.

Dentro de estos principios generales del Derecho qué duda cabe que en la CE hay que entender comprendidos los derechos fundamentales, aunque la discusión pueda centrarse en su alcance y contenido.

En parecido sentido que el artículo 164 del TCEE se define el artículo 173 cuando reconoce la competencia del Tribunal de Justicia para controlar la legalidad de los actos del Consejo y de la Comisión por violación del Tratado, «o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución o desviación de poder».

El Tribunal de Justicia, en una jurisprudencia abundante, ha reconocido el valor de los principios generales del Derecho en la interpretación del derecho comunitario, principios algunos que se derivan de la naturaleza

misma de los tratados y que LOUIS señala como los de igualdad, unidad, libertad y solidaridad. Otros principios no se derivan, sin embargo, de los tratados, asegurando el Tribunal de Justicia su respeto, y que están fundamentados bien en principios generales comunes de los derechos de los Estados miembros o en principios generales del Derecho internacional (10).

El reconocimiento de los derechos fundamentales como parte integrante de los principios generales del Derecho aplicados por el Tribunal de Justicia no ha sido una labor repentina, sino que se ha materializado a lo largo de una jurisprudencia cuidadosamente elaborada.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA CE EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En un primer momento, el Tribunal de Justicia, y en especial en sentencias dictadas en relación con la CECA, no aceptó el valor de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho. La primera sentencia en la que se realiza una conjunción de ambas figuras va a ser en el asunto STAUDER-ULM, núm. 29/69, de 12 de noviembre, donde dice que «la disposición litigiosa no revela ningún elemento susceptible de poner en causa los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del derecho comunitario, cuyo respeto asegura la Corte» (fundamento jurídico séptimo) (11).

Esta consideración del Tribunal, a pesar de constituir un *obiter dicta*, va a dar pie a una jurisprudencia posterior que desarrollará acertadamente la idea, significando la misma obteniendo como consecuencia una serie de elementos muy importantes para la interpretación, y que, siguiendo a KUTSCHER (12), son los siguientes:

- Que los derechos fundamentales de la persona pertenecen y son un componente del ordenamiento jurídico de la Comunidad.
- Que los derechos fundamentales están comprendido en los «principios

(10) JEAN LOUIS, *El ordenamiento jurídico comunitario*, Bruselas, 1980, pp. 63 y 64.

(11) ASUNTO STAUDER/ULM, sentencia núm. 29/69, de 12 de noviembre, en *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, Luxemburgo, 1969, p. 425.

(12) HANS KUTSCHER, «Der Schutz von Grundrechten im Recht der Europäischen Gemeinschaften», en *Der Grundrechtsschutz im Europäischen Gemeinschaften*, Müller, Heidelberg, 1982, p. 41.

generales del derecho comunitario», es decir, que su contenido y alcance habrá que determinarlo exclusivamente en función del derecho comunitario.

- Que los que se igualan en rango a los tratados, sirviendo de instrumento de medida de la actuación de los órganos e instituciones europeas, disfrutando de un rango superior a las normas del derecho derivado. Como dice BERNHARDT, «los derechos fundamentales forman parte de la Constitución formal, como principios materiales de la Constitución, por lo que tienen rango superior, vinculando a los órganos comunitarios, a sus instituciones y a los Estados miembros» (13).
- Que el Tribunal tiene la función de garantizar esos principios generales del Derecho y, por tanto, los derechos fundamentales.

Esta última función la ha continuado el Tribunal al dictar la sentencia de 17 de diciembre de 1970, en el asunto «Internationale Handelsgesellschaft», al decir que «el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuya observancia asegura el Tribunal de Justicia», y «que la salvaguardia de esos derechos, aunque se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y objetivos de la Comunidad» (14).

En esta sentencia, a diferencia de en el asunto STAUDER, la afirmación del Tribunal de Justicia no constituye un *obiter dicta*, sino que sirve de base fundamental del fallo.

De su contenido se constata una ampliación del concepto principios generales del Derecho, ya que comprende el mismo no solamente los «principios generales del derecho comunitario» (asunto STAUDER) (15), sino los «principios generales del Derecho», sin especificación, debiendo entenderse que con esta expresión se abre el campo al derecho comparado y al derecho internacional (16), no limitándose los mismos al derecho comunitario estrictamente.

La sentencia no hace, sin embargo, referencia en ningún lugar al derecho internacional, reconociendo como inspiración de la salvaguardia de los dere-

(13) RUDOLF BERNHARDT, «Las fuentes del derecho comunitario: la 'Constitución' de la Comunidad», en *Treinta años...*, op. cit. nota 4, p. 85.

(14) Asunto «Internationale Handelsgesellschaft», sentencia de 17 de diciembre de 1970, en *Jurisprudencia...*, op. cit. nota 6, p. 122.

(15) Véase nota 11.

(16) PESCATORE, op. cit., p. 3.

chos fundamentales únicamente «las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» (17).

El problema en este punto se puede situar en esa misma definición, dado que la forma de constitucionalización de los derechos fundamentales no es idéntica en todos los Estados miembros, existiendo algunos derechos fundamentales que solamente están constitucionalizados en uno o dos Estados.

De todas formas, el avance es significativo y puede ser una forma idónea para conseguir la protección de los derechos fundamentales frente a la actividad normativa y administrativa de los órganos comunitarios.

Esta postura del Tribunal ha sido positivamente confirmada mediante la sentencia de 14 de marzo de 1974, asunto NOLD/COMISION, donde se reindicía en la afirmación de que los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales, haciendo posteriormente una especificación extensiva en relación con el asunto «Internationale Handelsgesellschaft» al decir que, «asegurando la salvaguardia de estos derechos, la Corte se ha inspirado en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y no admitiría medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de estos Estados», señalando posteriormente, en una clara y explícita referencia al derecho internacional, «que los instrumentos internacionales concernientes a la protección de los derechos del hombre a los que los Estados miembros han cooperado o se han adherido pueden igualmente dar indicaciones cuando conviene tenerlo en cuenta en el marco del derecho comunitario» (18).

Esta referencia a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros tiene su base en que los principios fundamentales de los ordenamientos constitucionales democráticos constituían un requisito no escrito de la integración y que su no respeto implicaba que un Estado no podía adquirir la condición de miembro (19), aunque las consecuencias jurídicas que podría tener el posible abandono por un Estado miembro de la forma democrática de gobierno serían de gran complejidad.

La última sentencia reseñada (20) da una nueva indicación en este tema al referirse al derecho internacional, que es preciso tener en cuenta y que va a tener posteriores desarrollos en la jurisprudencia del Tribunal comunitario.

(17) Véase nota 14.

(18) Asunto NOLD/COMISION, sentencia de 14 de marzo de 1974, *Recueil...*, op. cit., 1974, p. 508.

(19) PESCATORE, *op. cit.*, p. 5.

(20) Véase nota 18.

En la sentencia dictada en el caso RUTILI, el 28 de octubre de 1975, al interpretar la previsión del artículo 48.3 del TCEE, que prevé en relación con la libre circulación de trabajadores la existencia de «limitaciones justificadas por razones de orden público», dice el Tribunal que «las limitaciones impuestas a los poderes de los Estados miembros en materia de control de los extranjeros se presentan como la manifestación específica de un principio más general consagrado por los artículos 8.º, 9.º, 10 y 11 de la Convención para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Públicas, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificada por todos los Estados miembros, y por el artículo 2.º del protocolo número 4 de la misma Convención, firmado en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963, que disponen en términos idénticos que las limitaciones impuestas, en virtud de las necesidades del orden y de la seguridad públicas, a los derechos garantizados por los artículos citados «no deben ir más allá de lo que es necesario para la salvaguarda de estas necesidades *en una sociedad democrática*» (21).

Estas sentencias han sido seguidas de otras similares, como la dictada en el asunto HAUER, el 13 de diciembre de 1979, al decir el Tribunal «que los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, pueden asimismo proporcionar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del derecho comunitario». Esta concepción ha sido ulteriormente reconocida por la declaración común de la Asamblea, del Consejo y de la Comisión, de fecha 5 de abril de 1977, que tras haber recordado la jurisprudencia del Tribunal, se refiere, por un lado, a los derechos garantizados por las Constituciones de los Estados miembros y, por otro, a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (JO, 1977, C 103,1) (22).

De estas sentencias se deduce que las normas internacionales, y más en concreto la CEDH, constituyen o bien un «principio (más) general» (asunto RUTILI), o que proporcionan «indicaciones» (asunto NOLD, asunto HAUER), que se pueden tener en cuenta en la interpretación de las normas comunitarias.

(21) Asunto RUTILI, sentencia de 28 de octubre de 1975, en *Jurisprudencia...*, op. cit. nota 6, pp. 289-301.

(22) Asunto HAUER, sentencia de 13 de diciembre de 1979, en *Jurisprudencia...*, op. cit. nota 6, pp. 499-512.

El alcance de estas expresiones no es fácil hacerlo de una forma abstracta, aunque negativamente sí se puede decir que estas normas no producen una vinculación directa. Con la expresión «indicaciones» parece que el TJ no ha querido señalar la relación existente entre el ordenamiento jurídico comunitario y la CEDH (23), considerando esta última como una fuente del Derecho mediata, que puede facilitar la determinación de los principios generales del Derecho.

En definitiva, mediante la determinación de los principios generales del Derecho basada en las tradiciones jurídicas comunes de los Estados miembros y en el derecho internacional, especialmente en la CEDH, se persigue la defensa de un estándar de los derechos fundamentales que legitime la carencia de un catálogo expreso de derechos en el ordenamiento jurídico comunitario (24).

Esta labor no es fácil si se atiende a las disposiciones de la CEDH, ya que su redacción es lo suficientemente amplia como para dificultar la determinación del alcance y contenido de sus preceptos. Por otra parte, la jurisprudencia del TEDH es todavía lo suficientemente escasa como para no permitir extraer una línea jurisprudencial consolidada de los preceptos de la CEDH (25).

Quizá por esta razón, el TJ no ha acudido en ninguno de los supuestos que se han analizado a la jurisprudencia del TEDH, aunque esta postura podría también tener otra motivación diferente, que es aquella de la vinculación que podrían producirle al TJ de las Comunidades futuras sentencias del TEDH, que así introducirían un elemento de inseguridad en su propia jurisprudencia.

A pesar de los problemas que la consideración de los principios generales del Derecho conlleva, su utilización por el TJ de las Comunidades constituye un elemento de garantía de los derechos fundamentales, como lo demuestra la sentencia de 13 de diciembre de 1979. En este caso se planteó por el Tribunal Administrativo de Neustadt an der Weinstrasse la cuestión prejudicial (art. 177 del TCEE) de la interpretación del Reglamento número 1162/76 del Consejo, que establecía una serie de limitaciones a la plan-

(23) KUTSCHER, *op. cit.*, p. 42.

(24) JOCHEN ABR. FROWEIN, «Europäische Grundrechtsprobleme», en *Gedächtnisschrift für C. Sasse*, Nomos, Baden-Baden, 1981, vol. II, p. 730.

(25) Véase *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Veinticinco años de jurisprudencia, 1959-1983*, Cortes Generales, Madrid, con una nota introductoria de DIEGO LÓPEZ GARRIDO.

tación de vides, debido a la superproducción de vino de la Comunidad. La demandante considera que estas medidas atentan contra el derecho de propiedad y contra el derecho de ejercer libremente su profesión garantizados en los artículos 12 y 14 de la Ley Fundamental de Bonn.

El Tribunal de Justicia niega que exista tal atentado, al decir que el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, sino que está sometido a una serie de limitaciones, como así lo reconoce el artículo 1.º del primer Protocolo de la CEDH cuando señala, después de reconocer el derecho de propiedad, que los Estados tienen el derecho a «poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general...».

Esta determinación no es para el Tribunal lo suficientemente precisa como para que permita dar una respuesta clara, ya que ¿cómo se precisan esos conceptos jurídicos indeterminados «necesarias» e «interés general»? Por esta razón el TJ acude también a las normas y prácticas constitucionales de los Estados miembros, donde se admite de forma general la competencia del legislador para reglamentar el uso de la propiedad privada en interés general, citando explícitamente algunos textos constitucionales, como el artículo 12.2 de la LFB, el artículo 42.2 de la Constitución italiana, el 43.2.2.º de la Constitución irlandesa, etc., constatando cómo en todos los Estados miembros existen regulaciones relativas a la economía agrícola y forestal, al régimen de aguas, a la protección del medio natural, a la ordenación del territorio y del urbanismo.

Basándose en estos principios y atendiendo a la política vinícola de la Comunidad de evitar excedentes y de desarrollo de una política de estructuras en este sector, concluye el TJ diciendo «que la restricción que recae sobre el uso de la propiedad mediante la prohibición de nuevas plantaciones de vides, establecida, para un período limitado, por el reglamento número 1162/76, está justificada por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no atenta contra la esencia del derecho de propiedad tal y como éste está reconocido y garantizado en el ordenamiento jurídico comunitario» (26).

En este caso se aprecia claramente la virtualidad de los principios generales del Derecho extraíbles del derecho internacional y de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, así como de su cualidad de ser parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario.

(26) Asunto HAUER, 1979 (nota 22), fundamento jurídico treinta.

Como conclusión, se puede señalar que mediante la técnica de los principios generales del Derecho el TJ puede anular o declarar no válida (27) una norma comunitaria que conculque los derechos fundamentales garantizados en los Estados miembros o en convenios internacionales, siendo en este último caso necesario solamente que los Estados se hayan *adherido* o *cooperado* en la elaboración de la norma (28). Consecuencia de lo anterior es que los principios generales del Derecho ocupan en la escala de la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico comunitario un rango superior al derecho derivado, a las normas que dictan los órganos comunitarios en desarrollo de los tratados institutivos (29).

Hasta ahora se ha analizado la vigencia de los derechos fundamentales incluidos en documentos internacionales como principios generales del Derecho. Hay otras interpretaciones que van más lejos, considerando que los acuerdos multilaterales firmados por los Estados miembros vinculan a los órganos comunitarios.

Esta concepción deriva de una sentencia del TJ de las Comunidades, por algunos denominada sentencia GATT, producida en el asunto «International Fruit Company», de 12 de diciembre de 1972. En este asunto se planteaba el tema de la vigencia en la CEE, en el ordenamiento jurídico comunitario, del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio. Evidentemente, la CEE como tal no había ratificado el GATT, aunque sí lo habían hecho todos los Estados miembros y, además, de forma previa a la propia creación de la organización comunitaria.

El TJ, ante esta cuestión, señaló que «considerando que consta que, en el momento de concluir el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, los Estados miembros estaban vinculados por los compromisos del Acuerdo General» (fundamento jurídico décimo), y «que desde la entrada en vigor del Tratado CEE, y más particularmente a partir del establecimiento del arancel aduanero común, la transferencia de competencias, llevada a cabo en las relaciones entre los Estados miembros y la Comunidad, se ha concretado de diferentes maneras en el marco del Acuerdo General y ha sido reconocida por las otras partes contratantes» (fundamento jurídico decimosexto), y «que resulta, en consecuencia, que, en toda la medida en que, en virtud del Tratado CEE, la Comunidad ha asumido las competencias precedentemente

(27) LOUIS, *op. cit.*, p. 90.

(28) Véase asunto NOLD (nota 18).

(29) KUTSCHER, *op. cit.*, p. 42.

ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación del Acuerdo General, las disposiciones de este Acuerdo han tenido por efecto vincular a la Comunidad» (fundamento jurídico decimoctavo) (30).

El TJ reconoce, por tanto, la vinculación de los órganos comunitarios al acuerdo GATT, como consecuencia de los acuerdos previamente realizados por todos los Estados miembros, sobre materias que en la actualidad son competencia de la CEE (31).

Es fundamental, pues, tener en cuenta las competencias que han sido asumidas por la Comunidad y que han dejado de pertenecer a los Estados, ya que en estos supuestos se produce para algunos autores un efecto de sustitución o sucesión, que combinado con el principio *pacta sunt servanda*, conduce a una obligación de la Comunidad de observar los acuerdos multilaterales celebrados por los Estados antes de crearse la Comunidad (32).

Las elaboraciones doctrinales reseñadas y la sentencia del TJ en el asunto «International Fruit Company» han llevado a algunos autores a considerar que la solución adoptada en el caso GATT es la misma, *mutatis mutandi*, para los demás acuerdos multilaterales que antes de la formación de la CEE han sido suscritos por los Estados miembros —así sería el caso del Tratado sobre el Fondo Monetario Internacional, de 22 de julio de 1954, o de la CEDH—, siempre, claro está, que entren o afecten claramente al campo competencial, *ratione materiae*, de la Comunidad (33). Por tanto, la CEDH podría estar incluida en este supuesto.

Frente a esta interpretación se ha levantado una fuerte crítica, y así, RENGELING (34) ha señalado que de la sentencia GATT no se puede deducir el valor vinculante de la CEDH, ni de un acuerdo multilateral, porque una vinculación de la Comunidad frente a terceros Estados solamente se puede deducir conforme al derecho internacional, y esa decisión no entra dentro de las competencias del TJ.

(30) Asunto «International Fruit Company», sentencia de 12 de diciembre de 1972, en *Jurisprudencia...*, op. cit. nota 6, pp. 195-202.

(31) LÉONTIN-JEAN CONSTANTINESCO, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften I*, Nomos, Baden-Baden, 1977, p. 216; ALBERT BLECKMANN, *Europarecht*, 3.ª ed., Heymann, Colonia, 1980, p. 266.

(32) CONSTANTINESCO, op. cit., p. 217; PESCATORE, op. cit., p. 5.

(33) CONSTANTINESCO, op. cit., p. 218; PESCATORE, op. cit., p. 6.

(34) HANS-WERNER RENGELING, «Grundrechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften: Beitritt der Gemeinschaften zur Europäischen Menschenrechtskonvention?», *EuR*, 1979, p. 128.

Además de este argumento y otros que se podrían traer a colación (35), el dato que más choca es el siguiente: si la sentencia GATT es de 1972 y las sentencias relativas a los derechos fundamentales, la CEDH y la CEE son de 1974 (NOLD), 1975 (RUTILI) y 1979 (HAUER), ¿cómo el Tribunal no ha recogido en esas sentencias, posteriores en el tiempo, en relación con la CEDH, la misma interpretación que con el GATT?

El TJ sigue manifestando que las convenciones internacionales dan *indicaciones* (36) que conviene tener en cuenta en el marco del derecho comunitario, pero *no* que aquéllas *vinculen*, aunque, como ha dicho PESCATORE (37), el motivo por el que el que el TJ no ha utilizado, en relación con la CEDH, la misma interpretación que con el GATT no es otro que el no querer hacer una referencia tan clara y precisa, porque la ratificación de tratados relativos a los derechos humanos no ha sido realizada en su totalidad o con la misma extensión por todos los Estados miembros, lo que sucedería en relación con los pactos de la ONU y con la CEDH.

Sin pretender ahondar más en esta reflexión, lo cierto es que, o bien considerando los derechos fundamentales como parte integrante de los principios generales del Derecho y, por tanto, como fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico comunitario, o si se adoptase la tesis de la vinculación de los acuerdos multilaterales ratificados por los Estados miembros, en ambos casos se consigue el objetivo de la defensa de los derechos fundamentales.

Esta actuación del TJ no ha parecido, sin embargo, suficiente, como lo demuestra el Solange-Beschluss del TCF alemán y las discusiones doctrinales que en este campo todavía se desarrollan.

Por estos motivos, las iniciativas desarrolladas en los órganos comunitarios en defensa de los derechos fundamentales no han sido exclusivas del TJ, sino que los demás órganos también han participado, como lo demuestran las actuaciones que a continuación se describen.

IV. LA DECLARACION COMUN DEL PARLAMENTO, DEL CONSEJO Y DE LA COMISION

Las sentencias del Tribunal Constitucional italiano y del Tribunal Constitucional Federal alemán, en especial esta última, así como las discusiones

(35) RENGELING, *op. cit.*, p. 128.

(36) Asunto HAUER, 1979 (nota 22), fundamento jurídico decimoquinto.

(37) PESCATORE, *op. cit.*, p. 7.

doctrinales, las propuestas que en relación con la defensa de los derechos fundamentales realizan algunos órganos comunitarios (38) y la jurisprudencia del propio TJ en este campo, llevaron a que los órganos comunitarios realizaran una declaración conjunta el 5 de abril de 1977 (39), suscrita por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, y que por su interés se transcribe a continuación. Dice así:

«El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, tomando en consideración los siguientes motivos:

Los acuerdos para la creación de las Comunidades Europeas se basan sobre el principio fundamental de la observación del derecho.

Este derecho comprende, como fue reconocido por el Tribunal de Justicia, además de los preceptos de los acuerdos y del derecho comunitario derivado, los principios jurídicos generales y especialmente los derechos fundamentales, principios y derechos que forman la base del derecho constitucional de los Estados miembros.

Especialmente son todos los Estados miembros signatarios de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Fundamentales firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950,

Realizan de mutuo acuerdo la siguiente declaración:

1. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión subrayan el significado preeminente que atribuyen a la observancia de los derechos fundamentales, como se deducen de forma especial de las Constituciones de los Estados miembros, así como de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

2. Para el ejercicio de sus potestades y para el cumplimiento de los fines de las Comunidades Europeas se observan estos derechos y así se hará también en el futuro.»

No es preciso señalar la importancia que esta declaración tiene, sobre todo por el fortalecimiento, impulso y conformidad que significa con la jurisprudencia del TJ, y que éste ha aprovechado al hacer una referencia a la misma en el asunto HAUER (40). En definitiva, la declaración incide en el carácter de la Comunidad como una Comunidad de Derecho.

Esta confirmación de la jurisprudencia del TJ por los demás órganos comunitarios es muy completa, ya que en la declaración se hace referencia

(38) Véase *Bulletin des Communautés européennes*, 5/76.

(39) JO, 1977, C 103, 1.

(40) Véase nota 22.

al derecho positivo comunitario, a los principios generales del Derecho, a los derechos fundamentales que caracterizan las Constituciones de los Estados miembros y a la CEDH.

Hay que resaltar también el hecho de que la declaración sea realizada por el Consejo, la Comisión y el Parlamento. El primero como representante de los gobiernos de los Estados miembros y el tercero como expresión de la voluntad popular.

La declaración manifiesta la existencia de un consenso en la Comunidad para dar respuesta a la laguna provocada por la carencia de un catálogo de derechos (41).

Desde un punto de vista jurídico su incidencia es, sin embargo, relativa, dado que ninguno de estos órganos está dotado de competencias, según los Tratados, que les legitimen para dictar normas de obligado cumplimiento en esta materia. Su importancia política, en cambio, es muy grande, pues manifiesta un estado de opinión común en los órganos judiciales y políticos de la Comunidad.

Posteriormente se vio ratificada esta postura por la declaración sobre la democracia, realizada por el Consejo de Europa, de 7 y 8 de abril de 1978 en Copenhague (42).

Los intentos de dar una respuesta al reto del reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario llevó posteriormente al planteamiento de la ratificación formal por las Comunidades de la CEDH.

V. LA RATIFICACION POR LA COMUNIDAD DE LA CEDH

Intimamente ligado al desarrollo jurisprudencial que el TJ de la Comunidad ha desarrollado en materia de derechos fundamentales, se ha producido un intenso debate doctrinal, así como una serie de iniciativas de los órganos comunitarios, especialmente de la Comisión, en relación con la adhesión de la CE a la CEDH.

Esta adhesión comporta dos órdenes de reflexiones: unas de carácter político, a las que sólo se va a realizar una breve referencia, y otras de técnica jurídica, que no se va a pretender analizar en toda su extensión, atendiendo

(41) PESCATORE, *op. cit.*, p. 8.

(42) Declaración sobre la democracia del Consejo de Europa; véase en PESCATORE, *op. cit.*

solamente a los aspectos más relevantes, para poder concluir si tal adhesión es la vía más apropiada para la garantía de los derechos fundamentales frente a los actos y disposiciones de los órganos comunitarios.

1. Consideraciones políticas

Uno de los máximos adalides de la adhesión de la CE a la CEDH es EHLERMANN, para quien la no adhesión significaría una «forma de moción de censura» (43), ya que significaría la consideración de la CEDH como un texto inadecuado, dotado de medios insuficientes de garantía.

Las motivaciones políticas que existen en pro de la adhesión las subraya este autor de tal manera que considera que los problemas jurídicos son perfectamente superables, a pesar de la complejidad que presentan (44).

Estos elementos políticos son para EHLERMANN (45) los siguientes:

- Contribuir a la consolidación de los sistemas democráticos en la Comunidad.
- Reforzar el impacto de la Convención, único instrumento que garan-

(43) C. EHLERMANN, «L'adhésion des communautés européennes à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentaux», en *L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruselas, 1981, p. 60.

(44) Véase sobre este tema ROLAND BIEBER, «Bemerkungen zum Memorandum der Kommission betreffend den Beitritt der EG zur Konvention über den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 10 April 1979», *EuGRZ*, 1979, p. 338; JOCHEN ABR. FROWEIN, «Die Europäische Menschenrechtskonvention und das Europäische Gemeinschaftsrecht», en *Die Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos, Baden-Baden, 1978, p. 47; HERIBERT GOLSONG, «Zur Frage des Beitritts der Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Menschenrechtskonvention», *EuGRZ*, 1979, p. 70; MAX SØRENSEN, «Berührungspunkte zwischen der Europäischen Menschenrechtskonvention und dem Recht der Europäischen Gemeinschaft», *EuGRZ*, 1978, p. 33, y también en *RDE*, 1978, p. 163; ERNST-WERNER FUSS, *Der Grundrechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften aus deutscher Sicht*, Bruselas, 1975; GOTTFRIED ZIEGER, *Das Grundrechtsproblem in den Europäischen Gemeinschaften*, Tubinga, 1970; HANS-JOACHIM GLAESNER, «Einige Ueberlegungen zum Beitritt der Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Konvention für Menschenrechte», *EuR*, 1980, p. 119; JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA, «La función del Tribunal Constitucional en la interpretación y aplicación de la Convención Europea de Derechos del Hombre», en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, vol. II, pp. 1856-1857.

(45) EHLERMANN, *op. cit.*, p. 62.

tiza el respeto de los derechos del hombre para el conjunto de los Estados europeos.

- Tomar una decisión de una importancia política considerable por la que las Comunidades adoptan un catálogo escrito y se someten al control de una jurisdicción internacional más amplia y especializada en materia de derechos del hombre.

En el mismo sentido se manifestaba la Comisión de la CE en el memorándum sobre la «Adhesión de las Comunidades a la Convención Europea de Derechos del Hombre» (46), donde —después de señalar que la mejor forma de protección de los derechos fundamentales era ratificar la CEDH, ya que era la forma más sencilla de adoptar un catálogo de derechos— realizaba las siguientes reflexiones políticas:

La adhesión a la CEDH significaría un reforzamiento de la imagen de Europa, contribuyendo a la consolidación de los ideales democráticos y de libertad, haciendo eficaces la declaración que sobre los derechos fundamentales realizaron el Parlamento, el Consejo y la Comisión (5 de mayo de 1977), así como la declaración sobre la democracia del Consejo de Europa de 8 de abril de 1978.

La adhesión acarrearía un robustecimiento de la protección de los derechos fundamentales, permitiendo un control directo de los actos y disposiciones de los órganos comunitarios ante los órganos del Consejo de Europa, restableciendo la situación jurídica de que disfrutaban los ciudadanos de los Estados miembros, afectada por la transferencia de competencias a la Comunidad.

Como señala DEWOST (47), no hay que olvidar, sin embargo, la diferente cualidad que acompaña a las sentencias del TJ de la CE y al TE de la CEDH, ya que las sentencias del primero tienen efecto inmediato o su interpretación se impone a las jurisdicciones de los Estados, mientras que las sentencias del TE de derechos humanos, conforme a los artículos 50 a 54 de la CEDH, dejan a la buena voluntad de los Estados su ejecución efectiva.

Como es evidente, esta adhesión satisfaría también las demandas que se manifiestan en pro de un catálogo propio de derechos en la CE.

La consideración más importante es, en cambio, aquella de que la adhesión supondría una afirmación institucional de los órganos comunitarios, ya

(46) *Bulletin des Communautés européennes*, 2/79.

(47) DEWOST, en *L'adhésion...*, op. cit. nota 43, p. 71.

que permitiría a éstos enfrentarse al reproche de que no están vinculados por un catálogo escrito de derechos, evitando que las jurisdicciones de los Estados pudiesen aprovecharse de estas carencias, para no aplicar una norma comunitaria, aduciendo que va en contra de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, como sucedió con la sentencia del TCF alemán de 29 de mayo de 1974 y con la del TC italiano de 27 de diciembre de 1973 (48), lo que supondría la negación del principio de prevalencia en el derecho comunitario, produciendo una ruptura de la unidad del derecho comunitario (49).

La adhesión de la CE a la CEDH tendría, por tanto, un componente muy importante de motivación política y de política constitucional, que haría de la CE no sólo una Comunidad económica, sino también una Comunidad política (50), que no impediría además la elaboración de un catálogo propio dentro de la Comunidad.

Para FERRARI (51), la adhesión a la CEDH, así como a la Carta Social Europea —a pesar de lo poco incisivas que son sus disposiciones y de la carencia de protección jurisdiccional—, significaría un salto cualitativo en la vía de la integración europea.

2. Consideraciones técnicas

Los problemas técnicos que comportaría la eventual adhesión de la CE a la CEDH no se consideran como insuperables, aunque sí de una gran complejidad, por lo que exigirían un gran esfuerzo por parte de la CE y de los Estados miembros del Consejo de Europa, lo que se traduce en procedimientos muy complejos, cuya duración es difícil de prever, aunque en todo caso necesitada de unos plazos muy amplios. Un breve repaso a algunos de los artículos de la CEDH confirman lo que se acaba de decir (52).

La primera modificación necesaria sería la de armonizar las numerosas referencias que a lo largo de la CEDH se realizan respecto de los Estados, concepto que no incluye a la CE, por lo que habría que realizar una salve-

(48) Véase nota 18.

(49) RENGELING, *op. cit.*, p. 130.

(50) KUTSCHER, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

(51) LUIGI FERRARI BRAVO, «Problemi tecnici dell'adesione delle Comunità europee alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», RDE, 1979, p. 359.

(52) Véase nota 44.

dad en este sentido. Esta referencia a los Estados se encuentra en diversos artículos, como el 10, 11, 17, 28, 30, 31 o 64.

Los preceptos institucionales también estarían necesitados de una profunda modificación. Así, si se atiende a los artículos 28 y 38 de la CEDH, en ellos se señala que en la Comisión no podrá haber más de un nacional del mismo Estado y que no podrán formar parte del Tribunal dos magistrados que sean nacionales del mismo Estado.

Si se considera necesario que la CE disfrute de un miembro del Tribunal y de la Comisión, habrá que modificar estos preceptos, pues los candidatos por ella presentados coincidirían necesariamente en su nacionalidad con los miembros actuales de ambos órganos.

Se podría barajar otra posibilidad, que es la de que a la CE no le corresponda como a tal un miembro en estos órganos, lo que desde el punto de vista comunitario no parece asumible, conforme al artículo 211 del TCEE, dado que la Comunidad tiene personalidad jurídica. Por otra parte, teniendo en cuenta la especificidad del ordenamiento jurídico comunitario, parece necesario que existan jueces conocedores del mismo, lo que puede no suceder si exclusivamente son miembros de los órganos de la CEDH los correspondientes a los Estados miembros del Consejo de Europa.

La nominación de los miembros de la Comisión y del Tribunal que corresponden a la CE también origina problemas, ya que conforme al artículo 21 de la CEDH, «los miembros de la Comisión son elegidos por el Comité de Ministros, por mayoría absoluta de votos, de una lista de nombres elaborada por la Mesa de la Asamblea Consultiva», y el artículo 39 dice que «los miembros del Tribunal son elegidos por la Asamblea Consultiva por mayoría de votos emitidos, de una lista de personas presentada por los miembros del Consejo de Europa».

Como es fácil de constatar, si la presentación y/o elección de candidatos la realiza la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, no tiene lugar la participación de ningún órgano de la CE, por lo que habría que realizar una modificación de estos preceptos que posibilitase esa participación.

El órgano que más problemas plantea es, sin embargo, el Consejo de Ministros. Este órgano está compuesto por representantes de los Estados, que adoptando sus decisiones por mayoría de dos tercios, puede decidir si ha habido o no violación de la CEDH (art. 32).

Esta competencia, así como el sistema de mayorías que se exige, hace que los Estados miembros de la CE sean juez y parte en las decisiones que estén motivadas por actos de ésta, pudiendo bloquear su funcionamiento.

Si los miembros del Consejo de Europa son veintiuno y de éstos doce lo son de la CE, exigiendo mayorías de dos tercios, es evidente la posibilidad de que se produzca un tal resultado.

Por otra parte, dado su marchamo político, no es éste un órgano apropiado para actuar sobre los órganos comunitarios.

Una alternativa barajada sería la de excluir a los Estados miembros de los procedimientos que afectan a la CE, postura que presentaría un serio peligro, pues constituiría un precedente a aplicar en otras organizaciones internacionales.

La solución más aconsejable sería no reconocer las competencias que el Consejo de Ministros tiene, lo que no tiene por qué provocar problemas especiales, si se acepta la competencia del TEDH para conocer de las demandas dirigidas contra la CE.

La adhesión exigiría la eliminación de las posibilidades de actuar de los Estados miembros de la CE en virtud del artículo 24 de la CEDH. Esta exigencia se deriva de los preceptos de los Tratados institutivos de las Comunidades, donde se precisa que los Estados se comprometen a no someter las controversias jurídicas relativas a la aplicación o interpretación del presente Tratado a un procedimiento distinto de los previstos en los mismos (artículos 219 TCEE, 87 CECA y 193 EURATOM). Esto exigiría, por tanto, la no ratificación de este artículo 24 y la realización de reservas frente al artículo 62 de la CEDH.

Otros preceptos que no podrían ser asumidos en su redacción actual serían el artículo 58 de la CEDH, relativo a los gastos de funcionamiento de la Comisión y del Tribunal, ya que el Consejo de Europa es el responsable de subvenir a los mismos y la CE no es miembro de tal Consejo. El artículo 66 de la CEDH también debería ser modificado, ya que exige para poder ratificar la CEDH ser miembro del Consejo de Europa.

La institución más sustantivadora de la CEDH está constituida por el recurso individual, que, frente a una violación de un derecho reconocido en la misma, faculta a las personas físicas, organizaciones no gubernamentales o grupos de particulares a dirigirse a la Comisión de Derechos Humanos.

El reconocimiento de este recurso individual frente a actos de los órganos comunitarios constituye el núcleo de la discusión en torno a la adhesión, ya que es el aspecto más sustantivador de la CEDH y el que dotaría a la CE de esa carencia de legitimidad que se le achaca por no tener previsto un recurso directo de los particulares frente a violaciones de los derechos fundamentales por los órganos comunitarios.

La aceptación de este recurso individual provocaría la dilación de los procedimientos judiciales, lo que plantea la cuestión de si la justicia no es precisamente el obtener una resolución en un plazo razonable (53), lo que no se produce si se tiene en cuenta que para poder beneficiarse de este recurso individual es preciso haber agotado todos los recursos internos (artículo 26 CEDH), lo que, por otra parte, plantearía también problemas interpretativos en torno a los supuestos en los que se puede afirmar que se han agotado todos los recursos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades y en especial con referencia al artículo 173 del TCEE. Este efecto ampliatorio de los procedimientos judiciales por mor de la aceptación del recurso individual previsto en el artículo 25 de la CEDH se minimiza en el memorándum de la Comisión (54) al considerarse que tal recurso no produce un efecto suspensivo en la resolución impugnada, lo que, aunque mitiga, no elimina la objeción realizada.

Un problema adicional surge de otro hecho, que es el no reconocimiento por todos los Estados miembros de la CE del recurso individual, como es el caso de Francia, lo que plantea la cuestión de si la CE puede reconocer aquél sin que algún Estado miembro lo haya hecho. Decir que esto no tiene ninguna trascendencia porque el recurso no se dirige contra los Estados, sino contra la CE, parece una consideración demasiado simple.

Una vía indirecta para hacer efectivo este recurso individual tuvo lugar en 1978 al plantearse una demanda por la Confederación Francesa Democrática del Trabajo (CFDT) (55) contra las Comunidades Europeas y subsidiariamente contra la colectividad de los Estados miembros y contra los Estados miembros individualmente, impugnando una decisión del Consejo en la que se había determinado los representantes de los sindicatos que forman

(53) GIUSEPPE SPERDUTTI, en *L'adhésion...*, op. cit. nota 43, pp. 78 y 79.

(54) Véase *Memorándum*, punto 25 (nota 46).

(55) Asunto 8.030/77, Decisión de 10 de julio de 1978, en «Yearbook of the European Convention on Human Rights», La Haya, 1978, pp. 531-539; antes de interponer el recurso ante la Comisión de la CEDH el sindicato CFDT acudió al Tribunal de Justicia de las Comunidades solicitando la anulación de la decisión del Consejo, a lo que el TJ contestó negativamente al considerar que ni el artículo 33 ni el 38 del TCECA habilitaban al sindicato para interponer un recurso, ya que conforme al artículo 38 TCECA las decisiones del Consejo no pueden ser anuladas por la Corte más que como consecuencia de un recurso de un Estado miembro o de la Comisión, y el artículo 33 solamente reconoce el derecho a interponer recursos contra los actos de la Comisión. Véase la sentencia del TJ de 17 de febrero de 1977, *Recueil...*, 1977, pp. 305-311, y MELCHIOR, en *L'adhésion...*, op. cit. nota 43, p. 82.

parte del Comité Consultivo previsto en el artículo 18 CECA, en la que se excluía al sindicato impugnante. Esta decisión consideraba el sindicato CFDT que conculcaba los artículos 11, 13 y 14 de la Convención.

La Comisión de la CEDH no admitió el recurso al considerar que las Comunidades Europeas como tales no son parte contratante en la Convención (art. 66 CEDH). En cuanto a la legitimación pasiva de la «colectividad de los Estados miembros», señala el Tribunal que el recurrente no ha determinado lo que cubre esta noción, estimando que el recurso se dirige en realidad contra el Consejo de las Comunidades, por lo que escapa a la competencia *ratione personae* de la Comisión. Por lo que se refiere a saber si una decisión adoptada por un órgano de la Comunidad puede provocar la responsabilidad de los nueve Estados miembros de las Comunidades Europeas (ahora doce), conforme a la Convención, precisa la decisión que, en relación con Francia, el examen del recurso escapa a su competencia, ya que Francia no ha ratificado el artículo 25 de la CEDH, que reconoce el recurso individual. Por lo que se refiere a los otros ocho Estados miembros, la Comisión tampoco tiene competencia *ratione personae*, porque los Estados al participar en las decisiones del Consejo de la CE no han ejercido en este caso su «jurisdicción», en el sentido señalado por el artículo 1.º de la CEDH.

Finalmente, quedaría hacer una referencia a las normas de los tratados institutivos que permiten la adhesión de la CE a la CEDH. Los preceptos que pueden sustentar esta adhesión son los artículos 235 TCEE, 203 EURATOM y 95 CECA. El artículo 235 viene a recoger una cláusula característica de los Estados federales (56), que ha dado lugar al concepto de «competencias implícitas». En este precepto se dice que cuando una acción a adoptar por los órganos comunitarios «resulte necesaria para lograr el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad», y el Tratado no haya previsto las potestades necesarias para lograr este objetivo, a propuesta de la Comisión y oída la Asamblea, el Consejo adoptará por unanimidad las «disposiciones pertinentes».

La protección de los derechos fundamentales puede incluirse entre esas acciones *necesarias*, ya que si se atiende a las declaraciones realizadas por los órganos comunitarios en relación con este tema y a las sentencias de algunos

(56) Véase la similitud de este precepto con el artículo 1, sección 8, de la Constitución USA, que dice que el Congreso tendrá facultad «para expedir todas las leyes que sean necesarias y convenientes para llevar a efecto los poderes anteriores y todos los demás que esta Constitución confiere al Gobierno de los Estados Unidos o a cualquiera de sus departamentos o funcionarios».

altos órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, considera la Comisión (57) que hay que concluir obligatoriamente que la consecución de los objetivos de la Comunidad exige la institucionalización de un sistema de protección eficaz de aquellos derechos.

Si esta interpretación no fuese aceptada y se considerase que la adhesión a la CEDH comporta una modificación de los tratados, que no es realizable acudiendo al artículo 235 del TCEE, se podría aplicar el artículo 236 del mismo tratado, lo que exigiría la ratificación de los Parlamentos de los Estados miembros de la Comunidad, cuestión que en sí misma no provoca importantes objeciones, si se tiene en cuenta que las modificaciones a introducir en la CEDH deben ser aprobadas por los Estados miembros del Consejo de Europa y, por tanto, por los componentes de la CE (58).

Una última consideración a hacer sería la del cumplimiento de los requisitos procedimentales para que tuviese lugar la adhesión.

La adhesión a la CEDH exigiría, además de la aprobación por los órganos comunitarios de la iniciación de las negociaciones y la determinación de los sujetos que van a participar en las mismas, la ratificación por todos los Estados miembros del Consejo de Europa, en este momento veintiuno, de las modificaciones que es necesario introducir en la CEDH para acomodarla a las exigencias que la adhesión de una organización supranacional como la CE comporta.

Este simple dato plantea la cuestión de la duración del procedimiento, ya que ¿cuánto tiempo exigiría la formalización de la adhesión y la aprobación por todos los Estados miembros del Consejo de Europa?

La propia modificación de la CEDH provoca no pocas suspicacias, ya que podría invitar a la realización de otras modificaciones no necesarias para la adhesión de la CE, pero en las que algunos Estados miembros podrían estar interesados, disminuyendo el alcance de los derechos y garantías que en la CEDH se contemplan (59).

Teniendo en cuenta la rica problemática que plantea la adhesión a la CEDH, se ha planteado una ingeniosa alternativa. Partiendo de la necesidad política que existe de que la CE se adhiera o ratifique la CEDH, SPERDUTI (60) considera que la relación entre el TJ de la CE y el TEDH no tiene

(57) *Memorándum*, punto 44 (nota 46).

(58) EHLERMANN, *op. cit.*, p. 66.

(59) FERRARI BRAVO, *op. cit.*, p. 348.

(60) SPERDUTI, *op. cit.* nota 43, pp. 78 y 79.

por qué ligarse necesariamente mediante una adhesión formal, en su significado más estrictamente técnico-jurídico, proponiendo otra salida al problema.

Si lo importante es ligar ambos órganos y conseguir una defensa de los derechos fundamentales que tuviese ese efecto de estandarizar éstos en todo el ámbito europeo, incluida la CE, no hay más que buscar un sistema de relación entre el TJ y el TEDH que faculte la consecución de este objetivo, lo que sería fácilmente realizable con sólo inspirarse en el TCEE y más en concreto en la cuestión prejudicial del artículo 177. Es decir, cuando el TJ de la Comunidad tenga que decidir en un asunto en el que se plantea si un acto adoptado por los órganos comunitarios viola o no un derecho fundamental reconocido en la CEDH, antes de resolver definitivamente estará obligado a acudir al TEDH para que realice la interpretación del precepto de la Convención afectado, interpretación que le vinculará.

De este modo, reconociendo este «monopolio interpretativo» de la CEDH al TEDH, se mantiene esa exigencia de que aquélla sea interpretada siempre y en todos los supuestos por el TEDH, lo que conlleva una consecuencia importante y es que impide que pueda haber contradicciones entre la jurisprudencia del TJ y del TEDH en la interpretación de los preceptos de la Convención.

En el mismo sentido, el TJ de la CE seguiría manteniéndose como el único capaz de pronunciarse de forma definitiva sobre las cuestiones relativas a la interpretación de los tratados y del derecho derivado de la CE, resolviendo sin posteriores recursos todos los asuntos que puedan plantearse contra actos de los órganos comunitarios, labor fundamental por la gran trascendencia e importancia de la jurisprudencia del TJ en el desarrollo del ordenamiento jurídico comunitario.

VI. CREACION DE UN CATALOGO PROPIO DE DERECHOS EN LA CE

La puesta en vigor de un catálogo de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario sería, qué duda cabe, la solución más completa técnicamente para garantizar su respeto.

La existencia de un catálogo de este tipo significaría la realización de la unidad del ordenamiento jurídico comunitario, al evitar que se pudiesen dar situaciones como las provocadas por algunos altos órganos judiciales de los Estados, que niegan la eficacia de las normas europeas si no respetan sus catálogos de derechos constitucionalmente garantizados.

Esta situación, sin embargo, también se podría dar aun existiendo el catálogo comunitario, ya que entonces el problema estaría en el alcance y contenido de los derechos garantizados. Desde este punto de vista no parece exagerado afirmar que la superación de este problema solamente va a poder tener lugar cuando avance lo suficiente la idea de Europa, la Unión Europea, y se conforme como un Estado federal.

Si la CE dispusiese de este catálogo de derechos fundamentales se produciría su legitimación democrática, dado el importante papel que como factor integrador de las comunidades políticas juegan las declaraciones de derechos, que, como es sabido, así se conciben también en los Estados.

En este sentido, un catálogo comunitario de derechos fundamentales no tendría las carencias que la adhesión a la CEDH tiene, pudiendo, teóricamente al menos, responder de forma más afinada a los derechos que es dado reconocer en un ordenamiento jurídico como el comunitario.

La realización de un catálogo de este tipo presenta, sin embargo, muchas dificultades técnicas y en especial la posibilidad de que su elaboración se traslade *sine die* en el tiempo. Para algunos autores será necesario que pasen quizá décadas (61) hasta su puesta en vigor, aunque el proyecto de tratado instituyendo la Unión Europea aprobado por el Parlamento Europeo el 14 de febrero de 1984 (62) podría conducir a un mayor optimismo, dado que en su artículo 4.º se dice que la Unión adoptará en un plazo de cinco años su propia declaración de derechos fundamentales conforme al sistema de revisión del propio tratado (art. 84), lo que deja en suspenso, a pesar de la determinación de ese plazo, la cuestión de las consecuencias de su incumplimiento, ya que la no realización de la declaración no tendría consecuencias jurídicas.

El proyecto de Tratado de la Unión Europea es además eso, un proyecto, que puede sufrir muchas modificaciones y cuya adopción se presenta como muy dificultosa, si se atiende a los problemas recientes que algunos Estados, en especial Dinamarca, han provocado con ocasión de reformas mucho menos sustanciosas.

La vinculación de los derechos fundamentales a la Unión Europea parece acertada políticamente, aunque de la misma no se puede concluir que sea el único camino posible para dar una respuesta a este problema; es más, esta vinculación no chocaría, sino que se complementaría con otras iniciativas,

(61) KUTSCHER, *op. cit.*, p. 54.

(62) JO, C núm. 90, de 26 de febrero de 1984.

que podrían ya adoptarse sin tener que esperar a la asunción por todos los Estados de la proyectada Unión Europea.

La adopción de un catálogo de derechos fundamentales podría realizarse vía artículo 236 TCEE (art. 204 CECA y 96 EURATOM), mediante el procedimiento previsto para la modificación de los Tratados, aunque el hecho de que las propuestas deban adoptarse en una «conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros» puede dificultar el llegar a un acuerdo.

Otras alternativas no tienen la suficiente trascendencia jurídica como para considerarlas definitivas; así si se plantea la elaboración del catálogo de derechos fundamentales por los órganos de la CE.

Si el Consejo se inclinase a adoptar una norma con este contenido, surgiría inmediatamente la pega de la incompetencia de este órgano para dictar un precepto de este tipo, ya que este órgano puede dictar normas de alcance general en tanto en cuanto y en la medida en que está autorizado para ello por los tratados institutivos. Acudir a la técnica de los «poderes implícitos» prevista en el artículo 235 del TCEE tampoco parece un mecanismo suficiente, además de que se mantendría en vigor una última cuestión, que es la del rango de una disposición dictada por el Consejo, que, dada su naturaleza jurídica, podría verse modificada por otra posterior, disfrutando de las mismas características que las demás normas del derecho derivado.

Junto a estos argumentos de técnica jurídica no habría que despreciar los políticos, y en especial que el Consejo es, junto a la Comisión, el órgano ejecutivo de la Comunidad y chocaría con las tradiciones de los Estados miembros el que un órgano no legitimado democráticamente mediante una elección por sufragio universal, directo y secreto fuese quien elaborase tal catálogo de derechos, ya que el catálogo va a actuar, por lo menos, como límite de ese mismo órgano.

Señalar el Parlamento Europeo como el órgano más adecuado para dictar esta norma plantea problemas similares. Desde el punto de vista político no hay nada que objetar, ya que el Parlamento es elegido democráticamente. Técnicamente, sin embargo, el Parlamento no puede cumplir esta labor porque su función, conforme a los tratados institutivos, es simplemente consultiva, siendo sus competencias más importantes las presupuestarias. El Parlamento tiene las competencias que en los tratados se le reconocen, y entre ellas no está la de dictar normas de carácter general que vinculen a los ciudadanos y poderes públicos comunitarios, por lo que la adopción de un catálogo de derechos por este órgano tendría una eficacia muy limitada. Desde un

punto de vista político sería, en cambio, de gran importancia, pudiendo servir de catalizador de otras iniciativas. Su alcance jurídico en concreto vendría determinado por la jurisprudencia del TJ.

Junto a estos aspectos formales se manifiestan otros materiales, como el de la determinación del alcance de la declaración. Los Estados miembros de la CE tienen diferentes concepciones sobre los derechos fundamentales (63), siendo sus catálogos de derechos también diferentes, por lo que llegar a un acuerdo en una declaración común constituirá seguramente una ardua labor, en la que es posible que se manifiesten importantes reservas de unos Estados frente a otros y frente a la Comunidad.

VII. CONCLUSION

Hecho este repaso a las diferentes alternativas que se presentan para la protección de los derechos fundamentales en la CE, sólo resta concluir con unas reflexiones que valoren en su conjunto la problemática y las soluciones analizadas.

Dos aspectos habría que diferenciar en estrecha vinculación con este tema: lo que se debe a una clara motivación política y lo que es una exigencia de técnica jurídica.

Desde el punto de vista político es innegable el valor que tiene la creación de un catálogo de derechos fundamentales dentro de la CE o la adhesión de ésta a la CEDH. Ahora bien, el hecho de que ninguna de estas dos acciones se haya emprendido, ¿significa que los derechos fundamentales no están protegidos con las debidas garantías en la CE?

La respuesta a este interrogante parece que tiene que ser negativa, como se ha demostrado al analizar la jurisprudencia del TJ de la CE. En la actuación del TJ se ha manifestado de forma continuada, y especialmente a partir del asunto HAUER, su disposición a defender los derechos fundamentales mediante una técnica jurídica que no es la de los derechos subjetivos, pero que ha demostrado su eficacia.

Se ha criticado este sistema por considerar que crea inseguridad jurídica,

(63) ALBERT BLECKMANN, «Die Grundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht», EuGRZ, 1981, p. 257; PETER SCHIFFAUER, «Ueberlegungen zur Kodifizierung der Grundrechte der Europäischen Gemeinschaften aus der Sicht der Grundrechtstheorie», EuGRZ, 1981, p. 193; INGOLF PERNICE, *Grundrechtgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1978.

ya que no hay un catálogo explícito de derechos que sirva de referencia. Esta crítica no es acertada. Como ya ha tenido ocasión de señalar el TJ, los derechos fundamentales como principios generales del derecho que impregnan todo el orden jurídico comunitario se deducen de las Constituciones de los Estados miembros y de los derechos reconocidos en la CEDH, por lo que todo demandante tiene un punto de referencia claro. Es más, quizá se pueda producir un mayor constreñimiento de los derechos de los particulares con la elaboración de un catálogo propio de derechos, pues las diferentes opiniones de los representantes de los Estados en lugar de conducir a realizar una declaración que constituya un mínimo común múltiplo, puede llevar a adoptar el máximo común denominador, hecha abstracción de las dificultades procedimentales y, especialmente, temporales que a la elaboración de tales documentos se acompañarán.

Por otra parte, se observa que la crítica a la consideración del derecho judicial o de la jurisprudencia como elemento garantista de los derechos fundamentales proviene de una concepción formalista del Derecho, anclada en construcciones lógicas y sistemáticas que no son comunes a todos los Estados de la CE y que expresan en cierto sentido un nacionalismo jurídico. De forma especial se manifiesta esto en aquellos Estados que están dotados de un Tribunal Constitucional competente para conocer de los recursos de amparo planteados por particulares frente a violaciones de los derechos fundamentales, como se ha podido comprobar al atender a la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano. Esto permite afirmar que la creación de un catálogo de derechos comunitario es más exigencia derivada de algunos ordenamientos jurídicos estatales que de la propia Comunidad. Es decir, es una utilización del Derecho como obstáculo para el progreso de una fórmula política superadora de las estructuras políticas estatales actuales.

Como la realidad lo demuestra claramente, el respeto de los derechos fundamentales no es una cuestión que dependa de la adopción de una determinada técnica jurídica, ya que se adopte la técnica que se adopte siempre existirá la posibilidad y se darán en la realidad situaciones que impliquen la existencia de vacíos en esa protección. No hay nada más que observar las normas en vigor en muchos Estados de la CE para poder comprobar la ausencia de un actor legitimado que persiga su eliminación.

Este aserto se afirma desde otra óptica con sólo considerar que sistemas jurídicos como el inglés, cuyas declaraciones de derechos han precedido holgadamente a las continentales, no tiene previstos los instrumentos jurídicos

de protección que existen en la RFA o en Italia, lo que evidentemente no significa una desprotección de los particulares, como lo demuestra su historia y su situación actual, sino la existencia de mecanismos diferentes de protección basados especialmente en esa definición del *common law* que dice: «Common law ist case law un judge-made law.»

Y aunque el sistema continental sea diferente, los Tribunales Constitucionales cuando conocen de recursos relativos a derechos fundamentales actúan de forma similar, ya que al realizar la concretización de los derechos fundamentales constitucionalizados desarrollan y determinan su contenido.

En consecuencia, si la creación de un catálogo de derechos fundamentales en la CE o la adhesión a la CEDH son realizaciones preñadas de dificultades y lejanas en el tiempo, ¿no se puede afirmar con KUTSCHER que la solución judicial *no es la peor?*