

LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA

MARTA GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO

Profesora de Derecho Procesal. UNED

SUMARIO: I. Sistemas universal y regional de protección de derechos: 1. *Naciones Unidas*. 2. *El Consejo de Europa*. 3. *La Unión Europea*. II. El Tribunal de Justicia y la tutela de los derechos en la Unión Europea: 1. *Los Tratados Constitutivos y el Acta Única*. 2. *Evolución jurisprudencial: de la inhibición a la consolidación del sistema de protección*: A) *Etapa de negación o fase de inhibición*. B) *Etapa de reconocimiento o fase proteccionista*. C) *Etapa de consolidación*. 3. *El artículo 6.2 del TUE y la Carta de Derechos Fundamentales*. 4. *El momento actual: etapa problemática*: A) *El acceso de los particulares al Tribunal de Justicia por vulneración de derechos*. B) *Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*: a) *Demandas contra la Comunidad europea por vulneración de derechos fundamentales*. b) *Demandas contra actos nacionales de ejecución del Derecho comunitario por vulneración de derechos fundamentales*. 5. *Conclusiones a la luz del Tratado del Lisboa*.

I. SISTEMAS UNIVERSAL Y REGIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS

A raíz de los acontecimientos bélicos que tuvieron lugar en la primera mitad del siglo XX la comunidad internacional tomó conciencia de que la salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales era una forma de proteger la seguridad de los Estados y sobre todo de garantizar la dignidad de los ciudadanos. Desde entonces, la profunda preocupación e interés por los derechos fundamentales se ha traducido en varios logros y avances, aunque eso sí no todos de la misma importancia o repercusión práctica.

Todo sistema de derechos fundamentales viene conformado por una serie de garantías jurídicas y una serie de garantías jurisdiccionales. Las garantías jurídicas son ciertamente intensas, ya que son numerosos los textos que reconocen y proclaman derechos fundamentales. Pero, el reconocimiento de derechos no resulta suficiente y debe ser completado con las garantías jurisdiccionales, es decir con mecanismos de protección jurisdiccional.

En la actualidad, los sistemas de protección de derechos aparecen cifrados en dos grandes ámbitos: el universal, que representa Naciones Unidas, y el regional, que constituyen el Consejo de Europa y la Unión Europea.

1. Naciones Unidas

Un primer ámbito, el universal, viene encarnado por las Naciones Unidas. Su andadura comenzó el 24 de octubre de 1945 con la suscripción de la Carta de Naciones. Las Naciones Unidas tienen su sede en Nueva York y cuentan con ciento noventa y dos Estados miembros. El último Estado en incorporarse fue Montenegro, el 28 de junio de 2006; España forma parte desde el año 1955.

La garantía jurídica de los derechos en el ámbito universal viene conformada por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también de 1966. A los tres textos se les conoce como la Carta Internacional de Derechos Humanos, y se complementan con una serie de Convenciones, tales como la Convención contra la tortura, contra la esclavitud, o la Convención de los derechos del niño.

El principal problema del sistema de Naciones Unidas ha sido, y en cierto modo continua siendo, la protección jurisdiccional. Había reconocidos unos derechos, pero faltaba establecer qué órganos iban a proteger los derechos y libertades fundamentales proclamados. A tal efecto se han articulado, por una parte, ocho Comités de Expertos independientes¹, y por otra, el Consejo Europeo de Derechos Humanos, que sustituye desde el año 2006 a la Comisión de Derechos Humanos. Tanto los Comités, como el Consejo llevan a cabo una supervisión, una vigilancia del nivel de cumplimiento de los Textos Internacionales por los Estados, que desemboca en Recomendaciones sin fuerza vinculante alguna, aunque con una dimensión coercitiva innegable, pues el conjunto de la comunidad internacional adquiere conocimiento pleno sobre la situación de los derechos fundamentales en un territorio.

¹ Comité de Derechos Humanos (CCPR); Comité de Derechos Económicas, Sociales y Culturales (CESCR); Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD); Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW); Comité contra la Tortura (CAT) –Subcomité para la Prevención de la Tortura–; Comité de los Derechos del Niño (CRC); Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW); y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD).

2. El Consejo de Europa

Junto con el sistema universal de derechos que representa Naciones Unidas encontramos el sistema regional de derechos, plasmado en dos ámbitos, el del Consejo de Europa y el ámbito de la UE. El sistema regional ha conseguido un grado de eficacia muy superior al del sistema universal.

El Consejo de Europa fue creado el 5 de mayo de 1949 con la finalidad de favorecer en Europa un espacio democrático y jurídico común, organizado alrededor del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y otros textos de referencia sobre la protección del individuo, como la Carta Social Europea (1961). El Consejo de Europa tiene una dimensión paneuropea: cuarenta y siete países miembros y un país candidato, Bielorrusia, cuyo estatuto de invitado especial fue suspendido debido al incumplimiento sistemático de los derechos y principios democráticos. España es miembro desde el 24 de noviembre de 1977.

Al amparo del CEDH se crearon, en un principio dos órganos independientes para velar por el respeto de los derechos garantizados en el Convenio: la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el año 1993 se creó un nuevo TEDH que sustituyó el sistema de dos niveles. El Tribunal funciona de forma permanente desde 1998, tiene su sede en Estrasburgo, y cuenta con un número de jueces igual al de partes contratantes.

Prácticamente, todos los Estados del Consejo de Europa han integrado el Convenio en sus ordenamientos internos, lo cual tiene como consecuencia que deben aceptar las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, y que todo ciudadano que se encuentre en territorio europeo puede invocar las disposiciones del Convenio ante los tribunales nacionales, previa satisfacción del principio de subsidiariedad. Si no obtiene la protección adecuada, puede recurrir ante el TEDH.

El Consejo de Europa a través del Convenio y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llegado a una gran perfección en materia de protección de los derechos fundamentales.

3. La Unión Europea

Y finalmente está el ámbito de la Unión Europea, objeto de nuestra atención. El sistema jurisdiccional de la Unión está integrado, junto con los órganos nacionales de los Estados miembros, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por el Tribunal de Primera Instancia y por el Tribunal de la Función Pública. El Tribunal de Justicia fue creado por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero. Los Tratados constitutivos le atribuyen la función de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados (artículo 220 del TCE). El Tribunal de Justicia –veintisiete jueces– es, en definitiva, el máximo guardián del derecho comunitario, cumple las funciones de Tribunal Constitucional de la Unión, sin olvidarnos que el artículo 300.6 del TCE, tras la reforma operada por Niza, también le configura como máximo órgano consultivo. El entramado jurisdiccional comunitario se complementa con el Tribunal de Primera Instancia creado en virtud de Deci-

sión del Consejo de 24 de octubre de 1988 con al menos con un juez por cada Estado miembro (artículos 224 y 225 del TCE), y el Tribunal de la Función Pública –siete jueces– creado mediante Decisión del Consejo de 2 de noviembre de 2004.

II. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS EN LA UNIÓN EUROPEA

Hemos comenzamos diciendo que en ningún sistema jurídico resulta suficiente con la declaración programática de unos derechos para que éstos resulten protegidos. Junto a la enunciación de un catálogo de derechos es necesario establecer su garantía jurisdiccional de modo que el particular pueda acudir a un tribunal cuando considere que sus derechos han sido vulnerados. Ciertamente, un sistema jurídico que defina derechos fundamentales pero no establezca mecanismos que garanticen su efectividad se convierte en letra muerta². Así, acabamos de exponer que opera sobre todo el ámbito del Consejo de Europa.

Ahora bien, en el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales, los acontecimientos se han producido al revés. En la Unión Europea la garantía jurisdiccional ha precedido a la elaboración de un catálogo escrito de derechos fundamentales³. Y es que la Unión Europea, a través del Tribunal de Justicia ha llevado a cabo durante cuarenta años una protección paradigmática de los derechos al no contar con un instrumento específico de reconocimiento. La inexistencia en el derecho comunitario de un catálogo de derechos fundamentales ha obligado al Tribunal de Justicia de la Unión a dispensar una protección pretoriana, de pura custodia de los derechos.

Puesto que acabamos de decir que la tutela jurisdiccional será ejercida en la medida en que exista un reconocimiento de derechos que un ordenamiento considere digno de protección, obligatoriamente hemos de preguntarnos por cómo es posible, o cuál ha sido la forma, el modo en que los órganos jurisdiccionales comunitarios han salvaguardado y salvaguardan los derechos fundamentales, por supuesto en el marco de asuntos de su competencia. La búsqueda de la respuesta será uno de nuestros principales cometidos.

Cuando se analiza la evolución de los derechos en Europa, se entiende la trascendente labor que ha realizado el Tribunal de Justicia, se toma conciencia de la importancia, también de los problemas, del actual sistema de protección de derechos, e incluso se puede valorar la incidencia que tendrá el Tratado de Lisboa.

1. Los Tratados Constitutivos y el Acta Única

Los Tratados Constitutivos ni contenían referencia a los derechos fundamentales, ni imponían al Tribunal de Justicia una obligación expresa de garantizar su res-

² En palabras de SANZ CABALLERO S.: «Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 17, año 8, 2004, pp. 118.

³ *Ibidem*.

peto⁴, lo cual podría encontrar una explicación en el hecho de que el objetivo prioritario de las Comunidades Europeas en el momento de su constitución era la integración económica.

Pero, en verdad, el silencio guardado en los Tratados contrasta con la actividad del Consejo de Europa, y es que los Estados miembros de las Comunidades Europeas eran signatarios del CEDH y, pese a ello obviaron cualquier referencia a la necesaria protección de los derechos fundamentales en los Tratados constitutivos⁵.

Esto no significa, que los Tratados constitutivos no dispensaran a las personas algún tipo de tutela⁶, y así encontramos proclamada la igualdad de retribución salarial entre hombres y mujeres, el derecho a la libre circulación, el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad, el derecho de propiedad o el derecho de establecimiento. Eso sí, se trataba de derechos que tenían como punto referencial la construcción del Mercado Común y están desligados de la concepción clásica de los derechos fundamentales.

En cualquier caso, lo que está claro es que no existía en los Tratados «*un sistema articulado y completo de derechos fundamentales de la persona y de la ciudadanía*»⁷.

El Acta Única Europea adoptada el 27 de enero de 1986, intentó frenar el temor de que las Comunidades europeas se convirtieran en un espacio donde los derechos fundamentales reconocidos en los ordenamientos de los Estados miembros y en los Convenios Internacionales estuvieran insuficientemente tutelados. En su preámbulo, el Acta Única proclamó la disposición de los Estados a promover los derechos fundamentales, y además amplió los derechos sociales –mejora del medio de trabajo y derecho al diálogo social a nivel europeo, entre otros⁸–.

Pero, a pesar del reconocimiento expreso de algunos derechos, el Acta Única sólo realiza una operación de maquillaje a los Tratados originarios⁹.

2. Evolución jurisprudencial: de la inhibición a la consolidación del sistema de protección

Así las cosas, la ausencia de un catálogo genérico de derechos fundamentales llevó al Tribunal de Luxemburgo, a tener que ir construyendo el sistema comunitario de protección de derechos. Siguiendo a algunos autores¹⁰, en la protección jurisdic-

⁴ Cfr.: CHUECA SANCHO A.: «La evolución de los derechos fundamentales en los Tratados Comunitarios» en «*La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*» (dir. MATIA PORTILLA F.J.), Civitas, Madrid, 2002, pp. 22.

⁵ Vide, ÚBEDA TARAJANO F.E.: «La labor del Tribunal de Justicia en orden a la protección de los derechos fundamentales», *Boletín del Ministerio de Justicia*, número 2023, 2006, pp. 35 y 36.

⁶ Cfr.: LINDE PANIAGUA, E.: «Fines y medios de las Comunidades Europeas. Los derechos fundamentales en la Unión Europea», en *Políticas comunitarias* (dir. LINDE PANIAGUA) Colex, Madrid, 2001, pp. 43.

⁷ Cfr.: CHUECA SANCHO, A.: «La evolución de los derechos...», *op. cit.*, pp. 22.

⁸ Cfr.: ÚBEDA TARAJANO, F.E.: «La labor del Tribunal de Justicia...», *op. cit.*, pp. 36.

⁹ Cfr.: CHUECA SANCHO, A.: «La evolución de los derechos...», *op. cit.*, pp. 23.

¹⁰ *Inter alia*, CHUECA SANCHO, A.: «La evolución de los derechos...», *op. cit.*, pp. 40-46.

cional de los derechos fundamentales en la Unión podemos distinguir hasta tres etapas, a las que hay que añadir la actual.

A) Etapa de negación o fase de inhibición

En las primeras sentencias, el Tribunal de Justicia consideraba que no existían otros derechos que los pocos contenidos en los Tratados y rechazaba las alegaciones basadas en la vulneración de los derechos fundamentales recogidos en las constituciones internas de los Estados miembros.

Ejemplos de esta etapa son los asuntos *Stork* –sentencia de 4 de febrero de 1959– y *Marcelo Sgarlatta y otros* –sentencia de 1 de marzo de 1965–.

En el asunto *Stoke*, unas empresas alemanas solicitaron la anulación de una decisión de la CECA al entender que lesionaba los derechos contenidos en el artículo 2 y 12 de la Ley Fundamental de Bonn (libre desarrollo de la personalidad y libertad profesional). El Tribunal de Justicia respondió que los derechos fundamentales invocados formaban parte del Derecho alemán y que, por tanto, no le correspondía su tutela.

En el caso *Marcelo Sgarlatta y otros* fue alegada la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que contra ciertas normas comunitarias no se podía accionar, ni ante la jurisdicción nacional, ni ante la comunitaria. Se solicitó que el artículo 173 TCE (actual 230) fuera interpretado en consonancia con los principios generales existentes en los Estados miembros y así quedará expedita la vía del recurso. El Tribunal de Justicia concluyó que el derecho fundamental alegado a la tutela judicial efectiva no podía prevalecer sobre el «*texto claramente restrictivo del artículo 173 TCE*».

Pronto cambiará de opinión.

En esta primera fase de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dos son las ideas esenciales: en primer lugar, independencia absoluta del ordenamiento comunitario y, en segundo lugar, y por consiguiente la consideración de que el Tribunal de Justicia sólo es competente para aplicar e interpretar las normas de dicho ordenamiento, sin entrar a valorar alegaciones de derecho constitucional interno¹¹.

B) Etapa de reconocimiento o fase proteccionista

La afirmación de la supremacía del Derecho Comunitario sobre las Constituciones nacionales convirtió el vacío existente en torno a la protección de los derechos fundamentales en un gran problema, toda vez que en las materias competencia de la Comunidad, los particulares no se beneficiaban de la protección de los derechos

¹¹ En este sentido, *vide*, AGUDO ZAMORA, M.: «La protección de los Derechos en la Unión Europea: claves para entender la evolución histórica desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, número 4, 2005, p. 388.

contenidos en sus constituciones nacionales, y tampoco se beneficiaban, por su ausencia, de preceptos equivalentes del Derecho Comunitario¹².

Es por ello que el Tribunal de Luxemburgo da un giro a su jurisprudencia con una interpretación extensiva de los artículos 164, 173 y 215 del Tratado de Roma. El Tribunal interpretó que podía apoyar sus decisiones en principios jurídicos no incluidos en los Tratados. De esta forma, se consideraba que el Derecho Comunitario estaba conformado por el derecho de los Tratados y también por los principios de derecho comunes a los ordenamientos de los Estados miembros¹³.

Se abre así una segunda etapa de reconocimiento de derechos o fase proteccionista. Los asuntos más característicos de nueva etapa son los casos *Stauder* y *Nold*.

El asunto *Stauder* surgió con motivo de la autorización que dio la Comisión a los Estados miembros para vender alimentos a bajo precio a personas necesitadas. Con el fin de evitar fraudes, los beneficiarios de la asistencia sólo podían adquirir los alimentos mediante un bono expedido a su nombre. *Stauder*, indigente alemán, consideró que la exigencia de declaración del nombre atentaba contra los derechos recogidos en la Constitución alemana, en especial contra la dignidad humana. El Sr. *Stauder* interpuso recurso ante los Tribunales alemanes y por la vía de la cuestión prejudicial el asunto llegó al Tribunal de Justicia. En sentencia de 12 de noviembre de 1969, el Tribunal enmienda su jurisprudencia anterior afirmando que los principios generales del derecho comunitario constituyen la base normativa que faculta al Tribunal del Luxemburgo para garantizar el respeto de los derechos fundamentales.

Es decir, en la sentencia *Stauder*: se reconoce la existencia de principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico comunitario que complementan a los Tratados constitutivos y a la legislación derivada; se considera que los derechos fundamentales forman parte de dichos principios generales; y el Tribunal de Justicia se considera garante de la protección de los principios generales del derecho y, consecuentemente, también de los derechos fundamentales en ellos contenidos¹⁴.

En la sentencia *Nold* de 14 de mayo de 1974, el Tribunal de Justicia confirmó la jurisprudencia que había iniciado en el asunto *Stauder* conforme a la cual los derechos fundamentales son parte de los principios generales del Derecho comunitario, y además señaló¹⁵, de un lado, que en la tutela de los derechos el Tribunal «*está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y no puede, por ello, admitir medidas incompatibles con los derechos garantizados por tales Constituciones*»; y de otro, dijo el Tribunal que los Tratados internacionales, a cuya adopción los Estados miembros han contribuido, también pueden aportar «*indicaciones*» en el ámbito del Derecho comunitario, en particular el CEDH.

¹² Cfr.: AGUDO ZAMORA, M.: «La protección de los Derechos...», *op. cit.*, pp. 388 y 389.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Vide*, al respecto, AGUDO ZAMORA, M.: «La protección de los Derechos...», *op. cit.*, pp. 390 y 391.

¹⁵ En este sentido, ÚBEDA TARAJANO, F.E.: «La labor del Tribunal de Justicia...», *op. cit.*, pp. 39.

C) *Etapa de consolidación*

La tercera fase es una etapa de consolidación en la protección de derechos que pasando por Masstricht llega hasta el momento actual. Desde el año 1974, el Tribunal de Justicia dicta una copiosa jurisprudencia en la que va ampliando los derechos tutelados y se desarrolla un sistema jurisdiccional pretoriano de protección de los derechos.

En esta etapa destacan el caso *Hauer* –sentencia de 13 de diciembre de 1979, donde se recuerda la relación entre la protección comunitaria de los derechos, las constituciones de los Estados miembros y el CEDH– y el asunto *Nacional Panasonic* –sentencia de 26 de junio de 1980, que reconoce derechos fundamentales a las personas jurídicas, y señala que la protección de los derechos a la intimidad, inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones se fundamenta en el CEDH–¹⁶.

Más recientemente, y consagrando la interpretación de los principios generales de derecho comunitario y los derechos fundamentales encontramos la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2003, asunto *Broker Ltd.*, que tuvo su origen en el planteamiento de una cuestión prejudicial. También a raíz de una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia en la sentencia de 3 de mayo de 2005, asunto *Silvio Berlusconi y otros*, señaló que el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve forma parte de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y que por ello integra un principio general del derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal. En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal de 11 de marzo de 2008, asunto *Rüdiger*, y 8 de marzo de 2007, asunto *Campina*.

Especial interés tiene la sentencia del TJCE (Gran Sala) de 13 de marzo de 2007. *Unibet Ltd.* adquirió en 2003 espacios publicitarios en varios medios de comunicación suecos para promocionar sus servicios de juegos y apuestas por internet. Fundándose en la Ley de Loterías que prohíbe promocionar, con ánimo de lucro, la participación en una lotería no autorizada organizada en Suecia o en una lotería organizada fuera de Suecia, el Estado sueco adoptó órdenes conminatorias e incoó procesos penales contra los medios que habían vendido sus espacios a *Unibet*.

Aunque no fue objeto de medida alguna, *Unibet* demandó al Estado sueco solicitando que se declarase su derecho a promocionar sus servicios de juegos en Suecia pese a la prohibición de la Ley de Loterías (acción declarativa); que se reparara el perjuicio sufrido (acción indemnizatoria); y, que se le declarasen inaplicables la prohibición y sanciones que lleva aparejadas (primera petición de medidas cautelares). Pues bien, la acción declarativa fue inadmitida pues no había relación jurídica entre *Unibet* y el Estado sueco, y porque tal pretensión buscaba el control en abstracto de una norma, siendo esta acción inadmisibile con arreglo al derecho sueco. No hubo pronunciamiento sobre las demás acciones. El Tribunal de Apelación admitió sólo la acción indemnizatoria. Desestimado el recurso de casación, *Unibet* pidió nuevas medidas cautelares para poder promocionar sus servicios hasta que con-

¹⁶ Un comentario detallado sobre ambas resoluciones puede encontrarse en AGUDO ZAMORA, M.: «La protección de los Derechos...», *op. cit.*, pp. 394 y 395.

cluyera el procedimiento indemnizatorio. Esta segunda petición de cautelares fue desestimada, se volvió a recurrir en apelación y casación, y al considerar el Tribunal que la resolución del litigio principal requería la interpretación del Derecho comunitario se plantearon varias cuestiones prejudiciales. El TJCE concluyó:

– El principio de tutela judicial efectiva no exige que en el ordenamiento de un Estado miembro exista una acción autónoma que tenga por objeto, con carácter principal, el examen de la compatibilidad de disposiciones nacionales con el artículo 49 TCE, siempre y cuando otros cauces procesales, que no sean menos favorables que las acciones nacionales similares, permitan apreciar con carácter incidental dicha compatibilidad, extremo éste que ha de verificar el órgano jurisdiccional nacional.

– El principio de tutela judicial efectiva exige que, con arreglo al Derecho de un Estado miembro, puedan acordarse medidas cautelares hasta que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la conformidad de las disposiciones nacionales con el derecho comunitario, siempre que la concesión de las medidas sea necesaria para garantizar la eficacia de la resolución judicial final.

– El principio de tutela judicial efectiva implica que ante la duda sobre la conformidad de disposiciones nacionales con el derecho comunitario, la concesión de medidas cautelares para suspender la aplicación de las disposiciones hasta que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la conformidad con el Derecho comunitario se rige por los criterios del derecho nacional aplicable, siempre que dichos criterios no sean menos favorables que los referentes a recursos semejantes de naturaleza interna, ni imposibiliten la tutela judicial cautelar de tales derechos.

3. El artículo 6.2 del TUE y la Carta de Derechos Fundamentales

De acuerdo con el artículo 6.2 del TUE: «*La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario*».

El precepto es objeto de diversas interpretaciones sobre su repercusión en el ámbito de la protección de los derechos en la Unión¹⁷.

Para CHUECA SANCHO¹⁸, el precepto «constitucionaliza» la protección de los derechos fundamentales de conformidad y con arreglo a las llamadas «fuentes de inspiración» del Tribunal de Justicia que, como ha quedado expuesto, son las tradiciones constitucionales comunes, los principios generales del derecho comunitario, y el CEDH. Para otros autores, este artículo no «constitucionaliza» la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales «*sino que consagra la adhesión de la*

¹⁷ Así, ÚBEDA TARAJANO, F.E: «*La labor del Tribunal de Justicia...*», *op. cit.*, pp. 36.

¹⁸ Cfr.: CHUECA SANCHO A.: «*La evolución de los derechos...*» *op. cit.*, p. 24.

Unión Europea a su protección, sin añadir nuevas garantías a las ya existentes y reconocidas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»¹⁹.

Hay quienes no consideran indispensable que una norma comunitaria, del rango que sea, proclame algo que es de todo punto lógico: la vigencia y existencia de derechos fundamentales en el seno de la Unión, en buena medida porque el constitucionalismo europeo –a diferencia del anglosajón– no exige como condición indispensable para la vigencia de los derechos su expreso reconocimiento formal. Pero lo cierto es que los derechos valen tanto como valen los instrumentos de garantía de los mismos y, por ello, muy bien recibida sea la formalización al más alto nivel de un sistema comunitario de derechos fundamentales²⁰.

En el año 1999 se inicia todo un proceso que culmina con la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales en Niza el 7 de diciembre de 2000. Ahora bien, la razón de elaborar un texto sobre derechos fundamentales se apoyó, no en la necesidad de añadir nuevos derechos, sino en hacer más perceptibles los ya existentes en el ámbito de la Unión a la luz de las interpretaciones del Tribunal de Justicia, del TEDH, y de la jurisprudencia constitucional de los Estados miembros. En este sentido, la Convención «hizo un trabajo de «revelación» de derechos existentes y no un trabajo de creación de nuevos derechos que no tuvieran ya una base jurídica vinculante»²¹. La Carta advierte que sus disposiciones están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, así como a los Estado miembros, cuando apliquen el derecho comunitario. La Carta no formó parte del Tratado de Niza, fue insertada en la Parte II del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, y en el futuro artículo 6.1 del TUE, con la modificación que opera el Tratado de Lisboa se nos dirá: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

Lisboa incorporará la Carta al derecho originario europeo, no a los Tratados, pero se le concede rango de Tratado; si se hubiera incorporado a los Tratados tendrían un aspecto más de constitución, pero el valor jurídico es el mismo. En puridad, hay que esperar hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa para que la Carta desarrolle un efecto jurídico vinculante, pero eso no significa que la Carta al día de hoy no goce de valor y de «efectos»:

En primer lugar, por la importante labor pedagógica que implica la codificación de los derechos²².

En segundo lugar, porque en un memorándum de la Comisión Europea de 13 marzo de 2001, su Presidente y el Comisario Responsable de Justicia e Interior de-

¹⁹ Cfr.: LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (cit. ÚBEDA TARAJANO): «Derechos humanos y libertades fundamentales en la Unión Europea» en *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 565.

²⁰ Cfr.: ÚBEDA TARAJANO, F.E: «La labor del Tribunal de Justicia...», *op. cit.*, pp. 37.

²¹ Cfr.: MANGAS MARTÍN, A.: *La Constitución Europea*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 184.

²² Cfr.: ÚBEDA TARAJANO, F.E: «La labor del Tribunal de Justicia...», *op. cit.*, pp. 38.

clararon que la Carta debía convertirse en la piedra angular de las futuras acciones de la Comisión. Desde entonces todo nuevo instrumento legislativo que guarde relación con los derechos dice: «*El presente acto respeta los derechos fundamentales y se atiende a los principios reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*»

En tercer lugar, porque encontramos referencias a la Carta en la jurisprudencia de los países miembros²³.

Pero sobre todo, porque si el Tribunal de Justicia se inspira en la Carta, al igual que ha inspirado su jurisprudencia en otros textos sobre derechos fundamentales, la Carta resultará vinculante²⁴.

4. El momento actual: etapa problemática

En el momento actual, y arrastrándolo ya desde hace varios años, la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la Unión Europea presenta algunas fisuras. En este sentido se recogen tres quiebras que afectan al sistema de protección ideado y ejecutado por el Tribunal de Luxemburgo²⁵:

La primera quiebra trae causa del propio modelo comunitario, y obedece a la restringida legitimación de los particulares para acudir ante los jueces comunitarios por un acto comunitario que lesione sus derechos fundamentales.

La segunda quiebra proviene de las interferencias de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, que en ocasiones consideran al método de protección de los derechos en la Unión Europea menos proteccionista.

Y la tercera quiebra responde a las interferencias de la anterior Comisión de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A) *El acceso de los particulares al Tribunal de Justicia por vulneración de derechos*

Diffícilmente puede ser considerado un sistema jurisdiccional garante de derechos cuando es limitado el acceso de los individuos²⁶.

Uno de los muchos Grupos de Expertos creados por la Comisión Europea para examinar la situación de los derechos fundamentales en la Unión, señaló en su infor-

²³ Vide, SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.A.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la práctica española», *REDUE*, número 15, 2008.

²⁴ Desde la aprobación de la Carta, el Tribunal de Justicia ha hecho referencia al texto en los siguientes pronunciamientos: Sentencias de la Gran Sala, de 29 de enero de 2008, 18 y 11 de diciembre de 2007, 26 de junio de 2007, 3 de mayo de 2007, 13 de marzo de 2007, 12 de septiembre de 2006, 27 de junio de 2006 y 6 de diciembre de 2005. Hay dos sentencias del Pleno, de 20 de mayo de 2003 y 10 de diciembre de 2002. Y dos sentencias de la Sala Tercera de 14 de febrero de 2008.

²⁵ En consonancia con SANZ CABALLERO, S.: «Interferencias entre el Derecho...», *op. cit.*, pp. 118 y 119.

²⁶ Cfr.: SANZ CABALLERO, S.: «Interferencias entre el Derecho...», *op. cit.*, pp. 118.

me final del año 1999: «(...) *no basta con definir claramente los derechos fundamentales; para que tengan un impacto real, las personas (...) tienen que saber exactamente si se puede acudir a la justicia en su defensa*».

Esto significa –a lo mejor– que el problema –uno de ellos– que vive el derecho comunitario en materia de derechos fundamentales, quizá no se resuelva con la codificación de los derechos. En este sentido, no faltan quienes entienden que el catálogo debe ser completado con la identificación de las vías y condiciones de acceso necesarias para que un particular pueda instar la defensa de sus derechos ante los tribunales comunitarios²⁷.

En mi opinión con ser la propuesta deseable, pues cuanto más completo sea un texto mejor, tampoco es algo de imperiosa necesidad, porque en el TCE y en la jurisprudencia encontramos el conjunto de recursos a través de los cuales los particulares tienen acceso, limitado, a la jurisdicción comunitaria en defensa de sus derechos.

Así, recurso de anulación contra un acto comunitario que el particular considere contrario a los derechos fundamentales. Eso sí, el particular ha de ser destinatario del acto o no siéndolo el acto comunitario debe afectarle «directa e individualmente». El examen del alcance del requisito de la afección directa e individual fijado por la jurisprudencia comunitaria²⁸ excede con creces de nuestro cometido. Por lo tanto, sólo decir que el requisito de la afección directa e individual para que un particular no destinatario de un acto comunitario pueda recurrirlo es «sumamente restrictivo» de la legitimación.

También puede el particular presentar un recurso por omisión para controlar la inactividad comunitaria que lesione sus derechos. Pero, como sucede con el recurso de anulación, el recurso por omisión sólo podrá ser interpuesto por el particular destinatario futuro del acto cuya omisión se recurre o cuando el acto aun dirigido a otros en caso de ser adoptado le afectase «directa e individualmente».

Del mismo modo, cuando el particular considere que la actuación de las instituciones comunitarias ha lesionado sus derechos puede interponer un recurso de responsabilidad. Y aquí, también hay que distinguir entre los actos destinados en concreto a un particular, de los actos comunitarios que no tienen como destinatario a un determinado particular. En el primer caso, basta con probar la existencia del daño causado. En el segundo, para que el particular pueda exigir responsabilidad a las instituciones comunitarias, tiene que justificar que el daño ocasionado está precedido –según palabras del Tribunal de Justicia– por la violación «suficientemente caracterizada de una norma superior de derecho protectora de los particulares». La «norma superior de derecho protectora de los particulares» son los principios generales de derecho comunitario, y en cuanto a que la violación ha de ser «suficientemente ca-

²⁷ Así, SÁNCHEZ PATRÓN, J.M.: «La defensa judicial de los derechos y libertades fundamentales del particular ante la aplicación del derecho comunitario europeo», publicación en internet. Universidad de Zaragoza.

²⁸ Numerosos trabajos doctrinales abordan el tema. En el número 13 de la *REDUE*, y a propósito del estudio sobre el acceso de las regiones al Tribunal de Justicia quedó delimitado el alcance del requisito de la afección directa e individual con jurisprudencia y bibliografía.

racterizada» las condiciones señaladas por Luxemburgo para que se satisfaga tal requisito son significativamente restrictivas.

Y finalmente, a través de la cuestión prejudicial de validez, el particular puede presentar ante el Tribunal de Justicia las alegaciones que considere oportunas con ocasión de la aplicación de una norma comunitaria cuya infracción de derechos fundamentales o legalidad se cuestiona en un procedimiento contencioso nacional en el que el particular es parte. El acceso a esta vía debe calificarse de mediatizado por la imprescindible participación del órgano jurisdiccional estatal ante el que se esté desarrollando el procedimiento que va a provocar la cuestión. Y es que, la cuestión prejudicial de validez es planteada al Tribunal de Justicia por el Juez nacional, no por las partes. Aun así, es la vía de mayor acceso de los particulares al Tribunal de Justicia, ya hemos citado sentencias recientes resolviendo cuestiones prejudiciales sobre vulneración de derechos fundamentales (SSTJCE 10-7-2003, 3-5-2005, 11-3-2008 y 8-3-2008).

Un ejemplo de recurso de anulación contra un acto comunitario vulnerador de derechos fundamentales instado por particulares es el asunto *José María Sisón* contra el Consejo de la Unión. José María SISÓN presentó recurso de anulación contra una serie de Decisiones del Consejo que impiden acceder a documentos públicos que versen sobre seguridad, defensa, o temas militares, en definitiva, lo que se conoce como documentos sensibles. El recurrente que necesitaba alguno de estos documentos para defenderse en un proceso pendiente, entendió que las Decisiones del Consejo vulneraban el principio de proporcionalidad y su derecho a un proceso justo. El Tribunal de Primera Instancia en resolución de 26 de abril de 2005 desestimó el recurso de anulación al entender que el impedimento de acceso a los documentos encontraba plena justificación en la seguridad pública. Contra la resolución se presentó recurso de casación ante el Tribunal de Justicia que fue desestimada con idéntica argumentación en sentencia de 1 de febrero de 2007.

En todo caso lo relevante es que la Unión Europea ha forjado vía Tratados y vía jurisprudencia una autentica «muralla protectora» en la legitimación de los particulares ante los principales recursos. Estas condiciones restrictivas han sido criticadas, desde hace años, por los propios jueces del Tribunal de Justicia: MOITINHO DE ALMEIDA afirmaba en 1993 que: «*el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en cuanto a la posibilidad para los particulares de tener acceso directo al sistema jurisdiccional comunitario, nos lleva a la conclusión de que dicha jurisprudencia carece de líneas directrices claras, se revela a veces contradictoria y, sobre todo, en los recursos más importantes de anulación y de indemnización resulta ser bastante restrictiva*»²⁹.

En el marco de los trabajos que precedieron a la elaboración del fallido Tratado Constitucional, uno de los muchos Grupos de Expertos constituidos al efecto informó en el año 2002³⁰ sobre diversas cuestiones relacionadas con los derechos funda-

²⁹ En SÁNCHEZ PATRÓN J.M.: «La defensa judicial...», *op. cit.*

³⁰ Convención Europea. Secretaría. Bruselas. 22 de octubre de 2002. Conv 354/02. Informe Final del Presidente del Grupo II. Incorporación de la Carta/adhesión al CEDH.

mentales en la Unión, y en una de ellas advirtió sobre la imperiosa necesidad de modificar las condiciones para el acceso directo de particulares al Tribunal.

B) Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En un primer nivel, podemos identificar dos causas de la coexistencia problemática de ambos sistemas³¹. Por una parte, los veintisiete Estados miembros de la Unión Europea son parte del Convenio de Roma, por lo que el ámbito territorial de la Unión no escapa a la aplicación del CEDH. Y por otra, ambos sistemas son parcialmente coincidentes en cuanto a las personas protegidas: en el ámbito de la Unión, los ciudadanos comunitarios se benefician de los dos, quedando excluidos los nacionales de Estados no miembros.

En un segundo nivel, los problemas entre el sistema de la Unión Europea y el sistema del CEDH comienzan³² cuando se plantea ante el TEDH la vulneración de un derecho fundamental de un extranjero no comunitario por la actividad de las instituciones comunitarias, y el contenido esencial del derecho es interpretado de forma distinta por el Tribunal de Justicia y el TEDH.

Pensemos, por ejemplo en que la política de asilo de la Unión que se aplica en los Estados miembros vulnerase los derechos fundamentales de un ciudadano no comunitario –un africano– que se encuentra en el territorio de algún país contratante del Convenio –España–. El TEDH tiene competencia, previo cumplimiento de las condiciones de admisibilidad, para conocer de la demanda del ciudadano africano contra España, pues el Convenio rige con independencia de la nacionalidad de la víctima de la vulneración. O dicho de otro modo, el CEDH se aplica a cualquier persona –artículo 1– que se encuentre en el territorio de un Estado parte. Por lo tanto, el TEDH va a conocer de la vulneración de derechos ocasionada a un ciudadano no comunitario por actos comunitarios.

Y en relación con este punto, quién sabe lo que puede ocurrir con la «Directiva de retorno» –también conocida como Directiva de la Vergüenza– aprobada por un fracturado Parlamento en fechas recientes. Con esta Directiva la Unión pretende armonizar las distintas políticas sobre inmigración ilegal de los países miembros. Así, los inmigrantes *sin papeles* que sean detenidos en suelo europeo podrán pasar hasta 18 meses retenidos en centros de internamiento mientras se tramita su expulsión. Podrán ser detenidos con una mera orden administrativa, confirmada a posterior por un juez, y una vez expulsados no podrán volver a la UE en cinco años. Como hipótesis de trabajo, sólo apuntar que en la jurisprudencia del TEDH encontramos clarificadas las obligaciones que los Estados tienen respecto a los extranjeros, fundamentalmente en todo lo que se refiere a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH), y a la prohibición de extraditar a un extranjero a un país en el que corre peligro de ser sometido a tortura o a tratos o penas inhumanas y degradantes (artículo 3 CEDH).

³¹ Cfr. ÚBEDA TARAJANO, F.E: «La labor del Tribunal de Justicia...», *op. cit.* p. 42.

³² Cfr. ÚBEDA TARAJANO, F.E: «La labor del Tribunal de Justicia...», *op. cit.* pp. 42 y 43.

Además cuando a Claudio FAVA, coordinador de Asuntos de Justicia e Interior de los Partidos Socialistas se le pregunta en una entrevista publicada por *El País* que si la Directiva va a ser recurrida ante el Tribunal de Justicia o ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, él contesta que la Directiva va en contra de las constituciones internas de los países europeos.

Y, finalmente, en un tercer nivel, las relaciones conflictivas entre el Consejo de Europa y la Unión Europea en materia de derechos fundamentales han sido las siguientes³³:

a) Demandas contra la Comunidad Europea por vulneración de derechos fundamentales

Las demandas interpuestas hasta la desaparición de la Comisión Europea de Derechos Humanos contra actos comunitarios por vulneración de derechos fueron rechazadas por su carácter manifiestamente infundado.

Uno de los asuntos más importantes en los que la Comisión Europea de Derechos Humanos mostró su reticencia a ejercer un control sobre actos comunitarios fue el asunto *Dufay* (Decisión de la Comisión de 19 de enero de 1989). Esta demanda versaba sobre el despido de una trabajadora de un grupo político del Parlamento Europeo. Previamente, la trabajadora había recurrido ante el Tribunal de Justicia que inadmitió el asunto por haber sido presentado fuera de plazo. La demandante consideró que en el proceso ante el Tribunal de Justicia se había vulnerado su derecho de defensa. La Comisión inadmitió la demanda en atención a que como las Comunidades Europeas no son parte del CEDH, no pueden ser legitimadas pasivas.

Como es sabido, la entrada en vigor del Protocolo número 11 del Convenio supuso la desaparición de la Comisión Europea de Derechos Humanos, y hoy por hoy, es el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien decide sobre la admisión de los casos.

Los casos sustanciados ante el TEDH revelan que los demandantes son ya más cautos³⁴: no presentan demandas contra las instituciones de la Unión, lo que hacen es demandar a la colectividad de los Estados miembros de la Unión; es decir, las demandas se presentan contra Estados que individualmente considerados son parte del CEDH, y que, por tanto, podrían ser co-responsables de una infracción de los derechos fundamentales.

Uno de los primeros casos donde se constata el cambio de estrategia fue el asunto *Guerin Automóviles* (Decisión del TEDH de 4 de julio de 2000). Se trataba de un concesionario de automóviles francés al que dos empresas automovilísticas con las que tenía relación comercial rescindieron el contrato. El demandante presentó una queja ante la Comisión Europea por considerar que la rescisión unilateral del contra-

³³ Vide, especialmente, el trabajo de SANZ CABALLERO, S.: «Interferencias entre el Derecho...», *op. cit.*. Vide, también, ÚBEDA TARAJANO, F.E.: «La labor del Tribunal de Justicia...», *op. cit.*, p. 42.

³⁴ Cfr. SANZ CABALLERO, S.: «Interferencias entre el Derecho...», *op. cit.*, p. 129.

to vulneraba el derecho de la competencia comunitario. La Comisión rechazó su queja con excesivo retraso. Entonces, el afectado recurrió en anulación ante el juez comunitario, que inadmitió el recurso por extemporáneo. *Guerin* demandó a los entonces quince Estados miembros de la Unión ante el TEDH, por vulneración de los derechos a un juicio justo (artículo 6 CEDH) y a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH). En su opinión, la Comisión, el TPI, y el TJCE debían haberle advertido sobre los recursos judiciales con los que contaba y sobre los plazos legales para ejercerlos. El TEDH inadmitió el asunto sin tener que analizar la eventual responsabilidad de los quince por los actos de las instituciones comunitarias, pues, ciertamente las autoridades comunitarias no tienen obligación alguna de informar a los justiciables sobre las vías de recurso, ni sobre sus plazos, sobre ello ha de ilustrarse el propio reclamante.

Lo mismo ocurre en el caso *Segi* (Decisión del TEDH de 23 de mayo de 2002). Este asunto trae causa de una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptada tras los atentados del 11-S. En su virtud, el Consejo de la Unión, en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común, aprobó una serie de posiciones comunes sobre medidas específicas en la lucha contra el terrorismo, tales como la congelación de los fondos de entidades y personas sospechosas de terrorismo que figuraban en un listado final. En ese listado estaban *Segi* y *Gestoras Pro Amnistía*. Poco después, la Audiencia Nacional suspendió las actividades de *Segi* y *Gestoras*. Los demandantes acudieron ante el TEDH y demandaron a «Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia». Por lo tanto a los quince, pero no de forma colectiva, sino individual. La demanda se basaba en que no pudieron recurrir ante el Tribunal de Justicia contra unas posiciones comunes que afectaban sus derechos de defensa (artículo 6 CEDH), vida privada (8), libertad de expresión (10), libertad de asociación (11) y derecho a un recurso efectivo (13). Recordemos que los actos aprobados en el marco del segundo pilar no son revisables ante el Tribunal de Justicia ni tampoco ante el Tribunal de Primera Instancia (artículo 46 TUE). Pero, el TEDH elude de nuevo pronunciarse sobre la responsabilidad de los Estados por el acto de Política Exterior e inadmite el asunto alegando que los demandantes no tienen la condición de víctima explicitada en el artículo 34 CEDH. La argumentación usada es discutible para quienes han analizado con detenimiento el caso, y no faltan quienes entienden que si el TEDH hubiera profundizado en la imputabilidad de las posiciones comunes a los quince, no hubiera tenido más remedio que reconocer que siendo como es el segundo pilar un ámbito de cooperación interestatal, la demanda era admisible *rationae personae*. En realidad, no estamos ante actos comunitarios sino ante actos de cooperación interestatal dentro de la UE³⁵.

Y, por último, en relación con las demandas por actos comunitarios ante el TEDH tenemos el asunto *Senator Lines* contra los quince, por una medida adoptada por la Comisión confirmada posteriormente por el Tribunal de Primera Instancia y el

³⁵ Véase, SANZ CABALLERO, S.: «Interferencias entre el Derecho...», *op. cit.*, pp. 130 y ss.

Tribunal de Justicia. En concreto, se trata de la imposición de una cuantiosa multa a una sociedad por prácticas contrarias al derecho de la competencia. La Comisión exigía cobrar la sanción de forma inmediata pese a que la compañía había recurrido su legalidad ante el juez comunitario. La compañía estimaba que la negativa de la Comisión a suspender la obligación de pago en tanto en cuanto se resolviera la legalidad del acto impugnado, la llevaba a la ruina y, además, afectaba al derecho a un juicio justo y a la presunción de inocencia. El juez comunitario rechazó, en un primer momento, el recurso. El demandante responsabiliza a los Estados miembros de la Unión del acto de la Comisión y también de las decisiones judiciales del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia por entender que vulneraron sus derechos. La demanda fue inadmitida en Decisión de la Gran Sala del TEDH el 10 de marzo de 2004. Al TEDH le vino al pelo que la consignación de la multa fuera anulada posteriormente por el Tribunal de Luxemburgo: la sociedad recurrente ya no era víctima de vulneración alguna³⁶.

En definitiva, a fecha de hoy desconocemos si el TEDH considera responsables a los Estados miembros de la UE por actos de sus instituciones que vulneren derechos fundamentales contenidos en el Convenio. Pero, antes o después, al TEDH no le va a quedar más remedio —en pro de la seguridad jurídica— que establecer cuál es el alcance general y los límites de tal responsabilidad³⁷.

b) Demandas contra actos nacionales de ejecución del Derecho comunitario por vulneración de derechos fundamentales

Cuando la demanda se dirige contra un Estado miembro de la Unión por violación del CEDH en la ejecución del derecho comunitario, algunas decisiones de la Comisión y del TEDH han dado luz verde a la responsabilidad. Eso sí, las demandas se dirigen contra las medidas nacionales de aplicación, no directamente contra el acto de una institución comunitaria³⁸.

Hay una primera etapa en la que los órganos del CEDH se abstuvieron de realizar un control de los actos nacionales de ejecución del Derecho comunitario, y una segunda fase en la que comienzan a estudiar cualquier asunto donde se demande a un Estado parte por la presunta violación de derechos del CEDH, al margen de que la actuación estatal tenga su origen en la aplicación de una norma comunitaria³⁹.

El concreto momento en que la Comisión Europea de Derechos Humanos empezó a conocer de los casos de violación del CEDH a través de un acto nacional de ejecución de una norma comunitaria fue el asunto *Van de Hurk* (STEDH 19 de abril de 1994). El asunto *Van de Hurk*, versaba sobre la negativa de Países Bajos a autorizar

³⁶ También fue inadmitida con arreglo a una argumentación formal la demanda del asunto *Manfred, Erika, y Volker Lenz* contra Alemania y los Estados miembros. Decisión de la Gran Sala de 10 de marzo de 2004.

³⁷ Cfr. SANZ CABALLERO, S.: «Interferencias entre el Derecho...», *op. cit.*, p. 134.

³⁸ Cfr. ÚBEDA TARAJANO, F.E.: «La labor del Tribunal de Justicia...», *op. cit.* pp. 42 y 43.

³⁹ Así lo recoge SANZ CABALLERO, S.: «Interferencias entre el Derecho...», *op. cit.*, pp. 135 y ss.

a un productor un aumento del volumen de leche, y más en concreto sobre la vulneración del derecho de defensa habida cuenta que la ordenanza de Países Bajos sobre aplicación de la política comunitaria de cuotas no admitía recurso contra las decisiones gubernamentales de denegación de incremento individual de cuota. Tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos como, posteriormente, el TEDH estimaron que, efectivamente, se había producido una trasgresión del CEDH, ya que la causa no fue vista por un tribunal⁴⁰.

Especial comentario merece el asunto *Matthews* (STEDH 18 de febrero de 1999)⁴¹. Demanda contra el Reino Unido presentada por una ciudadana de Gibraltar ante la Comisión Europea de Derechos Humanos porque la exclusión de los habitantes de la colonia de las elecciones al Parlamento Europeo vulnera el artículo 3 del Protocolo 1 del CEDH de conformidad con el cual los Estados parte han de organizar elecciones en condiciones que garanticen la libre expresión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.

La principal duda que planteó el asunto *Matthews* consistía en saber si iba a prosperar una demanda contra un Estado miembro de la Unión por los actos adoptados por el Consejo de la Unión. La decisión del TEDH de admitir la demanda supuso que a los Estado se les había acabado la excusa de que no eran ellos, sino una institución quien adoptaba el acto, pese a que lo votaban⁴².

Pues bien, en opinión del TEDH, el Reino Unido se adhirió libremente a las CCEE, y manifestó también libremente su consentimiento al Acta Electoral Europea y al TUE, y en todos ellos se acepta la exclusión de Gibraltar de las elecciones europeas. El TEDH considera que la cesión de soberanía a la UE en determinadas materias, no exime de responsabilidad a un Estado miembro⁴³.

Pero la sentencia *Matthews* va más allá. Pese a que *Matthews* nunca demandó a las CCEE como tales, el TEDH se pronunció sobre la posible responsabilidad del resto de Estados miembros de la Unión por el establecimiento de una norma electoral europea que resulta discriminatoria para los habitantes de Gibraltar. Por lo tanto, en frente a la posición de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos que nunca quiso hacer referencia a la responsabilidad conjunta de los Estados miembros de la Unión, en el asunto *Matthews*, el TEDH insinúa tal responsabilidad, en un caso donde solo figura como demandado un Estado concreto. Claro, la pregunta consiguiente ha de ser ¿hubiera progresado la demanda si la señora *Matthews* hubiera demandado a los quince de modo colectivo o individual, en lugar de al Reino Unido en

⁴⁰ Igualmente, respecto a la política comunitaria de establecimiento de cuota láctea en los Estados miembros, STEDH de 28 de septiembre de 1995, asunto *Procola*.

⁴¹ Sobre la sentencia *Matthews*, *vide*, ORDÓÑEZ SOLIS, D.: «Derechos fundamentales, Derecho comunitario y Tribunal Constitucional: “O cómo salir del laberinto”», Diario *La Ley*, nº 5796, 5 de junio de 2003, pp. 4 y 5; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ L.: «Sobre el derecho internacional, de los derechos humanos y comunitario europeo», *RDCE*, 1999, pp. 95 y ss.; SANZ CABALLERO, S.: «Interferencias entre el Derecho...», *op. cit.*, pp. 144 y ss.

⁴² Cfr. SANZ CABALLERO S.: «Interferencias entre el Derecho...», *op. cit.*, p. 145.

⁴³ Cfr. SANZ CABALLERO, S.: «Interferencias entre el Derecho...», *op. cit.*, pp. 147 y 148.

exclusiva? Respuesta práctica: seguramente no, porque este asunto fue elevado al TEDH por la aún entonces existente Comisión Europea de Derechos Humanos, que inadmitía con rotundidad estos recursos⁴⁴.

Existe un pequeño número de casos en los que el demandante ha reclamado contra algún Estado contra la ausencia de un acto nacional de ejecución del Derecho comunitario. En ellos, el reclamante ha alegado ante el TEDH que la decisión de las autoridades judiciales estatales de no presentar un recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia violaba el derecho a un juicio justo (6). Todos los recursos en este sentido han sido inadmitidos –casos *Desmots* (2 de julio de 2002) y *Canela Santiago* (4 de octubre de 2001)– porque como dice el TEDH la obligación del reenvío prejudicial es una prerrogativa del juez nacional cuando duda sobre la interpretación o validez de un acto comunitario.

En el asunto *Bosphorus* una compañía aérea turca que había alquilado aviones yugoslavos en plena guerra de los Balcanes demandó a Irlanda por haber inmovilizado y requisado las aeronaves. Irlanda alegó que no fue una decisión unilateral o voluntaria, sino que fue consecuencia de la obligación de los Estados miembros de la Unión de cumplir con las resoluciones del Consejo de Seguridad. El TEDH, en sentencia de 30 de junio de 2005, concluyó que efectivamente, la decisión de Irlanda respondió al cumplimiento de las obligaciones surgidas en derecho comunitario, y añadió que el grado de la protección de los derechos fundamentales por el derecho de la Unión Europea resulta «equivalente» al sistema previsto por el Convenio. No hubo pues violación del artículo 1 del Protocolo número 1 del Convenio.

5. Conclusiones a la luz del Tratado de Lisboa

Hemos visto que resulta posible que las CCEE, a través de los actos de sus instituciones, o los Estados miembros, a través de los actos de ejecución del Derecho comunitario, puedan conculcar los derechos fundamentales recogidos en el CEDH. También hemos analizado algunos casos en los que órganos del CEDH han sido llamados para controlar los actos de las instituciones comunitarias y los actos de los Estados miembros en ejecución de normas comunitarias⁴⁵. Hemos comprado que no es una hipótesis que un Estado que haya cumplido con su obligación de aplicar el Derecho comunitario se vea conducido ante el TEDH por una presunta violación del CEDH. Con ello, se está «castigando» indirectamente a la Comunidad y cuestionando su normativa. E incluso se pone al Estado en el dilema de aplicar el Derecho comunitario vulnerando el CEDH, o aplicar el CEDH incumpliendo su obligación de ejecutar el Derecho comunitario⁴⁶.

Pues bien, los riesgos que se derivan para la actividad de la Unión del control de su normativa, de su jurisprudencia y de sus principios por parte de instituciones aje-

⁴⁴ En este sentido, SANZ CABALLERO, S.: «Interferencias entre el Derecho...», *op. cit.*, p. 148.

⁴⁵ Cfr. SANZ CABALLERO, S.: «Interferencias entre el Derecho...», *op. cit.*, pp. 121 y 122.

⁴⁶ *Ibidem*.

nas al ámbito comunitario son en verdad muy importantes. La gran consecuencia negativa es la deslegitimación que sufre la normativa de la Unión, pues se ve afectada la confianza hacia el sistema de protección de los derechos⁴⁷.

Los discrepancias en materia de derechos fundamentales entre Luxemburgo y Estrasburgo únicamente quedarán solventadas en tanto en cuanto se lleve a cabo la adhesión de la Unión Europea al CEDH, una solución que se prevé en el Tratado de Lisboa cuando modifica el artículo 6.2 del TUE que pasa a decir: «*La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. Y en el apartado 3 se señala: Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*».

La adhesión es la única forma de ordenar el actual panorama porque, aunque en la jurisprudencia del TEDH se habla de la responsabilidad de los Estados (individual o colectivamente considerados) en realidad se cuestiona la responsabilidad de la propia Unión Europea, pese a que no forma parte del Convenio. Pero es que además como la Unión no participa en el sistema de Estrasburgo, cuando el TEDH se pronuncia indirectamente sobre el Derecho comunitario, la Unión ni puede defenderse ante dicho Tribunal, ni cuenta con un juez en el mismo que garantice la experiencia necesaria en el Derecho de la Unión⁴⁸.

Las interferencias terminarán en la medida en que los órganos jurisdiccionales comunitarios utilicen como instrumento de trabajo el CEDH y la jurisprudencia de Estrasburgo. La adhesión sería un instrumento para garantizar el desarrollo armonioso de la jurisprudencia de los dos tribunales europeos, e incluso en opinión de algunos de los expertos, tal argumento cobra más fuerza con miras a la incorporación de la Carta al Derecho comunitario⁴⁹.

Pero es que además, la adhesión va a permitir que se planteen demandas contra las instituciones de la Unión Europea cuando violen algún artículo del CEDH, sin necesidad de indirectas reclamaciones contra la colectividad de los Estados miembros o contra cada uno de ellos individualmente⁵⁰.

Desde la Unión Europea, el Grupo de Expertos, al que ya nos hemos referido, estudió, en su informe final de 22 de octubre de 2002, las posibles repercusiones de la adhesión al CEDH sobre el principio de autonomía del Derecho comunitario, incluida la posición y la autoridad del Tribunal de Justicia Europeo:

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Convención Europea. Secretaría. Bruselas. 22 de octubre de 2002. Conv 354/02. Informe Final del Presidente del Grupo II. Incorporación de la Carta/adhesión al CEDH.

⁴⁹ Convención Europea. Secretaría. Bruselas. 22 de octubre de 2002. Conv 354/02. Informe Final del Presidente del Grupo II. Incorporación de la Carta/adhesión al CEDH.

⁵⁰ Cfr. SANZ CABALLERO, S.: «Interferencias entre el Derecho...», *op. cit.*, pp. 156 y 157.

A este respecto concluyeron que el principio de autonomía no se opone a la adhesión de la Unión al CEDH, y que tras la adhesión, el Tribunal de Justicia seguiría siendo el único árbitro supremo sobre el Derecho y actos de la Unión.

Entienden que no podría considerarse al TEDH como un tribunal supremo, sino como un tribunal especializado que ejerce un control externo sobre las obligaciones internacionales de la Unión derivadas de su adhesión al CEDH. La posición del Tribunal de Justicia sería análoga a la actual posición de los tribunales constitucionales o supremos nacionales respecto del Tribunal de Estrasburgo.

El futuro de la Unión en todas las materias, y en particular en relación con su sistema de protección de los derechos fundamentales, pasa por el Tratado de Lisboa. Pero la Unión Europea es impredecible, o mejor dicho, lo previsible no es siempre lo que al final acontece, quién se atreve a asegurar que, tal y como están las cosas, Lisboa entrará en vigor y con ella la adhesión al CEDH.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales. Naciones Unidas. Consejo de Europa. Unión Europea. Protección. Evolución normativa. Evolución jurisprudencial. Ausencia de catálogo de derechos. Carta de Derechos. TEDH. TJCE. Interferencias. Adhesión.

RESUMEN: El presente artículo aborda el estudio de la protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción comunitaria. El análisis se efectúa desde dos vertientes. Por una parte, la labor «pretoriana» de tutela desarrollada durante cuarenta años por el Tribunal de Justicia de la Unión ante la inexistencia de un catálogo de derechos y de instrumentos de garantía, y por otra, las quiebras que presenta el modelo de protección ideado en Europa debido a la limitación de la legitimación activa de los ciudadanos y las interferencias de TEDH.

KEYWORDS: Fundamental Right. United Nations. Council of Europe. European Union. Protection. Development rules. Development jurisprudence. Lack a bill/catalogue of rights. Charter of Fundamental Rights. ECHR. ECJ. Interference. Adherence.

ABSTRACT: This article analyzes the protection of Fundamentals Rights by the European Court of Justice. The analysis reviews the issue from two points of view. On one hand, the «pretorian» task of safeguard that the European Court of Justice has been developing for forty years due to the lack of a written catalogue of rights and warrantee mechanisms; and on the other hand, the EU protection system's failures, wich have been originated by the citizen's active restriction of legitimation and the interferences of the ECHR.