





# REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Núm. 15 - 2º semestre 2008



## RELACIÓN DE NÚMEROS PUBLICADOS

1. ¿Quo Vadis Europa?
2. La Unión Europea en el proceso de globalización.
3. El futuro de la Unión Europea. La reforma de las Instituciones.
4. La Unión Europea, una perspectiva mexicana.
5. La Europa social. La Europa de la solidaridad.
6. La gobernanza europea.
7. Servicios públicos, privatizaciones y liberalizaciones en la Unión Europea.
8. La Constitución de la Unión Europea.
9. La acción exterior de la Unión Europea en la Constitución Europea.
10. La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia.
11. La protección de los ciudadanos europeos por el Derecho de la Unión.
12. El Proceso de Bolonia en el Espacio Europeo de Educación Superior.
13. Las regiones en la Unión Europea.
14. La Directiva relativa a los servicios en el Mercado Interior (la Directiva Bolkestein).
15. Los derechos fundamentales en la Unión Europea: nuevas perspectivas.

Copyright © 2008

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos ([www.cedro.org](http://www.cedro.org)) vela por el respeto de los citados derechos.

© CC.OO.

© UNED

© Constitución y Leyes, S.A.

Gran Vía, 48 - 1º B. 28220 Majadahonda - Madrid  
colex@colex.es • [www.colex.es](http://www.colex.es)

I.S.S.N.: 1695-1085

Dep. Legal: M-51.747-2001

Preimpresión: Lufiercomp, S.L. San Fernando de Henares (Madrid)

Imprime: Edipack Gráfico. Tel.: 91 648 73 24

**Director:** ENRIQUE LINDE PANIAGUA

**Secretaria:** PILAR MELLADO PRADO

**Vicesecretaria:** PILAR CELMA ALONSO

**Consejo de redacción:** Juan Cruz Alli Turrillas, Mariano Bacigalupo Saggese, Diego Cámara del Portillo, Pilar Celma Alonso, Carmen Fernández Rodríguez, Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, Miguel Gómez Jene, Concepción González Rabanal, Enrique Linde Paniagua, Marta Lora-Tamayo Vallvé, Blanca Lozano Cutanda, Pilar Mellado Prado, Juan José Montero Pascual, Pedro-Pablo Miralles Sangro, Ramón Pais Rodríguez, Ramón Parada Vázquez, Silvia del Saz Cordero.

**Consejo asesor:** Manuel Ahijado Quintillán, Francisco Aldecoa Luzárraga, Alfredo Allué Buiza, Paz Andrés Sáenz de Santamaría, Enrique Barón Crespo, Antonio Calonge Velázquez, Marc Carrillo López, Mercedes Fuertes López, José María Gil Robles y Gil Delgado, Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Araceli Mangas Martín, Ramón Martín Mateo, Manuel Medina Ortega, Ana de Palacio Vallelersundi, Luciano Parejo Alfonso, Beatriz Pérez de las Heras, Ángel Rodríguez-Vergara Díaz, Álvaro Rodríguez Bereijo, Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Pedro Solbes Mira, Francisco Sosa Wagner, Leopoldo Tolivar Alas y Carlos Westendorp y Cabeza.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (REDUE)

Publicación semestral del Departamento de Derecho Administrativo. Centro de Estudios de Derecho de la Unión Europea (CEDUE) Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Precio del número suelto: 18 euros

Suscripción anual, 2 números: 25 euros

SUSCRIPCIONES Y ADQUISICIONES

Editorial Constitución y Leyes, S.A. (COLEX)

Gran Vía, 48 - 1º B

28220 Majadahonda. Madrid

Tel.: 91 639 37 72

Fax: 91 639 37 70

colex@colex.es

www.colex.es

UNED (Difusión y ventas)

Bravo Murillo, 38

28015 Madrid

Fax: 91 398 75 27

## **NORMAS GENERALES PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN LA REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (REDUE)**

1. Todos los estudios y notas deberán ser informados favorablemente por algún miembro de la Dirección, del Consejo de Redacción, del Consejo Asesor, o por algún especialista, por delegación de esos órganos.
2. Todos los estudios y notas deberán ser inéditos: no se publicarán trabajos publicados ya en otras revistas o en libros o en actas de congresos. Pero si un autor deseara publicar un trabajo, previamente publicado en la *Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE)*, en otra revista española o extranjera o en algún libro colectivo, deberá hacer constar en nota que el trabajo se publicó previamente en la *Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE)*.
3. Los originales de los ESTUDIOS no sobrepasarán las 30 hojas a doble espacio en DIN A4 (en Times New Román 12 o equivalente). En dichos límites se incluyen las notas a pie de página (dos puntos inferiores).
4. Los originales de las NOTAS no sobrepasarán las 15 hojas a doble espacio en DIN A4 (en Times New Román 12 o equivalente). En dichos límites se incluyen las notas a pie de página (dos puntos inferiores).
5. Debe ser enviado en soporte informático, así como en texto impreso (sistema Word) a la Dirección de la Revista.
6. Los libros enviados a la *REDUE* serán objeto de publicación en una Lista de libros recibidos. La dirección de la *REDUE* encargará en determinados casos una breve reseña. Sólo se publicarán las reseñas encargadas por la *REDUE*.

La correspondencia con la *Revista de Derecho de la Unión Europea* debe dirigirse a la Secretaría de la misma.

Facultad DE DERECHO DE LA UNED  
Departamento de Derecho Administrativo

C/ Obispo Trejo, s/n.  
28040 Madrid  
Tel.: 91 398 61 40  
Fax: 91 398 61 24

# LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA: NUEVAS PERSPECTIVAS

	<i><u>Págs.</u></i>
• <i>Prólogo</i> . Enrique Linde Paniagua .....	9
• <i>Multiculturalismo y derechos políticos en Europa</i> . Alfredo Allué Bauza .	13
• <i>El ámbito de aplicación: el talón de Aquiles de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea</i> . Enrique Linde Paniagua .....	27
• <i>El Defensor del Pueblo Europeo y la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: perspectivas de futuro</i> . Pilar Mellado Prado ..	45
• <i>El control de legalidad en la ejecución de las sanciones internacionales antiterroristas por parte de la Unión Europea ¿Tutela judicial efectiva o vuelta a la doctrina de los actos políticos?</i> Francisco Jiménez García .....	81
• <i>La ciudadanía europea: un nuevo peldaño en la construcción del hombre de nuestro tiempo</i> . Enrique Linde Paniagua .....	127
• <i>El derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea</i> . Jesús Ángel Fuentetaja Pastor .....	137
• <i>El derecho a la integridad de la persona en el marco de la medicina y la biología (en el ámbito de la Unión Europea)</i> . Narciso Martínez Morán ...	155
• <i>«Quien contamina, paga» en el Derecho de la Unión Europea</i> . Ángel G. Chueca Sancho .....	183
• <i>Los derechos sindicales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea</i> . Remedios Roqueta Buj .....	197
• <i>La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la Unión Europea</i> . Marta Gómez de Liaño Fonseca-Herrero .....	211
• <i>La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la práctica española</i> . Paz Andrés Sáenz de Santa María .....	233
Sumarios de los números 1 a 15 de la REDUE .....	257
Índice de autores .....	272





## PRÓLOGO

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

\*

Este número de la REDUE es nuestro modesto homenaje a la Declaración Universal de Derechos Humanos que en diciembre de 2008 cumple su 60 aniversario desde que fuera proclamada por las Naciones Unidas.

Vivimos los europeos, los occidentales en la era de los derechos fundamentales, iniciada con la Declaración Universal y continuada por toda una serie de declaraciones y textos nacionales e internacionales, en materia de derechos fundamentales que culminaría, por el momento, con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que entrará en vigor cuando lo haga el Tratado de Lisboa. Pero, resulta evidente que la lucha por los derechos fundamentales lejos de haber culminado debe continuar. Y esto no sólo porque se aprecien vulneraciones flagrantes de los derechos fundamentales de la primera, segunda y tercera generación, sino por el carácter expansivo de los derechos fundamentales que alcanza ámbitos materiales inconcebibles hace poco más de una década. En este contexto, para el avance y consolidación de los derechos fundamentales, tan necesarias son las organizaciones no gubernamentales (como Amnistía Internacional o la Asociación Pro Derechos Humanos de España) como una acción internacional cada vez más decidida que deben asumir los Estados democráticos y, en especial, la Unión Europea.

\*\*

La Unión Europea atraviesa la crisis más profunda desde que se fundara en 1951. Ni el no de la Asamblea Francesa en 1954 a la Comunidad Europea de la Defensa, ni la crisis de la silla vacía protagonizada por Francia en 1965-1966, ni el fracaso de la Unión Monetaria en 1970, ni el no de Irlanda al Tratado de Niza en 2000, son comparables a la crisis que se inicia con los «noes» francés y holandés a la Constitución Europea en 2005 y que culmina con el no irlandés del pasado junio y la crisis financiera internacional de nuestros días. La negativa del pueblo irlandés es probablemente compartida por muchos otros ciudadanos europeos, aunque nunca sabremos cuántos, porque lo sucedido en Irlanda, lejos de servir como reflexión a los responsables de las instituciones, se convierte para muchos en un argumento para considerar que para construir Europa deben eludirse las consultas directas a los ciudadanos europeos. Por el contrario, creemos que el camino adecuado para llevar a cabo reformas profundas de la Unión es el de contar con la opinión de los ciudadanos europeos. Una Unión de ciudadanos, como decía el Tratado constitucional *no nato*, y no al estilo de los ilustrados deciochescos: una Unión para los ciudadanos sin contar con los ciudadanos.

Todas las deficiencias y errores cometidos en las últimas décadas están pasando factura a la Unión: ampliaciones apresuradas; inexistente profundización en los logros obtenidos; marginación de los ciudadanos en el proceso; excesiva burocratización de las instituciones; ausencia de proyectos ambiciosos; gobernantes incapaces de conducir el proceso constructivo; crecimiento de los nacionalismos excluyentes, etc. La presión que ejercen, de una parte, la mayoría de los nuevos miembros, que quisieran que la Unión fuera para ellos, exclusivamente, un nuevo Plan Marshall y, de otra parte, algunos de los viejos miembros que nunca creyeron en el proyecto europeo como un proyecto político, ha conducido a la Unión a una clamorosa inacción, a sabiendas de que los retos, con el paso del tiempo, no sólo no desaparecen sino que se incrementan.

Como no hay mal que por bien no venga, o así debiera ser, la actual sería una buena ocasión para intentar clarificar las cosas y volver a refundar la Unión. Una Unión que tuviera una clara ambición política, con instrumentos jurídicos, organizativos y financieros que incluyera a los que consideran que para seguir adelante es imprescindible: una moneda común, como el euro; una política exterior común que, no obstante, permitiera que los Estados miembros no perdieran los fuertes lazos que les ligan con otros Estados por razones históricas y culturales; una Europa decidida a afrontar con decisión el calentamiento climático del planeta; una Europa que afrontara con decisión las deficiencias energéticas; una Europa que no diera la espalda al gran problema de la pobreza que sume a gran parte de la humanidad en la indignidad; una Europa que luchara contra el terrorismo global; una Europa que luchara por los derechos humanos; una Europa con una política económica común.

¡Cómo no van a pensar muchos en la necesidad de crear una Europa de varias velocidades cuando Europa está detenida sin velocidad alguna!

Pero no nos equivoquemos como éstos que piensan que nuestros males se reducen a la ausencia de líderes; por el contrario, parecería que los europeos nos hemos olvidado de nuestro pasado y somos incapaces de vislumbrar el futuro que, pese a las grandes zonas de incertidumbre que presenta, se muestra claro en la necesidad de fortalecer las instituciones europeas y de seguir avanzando en la construcción de una Europa política que ahora parece una mera ensoñación.

\*\*\*

En el verano de 2008 se han cumplido diez años desde que comenzara nuestra colaboración con la FSAP-CC.OO. A lo largo de estos diez años, con presupuestos discretos, hemos celebrado más de veinticinco jornadas, seminarios y cursos de verano. En éstos han participado más de doscientos profesores, profesionales y expertos y han concurrido a los mismos varios miles de asistentes. Y, lo que no es menos importante, como resultado de dichas jornadas, seminarios y cursos han visto la luz quince números de la REDUE y diez monografías, que suman más de seis mil páginas. Ha sido una relación muy fructífera la que hemos tenido con la FSAP, difícilmente repetible, que probablemente sólo apreciaremos en sus justos términos con el paso del tiempo. Y no quiero dejar pasar la oportunidad para, una vez más, agradecer a María Antonia MONTERO y a su equipo, artífices de estos resultados, su apoyo y estímulo constantes.

**Enrique LINDE PANIAGUA**  
*Director de la REDUE*

# MULTICULTURALISMO Y DERECHOS POLÍTICOS EN EUROPA

ALFREDO ALLUÉ BUIZA

*Director del Instituto de Estudios Europeos. Universidad de Valladolid*

SUMARIO: I. Multiculturalismo y relativismo. II. Heterogeneidad en Europa y derechos políticos: *1. La limitación del derecho a crear partidos políticos, su conexión con el derecho de participación. 2. Tipología en Europa en relación al ejercicio del derecho de sufragio. 3. Los derechos de asociación, reunión y sindicación: una jurisprudencia constitucional en España un tanto activista.*

## MULTICULTURALISMO Y RELATIVISMO

Lo primero que deberíamos preguntarnos a la hora de abordar una reflexión sobre la ampliación de los derechos políticos más allá del criterio tradicional de la nacionalidad en Europa y en nuestro País, es si Occidente representa un valor absoluto o conviene partir de una relativización del concepto. A mi entender, la civilización occidental es desde una perspectiva ético-política, la única que ha logrado construir un sistema que, al menos, tutela las libertades de sus ciudadanos y configura unas instituciones políticas sobre la idea del límite del poder político.

Es verdad, como ha afirmado SARTORI<sup>1</sup>, que la democracia es un sistema lleno de inconvenientes y que con frecuencia no funciona bien, pero es preferible vivir en una democracia de corte liberal que en cualquier otro sistema político, generalmente empobrecedores y, lo que es peor, esencialmente criminales, como el periplo político del siglo XX (o mejor dicho del «siglo corto» que abarca desde 1917 hasta la caída del Muro de Berlín) nos ha demostrado.

---

<sup>1</sup> Entrevista, *El Mundo*, 3 de octubre de 2008, p. 8.

No obstante, esta opinión hoy en día no es la que prevalece, siendo cuestionada por sectores sociales e intelectuales, que van más allá de la tradicional «izquierda exquisita», y que son lo suficientemente amplios para que generen un consenso en nuestra sociedad democrática a favor de un entendimiento relativista del principio democrático.

La creación de la democracia, propia de Occidente, se ha exportado mucho más allá de nuestros límites geográficos, imponiéndose en otras partes del mundo y tipificándose en forma de declaraciones, convenciones o cartas con una vocación igualmente universal. Pero lo que es paradójico es que, frente a este hecho, existe un pensamiento, como decimos, que está en camino de ser dominante, de que las creaciones de Occidente no poseen ninguna de ellas un valor universal, ya que la universalidad de estas instituciones sería una mera ilusión, pues en realidad se limitan a ser una particularidad más entre las demás, con una dignidad igual a las demás, sin ningún valor intrínseco superior o mejor que las demás<sup>2</sup>. Es decir, no existe mucho pudor a la hora de afirmar, como ha hecho el cineasta Alfonso CUARÓN, la equiparación en su peligrosidad de dos fundamentalismos, el islámico y el democrático, encontrando en la democracia simplemente una mera cualificación estética, al considerarlo simplemente más «chic».

Henri LEVÍ, en su viaje equinoccial realizado hace dos años por Norteamérica, en su afán por buscar las raíces del antiamericanismo francés, tan bien retratadas en su día por Jean François REVEL en su obra «la obsesión antiamericana», llega a la conclusión de que no hay una fortaleza conceptual en reconocer que el liberalismo ha sido una conquista incuestionable por su esencialidad. Asistimos, pues, según el filósofo francés, a un neototalitarismo que hunde sus raíces en el antiliberalismo, el nacionalismo exacerbado, el jacobinismo, el antiamericanismo y, lo que es peor, en un renovado antisemitismo<sup>3</sup>.

¿Se ha perdido, pues, la confianza en occidente y sus valores? Antes, como consideraba HUNTINGTON<sup>4</sup>, la rebelión contra occidente se legitimaba afirmando la superioridad y universalidad de los valores occidentales. Incluso en la rebelión de 1968 en Francia existió una reivindicación de la profundización de la democracia más allá del tradicional circuito representativo existente en Francia, que coexistió con la ideología totalitaria que dirigió aquel movimiento. Sin embargo en la actualidad muchas veces la oposición a las carencias de la democracia se manifiesta y se legitima afirmando la superioridad de los valores no occidentales ya que «a medida de que el poder occidental declina, la capacidad de occidente para imponer en otras civilizaciones los conceptos occidentales de derechos humanos, liberalismo y democracia, también declina».

---

<sup>2</sup> Marcelo PERA y Joseph RATZINGER: *Sin raíces, Europa, relativismo, Cristianismo, Islam*. Ed. Península. Barcelona, 2006, p. 12.

<sup>3</sup> Entrevista, *El Mundo*, 6 de octubre de 2006, pp. 8 y 9, el filósofo francés hace suya la tesis de Venn Couze.

<sup>4</sup> Samuel P. HUNTINGTON: *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Ed. Paidós. Barcelona 2001, pp. 109 y 110.

Asistimos, pues, a un proceso de «indigenización», cuya expresión más clara, y terriblemente preocupante, es la reislamización de las sociedades musulmanas. De este modo, la promoción del estilo de vida occidental como modelo superior ya no es legitimado, según los términos de las grandes narrativas de la Ilustración, ya que, como expresa Zygmunt BAUMAN<sup>5</sup>, desde las tradicionales posiciones antiamericanistas, el final de la guerra fría ha liberado al capitalismo de responder al sufrimiento, pues Occidente está maniatado por un nuevo poder disciplinario que vende un nuevo orden mundial en nombre de la eficiencia, la flexibilidad y la creación de mercados, poder regulado a través de los autoerigidos (*sic*) líderes norteamericanos.

El llamado proceso de «indigenización» al que hemos hecho referencia y que justifica, aunque no estemos de acuerdo, con autoridad BAUMAN, encuentra su acomodo en las corrientes multiculturalistas que significan esencialmente, como afirma SARTORI, «un abandono pasivo a la heterogeneidad»; y se manifiesta en diversas corrientes ideológicas a las que se debe igual reconocimiento o incluso mayor, al ser incluso consideradas los nuevos fenómenos ideológicos como la expresión del sujeto revolucionario y transformador de la modernidad del siglo XXI. En definitiva, el viejo discurso de los antisistema nuevamente agrupados tras los primeros años de desconcierto tras la caída del muro de Berlín. Esencialmente, el reconocimiento amable del fundamentalismo islámico y de los nacionalismos identitarios; ideologías cargadas de fines y métodos liberticidas y que nos lleva, querámoslo o no, a una necesaria reformulación del grado de elasticidad de la democracia en la admisión o reconocimiento de estas ideologías desde el valor del pluralismo.

Frente a esta especie de masoquismo con tintes suicidas, que se produce en Europa en un alto grado, la opción que debería prevalecer es la de buscar soluciones en el marco del entendimiento de la diversidad, pero de una manera contenida que, como afirma SARTORI, *clausure* o aparte a los otros (los liberticidas) fuera de nosotros; es decir, aceptar también el principio de la alteridad como complemento de la igualdad y del propio valor del pluralismo.

Pero, ¿qué significa el nosotros? ¿Cuál es el significado de la negación del «igual reconocimiento»? Es la imposibilidad de relacionar en pie de igualdad («si todo vale nada vale») valores culturales de una mayoría cultural, la nuestra, frente a una minoría cultural por muy amplia que ésta sea y que se incardina esencialmente entre las inmigrantes más allá de los métodos de relación, sea la asimilación a través de contratos de integración, la inserción multiculturalista o la integración entendiendo a la par mestizaje y respeto a las leyes de los países de acogida. Como afirma Magdi CRISTIANO ALLAM<sup>6</sup>, el relativismo ha producido lo *políticamente correcto*, esa actitud que por nada del mundo quiere crear tensiones con los otros, que prefiere la autocensura para prevenir reacciones negativas por parte de los otros. En el plano social, el relativismo (en el plano cognitivo, cultural, religioso y ético) ha producido el multiculturalismo, un modelo de convivencia social que se imagina que es suficiente regalar la libertad y los derechos a todos para que esta libertad y estos derechos se

<sup>5</sup> Zygmunt BAUMAN: *Europa, una aventura inacabada*. Ed. Losada. Madrid, 2006, pp. 42 y 43.

<sup>6</sup> Entrevista, *El Mundo*, 29 de marzo de 2008, p. 8.

conviertan automáticamente en patrimonio de la colectividad. Sin embargo, el resultado ha sido el opuesto».

Añádase la dificultad en este sentido que genera los instrumentos paradigmáticos de la globalización, ya que «gracias a Internet y a los vuelos baratos, los inmigrantes y sus hijos ya no tienen que comprometerse de una vez por todas, y para siempre, con sus nuevos países de adopción. Pueden disponer de múltiples pasaportes y pasarse meses y meses empapándose a fondo del ambiente político de Peshawar, Queta o Argel en lugar de Bradford, Leeds o Clichí-sous Bois» en palabras del profesor de Harvard, IGNATIEV.

El «nosotros», como dice AZURMENDI<sup>7</sup>, significa una única cultura democrática, que si bien es una cultura en transformación permanente, con sus propios valores para el pluralismo y la tolerancia, no hace aceptables valores (o desvalores mejor dicho) que han sido esencialmente nuestros como el etnicismo, el racismo o el fascismo; por lo que lógicamente no puede hacer aceptables muchos valores de las demás culturas del mundo, ya que preexiste una sociedad con determinados valores, sociedad que únicamente puede recibir a otras gentes en la medida que contribuyan a mejorarla. Y esos valores están ínsitos en el carácter laico (que no laicista<sup>8</sup>) de la concepción occidental de los derechos, que es el origen de la tradición liberal.

Bien es verdad que en Occidente muchas veces no nos ponemos de acuerdo en estos valores; existe, como ha considerado GLUKSMANN, una confrontación de «Occidente contra Occidente». Pues una cosa son los desacuerdos y otra seguir creyendo que la tierra es plana y seguir rebuscando entre las ruinas y tratando de extraer algún sentido de ellas, como bien apunta Martín AMIS al referirse al influyente SARAMAGO<sup>9</sup>. No cabe, por lo tanto, volviendo a AMIS, la aprobación de la poligamia, ni los crímenes de honor, ni la ablación de clítoris, por lo que ninguno de nosotros cree en el multiculturalismo y si alguno dice que sí es mentira. A juicio del autor «si uno dice que unas sociedades son más atrasadas que otras, muchos se asustan, pero es así. Las evidencias de mi mente y de mis sentidos me dice que es así». Qué gran hipocresía es tener una visión amable de estos problemas y escandalizarse, por ejemplo, como ha sucedido en Francia, por que se exija una prueba de ADN para facilitar con las garantías suficientes la reagrupación de los familiares de los inmigrantes. La concepción multiculturalista sin duda es un fraude pues va más allá de una simple indicación de coexistencia de varias referencias culturales en un único país, significando el igual reconocimiento valorativo<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Mikel AZURMENDI: *Estampas de El Ejido*. Ed. Taurus. Madrid, 2001, pp. 352 y 353.

<sup>8</sup> Laicismo es esa nueva corriente pergeñada de anticlericalismo decimonónico que impide una conferencia de RATZINGER en la Universidad de la Sapiencia de Roma por parte de centenares de estudiantes y profesores, sin duda cultos y «bienpensantes». El catolicismo por ejemplo, admite sin reservas la conversión en cualquier dirección mientras que la conversión al catolicismo de los musulmanes conlleva indefectiblemente a la Fatua como ha ocurrido en el caso de Magdi ALLAH. Hoy el catolicismo se cuida muy mucho de hacer proselitismo en los países de mayoría islámica.

<sup>9</sup> Entrevista a Martín AMIS en *El Cultural*, 7 de febrero de 2008, pp. 10 y 11.

<sup>10</sup> El Comité de las Regiones de la Unión Europea, paradigma de la corrección política, se queda en un rechazo del multiculturalismo sin entrar en el problema del igual reconocimiento, pues el debate

En el caso de Europa existe una prefiguración, en esa especie de «suicidio europeo» tan bien definido por Pascal BRUCKNER, por el cual pensamos «que el mundo entero nos odia y nos lo merecemos» y que es una convicción en la mayoría de nosotros, de asociar el islamismo a la pobreza supuestamente generada por nosotros, y no es verdad, basta con leer a William DARLYMPLE, nada sospechoso de concomitancias con los neoconservadores americanos, para ver que existe mucha más relación de las doctrinas del «Emirato Universal» con las clases acomodadas de las sociedades musulmanas<sup>11</sup>.

Ante esta situación tan poco alentadora, ¿cabe alguna fórmula de respuesta? Pienso que se hace necesario recuperar el principio de democracia militante o democracia resistente y huir de la democracia meramente procedimentalista que solo se preocupa de configurar las reglas de juego. Recuperar instrumentos jurídico positivos hibernados que deben ser puestos en funcionamiento en toda su potencialidad como pueden ser los llamados «segundos párrafos» del Convenio Europeo de Derechos Humanos («necesidades de la democracia»), el artículo 16 del Convenio relativo a las limitaciones de derechos a los extranjeros, o el artículo 3 del Protocolo Adicional Primero del Convenio que permite un trato discriminatorio a los extranjeros en materia de sufragio, o el propio artículo 17 (cláusula del abuso del derecho), tradicionalmente denostados por la doctrina y que, por cierto, similar al artículo 17 se ha establecido una cláusula en la Carta Europea de Derechos. Además de innovaciones legislativas, como pueden ser la ley española de Partidos Políticos de 2002 o el Reglamento de la Unión Europea de control de la financiación de los partidos políticos a escala europea que determinan un control material o de fines más allá del control penal de las actividades delictivas.

---

no se sitúa en una mera descripción cuantitativa de compartimentos culturales estancos en las sociedades democráticas. El CdR apuesta, y sigue sin resolver nada por el concepto de «interculturalidad» que «posee una connotación que da a entender la interacción dinámica e intercambio cooperativo de culturas debido a los movimientos migratorios, ya sea esta migración reciente o haya tenido lugar hace siglos». Dictamen del Comité de las Regiones sobre la «educación Intercultural». CdR 194/96 fin. DOCE C215 de 16/07/1997, p. 21. No obstante sea el término semánticamente apropiado o no en el seno de las Instituciones Comunitarias hay una posición ciertamente complaciente a un entendimiento amplio del multiculturalismo. Así, por poner algún ejemplo, en 1999 ante la pregunta del eurodiputado Verde Bart Staes en relación a la porción de las enseñanzas multiculturales la Comisión se jactó de poseer una larga tradición de apoyo a iniciativas a fomentar la multiculturalidad, ya que la educación intercultural prepara a futuras generaciones para la convivencia en una sociedad democrática y plural. O más recientemente, la Decisión 1983/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al Año europeo del Diálogo Intercultural, instituido en el actual 2008, apuesta por el diálogo intercultural y el diálogo entre los ciudadanos a fin de fortalecer el respeto de la diversidad, la compleja realidad de nuestras sociedades y la coexistencia de las distintas identidades culturales y creencias. Además, continúa la Decisión, «es importante destacar la contribución de las diferentes culturas al patrimonio cultural y modo de vida de los Estados miembros de la Unión Europea y reconocer que el diálogo cultural e intercultural resulta fundamental para aprender a vivir juntos en armonía». DOCE L412 de 30/12/2006, p. 44.

<sup>11</sup> Willam DARLYMPLE: «En el corazón de las Madrasas». *Revista de Occidente*. N° 298. Marzo de 2006.

Sin embargo una «democracia que plante cara» a los enemigos de la libertad parece no estar en la mente ni en la actuación de muchos operadores políticos. Por poner un ejemplo de apaciguamiento, la ex ministra del gobierno PRODI, Giovanna MELANDRI, dentro del debate sobre la «Alianza de Civilizaciones» y su metodología la cual consiste en insuflar cantidades ingentes de recursos de grandes empresas y fundaciones a centenares de asociaciones y ONGs para que trabajen en pos de un consenso sobre esta estrategia a fin de «luchar contra los estereotipos», se expresa de la siguiente manera: «las nuevas generaciones llevan en su fisonomía la capacidad y la sencillez para ser protagonistas de un mundo plural. Son los jóvenes los que con absoluta naturalidad consiguen que el legítimo arraigo a su identidad se transforme en presupuesto e instrumento para un diálogo con otras identidades, dentro de una cotidianidad capaz de acercar las culturas sin homologarlas»<sup>12</sup>. Frente a esta opinión, por el contrario, me resulta alentadora la expresada por la perseguida diputada holandesa de origen somalí Ayaan HIRSI ALI cuando dice: «fuimos capaces de decir a los comunistas que las enseñanzas de Marx eran perversas y que el paraíso que prometió era realmente el infierno una vez puesto en práctica. Lo que debemos hacer ahora los ciudadanos, no los gobiernos, es convencer al mayor número posible de musulmanes de que el paraíso de Mahoma no existe ni se hará nunca realidad»<sup>13</sup>.

## HETEROGENEIDAD EN EUROPA Y DERECHOS POLÍTICOS

### 1. La limitación del derecho a crear partidos políticos, su conexión con el derecho de participación

¿Cómo afecta esta nueva heterogeneidad en Europa al ejercicio de los derechos políticos, esencialmente el derecho del sufragio y los derechos de reunión, asociación y manifestación de los extranjeros? En lo que concierne al pluralismo político y al derecho de asociación y, en concreto, al derecho de crear partidos políticos son significativas las sentencias de 2001 y 2003, comentadas ya en anteriores trabajos, sobre la ilegalización del partido de la Prosperidad por la pretensión de esta formación política de imponer en Turquía el velo islámico, la sharia y reconocer como

<sup>12</sup> Giovanna MELANDRI: «Un modelo para definir el mañana», en *El Mundo*, 13 de enero de 2008, p. 20.

<sup>13</sup> Entrevista, en *El Mundo*, 17 de marzo de 2006, p. 30. Reveladora, desde la idea de resistencia, es la reflexión que hace en su magnífica obra Paloma GARCÍA PICAZO (*La idea de Europa: historia, cultura y política*. Ed. Tecnos. Madrid 2008, p. 43), cuando afirma que si Europa no hubiera sido un «campo de batalla» hubiera sido aún peor, «Europa, desde el atlántico hasta más allá de los Urales hubiera sido, de forma definitiva y bajo diversos regímenes ideológicos, un gigantesco espacio ocupado por campos de concentración, campos de exterminio, centros de reeducación, sanatorios psiquiátricos, juicios autoinculpatorios y autocríticos, clínicas eugenésicas y eutanásicas, congresos y concentraciones del partido único, arte total, propaganda, desfiles, militarismo a ultranza, policía política, adiestramiento infantil y juvenil, delación institucionalizada, eliminación sistemática de todo oponente, disidente o diferente».



método la guerra santa, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció, finalmente por unanimidad, que dicha ilegalización no era contraria al artículo 11 del Convenio (derecho de asociación).

Esta hermenéutica, que no parece suponer un giro jurisprudencial consolidado, sin embargo, permite en el marco del Convenio, impedir la formación y reproducción de partidos islamistas en las democracias donde el pluralismo está consolidado como valor central del sistema, por el grado de amenaza que estas formaciones conllevan para el sistema democrático.

Sin embargo, esto no es esencialmente problemático en los Estados democráticos no musulmanes de Europa, pues a los extranjeros les está negado el derecho de sufragio para configurar parlamentos y, por ende, gobiernos que sean expresión de la soberanía. Pero puede ser problemático si se reconoce el derecho de voto en las elecciones municipales, por lo que llegado el caso habrá que entender que se podrán conformar formaciones políticas que sean instrumentos de mediación privilegiados en los procesos electorales, como es obvio en el llamado «Estado de los Partidos». Y aquí se plantea el primer problema cual es la contradicción en reconocer el derecho de voto, aunque sea «sólo» a nivel local y negar la capacidad de poder crear partidos políticos específicos que den cabida a esos entornos culturales de los extranjeros residentes, más allá de los nacionales comunitarios. Así, en España, dentro del debate y las posibles innovaciones legislativas en la materia que se prevén en esta legislatura, la Ley de Partidos de 2002 reserva a los españoles el derecho a la creación de partidos y sólo a los extranjeros el derecho a la libre afiliación de partidos políticos constituidos, como digo por españoles, ratificada esta tesis por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 48/2003 sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Partidos Políticos.

Desde mi punto de vista parece que no hay excesivo interés en resolver esta contradicción siendo indefectible, desde la perspectiva del derecho de participación ligar derecho de sufragio con la libertad de conformar partidos políticos a los extranjeros residentes; luego el problema reside en el origen, en la concesión del derecho de voto, aunque sea a nivel municipal.

Además, entre los defensores de este derecho, parece que hay una especie de acomplejamiento entre el reconocimiento de la extensión de derechos y el mantenimiento del principio de la nacionalidad para configurar instituciones representativas. Bien es verdad que puede ser irreprochable el argumento en pos de la «ciudadanía activa» a fin de perfeccionar el principio de la representación y no dejar fuera del ámbito de decisión a importantes franjas sociales compuestas por emigrantes que están permanente afectadas por las políticas municipales, por lo que puede ser entendible que se rompa el nexo entre ciudadanía y nacionalidad para configurar instituciones representativas locales, a fin de evitar la devaluación de sus instituciones. Pero si se admite esta construcción jurídica no entiendo que se tenga que restringir la participación de los emigrantes residentes y regularizados en otros procesos electorales sea del nivel que sean.

Difícilmente puede ser convincente la tesis de que en el ámbito municipal no está en juego conformar instituciones que tienen potestades atribuidas directamente

por la Constitución (y por los Estatutos de Autonomía) ligadas también directamente a la titularidad del pueblo español de su soberanía. Esta posición la mantuvo nuestro Tribunal Constitucional en la Resolución 1/1992, relativa a la adecuación del artículo 13.2 de la Constitución Española al Tratado de Maastricht, artículo pensado en su día, como el artículo 42, para un país como el nuestro con una importante tasa de emigración. No puedo estar de acuerdo con esta tesis pues creo que las elecciones municipales conforman instituciones vinculadas a la soberanía (que no soberanas) como las demás, ya que nuestra Constitución determina un «Estado de tres términos», donde lo local es uno de ellos, donde los alcaldes tienen una fortísima capacidad de dirección política, más allá de la imposibilidad de las corporaciones locales de innovar el procedimiento legislativo, la traslación al ámbito local del modelo de parlamentarismo racionalizado o la determinación de una mayor o menor eficacia de los derechos fundamentales a través de la innovación reglamentaria, donde dudosamente opera el principio de reserva legal. De esta manera se entiende que en el caso de Francia, se impida a los ciudadanos comunitarios residentes en este país ser alcaldes o ser miembros de Gobiernos municipales, estando ciertamente restringidas las consecuencias del derecho al sufragio pasivo reconocido por el Ordenamiento originario comunitario. O las limitaciones del voto cuando la población no nacional supera el 20% del censo local, exigiéndose un mayor tiempo de residencia para ejercer el derecho de voto, como así se establece en la Directiva Comunitaria de 1994.

Desde este punto de vista ampliar el derecho al voto en las elecciones municipales abre necesariamente una «caja de pandora» que hace difícilmente resistible, por congruencia doctrinal, la limitación de dicho derecho en otros procesos electorales o derechos conexos como el derecho a configurar formaciones políticas.

## 2. Tipología en Europa en relación al ejercicio del derecho de sufragio

Frente al referido acomplejamiento doctrinal caben soluciones imaginativas, radicales o alternativas, las cuales, distanciándome ideológicamente de ellas, sin embargo son congruentes, como puede ser hacer nacionales a los extranjeros para que tengan plenitud de derechos políticos, sobre todo, desde esta perspectiva doctrinal, en un sistema constitucional como el nuestro donde el tratamiento de la nacionalidad está prácticamente desconstitucionalizado, pues no dice el artículo 11 de la Constitución que es ser «Español», remitiéndose a la Ley, y con una ausencia de distinción entre los españoles de origen y los españoles por naturalización a fin de reconocer un derecho a los emigrantes que debe de ser atendido pues el derecho al sufragio es el más poderoso factor de integración<sup>14</sup>.

Desde la perspectiva del derecho comparado ¿cómo se encuentra en el ámbito europeo la extensión del derecho de sufragio? Haciendo un resumen del excelente

---

<sup>14</sup> Esta es la sólida tesis mantenida por Pablo SANTOLAYA que junto con Miguel REVENGA SÁNCHEZ firman el libro titulado *Nacionalidad y extranjería y derecho de sufragio*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007.

trabajo de campo realizado por el Profesor SANTOLAYA<sup>15</sup>, podemos establecer, resumidamente, la siguiente tipología:

1. Un primer grupo lo forman los países que permiten el derecho de sufragio en todos los procesos electorales, como es el caso de Gran Bretaña que otorga, por medio de la «Representation of the People Act» del año 2000 el derecho de sufragio a las elecciones parlamentarias a los ciudadanos de la Commonwealth además de este derecho en las elecciones locales a los ciudadanos comunitarios, o el caso de Irlanda que permite a los ciudadanos británicos residentes votar en las elecciones parlamentarias aunque no en las presidenciales.

2. Un segundo grupo lo forman los países que autorizan el derecho del sufragio activo y/o pasivo a los extranjeros exclusivamente en las elecciones locales como es el caso de Bélgica (con el requisito de cinco años de residencia y declaración o contrato de lealtad y respeto al ordenamiento constitucional) o Dinamarca que reconoció en 1977 este derecho a los nacionales nórdicos con tres años de residencia, ampliándolo en lo que concierne al sufragio pasivo en 1999 a los noruegos y nacionales islandeses. Igualmente caben en este grupo Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Hungría (que reconoce constitucionalmente el derecho al sufragio pasivo a los emigrantes con residencia consolidada) Lituania y Luxemburgo (donde por una ley de 2003 se aplica por la elevada tasa de emigrantes el criterio restrictivo del 20%), Países Bajos y Suecia.

3. Un tercer grupo exige reciprocidad en el ámbito municipal, como es el caso de España, Portugal y Chequia, los dos primeros con reconocimiento constitucional y el último por ley, con la diferencia de que en Portugal se ha hecho efectivo por la Ley de 2001, exigiéndose ser de lengua portuguesa y tener dos años de residencia y cuatro años para el ejercicio del sufragio pasivo. En Chequia no se reconoce el sufragio pasivo y la reciprocidad debe venir establecida por Tratado Internacional. En España solo existe con Noruega un acuerdo internacional pero no en forma de Tratado sino a través de un mero canje de notas.

4. Finalmente, un cuarto grupo de países reservan a los nacionales el derecho al sufragio para todo tipo de elecciones (a excepción, lógicamente de las elecciones municipales por aplicación de la directiva de 2004 para los ciudadanos comunitarios). Alemania constituye un paradigma al identificarse constitucionalmente y a través de una sólida interpretación constitucional el pueblo alemán y el ejercicio de la soberanía. Del mismo modo, Francia, hubo de reformar su Constitución (artículo 88.3) a fin de poder permitir la extensión del sufragio en las elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión europea, con las salvedades que hemos apuntado anteriormente además de no poder participar los elegidos en la designación de electores senatoriales ni de senadores, pues las elecciones municipales tienen una incidencia en la composición del Senado francés. Italia sin embargo, tiene alguna excepción de corte estatutario (Regiones de Toscana y Emilia Romagna) que la Corte Constitucio-

---

<sup>15</sup> Pablo SANTOLAYA MACHETTI y María DÍAZ CREGO: *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de derecho comparado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008.

nal Italiana ha considerado que no son regulaciones inconstitucionales al entender que solo tiene la extensión de estos derechos un carácter programático.

En el ámbito de la Unión Europea se ha debatido con regularidad los problemas y distorsiones que estos sistemas a veces plantean. Multitud de preguntas escritas se han hecho desde el Parlamento Europeo a la Comisión, especialmente en relación con las elecciones municipales y europeas que permiten la expansión del sufragio activo y pasivo a las ciudadanos comunitarios<sup>16</sup>.

### **3. Los derechos de asociación, reunión y sindicación: una jurisprudencia constitucional en España un tanto activista**

España ha aplicado hasta la fecha un criterio expansivo del disfrute del ejercicio de los derechos colectivos por los extranjeros que podríamos calificar a priori de razonable, no habiendo sido de aplicación las restricciones al Convenio Europeo de Derechos Humanos que permite su artículo 16<sup>17</sup>, que no es un precepto inútil, sino una norma específica de derogación parcial del régimen de determinados derechos que opera con mucha más fuerza que las excepciones contenidas en los «segundos párrafos» del Convenio.

Pues bien, la no aplicación de esta excepción, nos hace considerar, de acuerdo con Rubio LLORENTE en su voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, que «España se encuentra sin duda entre aquellos países que más lejos

---

<sup>16</sup> Así los problemas planteados por la legislación francesa en relación a su adaptación a la Directiva 94/80 CE que obligaba a la presentación de una declaración de pleno disfrute de sus derechos electorales en el país de origen por parte del ciudadano comunitario residente en Francia o que se indique en las papeletas la nacionalidad de los candidatos lo que podía suponer un incumplimiento del art. 12 CE (Pregunta escrita de Sergio Sousa Pinto a la Comisión. DOCE C151 de 22/05/2001, pp. 48 y 49). Del mismo modo los problemas de los ciudadanos británicos residentes en Austria, los cuales por llevar largo tiempo en este último país no podían votar en las elecciones nacionales británicas que establece tal prohibición si se lleva residiendo fuera del país más de 15 años, mientras que en Austria no podían votar en las elecciones nacionales, sino solamente en las europeas y municipales que es lo que está garantizado en el proceso de Integración Europea (pregunta escrita de Jean LAMBERT a la Comisión. DOCE C33 de 6/02/2004, pp. 104 y 105). Igualmente, en Bélgica, condenada en su día por el Tribunal de Justicia europeo en su sentencia de 9 de julio de 1998 por problemas de transposición de la Directiva 94/80, se planteaba el problema de los funcionarios del Consejo de Europa los cuales, por su status cuasi diplomático no era de aplicación los criterios de residencia, perdiendo además su derecho de voto en el país de origen al vivir fuera de su Estado (Pregunta oral formulada por Robert EVANS a la Comisión. Debates del Parlamento Europeo nº 4-524 de 15/09/98, pp. 79 y 80). También en Bélgica la diferente aplicación municipal del proceso electoral europeo que generó en su día discriminaciones realizadas sobre la base de un mero cálculo electoral, como era la exigencia en muchos de ellos de cumplimentar un formulario como condición necesaria para inscribirse en el censo electoral y poder emitir el voto, mientras que otros municipios solo existían reuniones de información (pregunta escrita de Mónica FRASSONI a la Comisión. DOCE C81, de 13/02/2001, pp. 191 y 192).

<sup>17</sup> «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio –arts. 10, 11 y 14– podrá ser interpretada en el sentido de que prohíba a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros»

han llegado en la garantía constitucional de los derechos colectivos de los extranjeros».

Dos son las sentencias «piloto» que, distantes en el tiempo, han definido esta garantía constitucional de los derechos colectivos de los extranjeros. La primera de ellas, la referida 115/1987, de 7 de julio, sustanciaba un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Dicha resolución parte de considerar al sujeto compelido por la norma, como el extranjero regularizado, el cual disfruta de residencia, que está en situación legal, no siendo concebible ni para los recurrentes ni para el Tribunal Constitucional una extensión de los derechos políticos de carácter colectivo que disfrutaban los españoles a los irregulares, ni siquiera subliminalmente se plantea el problema.

Dicha sentencia declara inconstitucional por vulneración del artículo 21 de la Constitución el régimen establecido para ejercitar el derecho de reunión de extranjeros, que exigía una autorización previa gubernativa.

Igualmente, el Tribunal Constitucional entendía vulnerado el artículo 22.4 de la Constitución que garantiza la competencia judicial en la suspensión de asociaciones, al establecer la Ley la capacidad del Consejo de Ministros de suspender asociaciones de extranjeros en un plazo no superior a seis meses cuando atenten gravemente a la seguridad nacional, los intereses nacionales o el orden público, pues el artículo 22 no distingue entre españoles y extranjeros generando la Ley una discriminación conforme al artículo 14 de la Constitución.

Personalmente en este punto discrepo con la sentencia en tanto cabe en nuestra disposición constitucional modulaciones al derecho de asociación que permiten la suspensión administrativa y no judicial de asociaciones y a un escalón inferior al del Consejo de Ministros para asociaciones de nacionales, como puede ser la suspensión administrativa de federaciones deportivas por el Consejo Superior de Deportes o su autorización previa por dicho Órgano que atenta contra el derecho al pacto asociativo; sobre la cual nuestro Tribunal Constitucional no ha detectado (en alguna que otra Resolución relativa al caso) ningún reproche constitucional.

Además como afirman los Magistrados «nada sospechosos» de conservadurismo como RUBIO LLORENTE o TOMÁS Y VALIENTE, en aras de la seguridad nacional puede restringirse estos derechos incluso en situaciones claramente «apolíticas» (como puede ser la actualísima y restrictiva de derechos Ley Orgánica sobre seguridad en acontecimientos deportivos) donde la seguridad pública que es un concepto más restrictivo que el de «seguridad nacional» puede limitar el derecho de reunión). En un Estado democrático de derecho cabe imponer a los derechos colectivos recortes de desigual amplitud por determinadas circunstancias que lo hacen justificable y por qué no, atendiendo a la nacionalidad de los titulares ya que es el concepto de ciudadanía el elemento de definición del contenido y ejercicio de estos derechos, por lo que se puede permitir una configuración legal que pueda desembocar en una desigualdad de trato en su ejercicio de los extranjeros con respecto a los españoles. Además, la suspensión gubernativa no implica lógicamente que se cierre el trayecto en aras a que, posteriormente, la garantía jurisdiccional de la suspensión se haga efectiva.

No obstante la tesis mayoritaria del Tribunal Constitucional puede ser aceptable en la medida que solo hace referencia a los extranjeros que no se encuentran en España en una situación irregular.

Mayor preocupación nos suscita la reciente sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, pues se aborda por parte del Tribunal Constitucional el espinoso problema de los derechos políticos de los emigrantes que no están regularizados, al recurrirse por parte del Parlamento de Navarra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de extranjería (que no fueron alterados en las sucesivas reformas que ha tenido esta ley).

La construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional gira en torno a un criterio expansivo y activista de la dignidad humana contenida en el artículo 10 de la Constitución (que curiosamente no se ha aplicado coetáneamente en otras sentencias, como la criticada Resolución referida a la inconstitucionalidad del tipo penal referido a la negación del genocidio) a fin de interpretar expansivamente la extensión de los derechos políticos a los emigrantes que no se encuentran en situación legal; ya que para el Tribunal el ejercicio del derecho de asociación no puede estar vinculado a la residencia. Igualmente el derecho de reunión o de sindicación, ya que la obtención del permiso de residencia no debe de ser la condición para el ejercicio de estos derechos, pues la Ley de Extranjería habla de negación y no establece, al menos modulaciones.

Para el Tribunal, como expresa en su fundamento jurídico cuarto, el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por parte de los extranjeros, no permite al legislador privarles de los derechos que le corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa. El incumplimiento de aquellos requisitos legales impide a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos o contenidos de los mismos que por su propia naturaleza son incompatibles con la situación de irregularidad, pero no por ello los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España están desposeídos de cualquier derecho mientras se hallan en dicha situación en España.

Desde mi punto de vista (a excepción del derecho de sindicación donde tengo mis reservas, pues puede ser un medio para salir de una situación de irregularidad –así lo expresa el Tribunal en el fundamento jurídico décimo–; aunque sin duda, como ha establecido la Jurisprudencia Constitucional el Sindicato goza de la categoría de «sujeto político», además de que también a los españoles que tienen determinadas relaciones de sujeción especial les está vedada la afiliación y práctica sindical<sup>18</sup>) en esta Sentencia hay una exagerada utilización como clave conceptual de la

---

<sup>18</sup> Sin embargo hay que entender que el derecho de sindicación está indefectiblemente conectado con el derecho de huelga. No deja de ser sugerente el razonamiento del Abogado del Estado el cual considera que, los extranjeros no autorizados para estar o residir en España no están autorizados tampoco para trabajar válidamente. Y ello porque constituiría un absurdo irreconciliable con el sentido común permitir que quien no está autorizado a trabajar pudiera ejercer el medio de presión sobre el empresario que le otorga el derecho fundamental a la huelga.

«dignidad humana», como fundamento del orden político y la paz social a los derechos políticos. Esta apelación a la dignidad no resulta consistente ni nada persuasiva, debiéndose vincularse a derechos ontológico existenciales. Otra cosa es que pueda ser más acertada la vinculación, como también se hace en la Sentencia, al derecho al reagrupamiento familiar o a la educación.

Para el Tribunal, en su fundamento jurídico sexto, el derecho de reunión consagrado constitucionalmente en el artículo 21, es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones. En lo que se refiere al derecho de asociación (fundamento jurídico séptimo) éste protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario de comunicación pública en una sociedad democrática.

Otra perplejidad que nos suscita la Sentencia es que no declara expulsados del ordenamiento jurídico los preceptos declarados inconstitucionales porque, como hemos dicho, la ley no los modula sino los restringe (difícilmente hubiera sido aceptable la tesis de la modulación como mal menor pues chocaría con la jurisprudencia anteriormente citada). El Tribunal Constitucional huye de ser un «legislador negativo» y plantea una especie de «nulidad diferida» (que ya había hecho alguna vez, como en el caso de la inconstitucionalidad de la Ley sobre el «Parque Natural de las Marismas de Santoña») para evitar un vacío legal ya que la consecuencia podría ser la denegación de los derechos a los extranjeros sea cual fuere su situación, apelando al legislador a que establezca en un plazo razonable las condiciones del derecho de reunión asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización del permiso de residencia en España.

Esta atípica cuestión de la nulidad diferida puede entenderse, al cotejo de la fecha de la Resolución, con una legislatura a punto de concluir y donde cualquier Proyecto de Ley hubiera caducado. Pero también parece indicar una especie de acuerdo tácito entre el Alto Tribunal y los operadores políticos, difiriendo el problema a un inmediato o futuro resultado electoral, lo que poco o nada coadyuda a una imagen del Alto Tribunal como juez apartado de los criterios de oportunidad política, imagen que, como es de dominio público, se encuentra un tanto deteriorada en estos últimos años.

Efectivamente, la nueva mayoría parlamentaria a la fecha no parece haber sido muy receptivo a las exigencias del Tribunal, pues no se ha producido todavía la necesaria reforma de la Ley de Extranjería en la materia que nos ocupa. Solamente tenemos constancia de que el 19 de junio de 2008 se ha reunido la Comisión Delegada del Gobierno para políticas de inmigración, a fin de preparar una reforma limitada y concreta además de adaptar la Ley de Extranjería a la Directiva Comunitaria de Retorno, no quedando muy claro si también se abordará una innovación legislativa (aunque la mayoría parlamentaria ha manifestado su predisposición al respecto) referida al derecho de voto a los extranjeros en las elecciones municipales. En todo caso se pretende reactivar la Subcomisión de Inmigración del Congreso para que sea

en este marco donde se debata la futura ley, pretensión que cuenta con el rechazo del Partido Popular a reactivar dicho órgano<sup>19</sup>.

Personalmente me posiciono con los criterios manifestados en los votos particulares de los Magistrados VICENTE CONDE y GARCÍA CALVO –q.e.p.d.– al reconocer que el artículo 13 de la Constitución sí parte de una consideración diferenciada entre españoles y extranjeros, por lo que, a diferencia de posiciones doctrinales anteriormente manifestadas, no hay tanta desconstitucionalización como parece, pues el artículo 13, al determinar el estatus de los extranjeros remite en primer lugar a los Tratados y, en segundo lugar, a la Ley, luego no se puede establecer un criterio apriorístico de equiparación de todo el Título Primero al valor de la dignidad para derivar de él una limitación al legislador.

Es más, como afirman los Magistrados discrepantes, como hemos visto en los Tratados, en concreto en el artículo 16, es factible la imposición de restricciones de los derechos políticos, a lo más reconociéndoseles, como dice la Sentencia de 1987, a la estancia legal que significa ante todo un respeto a la ley incompatible con una situación social y generalizada de incumplimiento. De este modo tanto las disposiciones del Convenio Europeo que hemos citado, como los artículos 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permiten (y también pueden ser criterio interpretativo de nuestros derechos efectivamente constitucionalizados, por aplicación del artículo 10.2 de nuestro Texto Constitucional), como dicen los Magistrados que ante una situación masiva de entradas y estancias ilegales de ciudadanos extranjeros, el legislador establezca como condición de disfrute de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros la de estancia o residencia legal en España, pues se conecta con absoluta naturalidad con las restricciones que los tratados internacionales referidos expresan cuando está justificada la protección de la seguridad y el orden público.

---

<sup>19</sup> *El Mundo*, 19 de junio de 2008, p. 18.



**PALABRAS CLAVE:** Multiculturalismo. Relativismo. Ciudadanía activa. Emigración. Islamismo. Derecho al sufragio. Elecciones europeas. Elecciones municipales. Derecho de reunión. Derecho de asociación.

**RESUMEN:** La ideología multiculturalista parte de una visión relativista de los valores democráticos occidentales, produciéndose una pérdida de confianza de los mismos. Los fenómenos migratorios han generado un debate en Europa acerca de la extensión de los derechos políticos a los extranjeros, independientemente, incluso, de su situación legal.

Se ha producido una devaluación del principio de la nacionalidad como elemento esencial para el otorgamiento de estos derechos y su sustitución por el principio de «ciudadanía activa». Las nuevas amenazas ideológicas, islamismo principalmente, deben obligar a las democracias europeas a ser restrictivas en cuanto a la ampliación de estos derechos a capas sociales de emigrantes, que no comprenden o rechazan abiertamente el valor de la democracia.

En España, por el contrario, los operadores políticos y las interpretaciones jurisprudenciales parten de una postura muy activista a favor de la extensión de estos derechos (sufragio, reunión, manifestación, asociación sindicación y derecho de huelga), para los emigrantes ilegales, pues dichos derechos se conectan con el valor de la dignidad humana.

**KEY WORDS:** Multiculturalism. Relativism. Active Citizenship. Emigration. Islamism. Right To The Suffrage. European Elections. Municipal Elections. Right of Assembly. Right of Association.

**ABSTRACT:** This article defends that multicultural ideology is based in a relativistic approach to western democratic values, that has lead to a loss of confidence in them. Increasing immigration has created a debate in Europe about the extent of political rights given to the aliens, independently, even, of their legal situation.

A devaluation of the nationality principle as an essential element for the granting of these rights and their substitution by the principle of «active citizenship» has taken place. The new ideological threats, Islamism mainly, must force to the European democracies to be restrictive as far as the extension of these rights to social layers of immigrants, who do not understand or reject openly the value of democracy.

On the contrary, in Spain, politicians and legal interpretations have an activist position in favour of the extension of these rights to illegal immigrants (e.g. the right of suffrage, right of assembly, right to demonstrate, right to association, right to join a trade union, right to strike), because these rights are connected with the constitutional value afforded to personal dignity.



# EL ÁMBITO DE APLICACIÓN: EL TALÓN DE AQUILES DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

*Profesor de Derecho Administrativo. UNED*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. *Prima facie* los derechos fundamentales no serían un ámbito competencial de la Unión. La vinculación de los derechos fundamentales de la Carta a las competencias de la Unión establecidas en los Tratados. 3. Los derechos fundamentales de la Carta según sean o no regulados en los Tratados: A) *Los derechos de ciudadanía*. B) *El derecho a la protección de datos personales y el derecho de acceso a los documentos como competencias propias*. C) *Otros derechos de la Carta regulados en los Tratados*. D) *Derechos fundamentales de la Carta meramente mencionados en los Tratados*. E) *Derechos fundamentales de la Carta que ni se regulan ni se mencionan en los Tratados*. 4. Los derechos fundamentales como ámbito competencial propio de la Unión y sus límites. 5. El derecho de los Estados miembros y la aplicación de la Carta. 6. La cláusula de apertura de la Carta al Convenio de Roma de 1950. 7. La competencia de la Unión para ratificar tratados internacionales en materia de derechos fundamentales. 8. Conclusión: la exigencia de una entrada franca de los derechos fundamentales en el derecho de la Unión Europea.

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

De acuerdo con el apartado 1 del artículo 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los obligados al cumplimiento de los derechos funda-

---

<sup>1</sup> Sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea, antes de la Constitución Europea, se han tenido en cuenta, en particular, los trabajos de A. RODRÍGUEZ, *Integración Europea y Derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001; Á. CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Bosch, 2ª edc., Barcelona, 1999; F. J. MATIA PORTILLA (dir.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002; M. PI LLORENS, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999. Por lo que se refiere a los derechos fundamentales en la Constitución Europea se ha tenido en cuenta, en particular: E. ÁLVAREZ CONDE y V. GARRIDO-

mentales contenidos en la misma son las instituciones, órganos y organismos de la Unión y los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión.

Así, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 51 de la Carta se excluye la obligación de que los Estados miembros apliquen dichos derechos fundamentales al margen del Derecho de la Unión. De manera que el citado precepto habría consagrado dos sistemas de protección de los derechos fundamentales en los Estados miembros: un sistema, el de la Carta, en aplicación del Derecho de la Unión; y otro sistema, cuando no se aplique el Derecho de la Unión, en cuyo caso no tiene por qué aplicarse la Carta. Más adelante volveremos sobre este asunto.

Pero, el ámbito de aplicación de la Carta no se encuentra tan sólo limitado por el apartado 1 del artículo 51 de la misma (así como por otros preceptos de la misma Carta que después analizaremos) sino que, también se deduce de la inserción de la Carta en el Derecho originario de la Unión. La cuestión que debemos ahora plantear es la de si (además de la finalidad primordial de los derechos fundamentales de ser respetados, observados y promovida su aplicación por la Unión y los Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión) los Tratados han creado competencias en la Unión, a propósito de los derechos fundamentales, que además repercutan directa o indirectamente en el ámbito de aplicación de la Carta (y de las competencias de los Estados miembros).

A tal efecto, analizaremos los Tratados de la Unión (TUE) y de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), denominación ésta última que recibe el TCE tras su reforma por el Tratado de Lisboa, ya que aunque éste no ha entrado en vigor sólo a partir de la entrada en vigor del mismo entrará en vigor la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la que aquél reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados, tras la reforma llevada a cabo en el artículo 6.2 del TUE.

## **2. PRIMA FACIE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES NO SERÍAN UN ÁMBITO COMPETENCIAL DE LA UNIÓN. LA VINCULACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA CARTA A LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN ESTABLECIDAS EN LOS TRATADOS**

En los artículos 2 a 6 del TFUE, dedicados a las categorías y ámbitos de competencias de la Unión, ni en otros preceptos del Tratado, se hace referencia alguna a los derechos fundamentales que integran la Carta de los Derechos Fundamentales de la

---

MAYOL (dirs.), «Libro II Derechos y libertades», de *Comentarios a la Constitución Europea*, Valencia, 2004; R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (coords.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bolonia, 2001; P. CRUZ VILLALÓN, «La Carta o el convidado de piedra (aproximación a la parte II del Proyecto de Tratado/Constitución para Europa)», en C. CLOSA MONTERO y N. FERNÁNDEZ SOLA (coords.), *La Constitución de la Unión Europea*, Madrid, 2005, págs. 185 y sigs.; C. RUIZ MIGUEL (coord.), *Estudios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, 2004.

Unión Europea por lo que, de dicha omisión, se podría deducir que los derechos fundamentales no serían un ámbito competencial para el TFUE. Y, en particular, no constituirían un ámbito competencial que entrara en colisión con competencias de los Estados miembros en la materia.

Pero cabe también interpretar que la ausencia de mención de los derechos fundamentales en los artículos 2 a 6 del TFUE se debería a que el legislador no habría sido capaz de clasificar dicho ámbito competencial o, simplemente, que fuera fruto del olvido del legislador que no hubiera caído en la cuenta de que la Carta, y un considerable número de preceptos del Tratado, constituyen ámbitos singulares de competencias. Así, desde esta perspectiva, la ausencia de mención de los derechos fundamentales en los artículos 2 a 6 del TFUE no los excluiría como un específico ámbito de competencia al que podría aplicarse la cláusula residual del artículo 4.1 del TFUE<sup>2</sup> y, por consiguiente, podría caracterizarse a los derechos fundamentales como un ámbito de competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros.

De manera que deberemos llevar la indagación más allá de las apariencias jurídicas para preguntarnos, con fundamento en otros preceptos, si los derechos fundamentales integran un ámbito competencial y, en este caso, la naturaleza del mismo, y cómo afectaría al sistema de competencias de la Unión y de los Estados miembros.

El apartado 2 del artículo 51 de la Carta dice así: «La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes de la Constitución». Una lectura elemental de este precepto conduciría a la conclusión de que la Carta tendría un escaso valor jurídico, porque ni amplía, ni crea, ni modifica las competencias de la Unión. Sin embargo, deberemos verificar cómo se aplica dicho precepto a los derechos que integran la Carta.

Por una parte, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 51, la Carta no supondría la ampliación del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión. Se trata de una reiteración de lo establecido en el apartado 1 del artículo 51, en el sentido de que los derechos fundamentales se expresarían necesariamente a través del ejercicio de otras competencias de la Unión. Dicho de otro modo: la Carta, aunque fuera un ámbito competencial, sería un *ámbito competencial vinculado y subordinado a las demás competencias de la Unión*. Dicha vinculación supondría que los derechos de la Carta no podrían operar independientemente de otras competencias de la Unión. Esto es, los derechos fundamentales de la Carta no gozarían de autonomía. Así, por ejemplo, la libertad de reunión, que se consagra en el artículo 12 de la Carta, no sería susceptible de ejercerse de modo autónomo, sino que sólo podría ejercerse por las personas en el marco de una competencia ejercida por la Unión.

---

<sup>2</sup> Dice así el apartado 4.1 del TFUE: «La Unión dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros cuando los Tratados le atribuyan una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos 3 y 6».

De acuerdo con el apartado 2 del artículo 51, la Carta no crea ninguna competencia o misión nueva. La idea sigue siendo la misma, esto es, para que la Carta opere es preciso que se haya otorgado a la Unión «una competencia o una misión» dice el texto «en las demás Partes de la Constitución» si bien a partir de ahora diremos «en los Tratados», pues resulta evidente que la Carta, si entra en vigor por virtud de lo previsto en el artículo 6.1 del TUE, reformado por el Tratado de Lisboa, se estará remitiendo al TUE y al TFUE, tal y como quedan redactados por el Tratado de Lisboa, y en caso alguno a la Constitución *no nata*. Obsérvese que en el apartado 2 del artículo 51 se menciona expresamente a las misiones, para evitar el progreso de la tesis funcionalista. En efecto, de haberse mencionado únicamente a las competencias de la Unión podría entenderse que la ampliación de las competencias de la Unión sería posible a través de los derechos fundamentales entendidos como misiones, en virtud de lo previsto en el artículo 352 del TFUE<sup>3</sup>, de manera que, de nuevo, el artículo 51.2 tendría por objeto excluir el funcionalismo como técnica de integración de competencias de la Unión.

La Carta tampoco puede modificar las competencias o misiones definidas en los Tratados. Lo que supone volver a insistir en la primera idea. Es decir, por activa y por pasiva se nos dice que la operatividad de la Carta está vinculada y, a la vez, subordinada, al ejercicio de otras competencias atribuidas en los Tratados a la Unión.

Después de analizar el apartado 2 del artículo 51 es más fácil comprender el apartado 1 del mismo artículo. En efecto, en el apartado 1 del artículo 51 se establecen dos reglas. Por una parte, la Carta en relación con las competencias que se le atribuyen a la Unión tiene por destinatarios a las instituciones, órganos u organismos de la Unión y a los Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión. Y, por otra, se dice que la aplicación de la Carta tiene lugar «dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión» en los Tratados, lo que puede interpretarse como una mera reiteración de lo dicho anteriormente. Esto es, la aplicación de la Carta se vincula y subordina al ejercicio de las competencias atribuidas en los Tratados a la Unión. De modo que el apartado 2 del artículo 51 sería una reiteración más explícita de lo expresado en el apartado 1 del mismo artículo 51.

A la vista de los artículos 51 y 52 de la Carta podría alcanzarse la conclusión de que la Carta no tendría virtualidad alguna en sí misma considerada, pues ni crearía competencias nuevas, ni ampliaría o modificaría las existentes.

### **3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA CARTA SEGÚN SEAN O NO REGULADOS EN LOS TRATADOS**

Sin embargo, si llegáramos a la conclusión de que los derechos de la Carta operan vinculados al ejercicio de otras competencias de la Unión debemos establecer en

---

<sup>3</sup> El artículo 352 del TFUE se corresponde al artículo 308 del TCE, que a su vez se corresponde al artículo I-38 de la Constitución Europea. Esta última contenía el artículo I-18, relacionado con el tema que nos ocupa, precepto que no se ha llevado por el Tratado de Lisboa a los Tratados reformados.

qué manera se relacionan los derechos fundamentales con la competencia a través de la que cobrarían sentido.

A tal efecto debemos catalogar previamente los derechos fundamentales que se contienen en los Tratados, pues de la distinta naturaleza de los derechos fundamentales contemplados en los mismos podría depender la operatividad de los derechos consagrados en la Carta. En efecto, del apartado 2 del artículo 52 de la Carta, que establece que los derechos «reconocidos» por la Carta que se «mencionan» en los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellos se deduce, al menos, la existencia de dos tipos de derechos en la Carta. De una parte los derechos de la Carta «mencionados» en los Tratados, y, de otra parte, los derechos de la Carta «no mencionados» en los Tratados. Además, dentro de la primera categoría, la de los derechos «mencionados», es posible diferenciar al menos dos grados: el de los derechos regulados y los derechos no regulados.

Por otra parte, resulta conveniente analizar la incidencia que puede tener en la categorización anterior el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. Pues bien, el apartado 2 del artículo 6 del TUE, redactado por el Tratado de Lisboa, prevé la adhesión imperativa (se adherirá) de la Unión a dicho Convenio de Roma de 1950. Pero el citado mandato imperativo está sujeto a límites considerables ya que el mismo apartado 2 del artículo 6 establece que la adhesión al referido Convenio «no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados». Limitaciones semejantes se deducen del *Protocolo sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de Lisboa relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. De manera que la adhesión por la Unión al Convenio de Roma no es susceptible de reinterpretar los artículos 51 y 52 de la Carta y, por tanto, de desvirtuar las conclusiones que hemos ido alcanzando.

### **A) Los derechos de ciudadanía**

Los derechos de ciudadanía de la Carta están regulados también en el TFUE, como antes los estuvieron en el TCE. Por ello, teniendo en cuenta que el Tratado de Lisboa es posterior en varios años a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no deja de sorprender que el citado Tratado, al reformar el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, haya mantenido vigentes los artículos 17 a 22 dedicados a la ciudadanía, que ha convertido en los artículos 20 a 25 del TFUE. Sin embargo, las regulaciones la ciudadanía en la Carta y en los Tratados no son totalmente coincidentes. Esto no significa otra cosa, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 52 de la Carta, que los derechos de ciudadanía se ejercerán de acuerdo con lo previsto en los artículos 20 a 25 del TFUE, y no de acuerdo con lo previsto en la Carta en lo relativo a los derechos regulados.

A su vez, debe tenerse en cuenta que el apartado 2 del artículo 20 del TFUE establece que el ejercicio de dichos derechos de ciudadanía tendrá lugar en las condiciones y dentro de las límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos. De manera que se produciría una doble remisión. Por una

parte, la Carta (en lo que se refiere a los derechos de ciudadanía) se remite a los artículos 20 a 25 del TFUE y, de otra parte, el ejercicio de los derechos referidos en los artículos antes citados del TFUE se deberán ejercer en los límites y condiciones establecidos por los preceptos del TFUE que puedan afectarles. Este sistema de reenvíos convierten en inocuos los artículos de la Carta dedicados a la ciudadanía que son coincidentes con los preceptos del TFUE dedicados a la ciudadanía.

Veamos cuáles son esos derechos de ciudadanía de la Carta coincidentes con derechos de ciudadanía regulados en el TFUE. Al menos éstos serían: la libertad de circulación y de residencia regulados en el artículo 44 de la Carta y en los artículos 20.a) y 21 del TFUE; el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo regulados en el artículo 39 de la Carta y en los artículos 20.b) y 22.2 del TFUE; el derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales regulado en el artículo 40 de la Carta y en los artículos 20.b) y 22.1 del TFUE; el derecho a someter los casos de mala administración al Defensor del Pueblo regulado en el artículo 43 de la Carta y en los artículos 20.d) y 24 del TFUE; el derecho de petición al Parlamento Europeo regulado en el artículo 44 de la Carta y en los artículos 20.d) y 24 TFUE); el derecho a la protección diplomática regulado en el artículo 46 de la Carta y en los artículos 20.c) y 23 del TFUE; o el derecho a dirigirse a las instituciones, órganos u organismos de la Unión regulado en el artículo 41.2 de la Carta y en el artículo art. 24 *in fine* del TFUE. Curiosamente el derecho de acceso a los documentos regulado en el artículo 42 de la Carta es regulado en el artículo 15.3 del TFUE, es decir al margen de los derechos considerados como derechos de ciudadanía que en el TFUE se regulan en la segunda parte del mismo.

***a) Derechos de ciudadanía europea reconocidos en la Carta y en el TFUE que está previsto se ejerzan exclusivamente frente a la Unión Europea.  
La excepción del derecho a la buena administración***

De entre los derechos de ciudadanía consagrados en la Carta es posible identificar cuatro que pueden ejercitarse de manera autónoma frente a la Unión, es decir derechos que en ningún caso son susceptibles de ejercerse por los ciudadanos europeos en los Estados miembros, a saber: derecho a la buena administración (art. 41 de la Carta); derecho de acceso a los documentos (art. 42 de la Carta); derecho a someter al Defensor del Pueblo los casos de mala administración (art. 43 de la Carta); y derecho de petición ante el Parlamento Europeo (art. 44 de la Carta). Ahora bien, no todos los derechos antes mencionados se regulan por el TFUE. En efecto, el derecho a la buena administración (con la excepción de lo regulado en el apartado 4 del artículo 41 de la Carta) no tiene regulación ni entre los derechos de ciudadanía de los artículos 20 a 25 del TFUE ni al margen de los mencionados artículos. Y, por otra parte, el derecho de acceso a los documentos se regula en el TFUE al margen de la Parte Segunda del mismo dedicada a la ciudadanía.

Los derechos mencionados anteriormente sólo pueden ejercerse por las personas (art. 41) o por los ciudadanos de la Unión y las personas jurídicas en determinadas



circunstancias (arts. 42, 43, 44) frente a instituciones, órganos u organismos de la Unión (arts. 41 y 42) o ante el Defensor del Pueblo (art. 43) o ante el Parlamento Europeo (art. 44). De modo que pueden tener una regulación autónoma, que tenga por destinatarios exclusivamente: de una parte, a personas, ciudadanos o personas jurídicas según los casos; y de otra, a instituciones, órganos u organismos de la Unión, o al Defensor del Pueblo o al Parlamento europeo según los casos. La Unión Europea deberá respetar los citados derechos cuyo ejercicio sólo podrá limitarse mediante ley (sigue diciendo la Carta, aunque este tipo normativo se ha obviado en el Tratado de Lisboa, por lo que debe considerarse que se hace referencia al reglamento) y en la medida en que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos. Pero, en todo caso, los citados derechos no tienen en caso alguno a los Estados miembros como destinatarios (ni activos ni pasivos) y, por tanto, por principio, no pueden suponer la ampliación de competencias atribuidas a la Unión que supongan la sustracción de competencias a los Estados miembros. Se trata de derechos en el ámbito interno de la Unión que no afectan a las relaciones competenciales entre la Unión y los Estados miembros.

De modo que, resulta evidente que la Carta y el TFUE han otorgado competencias de obligado cumplimiento a la Unión Europea. Ésta debe cumplir lo preceptuado en los referidos preceptos y sólo puede limitar su ejercicio mediante ley, dice la Carta (es decir, mediante reglamento). Ahora bien, la exigencia del instrumento jurídico reglamento es aplicable tan sólo a los derechos de la Carta que no son regulados por el TFUE, pues los demás derechos «mencionados» por éste serán objeto de la regulación prevista en el mencionado Tratado. Es decir, sería aplicable a los derechos a la buena administración (excepto el apartado 4 del artículo 41) pero no a los demás derechos que se rigen por el TFUE. De manera que la operatividad de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 52, en lo que concierne a las limitaciones de los derechos reconocidos en la Carta, no rige cuando el derecho en cuestión está «mencionado» en el TFUE.

#### ***b) Derechos de ciudadanía europea que está previsto se ejerzan frente a los Estados miembros***

Por otro lado es posible identificar en la Carta cuatro derechos de ciudadanía susceptibles de ser ejercidos frente a los Estados miembros. Me refiero a los derechos contemplados en los artículos 39, 40, 45 y 46.

El artículo 39 consagra el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo que se regula, además, en los artículos 20.2. b) y 22.2 del TFUE. El artículo 39 de la Carta otorga a los ciudadanos europeos el derecho a ejercer el sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en los Estados miembros en que residan, diferente al de su nacionalidad, en las mismas condiciones que los nacionales del Estado en cuestión. De manera que este derecho, supone una ampliación de la competencia de la Unión por la vía del TFUE como se

deduce con claridad de las previsiones regulatorias establecidas en los referidos artículos del TFUE<sup>4</sup>.

Las mismas consideraciones pueden hacerse extensivas a lo dispuesto en el artículo 40 de la Carta, que es objeto de regulación en los artículos 20.2.b) y 22.1 del TFUE, en lo relativo al derecho de los ciudadanos europeos al sufragio activo o pasivo en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales del Estado concernido<sup>5</sup>. Si bien la competencia de la Unión, habida cuenta de lo dispuesto en los artículos 51 y 52 de la Carta deriva en ambos casos del TFUE. Las mismas consideraciones pueden aplicarse al artículo 45 de la Carta relativo a la libertad de circulación de las personas, regulado también en el artículo 21 del TFUE. Y, finalmente, dichas conclusiones son extensivas al derecho contemplado en el artículo 46 de la Carta, que consagra la protección diplomática y consular de los ciudadanos europeos por las autoridades diplomáticas de cualquier Estado miembro, en un tercer Estado en que el Estado del que sea nacional no tenga representación diplomática o consular, de acuerdo con el artículo 23 del TFUE.

De manera que los derechos de ciudadanía serían, fundamentalmente, de dos tipos, desde la perspectiva del sujeto ante quién es posible ejercerlos. Unos se ejercerían frente a la Unión, supuesto en que por su propia naturaleza no podrían entrar en colisión con el Derecho de los Estados miembros. Y otros se ejercerían frente a los Estados miembros. En ambos casos el régimen jurídico de dichos derechos dependerá de que sean o no regulados, además de por la Carta, por el TFUE, en los términos antes referidos.

## **B) El derecho a la protección de datos personales y el derecho de acceso a los documentos como competencias propias de la Unión**

Destaca, entre los derechos fundamentales regulados en el TFUE, el derecho a la protección de datos personales que se regula en el art. 16 de éste, así como en el artículo 8 de la Carta. Este último artículo tiene un contenido que sólo es coincidente parcialmente con el del artículo 16 del TFUE. Así, los apartados 1 y 3 del artículo 8 de la Carta han sido recogidos por el artículo 16 del TFUE, pero no así el apartado 2 del artículo 8 de la Carta que contiene mandatos sobre el contenido del derecho. De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 52 de la Carta, el ejercicio de este derecho, consagrado en el mencionado artículo 8, se ejercerá en las condiciones y dentro de los límites del artículo 16 del TFUE, de manera que las prescripciones

---

<sup>4</sup> Ver la Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales (DOCE L 329 de 30/12/1994).

<sup>5</sup> Ver la Directiva 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales (DOCE L 368, de 31/12/1994).

del artículo 8 no obligarían al legislador comunitario, aunque éste podría tener en cuenta su contenido.

Mayor importancia tiene dilucidar si al artículo 16 del TFUE es de aplicación lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 52 de la Carta, que establece que los derechos reconocidos en ésta que se correspondan a derechos garantizados en el Convenio de Roma tendrán el sentido y alcance que el que les confiera el mencionado Convenio. Pues bien, también en este caso, de una lectura y aplicación estricta del apartado 2 del mismo artículo 52 de la Carta se deduciría que el apartado 3 del mismo artículo no sería de aplicación al artículo 16 del TFUE. A esta misma conclusión se llegaría de la aplicación del artículo 6.2 del TUE, reformado por el Tratado de Lisboa, que ordenando la adhesión de la Unión al Convenio Europeo, establece que dicha adhesión «no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados», lo que es una nueva versión del contenido del apartado 2 del artículo 52 de la Carta. Ahora bien, el artículo 6 del TUE en su apartado 3 establece que forman parte del Derecho de la Unión como «principios generales» los derechos fundamentales que garantiza el Convenio de Roma de 1950, así como los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. De manera que esta última cláusula sí sería capaz de operar directamente sobre la configuración jurídica del derecho del artículo 16 del TFUE, así como sobre los derechos reconocidos en los Tratados.

Los derechos fundamentales que se mencionan en los Tratados, como es el caso que nos ocupa, se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los propios Tratados. Es decir, en relación con estos derechos, las condiciones y el ejercicio de los mismos se rigen por los artículos concernidos de los Tratados, de manera que el contenido y límites del derecho en cuestión no se deduciría de los preceptos contenidos en la Carta. Es decir, en relación con estos derechos se produciría una suerte de remisión de la Carta a los Tratados, prevaleciendo éstos sobre aquella hasta el punto de hacerla inaplicable.

La razón de esta remisión podría estar en la circunstancia de que el redactor de la Carta habría advertido que un considerable número de derechos fundamentales se contenían previamente en los Tratados, y de este modo resolvería las posibles contradicciones regulatorias, prevaleciendo las regulaciones de los derechos fundamentales contenidos en los Tratados sobre las contenidas en la Carta. Pero resolviendo un problema interpretativo se ha creado otro en cuanto que hay que dilucidar en qué medida los derechos regulados en los Tratados hay que considerarlos derechos fundamentales y en qué modo son de aplicación algunos de los preceptos contenidos en los artículos 51 a 53 de la Carta.

Expresado de otro modo, la pregunta que deberíamos formularnos es si la remisión de la Carta a los Tratados excluye la consideración como derechos fundamentales de los derechos regulados fuera de la Carta, de manera que, por ejemplo, no se aplicaría a los mismos la cláusula del apartado 3, *in fine*, del artículo 52 de la Carta que prevé que el sentido y alcance de los derechos de la Carta coincidentes con los del Convenio de Roma de 1950 será el mismo que les atribuye éste último. Esta conclusión no sería difícil de alcanzar si interpretamos literalmente la previsión del

apartado 2 del artículo 51, según la que la Carta no modifica las competencias definidas en los Tratados, o del apartado 2 del artículo 52 que prescribe que los derechos reconocidos en la Carta que se mencionan en los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellos.

De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 52 de la Carta, el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 8 de la misma se regirá por las condiciones y dentro de los límites del artículo 16 del TFUE y del apartado 2 del artículo 6 del TUE, reformado por el Tratado de Lisboa, que establece que la adhesión al Convenio de Roma no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. Y, ¿acaso no se modificaría la competencia de la Unión por virtud de la interpretación de la misma de acuerdo con el Convenio de Roma? Sin duda alguna, la aplicación de la cláusula del apartado 3 del artículo 52 de la Carta conformaría el contenido del derecho de acuerdo con el Convenio de Roma. Pero, pese a que del tenor literal de los preceptos referidos se deduciría la no aplicación de la cláusula en cuestión, resulta dudoso que el legislador persiguiera esta conclusión, por lo que el TJUE deberá alcanzar una interpretación que no excluya la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo porque, de ser así, se frustraría una de las finalidades principales del Tratado de Lisboa.

En todo caso, el derecho del artículo 16 del TFUE se podría configurar como una competencia propia de la Unión, de ejercicio obligatorio y, por otra parte, como un derecho regulable mediante normas europeas aplicables en el ámbito del Derecho de la Unión, por las instituciones y órganos y organismos de la Unión, y por los Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión. La regulación de este derecho tendría, al menos, que tener en cuenta el Convenio de Roma de 1950 y las tradiciones comunes de los Estados miembros como principios de la Unión, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 6 del TUE reformado por el Tratado de Lisboa.

Así, la legislación sobre protección de datos de la Unión sería compatible con la legislación de los Estados miembros sobre la misma materia. La legislación de la Unión se aplicará al Derecho de la Unión por instituciones órganos y organismos de la Unión y por los Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión, mientras que la legislación de los Estados miembros sobre protección de datos procederá aplicarla cuando las autoridades de los Estados miembros no apliquen el Derecho de la Unión.

Los problemas que derivan de esta distribución de competencias, radican en que los operadores jurídicos tienen que aplicar una u otra normativa sobre protección de datos, dependiendo del caso controvertido. Si se aplica el Derecho de la Unión se aplicará la normativa sobre protección de datos de la Unión y si no se aplica el Derecho de la Unión se aplicará (o se podrá aplicar) la normativa de protección de datos propia del Estado miembro concernido. Ambas normativas deberán ser conformes al Convenio de Roma de 1950, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6 del TUE, modificado por el Tratado de Lisboa, en el caso del Derecho de la Unión, y por virtud de los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución española, en el caso de España. Pero ambas normativas no tienen porque ser coincidentes; la intensidad de la protección puede ser mayor o menor en una u otra. Esta circunstancia puede ser una fuente de conflictos.

Las conclusiones obtenidas en relación con la protección de datos personales pueden hacerse extensivas al derecho al acceso a los documentos regulado en el artículo 15.3 del TFUE, así como por el artículo 42 de la Carta.

### **C) Otros derechos de la Carta regulados en los Tratados**

Otros derechos fundamentales de la Carta son también regulados por los Tratados con mayor o menor extensión o intensidad. Así, al menos los derechos: a la libertad y seguridad del artículo 6 de la Carta, regulado en los artículos 67 y siguientes del TFUE; a fundar una familia del artículo 9 de la Carta, regulado parcialmente en el artículo 81.3 del TFUE; a la educación del artículo 14 de la Carta, que se regula en el artículo 165 del TFUE; de asilo del artículo 18 de la Carta y protección en caso de devolución, expulsión y extradición del artículo 19 de la Carta que serían regulados de acuerdo con lo establecido en los artículos 78, 70 y 80 del TFUE; a la negociación y acción colectiva del artículo 28 de la Carta, regulada en el artículo 153 del TFUE; a la seguridad social y ayuda social, del artículo 34 de la Carta, que se regula en el artículo 151 y siguientes del TFUE; a la protección de la salud del artículo 35 de la Carta, que se regula en el artículo 178 del TFUE; a la protección del medio ambiente del artículo 37 de la Carta, regulado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 191 del TFUE; y a la protección de los consumidores del artículo 38 de la Carta, regulado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 169 del TFUE.

De manera que el tratamiento de los derechos fundamentales en los Tratados en relación con el tratamiento de los derechos fundamentales en la Carta sería desigual, hasta el punto de que en algunos casos los derechos se configuran como meros objetivos, mientras que en otros, como en el del artículo 16 del TFUE, se crea en la Unión una competencia propia, la de dictar la normativa que debe regir en materia de protección de datos en aplicación del Derecho de la Unión por ésta o por los Estados miembros, lo que supone una competencia propia de ejercicio obligatorio a través de normativa europea, que permite incluir o excluir la colaboración de los Estados miembros.

### **D) Derechos fundamentales de la Carta meramente mencionados en los Tratados**

Entre los derechos fundamentales de la Carta que sólo se mencionan en otras Partes de la Constitución (a que se refiere el apartado 2 del artículo 52 de la Carta) pueden incluirse los derechos a que se refieren, por ejemplo, los siguientes artículos de la Carta: 1, 10, 13, 15, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 47 a 50.

*Artículo 1:* dignidad humana, mencionada en el artículo 2 del TUE, como uno de los valores de la Unión. Se trata de un derecho que no precisa desarrollo normativo alguno para ser eficaz.

*Artículo 10:* la libertad de pensamiento, conciencia y religión debe considerarse mencionada implícitamente en el artículo 17 del TFUE sobre el estatuto de las igle-

sias y de las organizaciones no confesionales. Pero, a mi juicio, la implícita consideración de la libertad de pensamiento, de conciencia y religiosa a través del derecho a crear organizaciones que canalicen dichas libertades no parece capaz de atraer en su totalidad a los derechos de los que trae causa. De manera que las libertades del artículo 10 no podrían remitirse para su ejercicio, por virtud del apartado 2 del artículo 52 de la Carta al artículo 17 del TFUE.

*Artículo 13:* libertad de las artes y de las ciencias, se menciona en los artículos 179 y siguientes del TFUE, en lo que respecta a la investigación, e implícitamente en el artículo 167 en lo relativo a las artes. Esto es, por una parte se caracterizaría como un ámbito de competencia compartida (investigación) y por otro un ámbito de las acciones de apoyo, coordinación o complemento (artes).

*Artículo 15:* libertad profesional y derecho a trabajar, se menciona indirectamente en los artículos 45 y siguientes y 49 y siguientes del TFUE. De manera que la libertad y el derecho se caracterizan según los casos como un ámbito en el que concurren competencias compartidas, de coordinación o como exigencia de las políticas de los Tratados.

*Artículo 17:* derecho de propiedad, mencionado en el artículo 345 del TFUE.

*Artículo 20:* igualdad ante la ley, mencionada en los artículos 2 del TUE como valor y objetivo e implícitamente al prohibirse toda discriminación en los artículos 18 y 19 del TFUE.

*Artículo 21:* no discriminación, se menciona en los artículos 18 y 19 del TFUE.

*Artículo 22:* diversidad cultural, religiosa y lingüística, se menciona implícitamente en el artículo 167 del TFUE.

*Artículo 23:* igualdad entre hombres y mujeres, se menciona en los artículos 2 del TUE, como valor y objetivo de la Unión.

*Artículo 24:* derechos del niño, se mencionan en el artículo 3.5 del TUE, como un objetivo de la Unión.

*Artículos 47 a 50:* derechos a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, a la presunción de inocencia y derechos de defensa, principios de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas y derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción, se mencionan implícitamente en los artículos 81, 82 y 86 del TFUE. Esto es, en un ámbito de competencia compartida.

De lo expuesto se deduce que las menciones a lo largo de los Tratados de algunos derechos consagrados en la Carta no son uniformes. La mención o regulación tiene lugar en diferentes ámbitos competenciales con intensidades diferentes. De manera que resulta dudoso que la mera mención de un derecho en los Tratados pueda producir el efecto de la ineficacia de lo expresado en la Carta, como se deduciría de los artículos 51 y 52 de la Carta.

### **E) Derechos fundamentales de la Carta que ni se regulan ni se mencionan en los Tratados**

Con las matizaciones a que nos referiremos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión consagra derechos que no son siquiera mencionados de modo explícito de los Tratados. Estos serían los derechos referidos en los artículos 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10.2, 11, 12, 16, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32 y 33, a saber:

*Artículo 2:* derecho a la vida que tendría el sentido y alcance del artículo 2 del Convenio de Roma.

*Artículo 3:* derecho a la integridad de la persona.

*Artículo 4:* prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, que tendría el sentido y alcance del artículo 3 del Convenio de Roma.

*Artículo 5:* prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, los apartados 1 y 2 tendrían el sentido y alcance del artículo 4 del Convenio de Roma.

*Artículo 7:* respeto a la vida privada y familiar, que tendría el sentido y alcance del artículo 8 del Convenio de Roma.

*Artículo 9:* derecho a contraer matrimonio del artículo. Tiene el mismo sentido y mayor alcance que el artículo 12 del Convenio de Roma.

*Artículo 10.2:* derecho a la objeción de conciencia. Su apartado 1 tiene el sentido y alcance del artículo 9 del Convenio de Roma.

*Artículo 11:* libertad de expresión y de información. Tiene el mismo sentido y alcance que el artículo 10 del Convenio de Roma.

*Artículo 12:* libertad de reunión y de asociación. Su apartado 1 tiene el mismo sentido y mayor alcance que el artículo 11 del Convenio de Roma.

*Artículo 16:* libertad de empresa.

*Artículo 25:* derechos de las personas mayores.

*Artículo 26:* integración de las personas discapacitadas.

*Artículo 29:* derecho de acceso a los servicios de colocación.

*Artículo 30:* protección en caso de despido injustificado.

*Artículo 31:* condiciones de trabajo justas y equitativas.

*Artículo 32:* prohibición de trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo.

*Artículo 33:* vida familiar y vida profesional.

*Artículo 36:* acceso a los servicios de interés económico general, que trae causa del artículo III-122 de la Constitución Europea *no nata*.

La cuestión en relación con estos derechos es la de cómo operan dado que no existe competencia alguna atribuida a la Unión en relación con los mismos. Del artículo 51 de la Carta se deduciría que los mismos deben ser respetados, observados los principios y promovida su aplicación, dentro de los límites de las competencias que se le han atribuido a la Unión. Esto es, los referidos derechos no podrían ser objeto de una regulación general aplicable en los Estados miembros, pero al ejercer una determinada competencia la norma de aplicación no sólo no debe vulnerar los referidos derechos sino que debe favorecerlos y sólo podrá limitarlos mediante ley que deberá respetar su contenido esencial (art. 52.1). Bien es cierto que el ejercicio

de competencias comunitarias puede incidir en dichos derechos y, en este caso, deberá dilucidarse en qué medida la competencia de la Unión puede limitar el ejercicio del derecho fundamental, lo que sin duda alguna exigirá que el TJCE establezca la operatividad de los artículos 51 y 52.2 en cada caso.

De manera que la rotunda afirmación de que los derechos de la Carta no crean, en caso alguno, competencias o misiones nuevas debe matizarse, ya que la exigencia de que se respeten los derechos, se observen los principios y se promueva la aplicación, aunque sea dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión, no deja de ser una ampliación de la regulación que procede efectuar dentro del marco de las competencias atribuidas. O si se prefiere, en el ejercicio de las competencias atribuidas, la Unión debe tener en cuenta los derechos antes referidos.

#### **4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO ÁMBITO COMPETENCIAL PROPIO DE LA UNIÓN Y SUS LÍMITES**

De lo que llevamos dicho se deduce que el artículo 51 de la Carta presenta deficiencias considerables al haberse concebido pensando en un solo tipo de derechos fundamentales, a saber, el de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta que se regulan (y excepcionalmente que se mencionan) en los Tratados (art. 52.2 de la Carta), en especial los derechos que se regulan en el TFUE. En relación con los derechos que se mencionan o, más precisamente, que se regulan en el TFUE, puede afirmarse que los destinatarios de los mismos son las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión. Estos derechos, de acuerdo con el artículo 51 de la Carta no podrían ejercerse sino en el ámbito de una competencia atribuida a la Unión. Es decir, no podrían ejercerse de modo autónomo, desvinculado de competencias no atribuidas a la Unión. Pero, incluso en este caso, los derechos fundamentales de este tipo deben o pueden ser regulados por la Unión, respetando los límites a que se refieren los artículos 52, 53 y 54 de la Carta.

A los derechos fundamentales que no tienen regulación explícita en los Tratados, esto es, que ni siquiera se mencionan en los mismos, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 52 de la Carta, se les aplica limitadamente lo dispuesto en el artículo 51 de la Carta. Esto es, la Unión está vinculada plenamente a dichos derechos, cuya limitación exige la Ley por virtud de lo dispuesto en el artículo 51. 1 de la Carta.

A nuestro juicio el Título VII de la Carta (arts. 51 a 54) no se ha coordinado adecuadamente con lo establecido en el TFUE que sigue la misma sistemática, con escasas excepciones, que el TCE. Así, los preceptos dedicados a los derechos fundamentales en los Tratados están dispersos a lo largo de su articulado y no ofrecen la claridad que debiera lucir en los mismos habida cuenta de que los derechos de la Carta se remiten para su aplicación a los preceptos del TFUE que regulen o mencionen los mismos derechos.



## **5. EL DERECHO DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y LA APLICACIÓN DE LA CARTA**

El principio general que se deduce del artículo 51.1 de la Carta es que los Estados miembros están vinculados a la Carta en la medida en que apliquen Derecho de la Unión, de manera que resulta imprescindible establecer previamente qué debe entenderse por Derecho de la Unión. En este punto caben dos posibilidades bien diferentes. De acuerdo con una posición restrictiva por Derecho de la Unión deberíamos entender el Derecho originario y el Derecho derivado, mientras que desde una posición amplia, por Derecho de la Unión deberíamos entender también el derecho de transposición de los Estados miembros. Ambas posiciones conducen a soluciones diferentes desde la perspectiva que ahora nos ocupa. Si se optara por la primera posición resultaría que siempre que se aplicara Derecho interno, con independencia de que el mismo fuera o no transposición del Derecho de la Unión, la Carta no sería de aplicación. A mi juicio, esta solución no sería acertada. Lo correcto sería aplicar aquí el concepto de bloque normativo. Esto es, siempre que una norma de la Unión requiera para su aplicación que los Estados miembros dicten a su vez normas que la apliquen o completen, estas normas deben entenderse como Derecho de la Unión, en el sentido del artículo 51 de la Carta, por formar parte del bloque normativo aplicable al caso concreto.

Sin embargo, resulta evidente, la Carta contiene derechos fundamentales, como hemos visto anteriormente, que no están vinculados a otras competencias de la Unión y que, por su propia naturaleza, sólo son exigibles a la Unión. Se trata de derechos de los ciudadanos europeos que pueden ejercer frente a las autoridades de la Unión (instituciones, órganos y organismos, incluido el Defensor del Pueblo). Son derechos que en caso alguno pueden vincular a las autoridades de los Estados miembros.

## **6. LA CLÁUSULA DE APERTURA DE LA CARTA AL CONVENIO DE ROMA DE 1950**

El apartado 3 del artículo 52 de la Carta contiene una cláusula de apertura al Derecho internacional semejante a la que figura en el artículo 10.2 de la Constitución española, que hemos mencionado anteriormente y que es necesario analizar con mayor atención. El citado precepto dice así: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa». Si alcanzáramos la misma conclusión a la que ha llegado el Tribunal Constitucional español (que supone que el sentido y alcance de los derechos y libertades regulados en la Constitución coincidentes con los Derechos regulados en el Convenio es el que se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo), se estaría

produciendo una estimable armonización interpretativa de la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional españoles y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de manera que se excluirían los conflictos interpretativos que en otro caso pudieran producirse.

Claro está, para alcanzar la anterior conclusión es preciso que a los derechos fundamentales regulados en la Carta les sea de aplicación el citado apartado 2 del artículo 52 de la Carta, ya que el apartado 3 del artículo 6 del TUE, reformado por el Tratado de Lisboa, se limita a establecer que los derechos fundamentales garantizados por el Convenio de Roma «formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales», precepto de menor alcance que el que se contiene en el artículo 52.2 de la Carta.

## **7. LA COMPETENCIA DE LA UNIÓN PARA RATIFICAR TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**

La Unión Europea es competente, en su propio orden interno, para dotarse de un sistema de derechos fundamentales. Ahora bien, ¿es la Unión Europea es competente para suscribir tratados internacionales en materia de derechos fundamentales? Es necesario hacerse esta pregunta habida cuenta de que: por una parte, el TJCE entendió que carecía de base jurídica la suscripción de tratados internacionales en dicha materia<sup>6</sup>; y por otra parte, el Tratado de Lisboa contiene un mandato expreso de adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (que figura en el artículo 6.2 del TUE, modificado por el Tratado de Lisboa).

Comenzando por la última de las cuestiones, la circunstancia de que de modo expreso se prevea la adhesión a un tratado internacional en materia de derechos humanos, como el de Roma de 1950, no parece obstáculo a la firma de otros tratados de la misma o de diferente naturaleza, habida cuenta de que el mandato expreso a que nos referimos puede explicarse justamente por el contenido del Dictamen del TJCE que consideró que no existía base jurídica para firmar el referido Convenio Europeo. Esto es, la previsión del artículo 6.2 del TUE, modificado por el Tratado de Lisboa, no se trata de una excepción a una regla, sino una mera especificación necesaria como consecuencia de los antecedentes; y, lo que es más importante, para solucionar los problemas interpretativos a que hemos hecho referencia más atrás.

La cuestión sería, por consiguiente, la de establecer si las diferencias que se aprecian entre la situación anterior y posterior al Tratado de Lisboa permiten invalidar la doctrina del TJCE vertida en el referido Dictamen. ¿Acaso la UE no tiene competencias en materia de derechos humanos en los TCE, TUE y TCEEA y las tendría después del Tratado de Lisboa? Que la UE tendrá competencia en el orden interno en materia de derechos fundamentales resulta evidente por la circunstancia misma de la existencia de la Carta, a la que se reconoce por el Tratado de Lisboa el

---

<sup>6</sup> Ver el Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996.

mismo valor que a los Tratados. De manera que, de acuerdo con la doctrina del TJCE la competencia en el orden interno (interno-interno, habría que decir) determina la competencia en el orden externo. Así, con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa no cabe duda de la posibilidad de suscribir tratados internacionales, con la condición de que éstos afecten exclusivamente al orden interno comunitario, en los términos a que me referí anteriormente.

Por lo demás y en lo relativo a la situación actual, en que rige la doctrina del TJCE antes referida, tenemos que discrepar con la referida doctrina, porque es el propio TJCE el que ha reconocido, aunque sea en base a un derecho comunitario escasamente explícito en la materia, la existencia de un elenco considerable de derechos fundamentales, por lo que el citado Tribunal incurre en una grave contradicción al negar en la actualidad que la Unión tenga competencias para suscribir acuerdos internacionales en materia de derechos fundamentales, posición del citado Tribunal que sólo se explica por razones extrajurídicas, en las que no es el caso entrar aquí.

## **8. CONCLUSIÓN: LA EXIGENCIA DE UNA ENTRADA FRANCA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN**

La historia de la implantación de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión Europea es sobre manera accidentada, y ni la Constitución *no nata* ni el Tratado de Lisboa, que todavía no ha entrado en vigor, han puesto fin a esa dinámica, ni por tanto ha culminado el largo proceso de implantación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Pues, el reconocimiento a la Carta del mismo valor que los Tratados (que prevé el Tratado de Lisboa) reviste tales caracteres singulares y tantas cautelas, que su eficacia futura está en franco peligro.

Ha quedado acreditado en las páginas anteriores que la regulación de los derechos fundamentales en la Unión presenta graves problemas, más allá de los interpretativos derivados de la regulación de una materia en varias normas. La ausencia de coordinación entre los Tratados de la UE y de FUE y la Carta, que ha llevado a la reiteración de regulaciones sobre los derechos fundamentales en la Carta y en los Tratados no solo es sorprendente sino que propiciará la confusión. Teniendo en cuenta que no puede atribuirse a los redactores de los Tratados la condición de legos en leyes, resulta cuando menos inevitable atribuirles la intención de confundir a los destinatarios de los Tratados y de la Carta.

Dotar a la Unión de una Carta de los Derechos Fundamentales supone introducir en la misma uno de los elementos esenciales del constitucionalismo moderno: sin derechos fundamentales no hay organización democrática posible. Bien es cierto que la Carta, unida a la adhesión al Convenio de Roma de 1950, podrá propiciar la unificación de los Derechos Fundamentales en la entera Unión Europea (para ello los Derechos internos de los Estados miembros deben resolver algunos problemas en sus ordenamientos jurídicos), lo que resulta del todo imprescindible para poner fin a la eventual colisión entre diferentes sistemas de protección de los derechos fundamentales que rigen para los Estados de la Unión. Pero a nadie se oculta las dificultades para

que se lleve a cabo dicha unificación teniendo en cuenta los impedimentos que se contienen en la Carta y en los Tratados. Lo razonable, con independencia de que se siga construyendo la unidad política europea, es que se facilite la unificación de los derechos fundamentales en los Estados miembros y en la Unión. Y para conseguir este objetivo es necesario reconstruir el ámbito de aplicación de la Carta en dos sentidos: por una parte, la regulación de los Derechos fundamentales de la Unión Europea debe contenerse exclusivamente en la Carta o bien debe subordinarse la regulación de los derechos fundamentales que tiene lugar en los Tratados a la regulación de los mismos que luce en la Carta. Y, por otra parte, la Carta debe incorporarse al Derecho interno de los Estados miembros, llevándose a cabo de este modo la unificación de los derechos fundamentales en el conjunto de los Estados miembros.

**PALABRAS CLAVE:** ámbito de aplicación de la Carta. Derechos fundamentales como competencia.

**RESUMEN:** En este trabajo se analiza el ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea teniendo en cuenta los Tratados de la Unión y de Funcionamiento de la Unión Europea, tal y como han sido redactados por el Tratado de Lisboa. Como resultado de dicho análisis se concluye que sólo son autónomos los derechos de la Carta que ni se regulan ni se mencionan en los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea. Todos los demás derechos contenidos en la Carta que son «mencionados» en los Tratados, que son la mayoría, se ejercerán de acuerdo con lo que establezcan los Tratados. Pero, incluso en estos casos en que los derechos de la Carta se podrían considerar autónomos, su autonomía es muy reducida, pues debe tenerse en cuenta que dichos derechos solo pueden ejercerse cuando se aplique el Derecho de la Unión por las instituciones, órganos y organismos de la Unión o por los Estados miembros, únicamente, cuando apliquen el Derecho de la Unión. A la vista del reducido ámbito de aplicación de la Carta se postula: que la Carta amplíe su ámbito, de manera que se convierta en una norma común para todos los Estados miembros; y por otra parte que los derechos de la Carta gocen de plena autonomía excluyendo su subordinación a los derechos y competencias previstos en los Tratados.

**KEY WORDS:** scope of power of the Charter; Human Rights as conferred power.

**ABSTRACT:** The present work analyzes the scope of power included in the Charter of Human Rights of the European Union, considering the Treaties of the Union and the functioning of the European Union, such as it is drawn up in the Treaty of Lisbon. As result of this analysis we have come to the conclusion that only those rights of the Charter are autonomous that are neither regulated nor are they mentioned in the Treaties of the European Union and the Functioning of the European Union. All other rights, most of them, conferred to the Charter «mentioned» in the Treaties will be exercised according to the provisions of the Treaties. Nevertheless its autonomy is very much reduced, even in those cases in which the rights can only be exercised if law of the Union is implemented by institutions and bodies of the Union or by their Member States, only when they are implementing Union law. Taking into account the reduced scope of power of the Charter it is postulated: that the Charter should extend its scope, converting itself into a common norm for all Member States, and on the other hand that the rights of the Charter should be completely autonomous, excluding their subordination to the rights and powers included in the Treaties.

# EL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO Y LA AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: PERSPECTIVAS DE FUTURO

PILAR MELLADO PRADO

*Profesora de Derecho Constitucional. UNED*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Orígenes, reconocimiento y evolución del Defensor del Pueblo Europeo. 3. El Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo: 3.1. *El estatuto personal del Defensor del Pueblo*. 3.2. *Acceso al Defensor del Pueblo Europeo: admisibilidad de las reclamaciones*. 3.3. *Ámbito de competencia del Defensor del Pueblo Europeo: los casos de «mala administración»*. 3.4. *Facultades de investigación*. 3.5. *La resolución de las investigaciones*. 3.6. *Los informes anuales: su impacto*. 4. Las relaciones del Defensor del Pueblo Europeo con los Defensores del Pueblo y órganos similares: la red europea de Defensores del Pueblo. 5. La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: 5.1. *Objetivo y cometidos*. 5.2. *Ámbito de aplicación*. 5.3. *Organización y funcionamiento*.

## 1. INTRODUCCIÓN

Siempre he creído firmemente que *un derecho vale lo que vale su garantía*. En este sentido, el reconocimiento jurídico en el Tratado de la Unión Europea de la figura del Defensor del Pueblo Europeo se encuadra, por una parte, en el proceso de democratización, y por ende, de acercamiento a los ciudadanos, de las instancias decisorias de la Unión, pero sobre todo, viene a reforzar el sistema de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión, estableciendo nuevas garantías para el ciudadano europeo en relación con el poder público comunitario.

Sin embargo, catorce años después de aprobarse el Tratado de Maastricht, con la creación de la *Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, se ha perdido la oportunidad de completar ese sistema de protección puesto que, como veremos más adelante, la Agencia sólo es un órgano de información y consulta y no de vigilancia y control de esos derechos.

Como es sabido, la referencia más inmediata para el análisis de la institución del Defensor del Pueblo es la concepción escandinava del *Ombudsman* que los suecos consagraron en su Constitución de 1809. Desde entonces, esta institución ha sufrido un proceso de expansión imparable –hasta el punto de poder hablar de «universalización» de la figura<sup>1</sup>... demostrando que puede adaptarse a cualquier sistema político siempre y cuando éste se base sólidamente en principios democráticos.

Como ha sostenido reiteradamente el que fuera Defensor del Pueblo español, Álvaro Gil-Robles, este proceso de incorporación a los más diversos sistemas jurídicos «ha sido llevado exclusivamente de la mano de la necesidad»<sup>2</sup>. En este sentido, la compleja, poderosa –y claramente interventora– maquinaria administrativa de las sociedades contemporáneas, pusieron en evidencia, especialmente a partir de los años sesenta, las carencias y limitaciones de los tradicionales mecanismos de control de la actividad de la Administración Pública.

La figura del Defensor del Pueblo viene caracterizada desde sus orígenes por su clara vinculación al Parlamento, tanto en la elección como en la dación de cuentas, aunque dotada de un privilegiado estatuto de independencia (puesto que no está sujeta a un mandato imperativo); así como por permitir un acceso directo y sencillo a todos los ciudadanos, y por unos amplios poderes de investigación.

Así pues, el Defensor del Pueblo no es sólo una garantía complementaria del poder legislativo, sino también un medio más sencillo, más rápido, menos gravoso y más flexible en su funcionamiento que los recursos judiciales para controlar la legalidad de los actos y resoluciones de las Administraciones Públicas.

Ahora bien, es necesario subrayar que esta figura no pretende sustituir el control directo de los Parlamentos ni el de los Tribunales de Justicia, sino completar su labor, descargándoles de un cúmulo de asuntos que no debieran ocupar su atención innecesariamente. En este sentido, el Defensor del Pueblo, a través de sus informes, pone de manifiesto al Parlamento las carencias o defectos de una normativa determinada, así como los puntos negros en el funcionamiento de la Administración Pública, que deberían ser corregidos para no generar más quejas o procesos judiciales innecesarios<sup>3</sup>.

De esta forma, el Defensor del Pueblo cumple una doble función de importancia primordial: protege a los ciudadanos contra los abusos de las administraciones públicas y actúa como un factor de mejora dichas administraciones<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre la expansión de la concepción del *Ombudsman*, véanse: ROWAT, D.C.: *The Ombudsman Plan. The worldwide Spread of an Idea*, American University Press, Lanham 1985; y REIF, L. y otros (edits): *The Ombudsman: diversity and development*, I.O.I., Alberta, 1993.

<sup>2</sup> GIL-ROBLES, A.: *El control parlamentario de la Administración (el Ombudsman)*, 2ª Edición, INAP, Madrid 1981, p. 217 y ss.

<sup>3</sup> GIL-ROBLES, A.: «El Defensor del Pueblo Europeo. De la utopía a la esperanza», en VVAA: *Los derechos del europeo*, Cyan, Madrid 1993, p. 224.

<sup>4</sup> En este sentido, véase MOORE, V.: «Peut-on évaluer le rôle des ombudsmans?», en *Révue française d'Administration Publique*, n° 64, 1992, pp. 623-628.

Además, en algunos países, como es el caso de España, se reconoce a esta figura la legitimación activa para recurrir a los Tribunales Constitucionales en defensa de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos e incluso, de la constitucionalidad de las leyes<sup>5</sup>.

## 2. ORÍGENES, RECONOCIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO

En la década de los años setenta, además de algunas iniciativas en el seno del Consejo de Europa<sup>6</sup>, hay que resaltar que en el marco de la Comunidad Europea, varios diputados del Parlamento Europeo formularon diversas preguntas por escrito a la Comisión y al Consejo, sobre la posibilidad de crear un Defensor del Pueblo para la Comunidad Europea que se correspondiera con el *Parliamentary Commissioner for Administration* británico<sup>7</sup> o con el modelo clásico del *ombudsman* escandinavo. Las instituciones comunitarias aludidas rechazaron la propuesta considerando que como los ciudadanos comunitarios podían presentar sus quejas sobre las actividades de las Comunidades a través de la propia Comisión o canalizarlas a través de las Oficinas de Información comunitarias o de un diputado, no existía la necesidad de crear un *ombudsman* comunitario<sup>8</sup>.

Asimismo, el 6 de abril de 1979, el eurodiputado Sir Derek WALKER-SMITH presentó un *Informe sobre el nombramiento de un Defensor del Pueblo Europeo por el Parlamento Europeo*, basado en el trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, en el que se defendía «la necesidad de proteger al individuo contra la mala administración y los abusos de la autoridad pública mediante un siste-

---

<sup>5</sup> El artículo 162.1 a) y b) de la Constitución española de 1978 legitima expresamente al Defensor del Pueblo para interponer el recurso de inconstitucionalidad y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Sobre el Defensor del Pueblo español véase el reciente artículo de Antonio Colomer: «El Defensor del Pueblo: un órgano político-administrativo de protección de los derechos», en *Revista de Derecho Político* n° 71-72, 2008, p.57-85.

<sup>6</sup> Por ejemplo, la Resolución de la *Conferencia Parlamentaria Europea sobre Derechos Humanos* celebrada en Viena en 1971, y la *Recomendación 757 de 1975* (Doc. 3516, XXVI-3) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa relativa a las Conclusiones de la reunión de la Comisión de Cuestiones Jurídicas de la Asamblea con los *Ombudsmen* y los Comisarios parlamentarios en los Estados miembros del Consejo de Europa (París 18-19 de abril de 1974).

<sup>7</sup> El *Parliamentary Commissioner* británico es nombrado por la Corona, a propuesta del Primer Ministro, por un tiempo indeterminado. El acceso al *Parliamentary Commissioner* se realiza exclusivamente a través de los miembros del Parlamento, y la intervención judicial paraliza la investigación de aquél. Por su parte, el *Médiateur* francés, al que también se haría referencia en algunas iniciativas del Parlamento Europeo, es nombrado por Decreto del Consejo de Ministros por un período determinado. Sus investigaciones pueden coexistir con las de las jurisdicciones competentes.

<sup>8</sup> Véanse por su interés las preguntas escritas n° 663/74 (DOCE C 86, de 17 de abril de 1975, p.54) formulada a la Comisión por Lord O'HAGAN y la n° 751/56 (DOCE C 70, de 21 de marzo de 1977, p. 14) formulada al Consejo por M. DONDELINGER.

ma de control a la vez rápido, sencillo y eficaz»<sup>9</sup>. Sobre la base de dicho Informe, el Pleno del Parlamento Europeo encargó a la Comisión de Peticiones la elaboración de otro Informe sobre el procedimiento a seguir para el nombramiento de un Defensor del Pueblo Europeo, que fue aprobado posteriormente mediante una Resolución de la Cámara<sup>10</sup>.

Este impulso decidido del Parlamento Europeo a favor de la creación de la figura objeto de nuestro análisis, y que representa claramente el «Informe Walter-Smith», no se mantuvo durante los años siguientes. En este sentido, destaca el «Informe Chanterie» y la posición de algunos miembros de la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, cuyo Presidente por entonces, E. NYBORG, mostró siempre claramente su desinterés<sup>11</sup>. No obstante, el Consejo Europeo de Fontainebleau, celebrado en junio de 1984, aprobó un programa de trabajo del que surgió la creación de un Comité *ad hoc* «Sobre una Europa de los Ciudadanos», presidido por P. ADONNINO, al que se encargó un informe (conocido como *Informe Adonnino*) sobre las medidas que debían adoptarse para acercar las Comunidades Europeas a los ciudadanos. Entre esas medidas, el Comité propuso el nombramiento por parte del Parlamento Europeo de un «Ombudsman» europeo, propuesta que no se incorporó al Acta Única Europea de 1986<sup>12</sup>.

Asimismo, se reiteraron las preguntas parlamentarias a la Comisión, pero ésta seguía manteniendo que, ante las hipotéticas infracciones del Derecho Comunitario, los ciudadanos comunitarios podían dirigirse a la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo y a la propia Comisión, por lo que resultaba innecesaria la creación de un *ombudsman* europeo<sup>13</sup>.

Este aparentemente incomprensible cambio de actitud en el seno del Parlamento Europeo no debería extrañarnos si tenemos en cuenta que la creación de una figura de estas características en los sistemas nacionales ha suscitado siempre dudas sobre

---

<sup>9</sup> Report drawn up on behalf of the Legal Affairs Committee on the appointment of a Community Ombudsman by the European Parliament, 6 de abril de 1979 (Ponente: Sir Darek Walter-Smith) PE 57.508/fin. Doc. 29/79, p. 6.

<sup>10</sup> Résolution concernant la désignation, par le Parlement Européen, d'Ombudsman pour la CE (DOCE C 140, de 5 de junio de 1979, p. 153). En esta Resolución, el Parlamento Europeo establecía que el Defensor del Pueblo Europeo sería nombrado por el Parlamento Europeo, si bien mantendría una independencia funcional de la Cámara, aunque no orgánica, ya que al ser un comisionado parlamentario estaría obligado a informar al Parlamento y podría ser cesado por éste. Su función consistiría esencialmente en controlar la aplicación del Derecho Comunitario por las autoridades públicas, y no sólo por las instituciones comunitarias.

<sup>11</sup> El Informe Chanterie desaconsejaba la creación del *ombudsman* europeo (Documento A2/41/85, DOCE C 175, de 15 de julio de 1985) y llevó a la aprobación por el Pleno del Parlamento de una Resolución en el mismo sentido (DOCE C 175, de 15 de julio de 1985). Resulta también interesante en la misma línea el Informe de la Comisión de Peticiones (Ponente: V. Reding) PE 150.218 déf.

<sup>12</sup> Report to the European Council by the Ad Hoc Committee «On a People's Europe», Milan, 28 y 29 de junio de 1985, A 10.04 COM 85, SN/2536/3/85, p. 7.

<sup>13</sup> Respuesta del entonces Presidente de la Comisión, J. DELORS (DOCE C 123, de 19 de mayo de 1988) a la pregunta escrita formulada por B. CASTLE a la Comisión (pregunta escrita n° 1235/87, DOCE C 123, de 21 de septiembre de 1987).



su utilidad o conveniencia, dudas claramente acrecentadas en el caso comunitario por una considerable desconfianza y un importante recelo competencial de la Comisión de Peticiones del Parlamento en cuanto a las funciones que pudieran atribuirse al Defensor del Pueblo Europeo<sup>14</sup>. Y por lo que se refiere a la Comisión y el Consejo, como instituciones afectadas directamente por una posible función de fiscalización de sus actividades por parte del Defensor del Pueblo Europeo, nada más explicable que la posición que mantuvieron reiteradamente en el sentido de que se trataba de una figura innecesaria y superflua.

Será finalmente en la década de los noventa cuando se produzca un verdadero punto de inflexión. El 4 de mayo de 1990, el entonces Presidente del Gobierno español, Felipe GONZÁLEZ, envió una carta al Primer Ministro de Irlanda –país que ostentaba en ese momento la Presidencia de la Comunidad– en la que proponía por primera vez la idea de una «*Ciudadanía de la Unión*», y sugería el establecimiento de mecanismos adecuados para la protección de los «derechos especiales» de los que serían sujetos los «ciudadanos europeos». Uno de esos mecanismos sería la creación de un Defensor del Pueblo Europeo como instrumento para proteger los derechos específicos de los ciudadanos europeos y contribuir a su salvaguarda<sup>15</sup>.

Esta concepción del Defensor del Pueblo Europeo, íntimamente vinculada a la ciudadanía europea, se mantendría en el Memorándum que presentó la Delegación española en la fase preparatoria de la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política de 1991, bajo el título *El Camino a la ciudadanía Europea*<sup>16</sup>.

También la Delegación de Dinamarca presentó, el 21 de marzo de 1991, un Memorándum con las propuestas de su Gobierno a la mencionada Conferencia Intergubernamental, entre las que se incluía la creación de un *ombudsman* europeo<sup>17</sup>.

Por su parte, el Parlamento Europeo –a través de su Comisión de Peticiones– volvió a expresar sus reservas considerando que la creación de un *ombudsman* europeo no sólo afectaría a las competencias de los defensores nacionales y comisiones parlamentarias nacionales, sino que sería «una estructura nueva que vendría a superponerse a estructuras ya existentes, tales como la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, en detrimento de éstas». Reaparecía así el miedo a ver debilitadas

<sup>14</sup> En tal sentido, véase MOREIRO GONZÁLEZ, C.J.: «El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea», en *Gaceta Jurídica de la CE*, Serie D, n° 19, enero de 1993, p. 180.

<sup>15</sup> La carta aparece citada en el *Informe Anual del Defensor del Pueblo 1995*, OPCE, Luxemburgo, p. 8.

<sup>16</sup> *European Citizenship*, Spanish Delegation (21 de febrero de 1991) Anexo II, basado en la Nota de 24 de septiembre de 1990, Documento SN 3940/90, de 24 de septiembre de 1990 (Europe Documents n° 1653, de 2 de octubre de 1990). En este documento, la ciudadanía europea se concibe como el estatuto personal e inseparable de los nacionales de los Estados miembros, que por su pertenencia a la Unión son sujetos de derechos y deberes especiales propios del ámbito de la Unión y que se ejercen y se tutelan específicamente dentro de las fronteras de ésta, sin perjuicio de que tal condición de ciudadano europeo se proyecte también fuera de esas fronteras. Su Anexo II incorporaba la propuesta concreta de crear un Defensor del Pueblo de la Unión Europea.

<sup>17</sup> CONF-UP 1777/91, Bruselas, 21 de marzo de 1991, p. 25 y 26.

las competencias del Parlamento Europeo y, en especial de su Comisión de Peticiones en el control de la Comisión Europea<sup>18</sup>.

No obstante, la posición del Parlamento Europeo no era unánime en este punto. Así, por ejemplo, la Comisión de Asuntos Institucionales puso de manifiesto, en un *Informe provisional sobre la ciudadanía europea* de 23 de mayo de 1991, que una figura de estas características podría «garantizar una importante función para velar por el respeto de los derechos de los ciudadanos frente (a las acciones administrativas) de las instituciones»<sup>19</sup>.

Finalmente, el *Tratado de la Unión Europea*, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, reconoció en su artículo 8D, junto con el derecho a presentar peticiones al Parlamento Europeo, el derecho de todo ciudadano de la Unión a dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo –instituido en el entonces artículo 138 E del Tratado de la Comunidad Europea– en relación con casos de mala administración en la actuación de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Se incorporaba así al ordenamiento jurídico comunitario una figura que, aunque no se incluía en el marco institucional del Tratado de la Unión ni se incluye ahora en el nuevo Tratado de Lisboa, puede considerarse una institución en sentido técnico y no un mero órgano auxiliar o interno del Parlamento Europeo<sup>20</sup>.

El Tratado blinda los elementos esenciales que configuran esta «institución» unipersonal, tales como su elección por el Parlamento Europeo, su independencia en el ejercicio de sus funciones, su ámbito de competencias y los rasgos básicos de su procedimiento de actuación, dejando al Parlamento Europeo la fijación de su Estatuto y las condiciones generales de ejercicio de sus funciones, si bien el Tratado implicaba directamente en esta función a la Comisión y al Consejo al exigir el dictamen previo de la primera y la aprobación del segundo por mayoría cualificada<sup>21</sup>.

Además, comparto plenamente la opinión de Álvaro GIL-ROBLES en el sentido de que al garantizarse en el *Tratado de la Unión Europea* el derecho a recurrir al Defensor del Pueblo en relación con los *casos de mala administración* –seguramente por influencia anglosajona– se justifica que la actuación del Defensor del Pueblo «no deba vincularse exclusivamente a los supuestos de actuaciones derivadas o rela-

<sup>18</sup> *Informe de la Comisión de Peticiones del PE sobre las deliberaciones de la Comisión de Peticiones durante el año parlamentario 1990/1991* (Ponente: V. REDING), A3-0122/91, de 3 de mayo de 1991. Doc. PE 150.218/def.

<sup>19</sup> *Informe Provisional de la Comisión de Asuntos Institucionales sobre la ciudadanía de la Unión* (Ponente: Sra. BINDI) A3-0139/91, de 23 de mayo de 1991. Doc. PE 150.034/def

<sup>20</sup> A. RUIZ FRANCÉS lo califica de «órgano sui generis» («El Defensor del Pueblo de la Unión Europea», en *Cuadernos Europeos de Deusto* n.º 17, 1997, p. 98).

<sup>21</sup> La *Decisión del Parlamento Europeo sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones* fue aprobada por el Parlamento el 9 de marzo de 1994 y modificada por su *Decisión* de 14 de marzo de 2002 (DO L 113, de 4 de mayo de 1994 y DO L 92, de 9 de abril de 2002). Asimismo, el 8 de julio de 2002, el Defensor del Pueblo adoptó una *Decisión por la que se adoptan normas de ejecución*, que sería modificada el 5 de abril de 2004.

cionadas con el cumplimiento de un servicio público, pues existen otras muchas actuaciones de las administraciones públicas, potencialmente irregulares, que no se vinculan o derivan directamente de una actividad de servicio público *stricto sensu* (...) sino también a las posibles irregularidades en el funcionamiento ordinario de las administraciones públicas, referidas tanto a una quiebra del principio de legalidad en el ámbito del ordenamiento comunitario o a una vulneración de determinados principios generales del Derecho Comunitario»<sup>22</sup>.

Según esta interpretación, y teniendo en cuenta que «hay mala administración cuando una institución u órgano comunitario no actúa de acuerdo con la ley, no respeta los principios de buena administración o viola los derechos humanos»<sup>23</sup>, pueden someterse al Defensor del Pueblo no sólo las cuestiones referidas a la actuación administrativa ordinaria de la Administración comunitaria, sino también las derivadas de una vulneración de los derechos y libertades fundamentales, en general, y de los derechos específicos del ciudadano europeo, en particular, con independencia de que dicha vulneración se produzca por una acción o por una omisión o «no resolución».

Y es que no hay ninguna razón para excluir de la competencia del Defensor del Pueblo los casos en que las instituciones u órganos de la Unión no han respetado los derechos fundamentales garantizados en el Tratado de la Unión Europea<sup>24</sup>.

Ahora bien, es necesario subrayar que aunque la creación del Defensor del Pueblo responde claramente a la necesidad de completar el sistema de protección de los derechos fundamentales en la esfera de la Unión, aquél carece de legitimación procesal activa para recurrir ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en consecuencia, dependerá de la iniciativa del Parlamento Europeo.

Por otra parte, los Tratados de Amsterdam y Niza no introdujeron ninguna novedad en esta materia, manteniendo la redacción del originario artículo 138 E del TCE.

Posteriormente, durante los trabajos de la *Convención sobre el futuro de Europa*, el entonces Defensor del Pueblo Europeo –y miembro de la Convención como observador– Jacob SÖDERMAN, presentó una escueta contribución sobre «*El lugar del Defensor del Pueblo Europeo en la futura Constitución de la Unión Europea*»<sup>25</sup>. En este documento, el Defensor del Pueblo explicaba las razones por las que debía incluirse la figura del Defensor del Pueblo en la futura Constitución Europea y consideraba que aquélla debía ser mencionada en el marco institucional de la Unión, junto al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social. Asimismo, solicitaba que se incluyera el derecho a presentar reclamaciones ante el Defensor del Pueblo en la Sección de la Constitución referida a los derechos de los ciudadanos europeos.

<sup>22</sup> GIL-ROBLES, A.: «El Defensor del Pueblo Europeo. De la utopía a la esperanza», Ob. Cit., p. 229.

<sup>23</sup> Algunos ejemplos de mala administración son: irregularidades administrativas, injusticia, discriminación, abuso de poder, falta de respuesta, denegación de información o demoras innecesarias, en «¿Qué se entiende por mala administración?», en [www.ombudsman.europa.eu](http://www.ombudsman.europa.eu).

<sup>24</sup> En este sentido, GOSALBO BONO, R.: «Maastricht et les citoyens: le Médiateur européen», en *Révue Française d'Administration Publique*, nº 64, 1992, p. 639.

<sup>25</sup> CONV 466/02, Bruselas, 17 de diciembre de 2002 (CONTRIB 176).

Sin embargo, resulta curioso que en esta contribución específica sobre el papel del Defensor del Pueblo en la futura Constitución Europea, SÖDERMAN no reiterara la propuesta que había hecho en su discurso ante la sesión plenaria de la Convención celebrada el 25 de junio de 2002<sup>26</sup> y en su contribución a la Convención de 26 de julio de 2002<sup>27</sup>, en el sentido de otorgar al Defensor del Pueblo Europeo la facultad de someter al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas los casos de violación «de un derecho fundamental vinculante según el Derecho Comunitario» por parte de los Estados miembros o una institución u órgano comunitario, cuando a raíz de una investigación ordinaria iniciada de conformidad con el Tratado, lo considerara conveniente.

Finalmente, la nonata Constitución Europea no recogió las peticiones de SÖDERMAN de que se incluyera el Defensor del Pueblo en el marco institucional, ni siquiera en el Capítulo dedicado a «Otras Instituciones y órganos consultivos de la Unión», ni tampoco el reconocimiento de su legitimación activa ante el Tribunal de Justicia de las CCEE.

No obstante, las demás peticiones incluidas en su última contribución a la Convención fueron aceptadas. Así, en el Título II de la Parte I (*De los Derechos Fundamentales y de la ciudadanía de la Unión*) se consagraba el derecho de todo ciudadano europeo a recurrir al Defensor del Pueblo (art. I-10.2); y en la Parte II (*Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión*) se reconocía nuevamente el derecho de todo ciudadano de la Unión y de toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro a someterle los casos de mala administración en la actuación de las instituciones, órganos u organismos de la Unión con exclusión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales (art. II-103). Asimismo, y directamente vinculado a las funciones del Defensor del Pueblo, el Tratado Constitucional consagraba el derecho a una buena administración (art. II-101).

Por lo demás, la Constitución Europea mantenía básicamente la redacción originaria del Tratado de Maastrich en cuanto a su elección, duración de su mandato, independencia, ámbito de competencias y procedimiento básico de actuación, remitiendo al Parlamento la regulación de su Estatuto, previo dictamen de la Comisión y previa aprobación del Consejo (art. III-335).

Por último, el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, que –tras el rechazo del pueblo irlandés en el referéndum de 12 de junio de 2008– parece que no entrará en vigor el 1 de enero de 2009) no incorpora ninguna novedad al respecto y reproduce esencialmente la regulación mencionada en el nuevo artículo 6 del *Tratado*

---

<sup>26</sup> *Speech by the European Ombudsman, Jacob Söderman to the European Convention, 24 de junio de 2002: «El Defensor del Pueblo Europeo está preparado para asumir la responsabilidad de someter al Tribunal de Justicia de las CCEE los casos de vulneración de derechos fundamentales cuando no sea posible obtener una solución mediante una investigación ordinaria del Defensor del Pueblo»* (la traducción es de la autora).

<sup>27</sup> Contribución de J. SÖDERMAN, Defensor del Pueblo Europeo, sobre *Propuestas de modificaciones del Tratado*, CONV 221/02, Bruselas, 26 de julio de 2002 (CONTRIB 76), p. 3.

de la Unión Europea (TUE) –que hace una remisión genérica a la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000<sup>28</sup>– y en el artículo 228 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE).

### 3. EL ESTATUTO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO

#### 3.1. El estatuto personal del Defensor del Pueblo

##### A) Elección

El Defensor del Pueblo Europeo *es elegido por el Parlamento Europeo para toda la Legislatura* por la mayoría de los votos emitidos mediante votación secreta, y su mandato es renovable (art. 195 TCE y art. 194.5 RPE)<sup>29</sup>.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 94 del Reglamento del Parlamento Europeo, al principio de cada Legislatura, inmediatamente después de la elección del Parlamento, o en los casos de cese del Defensor del Pueblo por renuncia, fallecimiento, o destitución, el Presidente de la Cámara convocará la presentación de candidaturas con vistas al nombramiento del Defensor del Pueblo, fijando el plazo para la presentación de las mismas. Dicha convocatoria se publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Las *candidaturas* habrán de contar con el apoyo de 40 diputados como mínimo, que sean nacionales de al menos 2 Estados miembros. Cada diputado podrá apoyar únicamente una candidatura. Además, las candidaturas deberán ir acompañadas de todos los justificantes necesarios para establecer con seguridad que el candidato reúne las condiciones que establece el artículo 6 del Estatuto del Defensor del Pueblo<sup>30</sup>, a saber:

- a) Tener la ciudadanía de la Unión.
- b) Estar en pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos.
- c) Ofrecer plenas garantías de independencia.

---

<sup>28</sup> La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* fue solemnemente proclamada por las instituciones comunitarias el 7 de diciembre de 2000 (DOCE C n° 346, de 18 de diciembre de 2000) y adaptada al Tratado de Lisboa de 7 de diciembre de 2007 (DOUE C n° 303, de 14 de diciembre de 2007) en el cual se incorpora por referencia en el nuevo artículo 6.1 del TUE que dispone: «*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre en Estrasburgo, a cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*». Así pues, su plena eficacia jurídica está ligada a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

<sup>29</sup> 16ª Edición del Reglamento del Parlamento Europeo (DO L 44, de 15 de febrero de 2004).

<sup>30</sup> *Decisión del Parlamento Europeo sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones*, aprobada por el Parlamento Europeo el 9 de marzo de 1994 (DO L 113, de 4 de mayo de 1994) y modificada por su *Decisión* de 14 de marzo de 2002 (DO L 92, de 9 de abril de 2002).

d) Y reunir las condiciones requeridas en su país de origen para el ejercicio de las más altas funciones jurisdiccionales o poseer experiencia y competencia notorias para el ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo.

Las candidaturas se trasladan a la Comisión competente –esto es, la Comisión de Peticiones<sup>31</sup>– que puede solicitar oír a los interesados. Estas audiencias están abiertas a todos los diputados<sup>32</sup>.

Las candidaturas admitidas a trámite se someterán a votación por orden alfabético. Antes de proceder a la votación, el Presidente comprobará que hay *quórum* (en este caso, la presencia de la mitad como mínimo de los diputados que integran la Cámara).

Si al finalizar las dos primeras votaciones no resulta elegido ningún candidato, únicamente podrán mantenerse los dos candidatos que hubieren obtenido el mayor número de votos en la segunda votación. En todos los casos de empate de votos, se considerará vencedor el candidato de más edad.

La elección del primer Defensor del Pueblo se produjo en la sesión plenaria del Parlamento Europeo de 12 de julio de 1995<sup>33</sup>.

Una vez nombrado, el candidato *prestará juramento o promesa* ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asumiendo el compromiso solemne de ejercer sus funciones con independencia e imparcialidad absolutas y de respetar, durante su mandato y tras el cese de sus funciones, las obligaciones que derivan del cargo y, en particular, los deberes de honestidad y discreción en cuanto a la aceptación, una vez terminado su mandato, de determinadas funciones o beneficios (art. 194.7 RPE y art. 9.2 EDP).

---

<sup>31</sup> En virtud de lo dispuesto en la Disposición XX.2 del Anexo VI del Reglamento del Parlamento Europeo, la Comisión competente para las relaciones con el Defensor del Pueblo Europeo es la Comisión de Peticiones.

<sup>32</sup> En las cuatro elecciones que habido del Defensor del Pueblo Europeo (1995, 1999, 2002 y 2004) se han celebrado estas audiencias ante la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo. Por lo general, la audiencia a cada uno de los candidatos no ha sobrepasado la hora de duración. En ese tiempo, los primeros diez minutos se han dedicado a escuchar la presentación que hace cada candidato –en la que expone las razones de su candidatura, su experiencia en otros cargos similares a nivel nacional, los apoyos con los que cuenta, etc.– y el resto del tiempo a preguntas de los parlamentarios. A título ilustrativo, véanse las audiencias al candidato español Álvaro GIL-ROBLES (ex Defensor del Pueblo del Reino de España) el 29 de junio de 1995 (Info Memo Spécial n° 13/def, Audition des candidats à la nomination au poste de premier médiateur européen, Bruselas, 30 de junio de 1995) y al candidato español Xabier MARKIEGI (ex Defensor del Pueblo del País Vasco) el 26 de noviembre de 2002 (Comisión de Peticiones del PE, DV/476198ES.doc, PE322.920, Bruselas, 26 de noviembre de 2002).

<sup>33</sup> *Decisión 95/376/CE/EURATOM/CECA del Parlamento Europeo, de 12 de julio de 1995, por la que se nombra a J. Söderman Defensor del Pueblo Europeo* (DO L 225, de 22 de septiembre de 1995). Jacob SÖDERMAN fue reeligido para la Legislatura 1999/2004, si bien renunció por razones personales en 2002. Sobre esta primera elección de 1995, véase CARMONA Y CHOUSAT, J.F.: *El Defensor del Pueblo Europeo*, INAP, Madrid 2000, p.150 y ss.

## B) Cese

En general, el mandato del Defensor del Pueblo se extingue con el fin de la Legislatura del Parlamento Europeo (art. 195 TCE) con lo que, curiosamente, al coincidir ambos mandatos, el Defensor del Pueblo parece convertirse en el Defensor del Pueblo «de un Parlamento» –el que lo ha elegido– y no «del Parlamento»<sup>34</sup>. A mi juicio, hubiera sido deseable deslindar los dos mandatos, evitando así la posible o hipotética presión de los grupos políticos mayoritarios sobre el Defensor del Pueblo.

No obstante, es posible que el mandato del Defensor del Pueblo concluya anticipadamente por renuncia voluntaria<sup>35</sup>, fallecimiento o destitución.

En este último caso, el Tratado y el Reglamento del Parlamento Europeo prevén que *una décima parte de los diputados del Parlamento Europeo podrá solicitar la destitución del Defensor del Pueblo* si éste deja de cumplir las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones o ha cometido una falta grave (art. 195 TCE y art. 196.1 RPE).

Esta solicitud será transmitida al Defensor del Pueblo y a la Comisión de Peticiones, la cual, si considera por la mayoría de sus miembros que los motivos invocados son fundados, presentará un informe al Parlamento. El Reglamento de la Cámara prevé que el Defensor del Pueblo pueda ejercer su derecho a la defensa ante dicha Comisión, antes de que ésta proceda a la votación del citado informe (art. 196.2). Posteriormente, el Parlamento, después de debatir el informe, decidirá por votación secreta.

En el caso de que el Parlamento se pronuncie favorablemente a la destitución del Defensor del Pueblo, y en el caso de que éste no actuare en consecuencia –o dicho de otra forma, no dimitiera<sup>36</sup>– el Presidente de la Cámara pedirá al Tribunal de Justicia, a más tardar en el período parcial de sesiones siguiente al de la votación, que destituya al Defensor del Pueblo, rogándole que se pronuncie rápidamente.

Se trata, pues, de una competencia compartida entre el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia de la Unión, ya que será este órgano jurisdiccional el que decida si procede o no la destitución. Podría pensarse que debería ser el Parlamento Europeo –que elige al Defensor del Pueblo– el órgano que decidiera en exclusiva sobre su cese. Sin embargo, en mi opinión, que sea precisamente un órgano independiente e imparcial como el Tribunal de Justicia –ante el que jura su cargo el Defensor– el que decida finalmente sobre su destitución es una garantía más de la independencia real de éste último.

---

<sup>34</sup> HOYO RODRIGO, J.: «El Defensor del Pueblo Europeo», en la obra colectiva dirigida por E. ÁLVAREZ CONDE y V. GARRIDO *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro I, Tirant Lo Blanch, Valencia 2004, p. 1.309.

<sup>35</sup> El Defensor Jacob SÖDERMAN, reelegido por el Parlamento Europeo para la legislatura 1999-2004 renunció voluntariamente al cargo en 2002.

<sup>36</sup> En el caso de que el Defensor del Pueblo renunciara voluntariamente, el procedimiento de destitución quedará interrumpido (art. 196 RPE).

De todas formas, resulta extraño que ni el Estatuto del Defensor del Pueblo, ni el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ni su Reglamento de Procedimiento hayan contemplado el trámite de audiencia al Defensor del Pueblo durante las actuaciones que se practiquen ante el Tribunal de Justicia para proceder a su destitución, ya que de esa omisión podría resultar una clara indefensión de aquél.

Por otro lado, salvo en el supuesto de destitución y evidentemente en caso de fallecimiento, el Defensor del Pueblo *seguirá en funciones* hasta la toma de posesión del nuevo Defensor del Pueblo, lo cual es totalmente consecuente con la idea de evitar un «vacío de poder» en la defensa de los derechos de los ciudadanos.

Pues bien, cuando se produzca el cese anticipado en sus funciones, se nombrará un nuevo Defensor del Pueblo en un plazo de tres meses contado a partir del momento en que se produzca la vacante, pero únicamente hasta el término de la Legislatura (art. 7 EDP)<sup>37</sup>.

Por último, creo necesario subrayar que la existencia de una clara rivalidad inicial –por razones competenciales– entre la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo y la creación de la figura del Defensor del Pueblo Europeo aún no ha provocado en este ámbito del procedimiento de elección y cese del Defensor, ningún tipo de tensión, ya que en relación con su elección, el papel de la Comisión de Peticiones se reduce únicamente a dar audiencia a los candidatos; y en su cese, a presentar, previa audiencia al Defensor, un informe al Parlamento sobre si considera fundados los motivos invocados para proceder a la destitución.

### C) *Independencia y prerrogativas*

El Defensor del Pueblo ejercerá sus funciones con *total independencia*, atendiendo al interés general de la Unión y de sus ciudadanos. En tal sentido, en el desempeño de sus funciones no solicitará ni admitirá instrucciones de ninguna institución, órgano u organismo. Asimismo, durante su mandato, el Defensor del Pueblo no podrá desempeñar ninguna función política o administrativa, ni actividad profesional alguna, sea remunerada o no (art. 195 TCE y arts. 9.1 y 10.1 EDP).

Al Defensor del Pueblo le son de aplicación los artículos 11 a 14 y 17 del *Protocolo sobre los privilegios e inmunidades de la Unión Europea*<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Cuando en 2002 renunció al cargo J. SÖDERMAN, se eligió un nuevo Defensor del Pueblo, Nikofofos DIAMANDOUROS, cuyo mandato duró hasta el final de la Legislatura en 2004. Fue reelegido para la legislatura 2004/2009.

<sup>38</sup> Entre ellos, destacan: a) la inmunidad de jurisdicción respecto de los actos por ellos realizados con carácter oficial, sin perjuicio de las disposiciones de los Tratados relativas, por una parte, a las normas sobre responsabilidad de los funcionarios y agentes de la Unión, y por otra, a la competencia del Tribunal de Justicia para conocer de los litigios entre la Unión y sus funcionarios y agentes; b) exención de los impuestos nacionales sobre los sueldos, salarios y emolumentos abonados por la Unión; c) régimen especial de prestaciones sociales. No obstante, hay que señalar que el artículo 17 del citado Protocolo dispone que «cada Institución de la Unión estará obligada a suspender la inmunidad concedida a un funcionario u otro agente en los casos en que estime que esta suspensión no es contraria a los intereses de la Unión».



En lo que se refiere a la remuneración, complementos salariales y pensión de jubilación, el Defensor del Pueblo está equiparado a un Juez del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 10.2 EDP).

Por otra parte, parece claro que el Defensor del Pueblo difícilmente podría desempeñar sus funciones con total independencia si no cuenta con los necesarios y suficientes medios materiales y humanos. En este sentido, el Estatuto del Defensor del Pueblo prevé que el Defensor *estará asistido por una Secretaría*, cuyo principal responsable será nombrado por él mismo (art. 11).

Los funcionarios y agentes de esta Secretaría –cuyo número se adopta cada año en el marco del procedimiento presupuestario<sup>39</sup>– están sujetos a los reglamentos y normativas aplicables a los funcionarios y otros agentes de la Unión Europea, y les son de aplicación los mismos privilegios e inmunidades que al Defensor del Pueblo.

Esta Secretaría se configura como una unidad administrativa autónoma, y para todas las cuestiones relativas a su personal, el Defensor del Pueblo está asimilado a las instituciones en el sentido del artículo 1(ter) del *Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas*<sup>40</sup> (art. 11.4 EDP).

Por último, y según lo dispuesto en el artículo 13 del Estatuto del Defensor del Pueblo, la *sede* del Defensor del Pueblo es la del Parlamento Europeo. En este sentido, hay que señalar que los redactores del Estatuto no valoraron suficientemente el hecho de que las sedes de la Eurocámara estén dispersas entre Estrasburgo, Bruselas y Luxemburgo. Lo cierto es que aunque se mantiene una pequeña oficina en Bruselas, el Defensor del Pueblo y la mayor parte del personal de su Secretaría se encuentran en Estrasburgo.

### 3.2. Acceso al Defensor del Pueblo Europeo: admisibilidad de las reclamaciones

El Defensor del Pueblo Europeo está facultado para *recibir las reclamaciones* de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, con exclusión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales (art. 195.1 TCE). En idéntico sentido se recoge en el artículo 43 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*.

---

<sup>39</sup> En el Presupuesto general de la UE (Anexo de la Sección 1, Parlamento Europeo) de 1995 se previeron 10 puestos para la Secretaría del Defensor del Pueblo. En el Presupuesto de 2008 no se ha previsto ningún incremento respecto al del año 2006, con lo que el número de puestos de la plantilla del Defensor del Pueblo es de 57, el mismo que en 2006. Por otra parte, el total del crédito presupuestado para 2008 asciende a 8.505.770 € (frente a los 8.152.800 € de 2007).

<sup>40</sup> *Reglamento n° 31 (CEE) 11 (CEEA) por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Europea y de la CE de la Energía Atómica* (DO P 45, de 14 de junio de 1962), modificado por última vez por el *Reglamento n° 337/2007 del Consejo, de 27 de marzo de 2007* (DO L 90, de 30 de marzo de 2007).

Esta limitación impuesta por el Tratado y por la Carta, en virtud de la cual se restringe el acceso al Defensor del Pueblo exclusivamente a los ciudadanos europeos y a las personas físicas o jurídicas que residan legalmente o tengan su sede social en un Estado miembro de la Unión, choca frontalmente con uno de los rasgos más significativos de la identidad de esta figura: que pueda dirigirse a él toda persona natural o jurídica, sin que pueda constituir un impedimento la nacionalidad o la residencia<sup>41</sup>.

La solución en la práctica viene dada por el hecho de que el Tratado permite al Defensor del Pueblo actuar por iniciativa propia (art. 195.1 TCE) con lo cual, en el caso de que la reclamación fuera presentada por una persona a la que el Tratado no reconozca legitimación activa –porque no resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro de la Unión Europea– el Defensor del Pueblo puede iniciar la tramitación del caso *de oficio*, siempre que considere necesaria la tutela del derecho presuntamente vulnerado<sup>42</sup>.

El Tratado también prevé que la reclamación pueda dirigirse indirectamente al Defensor del Pueblo a través de un miembro del Parlamento Europeo. Pero esta intermediación, característica del *Parliamentary Commissioner* británico, es sólo complementaria de la reclamación directa, y no responde realmente a las necesidades de los ciudadanos, que normalmente prefieren un acceso directo<sup>43</sup>, por lo que hubiera resultado más idóneo preservar la inmediatez de trato entre el Defensor y el reclamante. Las razones son claras: la iniciación indirecta del procedimiento ante el Defensor del Pueblo podría suponer la instrumentalización política por parte de los diputados europeos de la figura del Defensor del Pueblo, así como el control funcional puntual sobre sus prioridades de intervención. Y además, el Parlamento Europeo podría desviar las quejas dirigidas al Defensor del Pueblo y orientarlas hacia la Comisión de Peticiones, aumentando así su protagonismo e impidiendo a aquél intervenir<sup>44</sup>.

Además, teniendo en cuenta que ni el Tratado ni el Estatuto del Defensor del Pueblo hacen una definición uniforme de «persona residente o domiciliada en la Unión» y, en consecuencia, depende de la regulación que haga cada Estado miembro en su ordenamiento jurídico interno, a lo que se une el hecho de que el Reglamento del Parlamento Europeo no exige el requisito de la ciudadanía europea ni de la residencia en un Estado miembro de la Unión para dirigir una petición al Parlamento, es evidente que se potencia el protagonismo institucional de éste frente a las personas

---

<sup>41</sup> En este sentido, véase el artículo 10.1 de la *Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo*.

<sup>42</sup> En este sentido, entre otros, PIERUCCI, A.: «Les recours au Médiateur Européen», en E.A. MARIAS (ed.) *European Citizenship*, European Institute of Public Administration, Maastricht, 1994, p. 103-115.

<sup>43</sup> Resulta muy interesante al respecto la posición crítica sobre la posible adopción por el TUE del sistema británico de D.C. ROWAT en su artículo «Pourquoi un Ombudsman parlementaire?», en *Revue Française d'Administration Publique* nº 64, 1992, p. 567-574.

<sup>44</sup> MOREIRA GONZÁLEZ, C.J.: «El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea», cit. p. 232. En idéntico sentido, RUIZ FRANCÉS, Á.: «El Defensor del Pueblo de la Unión Europea», cit., p. 99.

de terceros Estados que pudieran ver lesionados sus derechos por la administración comunitaria.

No parece que la solución articulada por la *Decisión del Defensor del Pueblo por la que se adoptan normas de ejecución* (aprobada en 2002 y modificada en 2004) en el sentido de que «toda petición remitida al Defensor del Pueblo por el Parlamento Europeo, con acuerdo del peticionario, será tratada como una reclamación»<sup>45</sup> sea la adecuada para evitar posibles bloqueos en la actuación del Defensor Europeo por parte de la Comisión de Peticiones<sup>46</sup>.

Por lo que se refiere a la posibilidad de presentar *reclamaciones colectivas*, nada dicen el Tratado ni el Estatuto del Defensor del Pueblo. Por eso, y teniendo en cuenta que el Reglamento del Parlamento Europeo, al regular el derecho de petición<sup>47</sup>, dispone que podrá ser ejercido «individualmente o asociado con otros ciudadanos o personas», podríamos concluir que también es posible que una reclamación sea presentada de forma colectiva.

Por otra parte, y en cuanto al *procedimiento a seguir en la presentación de una reclamación* ante el Defensor del Pueblo Europeo, hay que destacar que no se regula un procedimiento especialmente formal; antes bien, el procedimiento es extraordinariamente flexible y además, gratuito. En tal sentido, las reclamaciones pueden formularse por escrito, por medio de una carta dirigida al Defensor del Pueblo o utilizando un formulario estándar que facilita la Secretaría del Defensor del Pueblo (también disponible en su página web) y en cualquiera de las 23 lenguas reconocidas por el Tratado<sup>48</sup>. Además, en virtud del *Acuerdo administrativo entre el Reino de España y el Defensor del Pueblo Europeo de 2006*, los ciudadanos españoles o cualquier otra persona física o jurídica que resida o tenga su sede social en España tendrán el derecho de dirigir sus reclamaciones escritas al Defensor del Pueblo Europeo en cualquiera de las lenguas que, conforme al ordenamiento constitucional español, tienen estatuto de lenguas oficiales en el territorio español<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Artículo 2.3 y 4 de la *Decisión del Defensor del Pueblo por la que se adoptan normas de ejecución*, aprobada el 8 de julio de 2002 y modificada por *Decisión del Defensor del Pueblo* de 5 de abril de 2004. En adelante (DDP).

<sup>46</sup> Véase STEENBJERG KOLZE, N.: *Le Médiateur Européen*, CEDRE, Rennes, 1995, p.16 y ss.

<sup>47</sup> Sobre el derecho de petición ante el Parlamento Europeo, véase MARIAS, E.A.: «The right to petition the European Parliament after Maastricht», en *European Law Review* n° 19, 1994, p. 169 y ss.

<sup>48</sup> Actualmente, con 27 Estados miembros, existen 23 lenguas reconocidas: alemán, búlgaro, checo, danés, eslovaco, esloveno, español, holandés, inglés, estonio, finlandés, francés, griego, húngaro, irlandés (gaélico), italiano, letón, lituano, maltés, polaco, portugués, rumano y sueco.

<sup>49</sup> Este Acuerdo administrativo fue firmado de conformidad con las *Conclusiones adoptadas por el Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores de la Unión Europea celebrado el 13 de junio de 2005, relativas al uso oficial de otras lenguas en el Consejo y, en su caso, en otros órganos e instituciones de la Unión Europea*. En el Acuerdo se prevé un procedimiento especial –referido a las traducciones de las comunicaciones– cuando la lengua empleada no sea el español/castellano.

Las reclamaciones pueden presentarse por correo postal, fax o correo electrónico<sup>50</sup>. Eso sí, en la reclamación debe quedar patente el objeto de la misma así como la persona de la que proceda, si bien ésta puede pedir que su reclamación sea confidencial (arts. 2.2 EDP). Asimismo, el Defensor del Pueblo podrá, por iniciativa propia, clasificar como confidencial una reclamación si lo considera necesario para proteger los derechos del demandante o de un tercero (art. 10.1 DDP).

La reclamación debe presentarse *en un plazo de dos años*, contados desde que el promotor de la misma tuvo conocimiento de los hechos que la motivaron (art. 2.4 EDP).

La aplicación estricta de esta disposición estatutaria resulta más que discutible –por no decir inoperante– si tenemos en cuenta que en la mayoría de los sistemas nacionales se puede hacer caso omiso de los plazos cuando sea necesario en interés de la justicia, y que el propio Defensor del Pueblo puede asumir de oficio una reclamación a la que afecte esta dificultad formal para ser tramitada directamente.

Además, que el Estatuto del Defensor del Pueblo exija que previamente se hayan hecho las gestiones administrativas adecuadas ante las instituciones, órganos u organismos de que se trate (art. 2.4 EDP) es un requisito que ha sido interpretado de forma absolutamente flexible por el propio Defensor del Pueblo Europeo al considerar que bastaría con que el reclamante se hubiera puesto en contacto con la institución u órgano interesado, «por ejemplo, por carta o por teléfono»<sup>51</sup>.

Por otra parte, y a pesar de que algunas enmiendas al Proyecto del *Informe Bindi* sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo sugerían que «resultaría muy oportuno requerir un interés legítimo» para presentar una reclamación<sup>52</sup>, lo cierto es que la redacción genérica del Tratado evitó incluir en el Estatuto del Defensor del Pueblo dicha exigencia. Por lo tanto, no es necesario que el reclamante demuestre que se ha visto directamente afectado por el presunto caso de mala administración.

Ahora bien, no debe olvidarse que la presentación de una reclamación no interrumpe los plazos de los recursos fijados en los procedimientos jurisdiccionales o administrativos (art. 2.6 EDP).

Por disposición del Tratado, el Defensor del Pueblo examina las reclamaciones presentadas contra las instituciones, organismos y órganos de la Unión, esto es, contra la Comisión Europea, el Consejo (hasta ahora no contra el Consejo Europeo)<sup>53</sup>, el

<sup>50</sup> La información sobre la forma y requisitos de presentación de una reclamación aparece en una Guía para los Ciudadanos elaborada por el Defensor del Pueblo Europeo y publicada bajo el título *¿Cómo puede ayudarle el Defensor del Pueblo Europeo?*, OPCE, Luxemburgo, 2002, p. 9.

<sup>51</sup> *Rapport Annuel 1995*, p. 9

<sup>52</sup> Doc. PE 156.133/Enm. 1-19, de 4 de marzo de 1992, p. 2. Véase también el *Informe final de la Comisión de Asuntos Institucionales sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones de ejercicio de sus funciones* (Ponente: Sra. Bindi), A3-0298/92, de 14 de octubre de 1992 (Doc. PE 200.78/def).

<sup>53</sup> Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, el Consejo Europeo podrá ser objeto de investigación por parte del Defensor del Pueblo al otorgarle el Tratado rango de Institución y enumerarlo como tal en el marco institucional de la Unión (nuevo artículo 13 del TUE).

Parlamento Europeo, el Tribunal de Cuentas, el Tribunal de Justicia (excepto en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales), el Banco Central Europeo, el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones, el Banco Europeo de Inversiones, EUROPOL<sup>54</sup>, y cualquier otro órgano comunitario<sup>55</sup>.

En este sentido, el propio Defensor del Pueblo en su Informe Anual 1995 al Parlamento Europeo, señaló que además de las Instituciones enumeradas en los Tratados, en los órganos comunitarios «están incluidos todos aquellos establecidos por los Tratados (por ejemplo, el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones, o el Banco Europeo de Inversiones) además del conjunto de órganos creados por la legislación comunitaria (por ejemplo, la Agencia Europea de Medio Ambiente, la Fundación Europea para la formación, la Agencia Europea de Evaluación de los Medicamentos, o el Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías)»<sup>56</sup>. Esta interpretación permitiría incluir, a juicio de algunos autores, a los Comités de la comitología<sup>57</sup>. Pero lo cierto es que el Defensor del Pueblo, hasta la fecha, ha centralizado sus investigaciones, dirigiéndose siempre a la institución u órgano principal que hace la delegación. En este sentido, su actuación ha sido avalada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>58</sup>.

En todo caso, el Defensor del Pueblo *no puede admitir reclamaciones*:

a) Contra las autoridades nacionales, regionales o locales de los Estados miembros, incluso cuando éstas se refieran a cuestiones sobre la Unión Europea o el Derecho Comunitario.

b) Contra las actividades de los Tribunales o los Defensores del Pueblo nacionales o regionales, ya que el Defensor del Pueblo Europeo no es un órgano de apelación respecto a las decisiones adoptadas por aquéllos.

c) Contra empresas o particulares.

---

<sup>54</sup> En abril de 1999, el Defensor del Pueblo inició una investigación sobre la normativa de EUROPOL en materia de acceso de documentos. Durante el curso de la misma, el Defensor informó, mediante un comunicado de prensa (nº 11/99, de 28 de septiembre de 1999) que «EUROPOL fue introducido en el mandato del Defensor del Pueblo Europeo por el artículo 41 del TUE, tras ser modificado por el Tratado de Amsterdam». Nadie planteó objeciones a dicha competencia, con lo que el Defensor del Pueblo podía investigar a los órganos del Tercer Pilar (Cooperación policial y judicial en materia penal). No ocurre lo mismo con los órganos y materias del Segundo Pilar (Política Exterior y de Seguridad Común).

<sup>55</sup> Como Agencias u organismos comunitarios descentralizados. Por ejemplo, la Agencia Europea de Medio Ambiente, el Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías, la Agencia Europea para la Salud y la Seguridad en el Trabajo, la Oficina de Armonización del Mercado Interior, el Centro de Traducción de los Órganos de la Unión Europea, etc.

<sup>56</sup> *1995 Annual Report*, p.19

<sup>57</sup> En tal sentido, HEEDE, K.: *European Ombudsman: redress and control at Union level*, European Monographs nº 24, Kluwer, La Haya, 2000, p. 121.

<sup>58</sup> En la sentencia del caso *Rothmans versus Comisión*, de 19 de julio de 1999, el Tribunal de Primera Instancia consideró que los documentos de carácter administrativo de los Comités de la Comitología, son esencialmente documentos de la Comisión (T-188/97, Réc. 1999, p. II-2463).

Asimismo, el Defensor del Pueblo tampoco puede admitir ninguna reclamación relativa a las relaciones laborales entre las instituciones y órganos de la Unión y sus funcionarios u otros agentes sin que previamente el interesado haya agotado las posibilidades de solicitud o reclamación administrativas internas, en particular los procedimientos contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 90 del Estatuto de los funcionarios, y después de que hayan expirado los plazos de respuesta a la autoridad ante la que se hubiere recurrido (art. 2.8 EDP).

Igualmente, cuando a causa de un procedimiento jurisdiccional en curso o ya concluido sobre los hechos alegados, el Defensor del Pueblo deba declarar inadmisibles una reclamación o dar por terminado el estudio de la misma, se archivarán los resultados de las investigaciones llevadas a cabo hasta ese momento (art. 2.7 EDP). Igualmente, cuando una reclamación no entre en el ámbito de competencia del Defensor del Pueblo Europeo o no pueda ser admitida a trámite, el Defensor del Pueblo dará por concluido el asunto correspondiente e informará al denunciante de su decisión, exponiendo sus motivos (art. 3.2 DDP).

Una vez recibida la reclamación<sup>59</sup>, el Defensor del Pueblo deberá informar de la reclamación a la institución, órgano u organismo interesado, así como acusar recibo de la reclamación, lo cual suele hacer en el plazo de una semana. A continuación, el Defensor del Pueblo –basándose en los criterios enunciados en el Tratado y en su Estatuto– procede a examinar la reclamación, decidiendo sobre su admisibilidad (normalmente en el plazo de un mes) de lo cual informará sin demora al reclamante, así como del desarrollo de su investigación (art. 195.1 TCE y 2.9 EDP). No obstante, antes de adoptar la decisión sobre la admisibilidad de la reclamación, podrá pedir al demandante que aporte informaciones o documentos complementarios (art. 3.1 DDP).

En comparación con los Defensores del Pueblo nacionales, el Defensor Europeo recibe un número excepcionalmente alto de reclamaciones inadmisibles: en 1995, casi un 80%; y en 2007, el 83%. Pero hay que subrayar que esto no se debe a que los criterios de admisibilidad sean interpretados bajo un prisma estrictamente legalista o excesivamente técnico. Antes al contrario, dichos criterios son siempre interpretados a favor de los derechos del ciudadano europeo; e incluso, en caso de duda sobre la admisibilidad de una reclamación, el Defensor decide siempre a favor del reclamante. La razón es clara: «si una reclamación es inadmitida bajo un criterio erróneo, son los derechos de los ciudadanos los que se ven perjudicados. Sin embargo, las consecuencias de un error eventual en sentido contrario son mucho menos graves»<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Como es lógico, el número de reclamaciones presentadas ha ido aumentando conforme el Defensor del Pueblo Europeo ha sido conocido por los ciudadanos europeos. Así, en 1995 sólo se presentaron 298 reclamaciones; en 2000, 1.732; en 2005, alcanzó la cifra más alta hasta la fecha con 3.920; en 2006, 3.830; y en 2007, 3.211. Por el origen geográfico de las reclamaciones, España ocupó el primer puesto en 2006, con 775 reclamaciones (19,8%), y el segundo en 2007, con 351 reclamaciones (10,9%), después de Alemania, con 507. Fuente: Informes Anuales del Defensor del Pueblo Europeo (1995, 2000, 2005, 2006 y 2007)

<sup>60</sup> J. SÖDERMAN, en su Informe Anual 1995, p. 9

La mayoría de las reclamaciones declaradas inadmisibles están referidas a casos de mala administración en el seno de los Estados miembros.

Una vez admitida a trámite, el Defensor del Pueblo podrá, si lo considera necesario, adoptar disposiciones que permitan tratar con prioridad una reclamación (art. 10.2 DDP).

Además, el Defensor del Pueblo puede aconsejar al reclamante que se dirija a otra autoridad competente (art. 2.5 EDP) e incluso podrá, con el acuerdo del denunciante, remitir su reclamación a dicha autoridad, que puede ser europea o nacional (art. 2.5 DDP). En este sentido, el Defensor del Pueblo suele trasladar con frecuencia el caso a un miembro de la *Red Europea de Defensores del Pueblo*<sup>61</sup> o aconsejarle que se ponga en contacto con un determinado miembro de la Red.

Por último, quisiera remarcar que el Defensor del Pueblo, desde su puesta en funcionamiento, hace ya trece años, ha hecho un esfuerzo permanente por tratar de resolver los problemas que se le plantean. En este sentido, y como ya hemos señalado, ha abogado siempre, a lo largo de sus Informes Anuales desde 1995, por una interpretación no rigorista de los requisitos de admisibilidad de una reclamación, basada en los principios generales de la interpretación más favorable a los derechos del ciudadano.

### 3.3. **Ámbito de competencia del Defensor del Pueblo Europeo: los casos de «mala administración»**

El Defensor del Pueblo procede a todas las investigaciones que considere necesarias (y justificadas) para aclarar todo posible caso de *mala administración* en la actuación de las Instituciones y órganos comunitarios, bien por iniciativa propia, bien como consecuencia de una reclamación, salvo que los hechos alegados sean o hayan sido objeto de un procedimiento jurisdiccional (art. 195 TCE y art. 3.1 EDP).

Nada dicen los Tratados vigentes ni el Estatuto del Defensor del Pueblo (ni tampoco el nuevo Tratado de Lisboa) sobre qué debe entenderse por «*mala administración*».

No obstante, ya incluso antes de proclamarse en el año 2000 la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, que reconoce, en su artículo 41<sup>62</sup> –y

---

<sup>61</sup> Creada en 1996, la Red incluye a todos los Defensores del Pueblo nacionales y regionales de los Estados miembros de la Unión Europea, así como a los de Noruega e Islandia. También forman parte de la Red las Comisiones de Peticiones de la UE.

<sup>62</sup> A tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, el derecho a una buena administración significa, en primer lugar, que toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente, y dentro de un plazo razonable. Además, este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones; el derecho a la reparación por parte de la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los

gracias a la propuesta del Defensor del Pueblo— el *derecho a una buena administración*<sup>63</sup>, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consagró el *principio de buena administración*<sup>64</sup>.

Asimismo, el Defensor del Pueblo Europeo, en su primer Informe Anual al Parlamento Europeo en 1995, consideró que «hay mala administración cuando una institución u órgano comunitario no actúa de acuerdo con los Tratados o la legislación comunitaria, o cuando no respeta o contraviene los principios de derecho establecidos por el Tribunal de Justicia, o vulnera los derechos fundamentales». Además, «la mala administración puede englobar otras muchas prácticas, especialmente: irregularidades administrativas, omisiones administrativas, abusos de poder, negligencia, procedimientos ilícitos, injusticias, casos de disfuncionamiento o incompetencia, discriminación, retrasos injustificados, y falta de información o negativa a facilitar información»<sup>65</sup>.

Pues bien, con el objetivo de definir el significado real de *buena administración*, teniendo en cuenta que la lista anterior no es exhaustiva, el Defensor del Pueblo redactó, después de elaborar un Informe especial al respecto<sup>66</sup>, el *Código Europeo de Buena Conducta Administrativa*, que fue aprobado por una Resolución del Parlamento Europeo de 6 de septiembre de 2001<sup>67</sup>. Este Código de Buena Conducta Administrativa está dirigido a las instituciones y órganos de la Unión Europea, y sus contenidos deben ser respetados por esas administraciones y sus funcionarios en sus relaciones con los ciudadanos.

---

principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros; y el derecho a dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y a recibir una contestación en esa misma lengua.

<sup>63</sup> Sobre el derecho a una buena administración, véase el artículo de J.A. FUENTETAJA que se publica en este mismo número de la Revista.

<sup>64</sup> Véanse, entre otras, la sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1992, C-255/90 P. BURBAN, Rec. 1992, p.I-2253; sentencias del TPI de 18 de septiembre de 1995, T-167/94, Nölle, Rec. 1995, p. II-2589; y de 9 de julio de 1999, T-231-97, New Europe Consulting y otros, Rec. 1999, p. II-2403.

<sup>65</sup> *Rapport Annuel 1995*, p.7.

<sup>66</sup> Véase el *Informe Especial del Defensor del Pueblo Europeo al Parlamento Europeo relativo a su investigación por iniciativa propia sobre la existencia y el acceso público a un Código de buena conducta administrativa en las instituciones y órganos comunitarios (OI/1/98/OV)*, de 11 de abril de 2000.

<sup>67</sup> DO C 72E, de 21 de marzo de 2002. *Código de Buena Conducta Administrativa*, Oficina de Publicaciones de la CE, Luxemburgo, última edición 2005. La idea de un Código similar fue inicialmente propuesta en 1998 por un diputado europeo, R. Perry. El Defensor del Pueblo redactó un proyecto de texto, siguiendo una investigación de oficio y presentándolo como un Informe especial al Parlamento (*vid. Nota supra*). La Resolución del Parlamento Europeo sobre el Código está basada en la propuesta del Defensor del Pueblo, a la que se introdujeron algunos cambios propuestos por R. Perry como Ponente del Informe especial de la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo. El Código tiene en cuenta los principios de Derecho Administrativo europeo contenidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las CCEE, y también en los Derechos nacionales.



### A) *Otros derechos fundamentales protegidos*

Como ya hemos puesto de manifiesto, el Defensor del Pueblo puede investigar los casos de «mala administración» provocados por la vulneración de un derecho fundamental. En este sentido, y sólo a título de ejemplo, voy a señalar algunos de los derechos protegidos por el Defensor a lo largo de estos años.

Como es sabido, la transparencia constituye un principio esencial de la democracia, que no siempre es respetado plenamente por las instituciones y órganos comunitarios. En este sentido, y como señaló en su Informe anual de 1995 el entonces Defensor del Pueblo Europeo, Jacob SÖDERMAN, «el acceso a la información contribuye de manera importante a la transparencia y es un elemento clave para facilitar la participación colectiva o individual de los ciudadanos en las actividades de la Unión».

La existencia de una administración abierta y responsable se garantiza a través de una serie de medidas y derechos, entre los que destaca *el derecho de todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión* (art. 42 de la Carta y artículo 255 del TCE)<sup>68</sup>.

Pues bien, el Defensor del Pueblo ha luchado desde el principio de su puesta en marcha por ampliar en lo posible el acceso a la información proporcionada por las instituciones comunitarias. En este sentido, el Defensor del Pueblo elaboró, en 1997, un *Informe especial dirigido al Parlamento Europeo*, tras haber realizado una investigación de oficio sobre el acceso del público a los documentos, como consecuencia de haber recibido un elevado número de reclamaciones motivadas por la denegación de algunas instituciones y órganos comunitarios a permitir el acceso a sus documentos<sup>69</sup>.

En mayo de 2001, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron un *Reglamento* relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, en virtud del cual estas instituciones deben mantener un registro público de documentos, al que se puede acceder en formato electrónico, y que debe ser permanentemente actualizado<sup>70</sup>.

Por lo que se refiere al acceso del público a los documentos no publicados custodiados por el Defensor del Pueblo, la *Decisión del Defensor del Pueblo por la que se adoptan normas de ejecución*, en su artículo 14, dispone que el público podrá acceder a aquéllos con arreglo a las mismas condiciones y restricciones establecidas

---

<sup>68</sup> Sobre este tema, véase MARTÍN GONZÁLEZ, Y.: «El Defensor del Pueblo Europeo: garante de los derechos a la información y de acceso a los documentos de la Unión Europea», en *Revista de Estudios Europeos* n° 43, 2006, p. 43-54.

<sup>69</sup> *Informe especial del Defensor del Pueblo al Parlamento Europeo elaborado tras la investigación de oficio sobre el acceso del público a los documentos* (616/PUBAC/F/IJH) de 15 de diciembre de 1997.

<sup>70</sup> *Reglamento (CE) 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión* (DO L 145, de 31 de mayo de 2001).

por el *Reglamento* antes citado para el acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

Por otra parte, el concepto de «mala administración» también incluye el no cumplimiento de la legislación comunitaria en materia de protección de datos, y en consecuencia, la posible vulneración del *derecho fundamental de toda persona a la protección de datos de carácter personal que la conciernan*, reconocido en el artículo 8 de la *Carta de los Derechos Fundamentales*.

Para una defensa más eficaz de este derecho, el Defensor del Pueblo Europeo<sup>71</sup> y el *Supervisor Europeo de Protección de Datos*<sup>72</sup>, acordaron mediante un *Memorándum*<sup>73</sup> establecer un sistema de trabajo flexible para evitar una duplicación de procedimientos innecesaria y, en la medida de lo posible, interpretaciones divergentes en tales casos. El objetivo común del Defensor del Pueblo y del Supervisor Europeo es conseguir un mejor uso de los recursos comunitarios y favorecer un planteamiento coherente de los aspectos jurídicos y administrativos de la protección de datos, promoviendo con ello los derechos e intereses de los reclamantes y de los ciudadanos en general. Por lo tanto, el *Memorándum de Acuerdo* no pretende crear derechos ni obligaciones legales, sino una base para una cooperación constructiva entre ambos.

En este sentido, el Defensor del Pueblo Europeo «prevé informar al reclamante, cuando proceda, de las potestades específicas del Supervisor Europeo de Protección de Datos, y de las condiciones necesarias para presentar reclamaciones ante dicha institución relativas al tratamiento de datos personales por parte de las instituciones y órganos comunitarios» (2 A del MA).

El Defensor del Pueblo Europeo también ha velado por *los derechos del personal de las instituciones*. En este sentido, la labor del Defensor del Pueblo consiguió la modificación del Estatuto de los Funcionarios comunitarios, cuyo originario artículo 17 exigía autorización previa para toda publicación que guarde relación con la actividad de las Comunidades.

Al no existir criterios interpretativos de esta norma, y considerando que una interpretación en sentido amplio podría desvirtuar, e incluso vulnerar, el derecho de los funcionarios a la libertad de expresión, el Defensor del Pueblo se dirigió a la Comisión en 1997 y en 2000<sup>74</sup>, advirtiendo de la necesidad de establecer guías de ac-

---

<sup>71</sup> El Defensor del Pueblo Europeo siempre se mostró favorable a la creación de un Supervisor de Protección de Datos. En tal sentido, véase: *Decision of the European Ombudsman adopting implementing rules concerning the tasks, duties and powers of the Data Protection Officer, de 3 de septiembre de 2002*.

<sup>72</sup> El Supervisor Europeo de Protección de Datos fue nombrado por un mandato de cinco años mediante una *Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de noviembre de 2003* (DO L 12, de 17 de enero de 2004). La sede, el estatuto y las condiciones generales de desempeño de sus funciones fueron fijados de común acuerdo por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en la *Decisión n° 1247/2002/CE de 1 de julio de 2002* (DO L 183, de 12 de julio de 2002).

<sup>73</sup> *Memorándum de Acuerdo entre el Defensor del Pueblo Europeo y el Supervisor Europeo de Protección de Datos de 30 de noviembre de 2006* (2007/C 27/07) DO C 27, de 7 de febrero de 2007.

<sup>74</sup> Decisión del Defensor del Pueblo Europeo en el asunto 794/96/EAW/SW/VK, de 13 de octubre de 1997; y Decisión en el asunto 1219/99/ME, de 18 de diciembre de 2000.

tuación que delimitaran más claramente el marco de aplicación de los citados artículos del Estatuto de los Funcionarios.

Con la firma de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, en cuyo artículo 11 se reconoce el derecho de toda persona a la libertad de expresión, el Defensor del Pueblo Europeo realizó en 2002 una investigación de oficio sobre la libertad de expresión de los funcionarios comunitarios<sup>75</sup>, en la que solicitó al Presidente de la Comisión información detallada sobre las iniciativas que iba a tomar la Comisión para garantizar el ejercicio de dicho derecho.

La Comisión se comprometió a presentar una iniciativa para modificar el Estatuto de los funcionarios en tal sentido, modificación que finalmente se produjo en 2003<sup>76</sup> con la incorporación de un artículo 17 bis, en el que se reconoce el derecho de todo funcionario a la libertad de expresión, «en el debido respeto de los principios de lealtad e imparcialidad». Además, cuando un funcionario se proponga publicar, individualmente o en colaboración, cualquier escrito que se refiera a la actividad de las Comunidades, el apartado 2 del artículo 17 bis dispone que el aquél deberá notificárselo previamente a la autoridad facultada para proceder a los nombramientos. Si esta autoridad se halla en condiciones de demostrar que la publicación puede perjudicar gravemente a los intereses legítimos de las CCEE, comunicará por escrito su decisión al funcionario en el plazo de treinta días hábiles a contar desde la recepción de la notificación. En el supuesto de que no se notifique decisión alguna en dicho plazo, se considerará que la autoridad facultada no opone objeción alguna.

### 3.4. *Facultades de investigación*

El Defensor del Pueblo Europeo dispone de amplios poderes de investigación. De hecho, el Tratado de la Unión Europea de 1992, y ahora el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no establece ningún límite para llevar a cabo las investigaciones que considere justificadas para aclarar todo posible caso de mala administración en la actuación de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, salvo que los hechos alegados sean o hayan sido objeto de un procedimiento jurisdiccional. Lógicamente, deberá informar de ello a la institución u órgano afectado, que podrá comunicarle cualquier observación útil.

Sin embargo, el Estatuto del Defensor del Pueblo, al desarrollar el procedimiento de investigación, introduce algunas restricciones a sus facultades de investigación.

En primer lugar, hay que señalar que las instituciones y órganos comunitarios están obligados a facilitar al Defensor del Pueblo, en un plazo razonable, las informaciones requeridas y darle acceso a la documentación relativa al caso. El Defensor del Pueblo podrá examinar el expediente de la institución comunitaria afectada con el fin de comprobar que sus respuestas son precisas y completas. Asimismo, podrá

<sup>75</sup> Decisión del Defensor del Pueblo Europeo en el asunto OI/2001/GG, de 9 de enero de 2002.

<sup>76</sup> *Reglamento (CE/EURATOM) n° 2148/2003 del Consejo de 5 de diciembre de 2003* (DOCE L 323, de 10 de diciembre de 2003).

hacer copias del expediente completo o de documentos específicos del mismo. El Defensor del Pueblo informará al demandante de que se ha efectuado un examen (art. 5.2 DDP).

Las instituciones y órganos comunitarios sólo podrán negarse a ello por razones de *secreto o de confidencialidad debidamente justificadas*. Al constituir una excepción a la obligación generalizada de las instituciones u órganos afectados de facilitar al Defensor del Pueblo la asistencia requerida, la expresión «debidamente justificadas» debe ser interpretada de forma restrictiva, ya que de lo contrario, se estaría otorgando a la administración comunitaria un poder discrecional excesivo, cuando además no existe una definición precisa del «secreto» en Derecho Comunitario.

Por otra parte, el derecho genérico de acceso a la información por parte del Defensor del Pueblo incluye también el derecho de conocer la información de los Estados miembros. En este sentido, el Estatuto dispone que para dar acceso a los documentos procedentes de un Estado miembro clasificados como secretos en virtud de una disposición legislativa o reglamentaria será necesario haber obtenido el acuerdo previo de dicho Estado miembro. Y para dar acceso a los demás documentos procedentes de un Estado miembro será necesario haber advertido al Estado miembro de que se trate. En ambos casos, el Defensor del Pueblo no podrá divulgar el contenido de dichos documentos (art. 3.2 EDP).

Asimismo, aunque las investigaciones del Defensor del Pueblo Europeo no pueden tener por objeto la actuación de los Estados miembros, puede ser necesario requerir información de las autoridades nacionales. En tal sentido, éstas estarán obligadas, cuando el Defensor del Pueblo lo requiera, a facilitar, a través de las Representaciones Permanentes de los Estados miembros ante la Unión Europea, toda la información que pueda contribuir al esclarecimiento de los casos de mala administración por parte de las instituciones u órganos comunitarios, salvo en caso de que dicha información esté cubierta por disposiciones legislativas o reglamentarias relativas al secreto, o por cualquier otra disposición que impida su publicación. No obstante, en este caso, el Estado miembro implicado podrá permitir al Defensor del Pueblo el acceso a dicha información siempre y cuando se comprometa a no divulgar el contenido de la misma (art. 3.3 EDP).

Esta exigencia «machaconamente repetida en el Estatuto de que no divulgue el contenido de los documentos a los que ha tenido acceso en el ejercicio de sus funciones» lleva a plantearse «cómo podrá informar el Defensor al Parlamento fundamentadamente, o articular sus recomendaciones, si no puede revelar el contenido de los documentos sobre los que trabaja en sus investigaciones, y que son precisamente la base de la queja del ciudadano europeo, así como la razón de sus recomendaciones»<sup>77</sup>.

En cuanto a la obligación de los funcionarios y otros agentes de las instituciones y órganos comunitarios a prestar declaración cuando lo solicite el Defensor del Pue-

---

<sup>77</sup> GIL-ROBLES, A.: «Las relaciones del Parlamento Europeo con otras instituciones comunitarias de control y fiscalización», en la obra colectiva dirigida por J.M. GIL-ROBLES, *Los Parlamentos de Europa y el Parlamento Europeo*, Cyan, Madrid 1997, p.310.

blo, el Estatuto dispone que aquéllos «se expresarán en nombre de la administración de la que dependan y conforme a las instrucciones de ésta y tendrán obligación de mantener el secreto profesional» (art. 3.2 EDP).

Estas restricciones establecidas por el Estatuto fueron duramente criticadas por el Defensor el Pueblo en su Informe Anual 1998 al Parlamento Europeo, que las calificó de «innecesarias, e incluso inapropiadas». El entonces Defensor del Pueblo, J. SÖDERMAN, consideró que «tras la idea de una investigación del Defensor del Pueblo, los ciudadanos confían en que éste tenga acceso a todo los hechos y documentos relevantes, aun cuando la información no pueda hacerse completamente pública por estar clasificada. Los ciudadanos deberían tener la seguridad de que las investigaciones del Defensor del Pueblo no están limitadas, y que éste puede llevar a cabo todas las declaraciones e inspeccionar los expedientes que considere necesarios».

Y en cuanto a las restricciones establecidas para las audiciones a los testigos las consideró «inaceptables, porque, si se toman literalmente –argumentaba SÖDERMAN– podrían incluso obligar a un testigo a mentir (por ejemplo, para ocultar un caso de fraude) si así se ha ordenado por parte de sus superiores en la administración (...) De hecho, el razonamiento que sustenta la actual disposición del Estatuto resulta un obstáculo para la correcta tramitación de los asuntos de corrupción y fraude dentro de la administración europea»<sup>78</sup>.

Desde luego, es evidente que estas disposiciones del Estatuto del Defensor del Pueblo rezuman demasiados recelos hacia la función del Defensor del Pueblo y articulan una importante batería de obstáculos en el desarrollo de sus investigaciones, hasta el punto de que puedan ser calificadas como «cláusulas secantes»<sup>79</sup>.

En consecuencia, el Defensor del Pueblo propuso una modificación del artículo 3.2 de su Estatuto en el sentido de eliminar las citadas restricciones. El Parlamento Europeo aprobó una Resolución el 6 de septiembre de 2001 sobre dicha modificación, basada en el Informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales (más conocido como *Informe Garrett*)<sup>80</sup>. Pero la Comisión –que de acuerdo con el artículo 195.4 del TCE tiene la posibilidad de presentar un dictamen sobre el texto revisado, que requiere también la aprobación del Consejo por mayoría cualificada antes de entrar en vigor– emitió un informe negativo el 6 de marzo de 2002<sup>81</sup>. El Defensor del Pueblo respondió a la Comisión el 27 de junio de 2002, lamentando su criterio en contra de la propuesta de modificación y argumentando que su intención no era otra

---

<sup>78</sup> *Informe Anual del Defensor del Pueblo Europeo 1998*, p. 12 y 13. Esta restricción también ha sido cuestionada por la doctrina que ha considerado que este sometimiento del funcionario a las instrucciones de la administración comunitaria «fomenta un espíritu de cuerpo y se sitúa más allá del deber de lealtad del funcionario hacia la administración, para entrar en el terreno de una especie de testimonio dirigido» (STEENBERG KOLZE, cit. p. 83).

<sup>79</sup> GIL-ROBLES, A.: «El Defensor del Pueblo Europeo...», cit., p.235.

<sup>80</sup> *Resolución del Parlamento Europeo sobre la modificación del artículo 3 del Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales de sus funciones* (DO C 72E, de 21 de marzo de 2002) p.336 y 337. *Informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales* (Ponente: Sra. Garrett) A5-0240/2001– PE 294.729 def.

<sup>81</sup> COM (2002)133 final.

que «velar por que su Estatuto reflejara las potestades normales de toda institución moderna del Defensor del Pueblo, que constatará la deducción de las instituciones de la Unión Europea a los principios de buena administración y responsabilidad»<sup>82</sup>. Desde entonces, el Defensor del Pueblo sigue solicitando la revisión de su Estatuto en todos sus Informes anuales dirigidos al Parlamento Europeo, y éste sigue insistiendo en su opinión favorable<sup>83</sup>.

Por otro lado, el Defensor del Pueblo podrá pedir a las instituciones y órganos comunitarios que adopten medidas prácticas que le permitan llevar a cabo sus investigaciones *in situ*. Y podrá encargar los estudios o peritajes que estime necesarios para la realización de una investigación (art. 5.5 DDP).

Si en el marco de sus investigaciones, el Defensor del Pueblo tuviere conocimiento de hechos que considere materia de Derecho Penal, informará inmediatamente a las autoridades nacionales competentes a través de sus Representaciones Permanentes ante la Unión Europea, así como, en su caso, a la institución comunitaria a la que pertenezca el funcionario o el agente afectado; ésta última podrá aplicar, en su caso, el segundo párrafo del artículo 18 del Protocolo sobre Privilegios e Inmunidades de las CCEE (art. 4.2 EDP).

El Defensor del Pueblo podrá, asimismo, informar a la institución u órgano comunitario afectado acerca de los hechos que cuestionen, desde un punto de vista disciplinario, el comportamiento de alguno de sus funcionarios o agentes (art. 4.2 EDP).

En caso de no recibir la asistencia que desee, el Defensor del Pueblo informará de ello al Parlamento Europeo, que emprenderá las gestiones oportunas (art. 3.4 EDP).

Hay que resaltar que el Defensor del Pueblo dispondrá de las mismas facultades de investigación para las investigaciones por iniciativa propia que para las investigaciones abiertas como consecuencia de una reclamación (art. 9.2 DDP).

### 3.5. La resolución de las investigaciones

Si el Defensor del Pueblo determina que existe un caso de mala administración, cooperará en la medida de lo posible con la institución afectada para encontrar una *solución amistosa* que suprima el caso de mala administración y dé satisfacción al reclamante.

Cuando el Defensor del Pueblo considera que una cooperación de este tipo ha tenido éxito archivará el asunto mediante una decisión motivada, e informará de ello al reclamante y a la institución afectada (art. 6 EDP). Hay que señalar que muchas de las soluciones amistosas se logran cuando la institución o el órgano afectado ofrecen

---

<sup>82</sup> Informe Anual del Defensor del Pueblo Europeo 2002, p. 26.

<sup>83</sup> Véase a título de ejemplo el Informe Anual del Defensor del Pueblo 2006 y el Informe del Parlamento Europeo sobre el Informe Anual relativo a las actividades del Defensor del Pueblo Europeo en 2006, de 26 de julio de 2007 (A6-0301/2007 final).

una compensación al reclamante; ahora bien, las ofertas de este tipo se hacen *ex gratia*, es decir, sin admisión de responsabilidad jurídica ni creación de un precedente.

Pero si el Defensor del Pueblo estima que no es posible una solución amistosa, puede decidir archivar el asunto mediante una decisión motivada que podrá contener un *comentario crítico* cuando considera que la institución responsable ya no tiene posibilidad de remediar la mala administración, ésta no ha tenido implicaciones generales y no resulta indicado un seguimiento por parte del Defensor del Pueblo. Cuando proceda de esta forma, informará de su decisión al reclamante (art. 7 EDP).

Un comentario crítico confirma al demandante que su reclamación está justificada e indica a la institución o al órgano en cuestión que ha actuado erróneamente, contribuyendo así a evitar la mala administración en el futuro.

Asimismo, el Defensor del Pueblo puede laborar un informe con *proyectos de recomendación* dirigido a la institución afectada cuando considere que es posible que ésta suprima el caso de mala administración, o que dicho caso tiene consecuencias generales. De su informe y de los proyectos de recomendación, el Defensor el Pueblo deberá enviar una copia a la institución afectada y al reclamante. La institución afectada remitirá al Defensor del Pueblo un informe motivado –que podrá consistir en la aceptación de la decisión del Defensor y en detallar las medidas adoptadas con vistas a la ejecución e los proyectos de recomendación– en el plazo de tres meses. Si el Defensor del Pueblo considera que dicho informe motivado no es satisfactorio, podrá elaborar un *informe especial dirigido al Parlamento Europeo* sobre el caso concreto de mala administración. Este informe especial puede contener *recomendaciones*, y será remitido a la institución afectada y al reclamante (art. 8 EDP). Quiero señalar que el Parlamento Europeo, en sus Resoluciones sobre los Informes Anuales del Defensor del Pueblo, considera que «si una institución se niega a seguir una recomendación incluida en un informe especial del Defensor del Pueblo, incluso después de que el Parlamento la hubiera aprobado, éste podrá usar sus competencias para incoar una acción ante el Tribunal de Justicia por el acto o la omisión objeto de la recomendación del Defensor del Pueblo».

Por otra parte, en la práctica, en aquellos casos en los que el Defensor del Pueblo considera que un proyecto de recomendación no tendría ninguna utilidad, o no parece conveniente elaborar un informe especial dirigido al Parlamento Europeo si la institución u órgano afectados no aceptan el proyecto de recomendación, el Defensor del Pueblo suele formular un comentario crítico.

Es importante recordar que las resoluciones del Defensor del Pueblo no atribuyen o niegan derechos, ni pueden anular una decisión de una institución u órgano comunitario ni obligar a éstos a indemnizar al reclamante de alguna manera. Ahora bien, esto no significa que las resoluciones del Defensor del Pueblo Europeo no generen unos efectos determinados ante las instituciones afectadas o el Parlamento. Una resolución fundada en Derecho y emitida por una autoridad independiente como es el Defensor del Pueblo, que puede recomendar la modificación de una determinada normativa comunitaria que al ser aplicada lesiona derechos fundamentales, y poner en evidencia a las instituciones u órganos comunitarios afectados por casos de mala administración claramente demostrados, *«puede resultar más devasta-*

*dora que la más estricta de las sentencias judiciales*». Porque al final, la administración comunitaria pretende aparecer ante la opinión pública como una estructura transparente, eficaz y cercana a lo ciudadanos europeos, y siendo consciente de su mala imagen ante éstos, no querrá deteriorarla aún más haciendo caso omiso de las recomendaciones del Defensor del Pueblo.

Y por último, podríamos plantearnos una vieja máxima del Derecho Romano: *¿Quién guarda a los guardianes?*, es decir, ¿qué ocurre cuando el reclamante considera que la actuación del Defensor del Pueblo le ha ocasionado un perjuicio?<sup>84</sup>

Aunque ni el Tratado ni el Estatuto del Defensor del Pueblo contemplan la presentación de recursos contra las decisiones del Defensor del Pueblo en relación con la tramitación o los resultados de la investigación de una reclamación, la jurisprudencia comunitaria ha admitido que los reclamantes pueden, de acuerdo con el actual artículo 288 del TCE presentar demandas por daños y perjuicios en contra del Defensor del Pueblo sobre la base de una supuesta tramitación incorrecta de una reclamación por parte de éste, al igual que contra las instituciones y demás órganos comunitarios. Esta orientación jurisprudencial se inició en el año 2002 con una sentencia del Tribunal de Primera Instancia que resolvía un recurso de indemnización por responsabilidad extracontractual interpuesto por un reclamante contra el Defensor del Pueblo, y posteriormente fue confirmada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 2004.

En cuanto al fondo, tanto el Tribunal de Justicia, como el Tribunal de Primera Instancia dejaron claro que «la responsabilidad extracontractual del Defensor del Pueblo sólo puede generarse si se produce un incumplimiento flagrante y manifiesto de las obligaciones que le incumbe en este ámbito»<sup>85</sup>. Y en el caso concreto que se había planteado, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas confirmó la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, y consideró que el Defensor del Pueblo no había incumplido ninguna de sus obligaciones<sup>86</sup>, por lo que no cabía dicha responsabilidad extracontractual.

### 3.6. Los Informes Anuales: su impacto

De conformidad con lo establecido en el Tratado y en el Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo, éste deberá presentar al Parlamento Europeo *un Informe Anual* sobre el conjunto de sus actividades y, particularmente, sobre el resultado de sus investigaciones. El Informe Anual podrá contener todas las recomendaciones que el Defensor del Pueblo considere oportunas para dar cumplimiento a su mandato.

---

<sup>84</sup> Véase el comentario a un caso ocurrido en 1999 en la nota de FERRER JEFFREY, B.: «Presente y futuro del Defensor del Pueblo Europeo, guardián de la buena administración», en *Revista de Derecho de la Unión Europea* n° 3, 2º Semestre de 2002, p. 350-351.

<sup>85</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de abril de 2002, *Lamberts vs Defensor del Pueblo*, T-209/00, Rec. 2002.

<sup>86</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las CCEE de 23 de marzo de 2004 en el asunto C-234/02, *Defensor del Pueblo vs Frank Lamberts*.



El Informe Anual es un modelo consolidado de evaluación sintética de las actividades desarrolladas por el Defensor del Pueblo Europeo. En cuanto a su *estructura*, el Informe Anual del Defensor del Pueblo Europeo consta de seis capítulos y cuatro anexos. Aparte de un resumen de actividades que constituye el capítulo 1, el capítulo 2 describe los procedimientos del Defensor del Pueblo para tramitar las reclamaciones y llevar a cabo las investigaciones. En él se ofrece un resumen de las reclamaciones tramitadas a lo largo del año, junto a un análisis temático de los asuntos archivados tras una investigación. Dicho análisis abarca las conclusiones más importantes de hecho y de derecho que figuran en las decisiones adoptadas por el Defensor del Pueblo.

El capítulo 3 presenta una selección de resúmenes de las decisiones del Defensor del Pueblo en el año correspondiente, y abarca los distintos temas e instituciones a los que se refieren las reclamaciones y las investigaciones de oficio. Por su parte, en el capítulo 4 se hace referencia a las relaciones del Defensor con otras instituciones y órganos de la Unión Europea; en el capítulo 5 a las relaciones que mantiene con sus homólogos nacionales, regionales y locales de Europa y de otros países. Y el capítulo 6 describe sus actividades de comunicación (visitas, conferencias, reuniones, relaciones con los medios de comunicación, publicaciones, página web...).

Por lo que se refiere a los Anexos, el Anexo A contiene las estadísticas sobre la labor del Defensor del Pueblo en el año de que se trate. Los Anexos B y C ofrecen información detallada sobre el presupuesto y el personal de la Oficina del Defensor del Pueblo respectivamente; y por último, el Anexo D contiene un índice analítico de las decisiones incluidas en el capítulo 3, clasificadas por número de asunto, por tema y por tipo de mala administración denunciada. Además incluye una lista de los asuntos más destacados y de todos los asuntos archivados con un comentario crítico en el año correspondiente.

El Informe Anual es, en primer lugar, objeto de debate en la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, que emite un Informe que es enviado también al Pleno del Parlamento Europeo para su debate (art. 195.2 RPE)<sup>87</sup>. Posteriormente, el Informe Anual del Defensor del Pueblo es sometido al Pleno del Parlamento que lo aprueba mediante una *Resolución*, en la cual el Parlamento Europeo hace una valoración del informe y hace expresas una serie de peticiones a las instituciones y órganos comunitarios en el sentido de cooperar de manera constructiva con el Defensor del Pueblo en todas las etapas del procedimiento, aplicar sus proyectos de recomendación, y respetar las observaciones críticas, teniéndolas en cuenta en sus futuras acciones.

Pues bien, según el *Informe Anual que el Defensor del Pueblo remitió al Parlamento Europeo*<sup>88</sup>, en el año 2007 se recibieron 3.211 reclamaciones (3.056 de ciuda-

---

<sup>87</sup> A título de ejemplo, véanse los *Informes de la Comisión de Peticiones del PE sobre el Informe anual relativo a las actividades del Defensor del Pueblo Europeo en 1997* (Ponente: E. Newman) (PE 226.262/def., de 26 de junio de 1998) y *en 2006* (Ponente: L. Sbarbati) PE 390.565v02-00, de 26 de julio de 2007.

<sup>88</sup> *Informe Anual 2007 del Defensor del Pueblo Europeo (Resumen y Estadísticas)*, p. 9 y ss.

danos particulares y 155 de empresas u organizaciones) frente a las 3.830 de 2006. Sin embargo, el número de reclamaciones admitidas a trámite aumentó tanto en términos absolutos como relativos: de 449 en 2006 (un 12% del total) a 518 en 2007 (un 16%). En consecuencia, el número de investigaciones emprendidas en 2007 creció en un 17%.

A lo largo del citado año se iniciaron un total de 303 investigaciones nuevas a partir de las reclamaciones recibidas. Y además, se iniciaron 6 investigaciones de oficio.

Al igual que en años anteriores, una amplia mayoría de las reclamaciones, en concreto 413 (el 64% del total) se referían a la Comisión Europea. Esto es totalmente normal si tenemos en cuenta que la Comisión es la principal institución comunitaria que toma decisiones que afectan directamente a los ciudadanos y a las empresas. Además, hubo 87 investigaciones (14%) relativas a la *Oficina Europea de Selección de Personal*, 59 (9%) al Parlamento Europeo, 22 (3%) a la *Oficina Europea de la Lucha contra el Fraude*, 8 (1%) al Consejo de la Unión Europea, y 59 (9%) referidas a otras instituciones y órganos comunitarios.

Por lo que se refiere a los resultados de sus investigaciones, el Defensor del Pueblo constató en 95 asuntos que no existía mala administración; 129 fueron resueltos por la propia institución u órgano afectado; 5 investigaciones fueron archivadas tras obtener una solución amistosa; y 55 lo fueron con un comentario crítico. Se redactaron 8 proyectos de recomendación, y 7 proyectos formulados en 2006 dieron lugar a sendas decisiones en 2007. Tres asuntos fueron archivados al aceptar la institución el proyecto de investigación, y sólo un caso dio lugar a un informe especial dirigido al Parlamento Europeo.

Además, el Parlamento Europeo debe dar la mayor difusión a estos informes y hacer un seguimiento continuado de las recomendaciones más relevantes, seguimiento que también realiza el propio Defensor del Pueblo.

En la práctica, el impacto de estos informes está en la publicidad que se da a las críticas que hace el Defensor del Pueblo Europeo sobre la actuación de la administración comunitaria por parte del Parlamento Europeo, y cómo no, por la prensa. Esta publicidad representa una importante «sanción» para las instituciones y órganos comunitarios.

#### **4. LAS RELACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO CON LOS DEFENSORES DEL PUEBLO Y ÓRGANOS SIMILARES: LA RED EUROPEA DE DEFENSORES DEL PUEBLO**

*La Red Europea de Defensores del Pueblo* engloba con carácter voluntario a los Defensores del Pueblo nacionales y regionales y a los órganos similares de los Estados miembro de la Unión Europea, a los Defensores del Pueblo nacionales de Noruega e Islandia y de los países candidatos a la adhesión, así como al Defensor del Pueblo Europeo y a la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo.

Esta Red fue creada en 1996 y se ha ido desarrollando desde entonces hasta convertirse en una eficaz herramienta de colaboración para los defensores del pueblo y sus colaboradores. Además, constituye un eficaz mecanismo de cooperación en la tramitación de las reclamaciones remitidas al Defensor del Pueblo Europeo, ya que le permite tramitar aquellas que están fuera de su ámbito de competencia de una forma rápida y eficaz.

La Red permite también compartir e intercambiar las experiencias y mejores prácticas de sus miembros a través de seminarios, reuniones, en un boletín periódico, un foro de internet y en una publicación electrónica diaria.

Precisamente en el *VI Seminario de Defensores del Pueblo nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de los países candidatos*, celebrado en Estrasburgo los días 14, 15 y 16 de octubre de 2007, se adoptó una *Declaración*<sup>89</sup> con el fin de dar a conocer mejor la labor que realizan los Defensores del Pueblo, así como clarificar los servicios que prestan a los reclamantes sobre cuestiones relativas al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea.

## 5. LA AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

La creación de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea por el *Reglamento (CE) n° 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007*<sup>90</sup>, culmina un proceso iniciado con la decisión adoptada por el Consejo Europeo de 13 de diciembre de 2003 por la que se ampliaba el mandato del *Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia*<sup>91</sup> con el fin de convertirlo en una Agencia de Derechos Humanos.

Esta Agencia se crea al amparo de lo dispuesto en el artículo 308 del TCE, que permite adoptar decisiones *necesarias* para lograr los objetivos del Tratado ya que en éste no existe ningún precepto que prevea la capacidad para actuar en el ámbito de los derechos fundamentales. Por eso, como se ha señalado recientemente, «resulta cuando menos curioso que en la motivación del Reglamento se afirme que la contribución de la Agencia a la promoción de los derechos humanos «*es probable*» que ayude a lograr los objetivos de la Comunidad»<sup>92</sup>.

### 5.1. Objetivo y cometidos

El *objetivo* prioritario de la nueva Agencia es «proporcionar a las instituciones, órganos, organismos y agencias competentes de la Comunidad y a sus Estados

<sup>89</sup> Esta Declaración está incluida en el Informe Anual 2007 del Defensor del Pueblo Europeo: *Annual Report 2007*, p.130-133

<sup>90</sup> DO L 53, de 22 de febrero de 2007.

<sup>91</sup> Creado por el Reglamento (CE) n° 1035/97 del Consejo (DO L 151, de 10 de junio de 1997).

<sup>92</sup> PI LLORENS, M.: «La Agencia de los derechos fundamentales de la Unión Europea: ¿avance u oportunidad perdida?», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 27, mayo-agosto 2007, p. 560.

miembros cuando apliquen el Derecho Comunitario, ayuda y asesoramiento en materia de derechos fundamentales con el fin de ayudarles a respetarlos plenamente cuando adopten medidas o establezcan líneas de actuación en sus esferas de competencias respectivas» (art. 2 RADF).

Para cumplir este objetivo, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 del Reglamento mencionado, la Agencia deberá:

a) Recopilar, registrar, analizar y difundir datos e informaciones pertinentes, objetivos, fiables y comparables, incluidos los resultados de las actividades de investigación y supervisión que le comuniquen los Estados miembros, las instituciones de la Unión, así como los órganos, organismos y agencias de la Comunidad y de la Unión, los centros de investigación, los organismos nacionales, las organizaciones no gubernamentales, los terceros países y las organizaciones internacionales, y en particular, los organismos competentes del Consejo de Europa.

b) Desarrollar métodos y normas para mejorar la comparabilidad, la objetividad y la fiabilidad de los datos a escala europea, en cooperación con la Comisión y los Estados miembros.

c) Realizar o fomentar investigaciones y trabajos científicos, estudios preparatorios y de viabilidad, o colaborar en ellos, incluso cuando resulte apropiado y sea compatible con sus prioridades y su programa de trabajo anual, a petición del Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión.

d) Formular y publicar, por propia iniciativa o a petición del Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión, conclusiones y dictámenes sobre temas concretos para las instituciones de la Unión y los Estados miembros cuando apliquen el Derecho Comunitario.

e) Publicar un informe anual sobre las cuestiones relativas a los derechos fundamentales cubiertas por los ámbitos de actividad de la Agencia, en el que también se resaltarán los ejemplos de buenas prácticas.

f) Publicar informes temáticos basados en sus análisis, investigaciones y encuestas.

g) Publicar un informe anual sobre sus actividades.

h) Desarrollar una estrategia de comunicación y fomentar el diálogo con la sociedad civil, con el fin de sensibilizar a la opinión pública ante los derechos fundamentales.

Ahora bien, la Agencia no podrá abordar la legalidad de los actos adoptados en virtud del artículo 230 del TCE (recurso de anulación), ni la cuestión de si un Estado miembro ha incumplido alguna de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado a los efectos del artículo 266 (recurso por incumplimiento) (art. 4.2 RADF).

Así pues, el Reglamento configura la Agencia de los Derechos Fundamentales como un órgano de información y consulta, y no de vigilancia y control del respeto de esos derechos<sup>93</sup>. En este sentido, hay que subrayar que la Agencia no puede reci-

---

<sup>93</sup> Véase HOWARDS, E.: «The European Union Agency for Fundamental Rights», en *European Human Rights Law Review*, nº 4/2006.

bir quejas ni examinar denuncias sobre supuestas vulneraciones de los Derechos Fundamentales.

## 5.2. **Ámbito de aplicación**

De conformidad con lo establecido en el artículo 3.1 del Reglamento de creación de la Agencia, ésta «realizará sus cometidos en el marco de las competencias que el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea confiere a la Comunidad», lo cual excluye –debido especialmente a la fuerte oposición del Reino Unido y Alemania– su posible intervención en el ámbito del tercer pilar, esto es, la cooperación policial y judicial, uno de los sectores en los que podría haber actuado con mayor eficacia<sup>94</sup>.

Además, el Reglamento circunscribe el ejercicio de su misión a los derechos fundamentales definidos en el artículo 6.2 del TUE (art. 3.2 RADF) suprimiendo la mención expresa a la *Carta de los Derechos Fundamentales* que se recogía en la propuesta de la Comisión. Ello a pesar de que los considerandos n° 2 y n° 9 del Reglamento por el que se crea la Agencia se refieren a la misma, e incluso señalan que en el ejercicio de sus funciones, la Agencia deberá referirse, en particular, a la Carta de los Derechos Fundamentales, y que su estrecha vinculación con ella «debe reflejarse en el nombre de la Agencia».

Y por último, el artículo 3.3 del citado Reglamento limita el ámbito competencial de la Agencia a «las cuestiones relativas a los derechos fundamentales en la Unión Europea y en sus Estados miembros *cuando apliquen el Derecho Comunitario*», por lo que aquélla no podrá hacer un seguimiento de la situación de los derechos humanos en los Estados miembros, ni siquiera en lo que se refiere a lo dispuesto en el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea, es decir, cuando se produzca una violación grave y persistente de los derechos humanos por parte de un Estado miembro.

## 5.3. **Organización y Funcionamiento**

La Agencia funciona de manera independiente y está estructurada en un Consejo de Administración, un Consejo Ejecutivo, un Comité Científico y un Director.

### A) *El Consejo de Administración*

De conformidad con lo dispuesto con el artículo 12 del Reglamento de creación de la Agencia, el Consejo de Administración es el órgano de programación y de vigilancia de la Agencia, y está compuesto por personas con una experiencia idónea en la gestión de organizaciones del sector público o privado y, además, con conocimientos en el ámbito de los derechos fundamentales: una persona independiente de

---

<sup>94</sup> SCAFFARDI, L.: «L'incerto mandato dell'Agencia europea per i diritti fondamentali», en *Quaderni Costituzionali. Revista Italiana di Diritto Costituzionale*, 1/2008, p. 158.

signada por cada Estado miembro; una persona independiente designada por el Consejo de Europa; y dos representantes de la Comisión. Su mandato será de cinco años no renovable. Entre sus funciones destaca la de designar y, en caso necesario, destituir, al Director de la Agencia.

### ***B) El Consejo Ejecutivo***

El Consejo Ejecutivo está compuesto por el Presidente y el Vicepresidente del Consejo de Administración, otros dos miembros designados por el propio Consejo y por uno de los representantes de la Comisión en el Consejo de Administración. Tiene como misión principal asistir al Consejo de Administración. En este sentido, prepara las decisiones del Consejo de Administración y asesora al Director, el cual puede asistir a sus reuniones con voz pero sin voto (art. 13 RADF).

### ***C) El Comité Científico***

El Comité Científico está compuesto por once personalidades independientes especialmente cualificadas en el ámbito de los derechos fundamentales, nombradas por el Consejo de Administración tras un procedimiento transparente de convocatoria de candidaturas y selección, previa consulta a la Comisión competente del Parlamento Europeo, procurando garantizar una representación geográfica equilibrada. Su mandato será de cinco años no renovable (art. 14 RADF).

### ***D) El Director***

La Agencia está dirigida por un Director, designado por el Consejo de Administración en función de sus méritos personales, su experiencia en el ámbito de los derechos fundamentales, y sus conocimientos en materia administrativa y de gestión. Su designación se hará de conformidad con el método de «cooperación», en virtud del cual sobre la base de una lista elaborada por la Comisión tras una convocatoria de candidatos y un proceso de selección transparente, se pedirá a los solicitantes que se dirijan al Consejo y a la comisión competente del Parlamento Europeo y respondan a diversas preguntas. El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea emitirán sus dictámenes y declararán sus órdenes de preferencia. Finalmente, el Consejo de Administración de la Agencia nombrará al Director teniendo en cuenta dichos dictámenes (art. 15.2 RADF). Su mandato de cinco años podrá ser prorrogado, a propuesta de la Comisión, por un período no superior a tres años (art. 15.3 RADF).

El Director es responsable de la ejecución de los cometidos de la Agencia, de la preparación y ejecución del programa de trabajo anual, de todas las cuestiones relacionadas con su personal, de los asuntos de administración ordinaria, de la ejecución del presupuesto de la Agencia, de la aplicación de procedimientos eficaces de seguimiento y evaluación de las realizaciones de la Agencia, y de la cooperación con los funcionarios de enlace nacionales y con la sociedad civil (art. 15.4 RADF).

El danés Morten KJAERUM es, desde el 1 de junio de 2008, el Director de la Agencia<sup>95</sup>.

**PALABRAS CLAVE:** Defensor del Pueblo Europeo. Mala administración. Derechos fundamentales. Ciudadanos. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

**RESUMEN:** El objeto de este trabajo es el estudio del importante papel desarrollado por el Defensor del Pueblo Europeo desde su reconocimiento en el Tratado de la Unión Europea. Esta figura ha hecho posible un mayor acercamiento a los ciudadanos de las instancias decisorias de la Unión, y sobre todo, ha reforzado el sistema de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión, ya que puede investigar los casos de mala administración de las instituciones y órganos comunitarios. Por el contrario, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sólo es un órgano de información y consulta, y no de vigilancia y control de esos derechos.

**KEY WORDS:** The European Ombudsman. Maladministration. Fundamental rights. Citizens. The European Union Agency for Fundamental Rights.

**ABSTRACT:** The aim of this article is to study the important and decisive role that the figure of the European Ombudsman has played in the European arena since 1992. On one hand, the political power of this figure has made possible a real approach to the European citizens to the decisory organs; On the other hand, it has reinforced the system of protection of the Fundamental Rights within the legal framework of the Union. These facts make possible for the European Ombudsman to investigate the maladministration in the activities of the institutions and bodies of the European Union. On the contrary, the European Union Agency for Fundamental Rights remains only a consultative organ, not being able to protect and control these rights.

---

<sup>95</sup> Resulta de interés el enlace de la Agencia: <http://www.fra.europa.eu/>





# EL CONTROL DE LEGALIDAD EN LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES INTERNACIONALES ANTITERRORISTAS POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA ¿TUTELA JUDICIAL EFECTIVA O VUELTA A LA DOCTRINA DE LOS ACTOS POLÍTICOS\*

FRANCISCO JIMÉNEZ GARCÍA

*Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.  
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).*

SUMARIO: I. En aras a la tutela judicial efectiva, ¿reglamentación internacional o cooperación interestatal frente a la asimetría personal en la lucha antiterrorista? II. El debate en el marco de la Unión Europea: los derechos humanos como parámetro de legalidad comunitaria *versus* ejecución automática de las sanciones del Consejo de Seguridad. El test de la «protección equivalente» del TEDH. III. La internacionalización de la doctrina de los actos políticos y la implantación de una nueva «protección diplomática» en el seno de la UE como alternativa a la tutela jurisdiccional. Consideraciones acerca de los asuntos *Yusuf y Kadi*: indefensión en interés del orden público internacional. 3.1. *Imputación confidencial y sumaria de cargos de terrorismo e imposibilidad de defensa e impugnación judicial.* 3.2. *Automatismo y naturaleza reglada de los actos comunitarios de ejecución: sucesión de actos políticos o de gobierno sin resquicio alguno de control jurisdiccional efectivo. ¿La discrecional protección diplomática como alternativa?* IV. Atisbos de soluciones sugerentes aunque insuficientes: desde la ampliación pretoriana del sistema de recursos del Tercer Pilar a su descomunitarización, pasando por la vuelta al sistema de garantías inherente al proceso judicial equitativo. 4.1. *Los ordenamientos nacionales como garantes de la tutela judicial negada en el ámbito comunitario: la diligente protección diplomática de los ciudadanos comunitarios como obligación de los Estados miembros en el marco de actuación del Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad.* 4.2. *Concreción de garantías y delimitación de los derechos afectados. La ampliación del sistema de recurso del Tercer Pilar a todos los actos con efectos frente a terceros y la nulidad de las decisiones del Consejo por falta de motivación suficiente. La ausencia de vinculación directa o automática con el*

---

\* Trabajo realizado en el contexto del Proyecto de investigación titulado «Crímenes internacionales, Terrorismo y Delincuencia organizada: nuevos desafíos del Derecho penal internacional» (SEJ2005-0626/JURI) y del Proyecto de investigación titulado «Terrorismo, Democracia y Derechos Humanos» (URJC-CM-2006-CSH-0590).

*Consejo de Seguridad. A) La vuelta al sistema de garantías derivadas del derecho a un proceso equitativo: el asunto Modjahedines. B) La interpretación teleológica-sistemática del TJCE: la ampliación de los recursos judiciales previstos en el Título VI TUE sobre todos los actos con efectos frente a terceros del Tercer Pilar (asuntos Segi/Gestoras). C) La «descomunitarización normativa y nacionalización judicial» del Tercer Pilar propuesta por el Abogado General Paolo Mengozzi. V. Conclusiones: a la espera de Lisboa tras el fortalecimiento del derecho a la tutela judicial efectuado por la Gran Sala del TJCE en sus Sentencias de 3 de septiembre de 2008. .*

## **I. EN ARAS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, ¿REGLAMENTACIÓN INTERNACIONAL O COOPERACIÓN INTERESTATAL FRENTE A LA ASIMETRÍA PERSONAL EN LA LUCHA ANTITERRORISTA?**

Si bien es verdad que el tema del terrorismo internacional no constituye una novedad en el ordenamiento internacional, que viene prestando atención a esta cuestión desde principios del siglo XX<sup>1</sup>, sin embargo su actual formulación, tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, sí responde a unos parámetros novedosos que podemos centrar en tres cuestiones principales: el activismo normativo, fiscalizador y sancionador del Consejo de Seguridad y los distintos Comités contra el terrorismo por él establecidos<sup>2</sup>, la naturaleza reglamentaria de las medidas adopta-

---

<sup>1</sup> Acerca de esta cuestión, *vid.* F. JIMÉNEZ GARCÍA, «Derecho internacional penal y terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente», en *Conflictos y Protección de Derechos Humanos en el Orden Internacional. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. VI, Universidad País Vasco, Bilbao, 2006, pp. 303-348; C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ y F. JIMÉNEZ GARCÍA, *Terrorismo y Derechos Humanos. Una Aproximación desde el Derecho Internacional*, Fundación de Víctimas del Terrorismo, Dykinson, Madrid, 2005.

<sup>2</sup> Actualmente funcionan tres comités: el Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1267 (1999) relativa a Al-Qaida, los talibanes y personas y entidades asociadas (el «Comité 1267»; el Comité contra el Terrorismo creado por la Resolución 1373 (2001); El Comité 1540, creado por la Resolución 1540 (2004), aprobada por unanimidad el 28 de abril de 2004, en la que el Consejo de Seguridad abordó la cuestión de las armas de destrucción en masa, incluida la posibilidad de que agentes no estatales pudieran tener acceso a ellas. Entre otras cosas, en esta última resolución se exige a los Estados que se abstengan de suministrar apoyo a los agentes no estatales que traten de adquirir, emplear o transferir armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores. Asimismo, se exige a los Estados que adopten y hagan cumplir medidas eficaces para instaurar controles nacionales a fin de prevenir la proliferación de las armas nucleares, químicas y biológicas y sus sistemas vectores. Por último, en 2004, el Consejo aprobó la Resolución 1566 (2004), por la que se estableció un grupo de trabajo encargado de presentar recomendaciones sobre las medidas prácticas que habrían de imponerse contra las personas, los grupos y las entidades involucradas en actividades terroristas que no fuesen identificados por el Comité 1267, así como de considerar la posibilidad de establecer un fondo para indemnizar a las víctimas de actos de terrorismo. Sobre las actividades y documentación de estos Comités *vid.* [http://www.un.org/spanish/terrorism/sc\\_bodies.shtml](http://www.un.org/spanish/terrorism/sc_bodies.shtml).

das superando las obligaciones de cooperación que venía siendo la regla general en la actuación sancionadora del Consejo de Seguridad y, por último, que dichas medidas, bajo la denominación de «sanciones selectivas o inteligentes» («targeted or smart sanctions» en la terminología anglosajona) tienen como destinatarios directamente a personas, grupos de personas o entidades privadas y no a los Estados como sujetos internacionales. Como ha recordado el Tribunal de Primera Instancia comunitario (en adelante, TPI), tales sanciones sustituyen las medidas clásicas de embargo comercial generalizado contra un país por otras medidas más específicas y selectivas, tales como las sanciones económicas o financieras, las prohibiciones de viajar o los embargos sobre las armas o sobre productos específicos, a fin de reducir las penalidades de la población civil del país de que se trate, pero imponiendo al mismo tiempo auténticas sanciones al régimen gubernamental del Estado sancionado o a sus dirigentes. Además se indica que así como resulta legítimo y se justifica tanto por razones de eficacia como por consideraciones humanitarias que las sanciones económicas o financieras se apliquen específicamente a los dirigentes de un país tercero, en vez del país como tal, también es necesario que tales sanciones puedan aplicarse a los individuos y entidades asociados con dichos dirigentes o controlados directa o indirectamente por ellos, con independencia del lugar en que se encuentren<sup>3</sup>.

Sobre esta última cuestión, se ha de resaltar que la más reciente práctica sancionadora antiterrorista post 11 de septiembre de 2001, no se caracteriza exclusivamente por extender la condición de «estatalidad» a personas o grupos de personas en virtud de conocidos principios de Derecho internacional, como el «control efectivo» de parte del territorio de un Estado (dentro del cual podría incluirse las *sanciones discriminatorias al tráfico de diamantes relacionado con conflictos* en países africanos donde las guerras se financian, en parte, con el comercio ilícito de diamantes para obtener armas y material conexo<sup>4</sup>), así como las distintas manifestaciones no directamente estatales del elemento subjetivo de la responsabilidad internacional relativo a la atribución de un comportamiento al Estado<sup>5</sup>, sino que incorpora medidas coercitivas contra personas que no presentan en ese momento tal vinculación estatal.

---

<sup>3</sup> Cfr. apartados 113-116 de la Sentencia TPI (Sala Segunda ampliada), *Yusuf/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, asunto T-306/01, de 21 de septiembre de 2005 (<http://curia.europa.eu/>).

<sup>4</sup> Los diamantes de zonas en conflicto proceden de zonas controladas por fuerzas o facciones opuestas a gobiernos legítimos e internacionalmente reconocidos y se utilizan para financiar actividades militares en contra de esos gobiernos, o en contravención de las decisiones del Consejo de Seguridad. El objetivo de las mismas se centra en la actuación contra los grupos rebeldes de operan principalmente en Angola, Sierra Leona y Liberia. Sobre estas medidas puede consultarse la siguiente dirección electrónica de Naciones Unidas: <http://www.un.org/spanish/docs/comitesanciones/Diamond.html>. También resultan de interés las resoluciones del Consejo de Seguridad que condenan la violación del derecho humanitario y de los derechos humanos por parte de grupos no estatales, como es el caso de la Resolución 1564 (2004) sobre Sudán; la Resolución 1214 (1998) sobre Afganistán; la Resolución 1198 (1998) sobre Sierra Leona; la Resolución 1001 (1995) sobre Liberia; la Resolución 1464 (2003) sobre Costa de Marfil; la Resolución 1797 (2003) sobre la República Democrática del Congo.

<sup>5</sup> Cfr. artículos 4 a 11, en particular artículos 5, 8 y 11, del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (Resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001 de la Asamblea General de las Naciones Unidas). Se trata de un tema que ha generado una abun-

Se trata de una cuestión que, como se analizará más adelante, se ha planteado con especial interés en el sistema competencial de la Unión Europea. Así en los asuntos *Yusuf/Barakaat y Kadi*<sup>6</sup>, los demandantes sostuvieron que una interpretación de los artículos 60 y 301 TCE que trataba a unos ciudadanos comunitarios como países terceros vulneraba el principio de legalidad formulado en los artículos 5 y 7 TCE, así como del principio según el cual la legislación comunitaria debe ser precisa y su aplicación previsible para los justiciables<sup>7</sup>. Frente a tal pretensión, el TPI llega a la conclusión de que tales medidas personales constituían efectivamente sanciones económicas contra un país tercero puesto que las resoluciones del Consejo de Seguridad, origen de las medidas de la Unión, establecían, en virtud de la teoría del control efectivo, una vinculación explícita, incluso confusión, entre el territorio afgano,

---

dante literatura jurídica. A este respecto y desde la conceptualización de estas medidas como «personalización de las medidas coercitivas del Consejo de Seguridad», L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ destaca que mediante la articulación de disposiciones dirigidas contra estos actores no estatales, incluidos determinados individuos, «se pretende conseguir una presión más directa y acuciante sobre las personas que tienen capacidad para reconducir la actuación o situación del Estado afectado sin repercutir esas restricciones contra su población... Se trata, en cualquier caso, de sanciones que tienen un punto de referencia estatal, en la medida que se adoptan contra los dirigentes de un Estado o de un grupo beligerante que opera en un determinado Estado», *vid.* «Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los Talibanes: ¿son realmente inteligentes?», *Revista Española de Derecho Internacional* 2006-2, pp.739-740. Del mismo autor, *vid.* *La Financiación del Terrorismo y las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid 2008, en particular, pp. 117-156. *Vid.* asimismo, A. BIANCHI, «Security Council's anti-terror resolutions and their implementation by Member States: an overview», *Journal of International Criminal Justice*, 2007-5, pp. 1044-1073; E.J. FLYNN, «The Security Council's Counter-Terrorism Committee and Human Rights.» *Human Rights Law Review*, 2007-2, pp. 371-384; B. FASSBENDER, *Targeted Sanctions and Due Process*, 20 de marzo 2006 ([http://www.un.org/law/counsel/Fassbender\\_study.pdf](http://www.un.org/law/counsel/Fassbender_study.pdf)); I. CAMERON, *The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions* ([http://www.coe.int/t/e/lega\\_affairs/lega\\_cooperaton/public\\_internacional\\_law/Texts\\_&\\_Documents/2006/1.%20Cameron%20Report%2006.pdf](http://www.coe.int/t/e/lega_affairs/lega_cooperaton/public_internacional_law/Texts_&_Documents/2006/1.%20Cameron%20Report%2006.pdf)); P. ANDREAS, «Criminalizing Consequences of Economic Sanctions: Embargo Busting and Its Legacy.» *International Studies Quarterly*, 2005-2, pp. 335-360; P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, «Derecho, moral y eficacia en la práctica de sanciones del Consejo de Seguridad», en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Prof. J.A. Carrillo Salcedo*, Sevilla 2005, pp.155-176; E. ROSAND, «The Security Council's Efforts to Monitor the Implementation of Al Qaeda/Taliban Sanctions.» *American Journal of International Law* 2004-4, pp. 745-763; E. MILLER, «The use of targeted sanctions un the fight against International terrorism-what about human rights?», *97 ASIL Proc.* 2003, pp. 46-51; S. RIPOLL CARULLA, *El Desarrollo de la Potestad Sancionadora del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Contribución al Estudio del Concepto de Sanción Internacional)*, Oñati 2003; D. CORTRIGHT y G.A. LOPEZ (eds.) *Smart Sanctions: Toward Effective and Humane Sanctions Reform*. Lanham, MD: Rowman and Littlefield 2002.

<sup>6</sup> Sentencias TPI (Sala Segunda ampliada), *Ahmed Alí Yusuf/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, asunto T-306/01, y *Yassin Abdullah Kadi c. Consejo y Comisión*, asunto T-315/01, ambas de 21 de septiembre de 2005 (<http://curia.europa.eu/>).

<sup>7</sup> El artículo 301 TCE, al que se remite el artículo 60, dispone que «cuando una posición común o una acción común, adoptadas con arreglo a las disposiciones del Tratado de la Unión Europea relativas a la política exterior y de seguridad común, impliquen una acción de la Comunidad para interrumpir o reducir parcialmente o en su totalidad las relaciones económicas con uno o varios terceros países, el Consejo adoptará las medidas urgentes necesarias. El Consejo decidirá por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión».

el gobierno del régimen de los talibanes y Usamah BIN LADIN<sup>8</sup>. Argumento que decae cuando el Tribunal constata que, a partir de la intervención militar en Afganistán y la caída del régimen de los talibanes, ya no se puede seguir manteniendo esta identificación de personas con terceros países y que los artículos 60 y 301 TCE ya no pueden constituir una base jurídica suficiente para fundamentar los reglamentos impugnados. Para salvar tal escollo, acude a la cláusula de flexibilidad o de imprevisión competencial del artículo 308 TCE<sup>9</sup>, aun cuando reconoce que tal disposición no permite paliar la inexistencia de una competencia de la Comunidad necesaria para alcanzar alguno de los objetivos de la Unión, pues tal interpretación equivaldría a permitir que dicho artículo se aplicase a la totalidad de las medidas comprendidas en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y de la Cooperación Policial y Judicial en materia Penal (CPJP/JAI), de modo que la Comunidad podría siempre llevar a acabo acciones destinadas a lograr objetivos de dichas políticas.

No obstante el Tribunal, superando la postura filosófica determinista acerca de que de la nada, nada se genera (*ex nihilo, nihil fit*) y adscribiéndose a los postulados creacionistas mediante el efecto transmutador de las pasarelas comunitarias, entiende que si bien los artículos 60-301 y 308 TCE, en relación con los objetivos de los pilares intergubernamentales, no constituyen por sí mismos base jurídica suficiente para fundamentar un Reglamento como el impugnado, sin embargo su análisis conjunto y sistemático con otras disposiciones del Tratado permite inferir la hasta entonces inexistente base jurídica habilitadora de tales sanciones personales<sup>10</sup>. No obstante, el argumento más decisivo del Tribunal radica en contemporizar su razonamiento jurídico con las nuevas tendencias del sistema internacional, por lo que concluye que en el mundo actual, los Estados no puede seguir siendo considerados la única fuente de amenazas para la paz y la seguridad internacionales, por lo que no puede impedirse que «la Unión y su pilar comunitario se adapten a las nuevas amenazas, al igual que lo hizo la comunidad internacional, mediante la imposición de sanciones económicas y financieras no sólo a países terceros, sino también a personas, grupos, empresas o entidades asociados que desarrollen una actividad terrorista internacional o atenten de otro modo contra la paz y la seguridad internacionales»<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Respecto a las organizaciones o entidades citadas en el presente trabajo se ha mantenido la terminología empleada por las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo.

<sup>9</sup> Conforme al artículo 308 TCE «cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesario al respecto, el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta del Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes».

<sup>10</sup> Cfr. apartados 147-171 de la Sentencia *Yusuf* y 99-135 de la Sentencia *Kadi*.

<sup>11</sup> Cfr. apartados 133 de la Sentencia *Kadi* y 169 de la Sentencia *Yusuf*. El Abogado General, Sr. POIARES MADURO, en sus conclusiones presentadas el 16 de enero y 23 de enero de 2008 en relación con los recursos de casación presentados en los respectivos asuntos, estima que el artículo 301 es base jurídica suficiente para imponer tales sanciones sin necesidad del complemento del artículo 308. En concreto afirma que «la interpretación restrictiva que hace el Tribunal de Primera Instancia del artículo 301

Tal simbiosis competencial derivada del polinomio dispositivo anterior (artículos 60, 301 y 308 en relación con los pilares intergubernamentales), se asume sin discusión en los asuntos *Modjahedines del Pueblo de Irán, Segi y Gestoras por Amnistía* en los que los demandantes no presentaban conexión con el terrorismo talibán o estatal sino que se incardinan en los objetivos generales de la lucha antiterrorista prescritos en la Resolución 1373 (2001).

Frente a esta tendencia de «personalización de las sanciones internacionales», no se ha producido, como contrapartida y debido desarrollo complementario, una «personalización de la justicia internacional» dando lugar a una asimetría jurídica que cuestiona la compatibilidad de tal realidad con las nociones inherentes a una Comunidad de Derecho. Si el desarrollo del sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas, encarnado en el Consejo de Seguridad cuya legitimidad representativa y competencial se encuentra en constante debate político y doctrinal, ha adquirido una insospechada dimensión reglamentaria en el ámbito de la responsabilidad del individuo sospechoso de la comisión de actividades terroristas o de presentar relaciones *directas o indirectas* con tales actividades (sin que, paradójicamente, se haya consensuado la noción convencional de terrorismo internacional, por lo que resulta más criticable la indeterminación jurídica del término «relación directa o indirecta» con tales actividades), sin embargo por el momento no se ha constituido un Tribunal Internacional de Derechos Humanos u otro tipo de Tribunal Universal que pueda fiscalizar, no solamente la actuación de los Estados miembros de la ONU, sino principalmente la legalidad de las actuaciones del Consejo de Seguridad cuando ejerce tales competencias sancionadoras directamente ejecutables en los ordenamientos nacionales. Por el momento y al margen de las consideraciones relativas al desistido caso *Lockerbie*<sup>12</sup>, el Consejo de Seguridad se erige en órgano político con competencias ilimitadas, material y personalmente, no sujeto a ningún control jurisdiccional que determine los supuestos de ilegalidad o actos *ultra vires* de estas sanciones fruto de procedimientos secretos y sumariales<sup>13</sup>.

---

CE priva a esta disposición de gran parte de su utilidad práctica. En el marco de la PESC, la Unión puede decidir, por razones relacionadas con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, imponer sanciones económicas y financieras a agentes no estatales situados en terceros países. No acierto a ver por qué razón el artículo 301 CE debe interpretarse de un modo más estricto. Tal como el propio Tribunal de Primera Instancia ha reconocido, «no puede impedirse que la Unión y su pilar comunitario se adapten a las [amenazas contra la paz y la seguridad internacionales] [...] mediante la imposición de sanciones económicas y financieras no sólo a países terceros, sino también a personas, grupos, empresas o entidades asociados que desarrollen una actividad terrorista internacional o atenten de otro modo contra la paz y la seguridad internacionales» (cfr. pars. 14 de las Conclusiones en el asunto *Kadi*, C-402/05 P, y el asunto *Al Barakaat International Foundation*, C-415/05 P).

<sup>12</sup> Cfr. *CIJ Recueil 1992, Cuestiones sobre la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971 suscitadas por el incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya árabe libia c. Estados Unidos de América)*; *Cuestiones sobre la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971 suscitadas por el incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya árabe libia contra Reino Unido)*.

<sup>13</sup> Sobre esta cuestión *vid.* M<sup>a</sup>. E. LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, *Actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La Legalidad de sus Decisiones y el Problema de su Control*, Thomson/Civitas, 2003.

No obstante, la tensión suscitada entre el orden que persiguen las resoluciones del Consejo de Seguridad y la protección de los derechos fundamentales como elemento estructural del Derecho internacional y de las Naciones Unidas, ya ha provocado algunas reacciones tanto en el marco político institucional de las Naciones Unidas como en el ámbito jurisdiccional de algunas organizaciones regionales. Así, frente al malestar generado por los procedimientos sumariales y confidenciales de inclusión de personas en las listas consolidadas de terroristas elaboradas por los Comités de sanciones del Consejo de Seguridad<sup>14</sup>, se han adoptado nuevas Resoluciones por parte del Consejo de Seguridad<sup>15</sup> que mejoran las Directrices reguladoras de los procedimientos de inclusión y exclusión de la lista consolidada, previéndose, entre otras cosas y *en la medida de lo posible*, la notificación por escrito a las personas o entidades incluidas en la lista sobre las medidas impuestas<sup>16</sup> y la ampliación del procedimiento de revisión que les permite solicitar a través de los Estados de su nacionalidad o residencia, o bien personalmente ante el punto focal establecido por la Secretaría en la Subdivisión de Órganos Subsidiarios del Consejo de Seguridad<sup>17</sup>, la exclusión de dicha lista.

---

<sup>14</sup> Resulta de especial interés en este sentido la Carta de fecha 31 de julio de 2006 dirigida al Presidente del Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1267 (1999) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas por el Coordinador del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones establecido en virtud de la resolución 1526 (2004). Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, S/2006/750, en particular, pp. 15-23.

<sup>15</sup> Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1267 (1999) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas. *Directrices del Comité para el desempeño de su labor* (Aprobadas el 7 de noviembre de 2002, y modificadas el 10 de abril de 2003, el 21 de diciembre de 2005, el 29 de noviembre de 2006 y el 12 de febrero de 2007). Las últimas modificaciones introducidas en las Directrices se deben a la Resolución 1735 (2006) del Consejo de Seguridad que sin mención al Derecho internacional de los Derechos humanos, *reafirma* la necesidad de combatir por todos los medios, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, las amenazas para la paz y la seguridad internacionales que constituyen los actos terroristas, y subrayando a ese respecto la importante función que desempeñan las Naciones Unidas en dirigir y coordinar este esfuerzo.

<sup>16</sup> Conforme se indica en el punto 6, apartado h) de las Directrices indicadas, «después de la publicación pero en el plazo de dos semanas después de que se agregue un nombre a la Lista Consolidada, la Secretaría notificará a la Misión Permanente del país o los países en que se crea que se encuentra la persona o entidad y, en el caso de las personas, al país del que sean nacionales (en la medida en que se conozca esa información). La carta recordará al Estado o los Estados que deben informar por escrito, en la medida de lo posible, a las personas y entidades incluidas en la Lista Consolidada sobre las medidas impuestas, así como sobre las directrices del Comité, en particular, los procedimientos de inclusión y eliminación de la lista contenidos en ellas, y sobre las disposiciones de la resolución 1452 (2002). La Secretaría incluirá en esa notificación una copia de la parte de la justificación de la propuesta que pueda hacerse pública, una descripción de los efectos de la inclusión en la lista, como se establece en las resoluciones pertinentes, los procedimientos del Comité para examinar las solicitudes de exclusión de la lista, y las disposiciones de la resolución 1452 (2002), revisadas en la resolución 1735 (2006)».

<sup>17</sup> *Vid.* Carta de fecha de 29 de marzo de 2007 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General (S/2007/178).

Todo lo anterior, si bien aminora la tensión apuntada no la elimina y resulta insuficiente, pues se limita a perfeccionar, dentro de su discrecionalidad y confidencialidad, el procedimiento político sin introducir elemento jurisdiccional alguno de protección de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva de las personas afectadas. Tales derechos aparecen reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que declaran que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil<sup>18</sup>. Se trata de derechos no absolutos, susceptibles de limitaciones siempre y cuando las mismas persigan un objetivo legítimo, estén razonablemente motivadas y resulten proporcionadas respecto al objetivo perseguido, imponiéndose en todo caso una interpretación *pro actione* que no restrinjan el acceso al juez del que goza el particular de modo que resulte menoscabada la propia esencia del mencionado derecho haciéndolo irreconocible<sup>19</sup>.

¿Hasta qué punto se puede mantener esta nueva realidad internacional creadora de actos políticos inexpugnables al control judicial o si, por el contrario, resultaría

---

<sup>18</sup> Vid. al respecto la Observación General Nº 32 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, CCPR/C/GC/32 de 23 de agosto de 2007. Como se indica en esta observación, «el artículo 14 establece garantías que los Estados Partes deben respetar, independientemente de su tradición jurídica y de su derecho interno. Si bien los Estados Partes deben informar sobre la interpretación que dan a estas garantías en sus respectivos ordenamientos jurídicos, el Comité observa que el contenido esencial de las garantías del Pacto no puede dejarse exclusivamente a la discreción del derecho interno». Además se recuerda asimismo que «si bien el artículo 14 no está incluido en la lista de derechos que no pueden suspenderse, que figuran en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto, los Estados que en circunstancias de emergencia pública decidan dejar en suspenso los procedimientos normales previstos en el artículo 14 deben asegurarse de que tal suspensión no vaya más allá de lo que exija estrictamente la situación. Las garantías procesales nunca podrán ser objeto de medidas derogatorias que soslayan la protección de derechos que no son susceptibles de suspensión». A pesar de que las medidas acordadas por el Consejo de Seguridad tienen carácter cautelar, no se ha de olvidar que las mismas son impuestas en virtud de su conexión con actividades terroristas. De todas formas, tal y como concluye el profesor HINOJOSA MARTÍNEZ, «una medida cautelar que dura más de seis años se convierte en realidad en una sanción penal y, en tales circunstancias, existen sólidos argumentos para afirmar la inderogabilidad del núcleo duro de los derechos reconocidos en el artículo 14 del Pacto», «Las sanciones del Consejo de Seguridad...», *loc. cit.* pp.767-768.

<sup>19</sup> Tales consideraciones han sido resaltadas por el TEDH respecto a la colisión entre el derecho a la tutela judicial efectiva y las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y organizaciones internacionales en la Sentencia dictada en 18 de febrero de 1999, en el asunto *Waite y Kennedy c. Alemania*, par.59 así como reiterada en las Sentencias de 21 de noviembre de 2001 dictadas en los asuntos *McELHINNEY c. Irlanda*, par.34; *Fogarty c. Reino Unido*, par.33 y *Al-Adsani c. Reino Unido*, par.53. Nuestro Tribunal Constitucional también ha mantenido tal doctrina respecto a la tensión entre tutela judicial efectiva e inmunidades en las Sentencias SSTC 107/1992, de 1 de julio, 292/1994, de 27 de octubre, 18/1997 de 10 de febrero, 176/2001 de 17 de septiembre. Sobre esta doctrina constitucional *vid.* C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ y F. JIMÉNEZ GARCÍA, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Thompson/Civitas, 2007, pp. 325-333.



más oportuno mantener un esquema de Derecho internacional clásico que impone a los Estados obligaciones de resultado en la lucha común contra el terrorismo internacional, de acuerdo con los objetivos marcados por el Consejo de Seguridad, pero cuya ejecución corresponde a los Estados de conformidad con sus ordenamientos internos, incluyendo las garantías de protección de los derechos fundamentales y el sometimiento a los órganos regionales de protección de derechos humanos a los que estuvieran sometidos? No se ha de olvidar, en este sentido, que *el propio Consejo de Seguridad, reafirmado que la lucha antiterrorista ha de ser conforme con la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho internacional, ha subrayado que los Estados deben asegurarse de que cualquier medida adoptada para luchar contra el terrorismo se ha de ajustar a las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho internacional, y que deben adoptar dichas medidas de conformidad con ese derecho, en particular el Derecho internacional relativo a los derechos humanos, el derecho relativo a los refugiados y el derecho humanitario*<sup>20</sup>. ¿Acaso se ha de excepcionar tal obligación cuando los Estados ejecutan las resoluciones normativas del Consejo de Seguridad que se presume que actúa de acuerdo con el Derecho internacional? Se trata de demarcar jurídicamente el dilema sobre si la seguridad ha de desplazar a la libertad, incluso si en tal intento perdemos tanto la una como la otra. El debate se plantea sobre si realmente apostamos por la reglamentación internacional de las actuaciones estatales en estos términos personales de carácter asimétrico y contrarios a los principios de la Comunidad de derecho, internacionalizando la teoría de los actos políticos o de gobierno con la consiguiente incorporación automática de la misma en los ordenamientos regionales y nacionales, o, si por el contrario, equilibramos la balanza de tal forma que la medidas de seguridad resulten judicialmente fiscalizables sin por ello perder efectividad. Frente a tal situación se requiere una respuesta decidida para evitar que la aquiescencia o indolencia interesada de los Estados introduzcan en el sistema internacional prácticas negadoras del Estado de derecho, puesto que como ha indicado el profesor ROLDÁN BARBERO «ya se sabe que la internacionalización de la vida política y jurídica lleva consigo, indefectiblemente, una cierta dilución de valores democráticos, entre otras razones, porque se difumina la verdadera responsabilidad de las decisiones políticas de nuestro tiempo»<sup>21</sup>. Difu-

<sup>20</sup> Cfr. párrafo 2 de la Resolución 1624 (2005) del Consejo de Seguridad que impone a los Estados la obligación de prohibir por ley la incitación a la comisión de un acto o actos de terrorismo.

<sup>21</sup> J. ROLDÁN BARBERO, «La interacción entre las normas internas e internacionales en el acervo comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2002, vol.13, p.684. Tal planteamiento presenta soluciones dispares y diversas dependiendo del marco jurídico en el que nos movamos, pues si nos referimos a sistemas nacionales pocos garantistas y no inmersos en mecanismos regionales o internacionales de control del respeto de los derechos humanos, la opción reglamentista puede dar lugar a cuotas insospechadas de discrecionalidad por parte de las autoridades nacionales amparadas por la normativa internacional. Como veremos, en el ámbito garantista de la Unión Europea, la ejecución de estas resoluciones del Consejo de Seguridad ha generado una situación insatisfactoria e insuficiente que va desde una jurisprudencia entregada al carácter reglado de la actuación comunitaria frente a estos actos políticos no fiscalizables judicialmente (*Yusuf y Kadi*), hasta una jurisprudencia legiferante que ofrecen soluciones que trascienden el marco constitucional del Tratado de la Unión (*Segi y Gestoras*) o que son de

minación de la responsabilidad que ha causado el inmovilismo e incompetencia, por ejemplo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en asuntos tan relevantes como los referidos a los casos *Bankovi y otros c. Bélgica y otros 16 Estados contratantes*, referido a los bombardeos de la OTAN en 1999 sobre la antigua Yugoslavia sin autorización del Consejo de Seguridad en el que el TEDH no apreció que los actos criminales de tal agresión fueran dependientes de la «jurisdicción» de los Estados demandados<sup>22</sup>, o *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega* en el que el Tribunal de Estrasburgo declaró su incompetencia *ratione personae* al estimar que las actuaciones impugnadas de la KFOR eran directamente atribuibles a la ONU ajena al sistema jurisdiccional de Estrasburgo, sin admitir que tal responsabilidad pudiera derivarse a los Estados europeos participantes en dicha misión en aplicación de la doctrina *Bosphorus* que prevé la posibilidad de actuación del TEDH cuando las organizaciones internacionales implicadas carezcan de una «protección jurisdiccional equivalente» de los derechos humanos como era el caso de la OTAN y de la KFOR<sup>23</sup>.

La opción reglamentaria de las sanciones internacionales puede, asimismo, dar lugar a serias crisis entre los sistemas jurídicos implicados, en la medida en que los Tribunales superiores o constitucionales de los Estados o de las Organizaciones internacionales competentes puedan discutir la compatibilidad de la medida internacional objeto de ejecución interna con los principios y valores constitucionales del Estado u Organización en cuestión. No se trata de una quimérica hipótesis de trabajo, sino que tal situación constituyó la base de los clásicos asuntos *Handel, Nold y Hauer* respecto del Derecho comunitario y el sistema constitucional de alguno de sus Estados miembros, opción rupturista que también ha quedado planteada en la Declaración 1/2004 de 12 de diciembre del Tribunal Constitucional español acerca de la constitucionalidad del Tratado por el que se establece una constitución para Europa<sup>24</sup>. Es más, constituye el fundamento de las conclusiones mantenidas en las sentencias dictadas en los asuntos *Yusuf y Kadi*, en las que el Tribunal de Primera

---

difícil ubicación en el ordenamiento internacional, generando un particular derecho de protección diplomática en el ámbito de la Unión Europea (*Ayadi/Hassam*).

<sup>22</sup> Cfr. Decisión sobre admisibilidad dictada por la Gran Sala del TEDH el 12 de diciembre de 2001, pars.54-82.

<sup>23</sup> Cfr. Decisión sobre admisibilidad dictada por la Gran Sala del TEDH, el 2 de mayo de 2007, pars.132-152.

<sup>24</sup> En su F.J. 5 se indica que «en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. 1-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. 1-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros» (*BOE núm. 3 Suplemento*, de 4 de enero de 2005).

Instancia comunitario se declara garante de la normativa imperativa de *ius cogens* en materia de derechos fundamentales (art. 6.2 TUE) frente a hipotéticas resoluciones del Consejo de Seguridad contrarias a la misma.

## II. EL DEBATE EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA: LOS DERECHOS HUMANOS COMO PARÁMETRO DE LEGALIDAD COMUNITARIA *VERSUS* EJECUCIÓN AUTOMÁTICA DE LAS SANCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD. EL TEST DE LA «PROTECCIÓN EQUIVALENTE» DEL TEDH

En el caso de la Unión Europea, este debate adquiere unas dimensiones normativas e institucionales muy claras y precisas que se proyectan a su vez sobre la necesidad de concretar el futuro constitucional de la Unión Europea. Como es sabido, por un lado, el artículo 6 TUE declara que la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respecto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de derecho de conformidad con el Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) y las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Además la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha afirmado reiteradamente, por un lado, que el respeto a los derechos fundamentales es una *condición de legalidad* de los actos comunitarios y, por otro, que los particulares deben poder disfrutar de una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario, ya que el derecho a dicha tutela forma parte de los principios generales del Derecho que resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y también ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del CEDH<sup>25</sup>. Más concretamente en el asunto *Yusuf*, el TPI afirmaba que «procede recordar, con carácter preliminar, que la Comunidad Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la Carta constitucional fundamental que constituye el Tratado y que éste último ha establecido un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a confiar al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de las instituciones<sup>26</sup>. Mien-

<sup>25</sup> Cfr. STJCE de 18 de junio de 1991, *ERT*, asunto C-260/89, apartado 41; Dictamen 2/94 del TJCE de 28 de marzo de 1996 (Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), apartados 33 y 34; STJCE de 29 de mayo de 1997, *Kremzow c. Austria*, asunto C-299/95, apartado 14 y STJC de 27 de junio 2006, *Parlamento c. Consejo*, asunto 540/03 apartado 38.

<sup>26</sup> *Vid.* apartado 260 de la Sentencia ya citada. En apoyo de esta conclusión se cita la siguiente jurisprudencia: Sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1986, *Los Verdes/Parlamento*, 294/83, Rec. p. 1339, apartado 23; de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, 314/85, Rec. p. 4199, apartado 16, y de 23 de marzo de 1993, *Weber/Parlamento*, C-314/91, Rec. p. I-1093, apartado 8; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de octubre de 2001, *Mártinez y otros/Parlamento*, asuntos acumulados T-222/99, T-327/99 y T-329/99, Rec. p. II-2823, apartado 48; véase asimismo el dictamen 1/91 del Tribunal de Justicia, de 14 de diciembre de 1991, Rec. p. I6079, apartado 21).

tras que en el asunto de la *Organización de los Modjahedines del pueblo de Irán* se ha reiterado que «el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento incoado contra una persona que pueda terminar en un acto que le sea lesivo constituye un principio fundamental del Derecho comunitario y debe garantizarse aun cuando no exista ninguna normativa reguladora del procedimiento de que se trate. Este principio exige que toda persona a la que se pueda imponer una sanción tenga ocasión de dar a conocer oportunamente su punto de vista sobre las pruebas de cargo utilizadas para justificar la sanción»<sup>27</sup>. Además, no se ha de olvidar que el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, incorporada en el Tratado constitucional para Europa y en el actual Tratado de Lisboa adoptado en 2007, reconoce que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva. Por su parte el Abogado General POIARES MADURO en sus conclusiones de enero de 2008 relativas a los recursos de casación interpuestos en los asuntos Kadi y Al Barakaak reiteraba que «el derecho a la tutela judicial efectiva ocupa un lugar preeminente en el universo de los derechos fundamentales. Si bien cabe admitir ciertas limitaciones de dicho derecho cuando existan otros intereses dignos de atención, en una sociedad democrática es inaceptable conculcar la esencia misma de ese derecho. Tal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en la sentencia dictada en el asunto *Klass y otros*, «el Estado de Derecho implica, entre otras cosas, que la eventual interferencia del poder ejecutivo en los derechos de un individuo debe estar sujeta a un control efectivo que normalmente corresponde a los tribunales, al menos en última instancia, control judicial que proporciona las mayores garantías de independencia, imparcialidad y juicio justo»<sup>28</sup>.

Pero, por otro lado, hemos de constatar que la ejecución de las sanciones del Consejo de Seguridad anteriormente indicadas ha sido asumida por las instituciones de la Comunidad Europea. A tal efecto, el actual Tratado de la Unión Europea ha articulado una «arquitectura jurídica» que presupone una actuación normativa previa de los Pilares intergubernamentales (PESC y CPJP) cuyo contenido sancionador finalmente, mediante la técnica de las pasarelas comunitarias (en este caso, los artículos 60 y 301 TCE), es transfundido a un conjunto de normas comunitarias que, en virtud de su naturaleza y el principio de primacía comunitario, son obligatorias en todos sus elementos y directamente aplicables en cada uno de los Estados miembros. Además, mediante la aplicación de estas pasarelas se permite la proyección del problemático artículo 308 TCE –ampliación subsidiaria de competencias o poderes de acción no previstos en el TCE–, a los pilares intergubernamentales, produciéndose una inversión, al menos en lo que se refiere al Tercer Pilar, de la previsión de comunitarización del artículo 42 TUE. El problema radica en que estos dos pilares intergubernamentales se caracterizan por un doble déficit. Por un lado, un *déficit demo-*

---

<sup>27</sup> Vid. Sentencia de 12 de diciembre de 2006, asunto T-228/02, apartados 91 y 110.

<sup>28</sup> Vid. pars.52 de las Conclusiones presentadas respectivamente el 16 de enero (asunto *Kadi*, C-402/05 P) y 23 de enero de 2008 (asunto *Al Barakaat*, C-415/05 P).

*crático*, pues en la toma de decisiones tanto en el marco de la PESC como en el de la CPJP, no intervienen legislativamente parlamento alguno, ni el Parlamento Europeo ni los parlamentos nacionales. Por otro, un *déficit jurisdiccional* relativo a la tutela judicial efectiva, pleno en el ámbito de la PESC, pues los actos adoptados en este pilar no pueden ser objeto de control jurisdiccional por parte del TJCE, salvo invasión competencial, ni de los tribunales nacionales, y parcial en el ámbito de la CPJP, pilar con evidente vocación comunitaria y afecto a ámbitos muy sensibles a los derechos y libertades fundamentales, pues el sistema de recursos previsto es limitado y, en parte, facultativo sin que se prevea legitimación directa a los particulares afectados, con lo cual se les priva de toda posibilidad de impugnar las decisiones adoptadas en este ámbito de las que son destinatarios<sup>29</sup>.

La respuesta a la disyuntiva anteriormente expuesta vendrá condicionada por la aplicación de la regla de la «*protección equivalente*» tal y como ha sido declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el asunto *Bosphorus* respecto, precisamente, de la práctica sancionadora del Consejo de Seguridad (en este caso embargos comerciales contra Estados) y su aplicación por parte del Derecho comunitario. En tal sentido, la doctrina *Bosphorus* implica que la reglamentación internacional, en este caso la comunitaria que ejecutaba las resoluciones del Consejo de Seguridad, resultará conforme con el Convenio Europeo de Derechos Humanos si va acompañada de un sistema efectivo de recursos jurisdiccionales equivalente al que exige el artículo 6 CEDH, asumiendo que la efectividad de las garantías materiales de los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos depende de los mecanismos de control existentes para asegurar su respeto. En caso contrario, esto es, cuando el sistema de recursos resulte insuficiente o directamente no exista, el TEDH podría declararse competente para examinar la legalidad de la normativa en cuestión. Tal doctrina resulta de aplicación por otros tribunales garantes de la protección de los derechos y libertades fundamentales, incluidos los nacionales, pues se ha de entender que el control externo que realiza el TEDH no puede suplir el sistema de recursos que ha de existir en los Estados miembros del Consejo de Europa y de la UE, sino que se ha de convertir en el garante último del reconocimiento del mismo<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> En el asunto *María Pupino*, la Gran Sala del TJCE precisa que las competencias del Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 35 UE, son menores en el marco del título VI del Tratado de la Unión Europea que con arreglo al Tratado CE, sin que exista un sistema completo de recursos y de procedimientos destinado a garantizar la legalidad de los actos de las instituciones en el marco de dicho título VI. Cfr. apartado 35 de la Sentencia de 16 de junio de 2005, asunto C-105/03. En el marco del Pilar comunitario, el control jurisdiccional resulta limitado respecto al Título IV TCE relativo a visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas en cuanto a la cuestión prejudicial, prevista sólo para los órganos jurisdiccionales nacionales de última instancia, y la exclusión judicial de las decisiones nacionales relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguarda de la seguridad interior (art. 68 TCE). No obstante en estos momentos se está discutiendo la propuesta de Decisión del Consejo por la que se adaptan las disposiciones relativas al Tribunal de Justicia a los ámbitos cubiertos por el Título IV TCE, incluyendo la creación de un nuevo tipo de remisión prejudicial de emergencia (Cfr. COM(2006) 346 final).

<sup>30</sup> Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2005 en relación con el asunto *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim irketi c. Irlanda* resuelto por la Gran Sala. Según el TEDH, los recursos

Por lo demás, este debate resulta consustancial al denominado fenómeno de la comunitarización del Tercer Pilar de la Unión Europea. En tal sentido, Daniel SARMIENTO<sup>31</sup>, a colación de la Sentencia del TJCE en el asunto *María Pupino* de 16 de junio de 2005 y la Sentencia del Tribunal Constitucional federal de 18 de julio de 2005 sobre la normativa alemana dictada en aplicación de la Decisión marco reguladora de la euro-orden, en la que el Tribunal alemán reconoce su competencia para enjuiciar la constitucionalidad de actos nacionales de transposición de Decisiones Marco alegando que este tipo de actos tienen una naturaleza más internacional que comunitaria, ha advertido que esta tensión merece una reflexión a la luz de la relación que tradicionalmente han mantenido los Tribunales Constitucionales y el Tribunal de Justicia, en particular, si tenemos en cuenta que los actos adoptados en el marco del Tercer Pilar inciden sobre materias (ámbito penal, las relaciones de cooperación policial y judicial, la lucha contra el terrorismo, etc.), en las que se entrecruzan derechos fundamentales como los relativos a la libertad personal, la intimidad o la tutela judicial efectiva. Según el autor mencionado, «el dilema entre la internacionalización o comunitarización de los actos del Tercer Pilar tiene, por tanto, un trasfondo constitucional, en la medida en que condiciona el tipo de control que tendrán que hacer el Tribunal de Justicia y las máximas instancias judiciales nacionales»<sup>32</sup>. Ante este dilema esboza dos respuestas; una mayor comunitarización del Tercer Pilar otorgando un protagonismo primordial al TJCE mediante la cuestión prejudicial<sup>33</sup>, o la reconducción del sistema de actos de la UE hacia el terreno internacional y, por tanto, reducir el contenido materialmente comunitario que podría atribuirles indirectamente el Tratado de la Unión Europea. Esta última solución, «fortalecería la posición institucional de los Tribunales nacionales, y muy especialmente la de los Tribunales Constitucionales, que vendrían a reconocer un sesgo internacional al proceso de ejecución nacional de los actos de la UE. Así, el proceso

---

directos de las instituciones y de los Estados y, en particular, la institución de la cuestión prejudicial sobre interpretación y validez viene a colmar las limitaciones a la legitimación activa reconocida a los particulares en el sistema comunitario (pars. 163-165). Tal pronunciamiento contó con la opinión concordante común de los Jueces Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky, Garlicki, así como de la opinión concordante del Juez Ress. Los jueces firmantes de la opinión concordante común, si bien están convencidos del protagonismo creciente de los derechos humanos y de su integración en el ordenamiento comunitario así como de la evolución jurisprudencial sobre esta materia, estiman que en la sentencia el TEDH hace un examen general y en abstracto del sistema comunitario. Resaltan que la efectividad de las garantías materiales de los derechos fundamentales depende de los mecanismos de control existentes para asegurar su respeto y, en tal sentido, estiman que desde el punto de vista procedimental la sentencia minimiza y olvida ciertos elementos que marcan una real diferencia que no permiten de forma razonable concluir que en todo caso se da una protección equivalente.

<sup>31</sup> D. SARMIENTO, «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia *María Pupino* y el efecto directo de la decisiones marco», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 10, 2005, pp. 24-30 (<http://www.reei.org>).

<sup>32</sup> *Ibid.* p. 27.

<sup>33</sup> Solución que en cierta medida resultó, con posterioridad al artículo, avalada por la Sentencia TJCE de 3 de mayo de 2007 sobre la euro-orden en el asunto C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, y, en particular, por las Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer.

de transposición y su posterior desarrollo, al encontrarse al margen del sistema comunitario, permite un control a la luz del Derecho nacional... Este refuerzo del papel del Tribunal Constitucional se realiza en detrimento, claro está, del Tribunal de Justicia y del sistema de actos de la UE. Su fundamento estaría en el carácter internacional del sistema, pero también en el reducido control judicial que atribuye el TUE al Tribunal de Justicia, por lo que se reclama un mayor protagonismo de las instancias judiciales que sí están libres para actuar: las instancias judiciales nacionales. Asimismo, en la medida en que cabe un juicio de legalidad nacional de los actos nacionales de ejecución, los Tribunales nacionales tendrían una menor necesidad de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, pues considerarían prioritario agotar, en primer lugar, las vías de control previstas en la Constitución nacional»<sup>34</sup>.

### III. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS POLÍTICOS Y LA IMPLANTACIÓN DE UNA NUEVA «PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA» EN EL SENO DE LA UE COMO ALTERNATIVA A LA TUTELA JURISDICCIONAL. CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS ASUNTOS *YUSUF* Y *KADI*: INDEFENSIÓN EN INTERÉS DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

#### 3.1. Imputación confidencial y sumaria de cargos de terrorismo e imposibilidad de defensa e impugnación judicial

Como ya ha sido comentado, el origen de los asuntos *Yusuf* y *Kadi*<sup>35</sup> proviene de la interacción entre las resoluciones dictadas por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y aplicadas por el Comité de Sanciones 1267 creado al efecto, que imponen distintas sanciones económicas y financieras contra el régimen afgano de los talibanes y Usama BIN LADEN, así como contra las personas y entidades asociadas, incluyendo empresas, que se encontraran

<sup>34</sup> Vid. D. SARMIENTO, «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea...», *loc. cit.* p. 28.

<sup>35</sup> Sobre estos asuntos *vid.* J. SANTOS VARA, «La indefensión de los particulares frente a las sanciones del Consejo de Seguridad: el reconocimiento de la competencia de los tribunales internos para controlar las resoluciones del Consejo de Seguridad en relación con el *ius cogens*. Comentario a las sentencias del TPI de 21 de septiembre de 2005, *asuntos Yusuf/Al Barakaat* y *Kadi* y de 12 de julio de 2006, *asuntos Ayadi/Hassan*» *Revista General de Derecho Europeo*, nº 11, octubre 2006 (<http://www.iustel.com>); I. BLÁZQUEZ NAVARRO y C. ESPÓSITO MASSICI, «Los límites al control judicial de las medidas de aplicación de la política exterior en los *asuntos Ahmed Alí Yusuf/Al Baradaat* y *Yassin Abdullah Kadi*, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 17, enero/marzo 2006, pp. 123-148; J. ROLDÁN BARBERO, «La justicia comunitaria y el control de legalidad de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Comentario a las Sentencias *Yusuf/Al Barakaat* y *Kadi*, de 21 de septiembre de 2005, del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas», *Revista Española de Derecho Internacional* 2005-2, pp. 869-892.

bajo su control directo o indirecto<sup>36</sup>, y las medias de ejecución adoptadas por la Unión Europea concretadas en distintas posiciones comunes aprobadas en el ámbito exclusivo de la PESC<sup>37</sup> que devinieron en reglamentos adoptados por el Consejo y la Comisión sobre la base jurídica de los artículos 60 y 301 del TCE<sup>38</sup>.

Según los demandantes, la aplicación de tal normativa vulnera directamente su derecho de defensa, pues la imposición de tales sanciones se ha realizado sin que se les haya informado de las razones que las motivaron, no se les han comunicado las pruebas ni circunstancias invocadas en su contra y tampoco han tenido la oportunidad de explicarse. Su inscripción en la lista del anexo I del Reglamento impugnado se debe únicamente al hecho de que figuran en la lista que el Comité de Sanciones elaboró a partir de la información recibida de los Estados y de las organizaciones internacionales o regionales. Ni el Consejo ni la Comisión han analizado los motivos por los que dicho Comité los incluyó en esta última lista. El origen de la información obtenida por dicho Comité resulta particularmente oscuro y no se han indicado las razones por las que determinados particulares fueron inscritos en dicha lista sin haber sido oídos previamente. Así pues, el procedimiento que desembocó en la inscripción de los demandantes en la lista del anexo I del Reglamento impugnado se ha desarrollado en su totalidad con carácter confidencial. A su juicio, estas irregularidades de las que han sido víctimas no son subsanables *a posteriori*. Por otra parte, sostienen que el recurso de anulación, en el que sólo se discute la legalidad del Reglamento impugnado como tal, no permite un examen de fondo de la legalidad de las sanciones desde el punto de vista de los derechos fundamentales cuya violación se alega<sup>39</sup>. Por estas razones alegan que, a su juicio, las resoluciones del Consejo de Seguridad no son directamente aplicables, sino que deben ser objeto de transposición al derecho interno de conformidad con las disposiciones constitucionales pertinentes así como con arreglo a los principios fundamentales del Derecho<sup>40</sup>.

Por su parte, el Consejo reconoce que, cuando la Comunidad decide adoptar medidas unilaterales de coerción económica y financiera por iniciativa propia, el control jurisdiccional debe extenderse al examen de las pruebas utilizadas contra las personas sancionadas. En cambio, según el Reino Unido y el Consejo, cuando la Comunidad actúa sin ejercitar potestad discrecional alguna, basándose en una decisión adoptada por un órgano al que la comunidad internacional ha atribuido considera-

---

<sup>36</sup> Resoluciones 1267 (1999), 1333 (2000), 1390 (2002), 1452 (2003), en relación con las competencias ejecutivas del Comité de Sanciones, creado al efecto por el Consejo de Seguridad mediante la Resolución 1267 (1999), en la identificación y elaboración de las personas y entidades sancionadas, quien además, en virtud de la resolución 1452 (2003), aprueba las excepciones a la congelación de fondos y de recursos económicos que por razones humanitarias podían conceder los Estados.

<sup>37</sup> Posiciones comunes 1999/727/PESC, 2001/154/PESC, 2002/402/PESC y 2003/140/PESC.

<sup>38</sup> Reglamentos del Consejo: 337/2000, 467/2001, 881/2002, 561/2003 y Reglamentos de la Comisión, 2199/2001, 1580/2002 y 866/2003.

<sup>39</sup> Cfr. apartados 190-195 de la Sentencia *Yusuf*. En virtud de la similitud en los razonamientos jurídicos de las Sentencias dictadas en los asuntos *Yusuf* y *Kadi*, las referencias jurisprudenciales se referirán únicamente a la Sentencia dictada en el asunto *Yusuf*.

<sup>40</sup> Cfr. *ibid.* apartado 202.



bles facultades a fin de preservar la paz y seguridad internacionales, un control jurisdiccional completo entrañaría el riesgo de socavar el sistema de la ONU establecido en 1945, podría perjudicar gravemente a las relaciones internacionales de la Comunidad y de los Estados miembros y entraría en conflicto con la obligación de la Comunidad de respetar el Derecho internacional. El Consejo estima que, en el presente asunto, el control jurisdiccional del juez comunitario no puede ir más allá del que existe en los Estados miembros en lo que respecta a la recepción, en su ordenamiento jurídico interno, de las decisiones adoptadas por los órganos de la comunidad internacional con el objetivo de preservar la paz y la seguridad internacionales. A este respecto, el Consejo señala que, en varios Estados miembros, los actos de aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad son calificados de «actos de gobierno» y escapan por completo a la competencia del juez. En otros Estados miembros, a su juicio, la amplitud de dicho control jurisdiccional está muy limitada<sup>41</sup>. Es más, podemos añadir que la Gran Sala del TEDH ha convalidado en el asunto *Markovic y otros c. Italia* (2006) la doctrina de los «actos de gobierno», al menos respecto a los actos de guerra, admitiendo que en tales supuestos su aplicación no tiene como efecto limitar arbitrariamente el derecho al proceso equitativo previsto en el artículo 6 CEDH<sup>42</sup>.

### **3.2. Automatismo y naturaleza reglada de los actos comunitarios de ejecución: sucesión de actos políticos o de gobierno sin resquicio alguno de control jurisdiccional efectivo. ¿La discrecional protección diplomática como alternativa?**

Una vez afirmado que la UE se encuentra vinculada por las obligaciones dimanantes de Naciones Unidas y por las del Consejo de Seguridad, no directamente<sup>43</sup>, sino en virtud de que «la Comunidad no puede violar las obligaciones que la Carta

<sup>41</sup> Cfr. *ibid.* apartado 225.

<sup>42</sup> Cfr. TEDH, Sentencia de 14 de diciembre de 2006, par. 113.

<sup>43</sup> Conforme al apartado 242 de la Sentencia *Yusuf* se afirma que tal y como se deduce de la jurisprudencia (en referencia a la sentencia *Dorsch Consult c. Consejo y Comisión* de 28 de abril de 1998, apartado 74) «la Carta de las Naciones Unidas no vincula directamente a la Comunidad como tal, a diferencia de lo que ocurre con los Estados miembros de la misma, y que no existe por tanto una obligación de Derecho internacional público general que la obligue a aceptar y cumplir las resoluciones del Consejo de Seguridad con arreglo al artículo 25 de dicha Carta. La razón es que la Comunidad no es miembro de la ONU, ni destinataria de las resoluciones del Consejo de Seguridad, ni sucesora de sus Estados miembros en los derechos y obligaciones de éstos con arreglo al Derecho internacional público». No obstante, en el apartado 249 se recuerda por una parte, que con arreglo al artículo 48, apartado 2, de la Carta de las Naciones Unidas, las decisiones del Consejo de Seguridad serán llevadas a cabo por los miembros de las Naciones Unidas «directamente y mediante su acción en los organismos internacionales apropiados de que formen parte» y, por otra parte, que, según la jurisprudencia (sentencias *Poulsen y Diva Navigation* de 24 de noviembre de 1992 y *Racke* de 16 de junio de 1998 y *Van Duyn* de 4 de diciembre de 1974), «las competencias de la Comunidad deben ejercitarse respetando el Derecho internacional y, por consiguiente, el Derecho comunitario debe interpretarse, y su ámbito de aplicación delimitarse, tomando en consideración las normas pertinentes del Derecho internacional».

de las Naciones Unidas impone a sus Estados miembros ni obstaculizar el cumplimiento de las mismas y, por otra parte, que la Comunidad se encuentra obligada, en virtud del propio Tratado que la creó, a adoptar en el ejercicio de sus competencias todas las disposiciones necesarias para permitir que sus Estados miembros respeten tales obligaciones»<sup>44</sup>, el TPI asume que en este caso las instituciones actuaron en ejercicio de una competencia reglada de modo que no disponían de ningún margen de apreciación autónomo. *En particular, no podían ni modificar directamente el contenido de las resoluciones de que se trata ni establecer un mecanismo que pudiera provocar tal modificación*<sup>45</sup>.

Por otra parte, rechaza que pueda ejercerse un control jurisdiccional sobre tales actos, pues cualquier control de la legalidad interna del Reglamento impugnado efectuado por el Tribunal, en particular desde el punto de vista de las disposiciones o principios generales del Derecho comunitario relativos a la protección de los derechos fundamentales, exigiría por tanto un examen, de modo incidental, de la legalidad de las resoluciones del Consejo de Seguridad que impusieron las sanciones. De esta forma el Tribunal de Justicia da marchamo judicial a la producción en cascada de actos políticos o de gobierno que no dejan margen alguno al control jurisdiccional, en el ámbito de las Naciones Unidas porque no existen mecanismos jurisdiccionales con tal competencia, en los ámbitos internos de aplicación, como es el caso de la CE, porque se trata de actuaciones regladas que los órganos judiciales no pueden revisar ni articular mecanismos que promuevan tal revisión. La determinación y calificación política de que una situación constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales ejercida por el Consejo de Seguridad en el ámbito del Capítulo VII de la Carta supone la creación de un «*espacio político de actuación inmune a cualquier control jurisdiccional en defensa de los derechos fundamentales*» ejercida por los tribunales nacionales o comunitarios. Las previsiones de los artículos 25, 48 y 103 de la Carta de las Naciones Unidas y del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados avalan, según el TPI, tal afirmación. Para el Tribunal «habida cuenta en particular de las disposiciones del artículo 307 CE y del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, la alegación de que se han vulnerado, bien los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario, bien los principios de dicho ordenamiento jurídico, no puede afectar a la validez de una resolución del Consejo de Seguridad *ni a su eficacia en el territorio de la Comunidad*»<sup>46</sup>.

Tal constatación de la existencia de «*Guantánamos jurídicos internacionales reconocidos por la jurisdicción comunitaria*», contraria a la propia esencia de la UE y de su ordenamiento jurídico así como a la jurisprudencia del TEDH, obliga al Tribu-

---

<sup>44</sup> Vid. apartado 254 de la Sentencia.

<sup>45</sup> Cfr. apartado 265 de la Sentencia.

<sup>46</sup> Vid. apartado 275. El énfasis es añadido. La mención del artículo 307 hace referencia a la condición de Estados miembros de los Estados de la UE en la ONU creada en 1945 y su previsión de que las disposiciones del TCE no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados con anterioridad al 1 de enero de 1958.

nal de Primera Instancia a acudir a la noción paliativa del *ius cogens* (*orden público internacional que se impone a todos los sujetos del Derecho internacional, incluidos los órganos de la ONU, y que no tolera excepción alguna*<sup>47</sup>) para justificar su posición, abriendo a tal efecto una sedicente posibilidad de control en el caso de que tal actuación onusiana constituyera una violación grave de las obligaciones derivadas de las normas imperativas del Derecho internacional público, tal y como se desprende de los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Sólo en el hipotético caso de que la tutela judicial efectiva constituyera una norma superior del Derecho internacional integrante del *ius cogens*, esto es, un principio inviolable del Derecho internacional consuetudinario en términos de la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Licitud de la amenaza o del uso de armas nucleares*, entonces el control jurisdiccional incidental ejercido por el TPI en virtud del recurso de anulación podría extenderse a los actos impugnados<sup>48</sup>. Así pues, el TPI se reconoce con competencia universal para enjuiciar la legalidad internacional de las sanciones decretadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aunque previamente se había declarado incompetente para enjuiciar los efectos territoriales en la Comunidad Europea de las propias disposiciones comunitarias dictadas en ejecución de las resoluciones del Consejo de Seguridad, ni siquiera para articular mecanismos comunitarios que pudieran provocar su revisión.

No obstante, esta posibilidad no supone ningún avance en el razonamiento jurídico del Tribunal, sino que se erige en una premeditada válvula de escape sin consecuencia alguna (salvo alivio de conciencias), pues sobre la base de que el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva no constituyen un derecho absoluto, sin entrar en un mayor análisis sobre las consecuencias de la derogación absoluta de tal derecho en un ordenamiento que pivota sobre el mismo y del que dependen las garantías del resto de derechos reconocidos, finalmente se reitera la incuestionable autoridad política del Consejo de Seguridad y el nulo margen de actuación tanto para las instancias políticas comunitarias, esto es el Consejo como la Comisión, como para la propia instancia judicial de la Unión Europea. Es más y en una pirueta de difícil comprensión por parte de un órgano judicial, la ausencia de este control jurisdiccional es suplida, según el TPI, por la existencia de controles políticos de carácter discrecional.

El razonamiento del Tribunal desbroza dos cuestiones problemáticas. En cuanto al derecho de defensa, resulta incuestionable la afirmación del TPI acerca de la incompatibilidad de la notificación previa de estas medidas sancionadoras, pues la audiencia previa a los interesados puede poner en peligro la eficacia de las sanciones y habría resultado incompatible con el objetivo de interés general perseguido. Así se reconoce que

*«Esta restricción del derecho a ser oído directa y personalmente por la autoridad competente no puede considerarse inadmisibles desde el punto de vista de las normas im-*

---

<sup>47</sup> Vid. apartado 277.

<sup>48</sup> Apartado 282.

*perativas del Derecho internacional. Por el contrario, tratándose de la impugnación de unas decisiones que ordenan la congelación de los fondos de individuos o entidades de quienes se sospecha que contribuyen a financiar el terrorismo internacional, decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad, a través de su Comité de Sanciones, en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, a partir de la información transmitida por los Estados y las organizaciones regionales, resulta normal que el derecho de los interesados a ser oídos sea objeto de ciertas adaptaciones en el marco de un procedimiento administrativo de varios niveles, en el que las autoridades nacionales mencionadas en el anexo II del Reglamento impugnado desempeñan un papel esencial»<sup>49</sup>.*

Pero esta restricción se mantiene intacta en el ámbito comunitario al no disponer, según el Tribunal, las instituciones de ninguna facultad de investigación, de ninguna posibilidad de control de los hechos tenidos en cuenta por el Consejo de Seguridad y el Comité de Sanciones, de ningún margen de apreciación sobre tales hechos y de ninguna libertad de apreciación en cuanto a la oportunidad de imponer sanciones a los demandantes. El principio del Derecho comunitario que reconoce el derecho a ser oído no puede ser aplicado en unas circunstancias tales, en las que la audiencia de los interesados nunca podría impulsar a la institución a revisar su postura<sup>50</sup>. Tal reconocimiento de inanidad fiscalizadora por parte del órgano jurisdiccional deviene ahora en una intolerable situación de indefensión de las personas afectadas.

La única posibilidad que acierta a proponer el TPI es la puesta en marcha de un sistema particular de protección diplomática que trasciende al previsto en el Derecho internacional en vigor en cuanto viene determinado por el principio de jurisdicción, en lugar del principio de nacionalidad, y porque se entabla directamente ante un órgano político como es el Comité de Sanciones, aun cuando sea sobre un procedimiento bilateral entre Estados. Tal situación es la descrita en las Directrices del Comité de Sanciones, aprobadas por el 7 de noviembre y enmendadas el 10 de abril de 2003, así como la Resolución 1526 (2004), por las cuales se prevé la posibilidad de que un requirente (persona, grupo, empresa o entidad incluida en la lista consolidada del Comité de Sanciones) pueda pedir al Gobierno de su país de residencia o nacionalidad para que solicite una revisión del caso. Para tal efecto, se regula un procedimiento bilateral y discrecional entre el Gobierno requerido y el Gobierno o Gobiernos que propusieron originalmente la designación (el Gobierno o Gobiernos proponentes) para reexaminar el mantenimiento o exclusión de la lista ante el Comité quien decide por consenso y, en caso de no hallarse éste, el asunto se remitirá al Consejo de Seguridad quien decidirá en última instancia<sup>51</sup>. Este procedimiento ha sido revisado el 12 de febrero de 2007 en virtud de las Resoluciones 1730 (2006) y 1735 (2006) del Con-

<sup>49</sup> Aparatado 315.

<sup>50</sup> Cfr. apartado 328 de la Sentencia.

<sup>51</sup> Como se reconoce en el apartado 318 de la Sentencia, en el presente asunto, los demandantes fueron oídos efectivamente por el Comité de Sanciones, a través del Gobierno sueco, y dicha audiencia fue tan efectiva que dos de los demandantes iniciales, los Sres. ADEN y ALI, fueron borrados de la lista de personas a quienes se aplica la congelación de fondos, por lo que también fueron borrados de la lista del anexo I del Reglamento impugnado.

sejo de Seguridad que destacan el carácter preventivo de estas medidas –que no se basan en criterios penales establecidos en el derecho interno–, inciden en la necesidad de justificar la propuesta de inclusión en la lista, además de recordar el deber de los Estados de informar por escrito, en la medida de lo posible, a las personas y entidades incluidas en la Lista Consolidada sobre las medidas adoptadas, y mejoran el mecanismo de exclusión de la lista previendo la posibilidad de que el particular afectado pueda presentar directamente una solicitud de revisión del caso ante el *punto focal*, siendo éste el que tramite la solicitud sin que suponga reconocer la intervención directa del particular ante las instancias sancionadoras<sup>52</sup>.

No obstante y como reconoce el propio Tribunal, en tal procedimiento aparece categóricamente excluida la posibilidad de que los demandantes se pronuncien oportunamente sobre la realidad y la pertinencia de los hechos que se tomaron en consideración para congelar sus fondos y, más aún, sobre las pruebas utilizadas en su contra. Obviamente, estos hechos y pruebas no les son comunicados –ni tampoco, por lo demás, a los Estados miembros de la ONU destinatarios de las resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas– desde el momento en que el Estado que ha informado de los mismos al Comité de Sanciones los ha calificado de confidenciales o secretos<sup>53</sup>. Como ha indicado HINOJOSA MARTÍNEZ, «en cualquier caso, se mantiene la naturaleza inquisitorial del sistema, ya que es la persona incluida en la lista consolidada del Comité la que tiene que demostrar (en muchos casos, sin conocer las pruebas reunidas en su contra) que existen motivos para su salida de la lista, aportando la información necesaria para ello. Además, una vez presentada la solicitud, el particular carece de cualquier posibilidad de intervenir en el procedimiento, si no es a través del Estado de su nacionalidad o residencia (en el caso de que éste acceda a ello). En definitiva, se preserva el carácter intergubernamental del procedimiento y se mantienen las posibilidades de bloqueo de la salida de la lista, porque para conseguirla continúa siendo necesario el consenso entre los miembros del Comité 1267»<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr. Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1267 (1999) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas. Directrices del Comité para el desempeño de su labor (aprobadas el 7 de noviembre de 2002, y modificadas el 10 de abril de 2003, el 21 de diciembre de 2005, el 29 de noviembre de 2006 y el 12 de febrero de 2007). Conforme a la Resolución 1730 (2006) del Consejo de Seguridad, un Estado puede decidir como norma general que sus nacionales o residentes presenten sus solicitudes directamente al punto focal. A tal efecto el Estado hará una declaración dirigida al Presidente del Comité que se publicará en su sitio web. Por el momento, Francia, mediante carta de 30 de abril de 2007, ha formulado tal declaración. Las Directrices así como las resoluciones del Consejo de Seguridad y demás documentación pertinente relativa a este Comité de Sanciones, incluyendo información sobre el punto focal, puede consultarse en la siguiente dirección: <http://www.un.org/spanish/sc/committees/1267/index.shtml>.

<sup>53</sup> Apartado 319 de la Sentencia Yusuf.

<sup>54</sup> Vid. L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, «Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los Talibanes: ¿son realmente inteligentes?, *loc. cit.*, p. 749. Merecen destacarse otras afirmaciones del mencionado autor. Así si bien admite que no parece haber problemas de legalidad para admitir la competencia del Consejo de Seguridad para establecer medidas restrictivas de derechos individuales, sobre la base del artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas, pues esta práctica reciente parece haberse aceptado con naturalidad por la generalidad de los Estados, «no obstante, lo que sí puede producirse es

Pero es que además, y aquí está la gravedad del asunto, esta falta de conocimiento de los hechos y pruebas sobre la vinculación terrorista se proyecta sobre la fase jurisdiccional y sobre el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, situación que es justificada por el TPI mediante el reconocimiento de una nueva regla de *ius cogens*: la inmunidad de jurisdicción absoluta de los actos del Consejo de Seguridad cuando actúa en el marco del Capítulo VII, así como de la normativa regional de aplicación<sup>55</sup>. Conforme al tenor literal de la Sentencia,

*«Dicha limitación se justifica tanto por la naturaleza de las decisiones que el Consejo de Seguridad se ve obligado a adoptar en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas como por el objetivo legítimo que se persigue. En las circunstancias del presente asunto, el interés de los demandantes en que el fondo del litigio sea examinado por un tribunal no tiene entidad suficiente para prevalecer sobre el interés general esencial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales frente a una amenaza claramente identificada por el Consejo de Seguridad, con arreglo a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas. A este respecto, procede atribuir especial importancia al hecho de que las resoluciones que el Consejo de Seguridad ha ido aprobando sucesivamente no sólo no han establecido unas medidas de duración ilimitada o indeterminada, sino que han previsto siempre un mecanismo para revisar la oportunidad de mantener tales medidas tras un período de tiempo de 12 o 18 meses como máximo»<sup>56</sup>.*

Y se concluye que tal déficit de control jurisdiccional queda salvaguardado por el control político ejercido por el Comité de Sanciones:

*«Por último, el Tribunal de Primera Instancia considera que, al no existir un tribunal internacional competente para controlar la legalidad de los actos del Consejo de Seguridad, la creación de un órgano tal como el Comité de Sanciones y la posibilidad, prevista en la normativa, de dirigirse a él en todo momento para obtener la revisión de cualquier caso individual, mediante un mecanismo formalizado en el que participan tanto «el Gobierno requerido» como «el Gobierno proponente» constituyen otra vía razonable para proteger adecuadamente los derechos fundamentales de los demandantes, tal como son reconocidos por el ius cogens»<sup>57</sup>.*

¡Así pues, para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo político y discrecional sustituye a lo jurisdiccional sin resentirse el derecho a la tutela judicial

---

un importante déficit de legitimidad. Si un órgano político puede restringir derechos fundamentales de particulares, en un proceso inquisitorial basado en pruebas secretas, y en el que no existen garantías judiciales, muchos de los avances del Estado de Derecho, propio de cualquier democracia moderna, se vienen abajo. No se trata de dudar de la buena fe de los miembros del Consejo de Seguridad, ni de sus servicios de inteligencia, sino de creer en los límites del poder público, y en la obligación de rendir cuentas por parte de quienes lo ejercen, como garantías elementales de su legitimidad» (pp. 751-752).

<sup>55</sup> Cfr. apartado 343 de la Sentencia *Yusuf*.

<sup>56</sup> *Vid. ibid.* apartado 344.

<sup>57</sup> *Ibid.* 345.

efectiva! Sobre esta conclusión, el profesor ROLDÁN BARBERO señala que asistimos a una situación inversa a la que provoca la eficacia directa de las disposiciones comunitarias, pues en este caso, «la norma comunitaria –el Reglamento de aplicación de las sanciones decretadas por la ONU– no confiere derechos a los individuos que pueden hacer valer ante un órgano jurisdiccional, sino al contrario: la norma europea, por imposición de la ONU, restringe el alcance de los derechos de los ciudadanos, sin que la justicia comunitaria pueda salvaguardar esos derechos salvo en el supuesto extravagante de que las Resoluciones de origen del Consejo de Seguridad hayan conculcado el *ius cogens* universal (tal y como entiende este derecho imperativo el propio TPI)»<sup>58</sup>. Esta problemática situación ha sido resalta-da por parte del Abogado General, Sr. POIARES MADURO en sus conclusiones anteriormente citadas. Para el Abogado General portugués la existencia de un procedimiento para la supresión de nombres de la lista a nivel de las Naciones Unidas no supone ningún consuelo respecto a la garantía del derecho de defensa o tutela judicial efectiva, pues dicho procedimiento es meramente una cuestión de consulta intergubernamental cuya resolución es absolutamente discrecional. El Comité de Sanciones no está realmente obligado a tener en cuenta el punto de vista del solicitante. Más aún, dicho pronunciamiento ni siquiera prevé un mínimo acceso a la información en la que se basó la decisión de incluir en la lista al afectado. De hecho el acceso a tal información se deniega con independencia de que se haya alegado fundadamente la necesidad de proteger su confidencialidad. Una de las razones decisivas por las que el derecho a ser oído debe garantizarse es hacer posible que los interesados defiendan efectivamente sus derechos, especialmente en los procesos judiciales que puedan incoarse con posterioridad. Las garantías procedimentales que de la fase administrativa no son suficientes para hacer siempre innecesario el subsiguiente proceso judicial pero la inexistencia de tales garantías administrativas tiene significativos efectos perjudiciales para el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva<sup>59</sup>.

La única posibilidad que se admite al particular es la prevista en el apartado 317 de la Sentencia, apuntada por el Reino Unido en la vista oral, conforme a la cual «los interesados tienen la posibilidad de interponer un recurso jurisdiccional, basado en el Derecho interno o incluso directamente en el Reglamento impugnado y en las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad que dicho Reglamento aplica, contra la eventual decisión injustificada de la autoridad nacional competente de no someter su caso para revisión al Comité de Sanciones»<sup>60</sup>. Esto es, la reclamación

---

<sup>58</sup> J. ROLDÁN BARBERO, «La justicia comunitaria y el control de legalidad de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Comentario a las Sentencias Yusuf/Al Barakaat y Kadi, de 21 de septiembre de 2005, del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas», *Revista Española de Derecho Internacional* 2005-2, p. 889.

<sup>59</sup> Cfr. pars. 51 y 54 de las Conclusiones ya citadas.

<sup>60</sup> Véase, por analogía, el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 15 de mayo de 2003, Sison/Consejo, T47/03 R, Rec. p. II-2047, apartado 39.

ante las instancias nacionales del acto político referente al no ejercicio o ejercicio deficiente del «procedimiento diplomático» previsto en las Directrices del Comité de Sanciones, siempre y cuando el ordenamiento nacional prevea tal posibilidad de impugnación. Así pues, se puede impugnar la gestión de la exclusión pero no el resultado de la inclusión definitiva, se prevé la impugnación jurisdiccional en el ámbito nacional del acto político al amparo de la norma comunitaria pero se impide el control de legalidad de la norma comunitaria sancionadora negando el amparo jurisdiccional de las personas afectadas.

En el Derecho español habría que hacer una doble distinción. En primer lugar y respecto a los nacionales españoles, existe una importante doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración por el no ejercicio o ejercicio deficiente de la protección diplomática sobre la base de que la ausencia de una previsión expresa en nuestra Constitución no es óbice para afirmar que la protección de los nacionales españoles en el extranjero constituye un cometido esencial del Estado conforme a la Constitución<sup>61</sup>. En segundo lugar y en cuanto a los residentes no nacionales sujetos a la jurisdicción española, el asunto habría que reconducirlo a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en relación con los actos políticos del gobierno y la determinación de las indemnizaciones procedentes conforme al artículo 2 de la Ley 29/1998 de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa. A tal efecto, resulta de interés la jurisprudencia sentada sobre la desclasificación de los papeles del CESID en la lucha antiterrorista, jurisprudencia que obedece asimismo a una interpretación restrictiva del derecho a tal tutela. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 558/1998 de 30 de enero cuando afirma como motivación suficiente del acuerdo del Consejo de Ministro para no desclasificar la documentación requerida, sin que se produzca al efecto una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, la referencia a que la «desclasificación solicitada implicaría un inadmisibles deterioro del crédito internacional de España en sus relaciones exteriores; y en particular por lo que hace al intercambio generalizado de inteligencia o información clasificada con nuestros amigos y aliados» y que «la desclasificación solicitada pondría en peligro la eficacia, las fuentes de información, los medios y procedimientos operativos del CESID, así como la integridad física de quienes son, o fueron, agentes operativos del mismo o de sus familiares y allegados»<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Resulta de especial interés la síntesis de esta jurisprudencia realizada en la Sentencia 6259/2004 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 4, de 6 de octubre.

<sup>62</sup> *Vid.* F.J. 5 de la Sentencia.



#### **IV. ATISBOS DE SOLUCIONES SUGERENTES AUNQUE INSUFICIENTES: DESDE LA AMPLIACIÓN PRETORIANA DEL SISTEMA DE RECURSOS DEL TERCER PILAR A SU DESCOMUNITARIZACIÓN, PASANDO POR LA VUELTA AL SISTEMA DE GARANTÍAS INHERENTE AL PROCESO JUDICIAL EQUITATIVO**

##### **4.1. Los ordenamientos nacionales como garantes de la tutela judicial negada en el ámbito comunitario: la diligente protección diplomática de los ciudadanos comunitarios como obligación de los Estados miembros en el marco de actuación del Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad**

En primer lugar, el esbozo presentado en los asuntos *Yusuf* y *Kadi* acerca de la impugnación ante la jurisdicción nacional de la gestión diplomática del Estado nacional o de residencia, es desarrollado en el asunto *Ayadi c. Consejo* resuelto por el TPI el 12 de julio de 2006<sup>63</sup>, asunto en que el propio Tribunal constata la situación drástica en la que había quedado la persona afectada por la congelación de fondos impugnada, sin perjuicio de las exenciones y excepciones previstas, que le impide incluso llevar una vida social normal, quedando a expensas del subsidio social otorgado por las autoridades irlandesas<sup>64</sup>.

En tal asunto, la Sala Segunda del TPI transforma, respecto a los Estados miembros de la UE, la discrecional protección diplomática en un derecho del ciudadano de la Unión en virtud de una interpretación extensiva y *pro actione* de las resolucio-

---

<sup>63</sup> Sentencia de 12 de julio de 2006 del Tribunal de Primer Instancia (Sala Segunda), Asunto T-253/02, *Chafiq Ayadi c. Consejo*. En el mismo sentido, se pronuncia la Sentencia de la misma fecha dictada en el asunto *Hassan c. Consejo y Comisión*, asunto T-49/04. El 25 y el 27 de septiembre de 2006 se interpusieron respectivamente recursos de casación ante el TJCE respecto a los casos *Hassan* (asunto C-399/06 P) y *Ayadi* (asunto C-403/06 P). Si en la casación *Ayadi* se impugna las conclusiones del TPI sobre la base jurídica de las disposiciones recurridas (art. 308 CE en relación con los arts. 60 y 301 CE), el principio de subsidiaridad y su justificación, las afirmaciones sobre la vinculación de las resoluciones del Consejo de Seguridad y la apreciación sobre el *ius cogens*, en el asunto *Hassan*, la parte recurrente en casación afirma que tanto el Consejo como la Comisión se hallan obligados a respetar los derechos reconocidos por el CEDH y no pueden incumplir la citada obligación salvo que, como resultado de tal incumplimiento, «se dispense una protección por lo menos equivalente». Se afirma, además, que la protección dispensada por la medida decretada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no se puede comparar a la que concede el Convenio. Además se afirma que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho: i) al no haber comprobado directamente si el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas dispensaba una *protección equivalente* a la del Convenio, en particular por lo que atañe a los artículos 6, 8, 13 y al artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio; y ii) al no haber controlado la medida del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas indirectamente en virtud del principio del *ius cogens* más que en virtud de y por referencia a la protección dispensada por los artículos 6, 8 y 13 y el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio.

<sup>64</sup> Cfr. apartados 119-132, en particular apartado 121, de la Sentencia. En ella se afirma que las sanciones impuestas no impiden al demandante *ejercer una actividad profesional, sino que únicamente limitan la libre disposición de los recursos obtenidos de la misma* (cfr. apartado 127).

nes del Consejo de Seguridad y de los reglamentos comunitarios recepticios de las mismas de conformidad con el derecho a la tutela judicial efectiva que, precisamente, se niega en el ámbito comunitario. En efecto, entiende el Tribunal que el Comité de Sanciones, mediante las Directrices anteriormente indicadas, ha interpretado las resoluciones del Consejo de Seguridad en el sentido de que «confiere a los afectados el derecho a presentar una solicitud de revisión de su caso al Gobierno del País en el que residen o del que son nacionales con el fin de que se excluya su nombre de la lista controvertida», derecho que se incorpora en el ordenamiento jurídico comunitario vía reglamentos de ejecución, insertándose en el núcleo tutelar de los derechos fundamentales del artículo 6 TUE. Tal recepción comunitaria supone respecto de los Estados miembros no sólo la obligación de iniciar el procedimiento de revisión previsto en las Directrices, sino también de *actuar con diligencia* para que el caso se someta sin retraso y de forma leal e imparcial al Comité de Sanciones para que este proceda a su revisión, si ello resulta objetivamente justificado a la luz de la información pertinente aportada<sup>65</sup>. Y ello a pesar de que el ordenamiento nacional de que se trate no prevea el control jurisdiccional del ejercicio de la protección diplomática en cuanto acto discrecional del Gobierno. Además y aun cuando el Tribunal no diga nada al respecto, con posterioridad el requirente debería instar la modificación de la normativa comunitaria.

Frente a un incumplimiento de esta obligación derivada del Derecho comunitario y en virtud del principio de primacía de este ordenamiento, el TPI señala que las personas afectadas deberán disponer en el ordenamiento nacional de un recurso efectivo para impugnar tal decisión, pues «a falta de disposiciones comunitarias, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que los justiciables obtienen del efecto directo del Derecho comunitario. El Tribunal de Justicia ha precisado que dicha regulación de los recursos no puede ser menos favorable que la referente a los derechos que tienen su origen en el ordenamiento jurídico interno (*principio de equivalencia*) y que no puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (*principio de efectividad*). El principio de efectividad debe llevar a los tribunales nacionales a aplicar la regulación procesal prevista por su ordenamiento jurídico interno en la medida en que no se oponga a la razón de ser y la finalidad del acto comunitario de que se trate»<sup>66</sup>. De las consideraciones anteriores se concluye que:

«en el marco de un recurso que tenga por objeto una vulneración, por las autoridades nacionales competentes, del derecho de los afectados a solicitar la revisión de su

<sup>65</sup> Cfr. apartados 148-149.

<sup>66</sup> Apartado 151 de la sentencia. Previamente el TPI hacía mención a una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en la que se condenaba al citado Estado miembro a solicitar, con carácter urgente, al Comité de Sanciones que borrara el nombre de dos personas de la lista controvertida, bajo apercibimiento de una multa diaria [Tribunal de Première Instance de Bruxelles (quatrième chambre), sentencia de 11 de febrero de 2005 en el asunto Nabil Sayadi y Patricia Vinck/Estado belga].

caso con el fin de obtener su exclusión de la lista controvertida, corresponde al juez nacional, en principio, aplicar su Derecho nacional al mismo tiempo que velar por que se garantice la plena eficacia del Derecho comunitario, *lo que puede llevarle a no aplicar, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice (...), como una norma que excluya el control jurisdiccional de la negativa de las autoridades nacionales a actuar con el fin de garantizar la protección diplomática de sus ciudadanos*»<sup>67</sup>.

No obstante, la solución que presenta el TPI puede quedar en nada y seguir sancionado, pues lo único que puede hacer el particular afectado es demandar al Estado por el no ejercicio o ejercicio deficiente de esta «protección diplomática *sui generis*», pues en el caso de que el Estado inicie diligentemente y en tiempo el procedimiento sin que el Comité acuerde la supresión, no se genera derecho alguno para el afectado quedando en el mejor de los casos a expensas del subsidio que le otorgue el Estado, si éste lo considera oportuno. De todas formas, la pregunta que queda en el aire es si el Tribunal no debería articular algún procedimiento de revisión en el marco del sistema de recursos del ordenamiento comunitario<sup>68</sup> y si la pontencialidad normativa y creadora de recursos que exige a los ámbitos nacionales no se debería proyectar sobre el propio sistema judicial comunitario respecto a la actuación exterior de la Unión Europea. Claro que tal pretensión obligaría al propio Tribunal de Luxemburgo a modificar radicalmente su jurisprudencia acerca de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad en su política normativa de ejecución de las resoluciones del Consejo de Seguridad<sup>69</sup>.

#### **4.2. Concreción de garantías y delimitación de los derechos afectados. La ampliación del sistema de recurso del Tercer Pilar a todos los actos con efectos frente a terceros y la nulidad de las decisiones del Consejo por falta de motivación suficiente. La ausencia de vinculación directa o automática con el Consejo de Seguridad**

Tal planteamiento diferenciado de los sistemas judiciales nacionales y comunitario, ha llevado al TJCE a presentar nuevas propuestas en los asuntos de la *Organización de los Modjahedines del Pueblo de Irán c. Consejo*<sup>70</sup>, *Gestoras pro Amnistía y otros c. Consejo y Segi y otros c. Consejo*<sup>71</sup>. Estos asuntos poseen en común elementos distintivos que los diferencian de los casos anteriores, otorgándoles, como veremos, un tratamiento más acorde con las garantías propias del derecho de defensa y tutela judicial efectiva, lo que nos lleva a concluir que estamos en presencia de una discriminación derivada de la «*adscripción terrorista*» del sistema sancionador de

<sup>67</sup> Vid. apartado 152 de la Sentencia. El énfasis es añadido.

<sup>68</sup> Vid. al respecto J. SANTOS VARA, *loc. cit.*, p. 24.

<sup>69</sup> Sobre esta cuestión *vid.* la Sentencia de 28 de abril de 1998 del TPI en el asunto T-185/95, *Dosrch Consult c. Consejo y Comisión*, Rec. II 1998-3/4, pp. 667-704.

<sup>70</sup> Asunto T-228/02, Sentencia del TPI (Sala Segunda), de 12 de diciembre de 2006.

<sup>71</sup> Asuntos C-354/04 P y C-355/04 P, sentencias del TJCE (Gran Sala), de 27 de febrero de 2007.

que se trate adscribiéndonos, en cierta medida, al estatuto diferenciado y antijurídico otorgado a «los combatientes ilegales» del terrorismo talibán.

En primer lugar, los asuntos en cuestión se refieren a sanciones económicas y financieras impuestas a personas, grupos o entidades que carecen absolutamente de la dimensión estatal anteriormente referida puesto que se enmarcan en la agenda global de la lucha contra el terrorismo internacional iniciada por la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad tras los atentados del 11 de septiembre. Consecuencia de esta precisión es que la base jurídica complementaria de los actos sancionadores comunitarios previstos en los artículos 60 y 301 TCE ha sido la cláusula de flexibilidad del artículo 308 TCE<sup>72</sup>. En segundo lugar, porque la elaboración de la lista consolidada de personas, grupos o entidades relacionadas con el terrorismo internacional ha correspondido directamente a la Unión Europea a instancia de los Estados miembros de acuerdo con las obligaciones de resultado previstas en la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad. Tales actos y medidas comunitarias, no resultan del ejercicio de una competencia internacional reglada y, por tanto, no se benefician del efecto de «primacía» del Derecho de las Naciones Unidas (arts. 25 y 103 de la Carta de las Naciones Unidas), sino que se inscriben más bien en el ejercicio de la amplia facultad de apreciación de que dispone el Consejo de la Unión Europea en el ámbito de la PESC<sup>73</sup>. Tales consideraciones resultan avaladas por el TPI aunque con la reserva de las posibles dificultades que puedan derivar de la *inexistencia, en la actualidad, de una definición universalmente aceptada de los conceptos de «terrorismo» y de «acto de terrorismo» en el Derecho internacional*<sup>74</sup>. Tal ruptura de automatismo y carácter reglado del acto se extiende, además, a la relación entre las posiciones comunes adoptadas en el marco de los pilares intergubernamentales y el derecho derivado comunitario adoptado al efecto en virtud de la pasarela prevista en el artículo 301 TCE<sup>75</sup>.

Como última nota destacable hay que indicar que la normativa comunitaria no trae su origen exclusivo en las posiciones comunes adoptadas en el ámbito de la PESC, sino que se toma como marco jurídico de actuación adicional el Tercer Pilar relativo a la CPJP<sup>76</sup>, pilar que, como indicara el Abogado General RUIZ-JARABO CO-

<sup>72</sup> Reglamento 2580/2001 del Consejo, Decisión 2001/927/CE del Consejo, Decisión 2002/334/CE del Consejo, Decisión 2002/460/CE del Consejo, Decisión 2005/930/CE del Consejo.

<sup>73</sup> Cfr. aparatos 102-103 de la Sentencia *Modjahedines*.

<sup>74</sup> Cfr. *ibid.* apartado 104.

<sup>75</sup> A tal efecto, la Sentencia *Modjahedines* precisa en su apartado 106 que «el Consejo subraya también, con razón, que la Comunidad no actúa en virtud de una competencia sometida a la voluntad de la Unión o a la de los Estados miembros cuando el Consejo adopta, como en el caso de autos, medidas de sanción económica al amparo de los artículos 60 CE, 301 CE y 308 CE. Por lo demás, estima que éste es el único punto de vista compatible con la propia redacción del artículo 301 CE, según el cual el Consejo decidirá en la materia «por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión», así como con la redacción del artículo 60 CE, apartado 1, de acuerdo con el cual el Consejo «podrá tomar», con arreglo al mismo procedimiento, las medidas urgentes que exija un acto perteneciente al ámbito de la PESC».

<sup>76</sup> Posiciones comunes: 2001/930/PESC, 2001/931/PESC, 2002/340/PESC 2002/462/PESC, 2005/847/PESC 2005/936/PESC.

LOMER respecto al asunto sobre la *euro-orden*, ha experimentado un importante proceso de comunitarización aproximándose a un sistema jurídico supranacional de integración, en el que los Estados, renunciando parcialmente a su soberanía, transfieren competencias a instancias ajenas, con capacidad de producción normativa<sup>77</sup>.

#### A) *La vuelta al sistema de garantías derivadas del derecho a un proceso equitativo: el asunto Modjahedines*

Respecto a la cuestión que ahora analizamos, la Sentencia que constituye el principal avance es la dictada en el asunto *Modjahedines* en la que se pretende acotar la actuación sancionadora en virtud de los derechos afectados de los sancionados. En primer lugar, se intenta delimitar la discrecionalidad del Estado a la hora de confeccionar las listas introduciendo, eso sí, un elemento judicial un tanto distorsionador pues el inicio de un proceso judicial contra presuntos terroristas activa o habilita la actuación gubernamental para imponer sanciones o medidas cautelares al margen de la propia actuación judicial. Estos es, se activan dos procesos sancionadores paralelos que tienen un origen común pero que siguen y obedecen a procedimientos y resultados diferentes<sup>78</sup> ¿La mera apertura de un proceso judicial, incluso la existencia

---

<sup>77</sup> Cfr. Asunto C-303/05, Conclusiones del Abogado General, Sr. Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER presentadas el 12 de septiembre de 2006. *vid.* J.F. CASTILLO GARCÍA, «La comunitarización del Tercer Pilar: un paso necesario para la consolidación del espacio penal europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 11 octubre de 2006 (<http://www.iustel.com>). Una de las últimas manifestaciones de la comunitarización del Tercer Pilar ha sido la Decisión 2007/551/PESC/JAI del Consejo, de 23 de julio de 2007, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, de un Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos (Acuerdo PNR 2007) que tienen como base jurídica los artículos 24 y 28 TUE y que fue fruto de las Sentencias C-317/04 y C-318/04 de 30 de mayo de 2006 por las que el Tribunal resolvía los recursos planteados por el Parlamento contra el Consejo y cuya finalidad, paradójicamente por el resultado final, era dotar de mayores garantías a esta transferencia. Sobre estos asuntos *vid.* A. RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, «Derechos fundamentales, lucha antiterrorista y espacio europeo de libertad, seguridad y justicia (de nuevo en torno a las listas antiterroristas y la intimidad de los usuarios de las líneas aéreas)», *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 10, 2006, pp. 219-234.

<sup>78</sup> A tenor del artículo 1, apartado 4, de la Posición común 2001/931 PESC, la lista que figura en el anexo se confeccionará sobre la base de informaciones concretas o de elementos del expediente que muestren que una autoridad competente ha adoptado una decisión respecto de las personas, grupos y entidades mencionados, tanto si se trata de la apertura de investigaciones o de procedimientos en relación con un acto terrorista, como de la tentativa de cometer, o de participar, o de facilitar dicho acto, basada en pruebas o en indicios serios y creíbles, o si se trata de una condena por dichos hechos. Se entenderá por «autoridad competente» una autoridad judicial, o, cuando las autoridades judiciales no tengan competencia en el ámbito contemplado en la materia, una autoridad competente equivalente en dicho ámbito. Conforme al apartado 6 de las directrices del Comité de Sanciones 1267 (1999) respecto Al-Qaida y los Talibanes anteriormente citada, se establece que antes de proponer la inclusión de un nombre en la Lista Consolidada, se alienta a los Estados Miembros, si lo consideran oportuno, información adicional al Estado o los Estados de residencia o ciudadanía de la persona en cuestión o de constitución o registro de la entidad en cuestión. Se aconseja a los Estados que presenten los nombres en cuanto reúnan las pruebas de asociación con Al-Qaida o los talibanes. No es necesario para la inclusión

de una sentencia condenatoria, puede legitimar la imposición de sanciones gubernamentales ajenas al proceso judicial y al margen de las garantías procesales propias de cualquier procedimiento sancionador?

Sobre esta cuestión, el TPI acepta que el procedimiento que puede terminar con una medida de congelación de fondos en virtud de la normativa pertinente se desarrolla, pues, en dos ámbitos distintos: uno nacional y otro comunitario. A este respecto la comprobación de que existe una decisión de una autoridad nacional competente se revela como un requisito previo esencial para que el Consejo adopte una decisión inicial de congelación de fondos. Así pues, la cuestión del respeto del derecho de defensa y la tutela judicial efectiva en el contexto de la adopción de una decisión de congelación de fondos puede y debe plantearse también en estos dos ámbitos sin que las instituciones comunitarias puedan pronunciarse sobre la regularidad del procedimiento abierto contra el interesado de conformidad con el derecho aplicable del Estado miembro proponente de la medida sancionadora de acuerdo con el principio de cooperación leal contemplado en el artículo 10 TCE<sup>79</sup>. Se debe, sin embargo, añadir con el TPI que estas consideraciones sólo son válidas siempre que las pruebas o indicios en cuestión hayan sido sometidas a la apreciación de la autoridad nacional competente anteriormente aludida. Por el contrario, si a lo largo del procedimiento que se desarrolla ante él, el Consejo funda su decisión inicial o una decisión subsiguiente de congelación de fondos sobre elementos de información o de prueba que le comunican los representantes de los Estados miembros sin haberlos sometido a la

---

en la lista, que se hayan presentado cargos contra una persona o se la haya condenado, puesto que las sanciones tienen carácter preventivo. El Comité examinará las propuestas de inclusión en la lista en función del criterio de asociación descrito en los párrafos 2 y 3 de la resolución 1617 (2005). Se alienta a los Estados a que cuando presenten nombres de grupos, empresas o entidades, propongan, si lo consideran oportuno, la inclusión en la lista al mismo tiempo de los nombres de las personas responsables de las decisiones del grupo, la empresa o la entidad de que se trate. Los Estados Miembros presentarán una exposición en apoyo de la propuesta de inclusión en la lista, que será su fundamento o justificación de conformidad con las resoluciones pertinentes. En la exposición se detallarán lo mejor posible los motivos para la inclusión en la lista, con indicación de lo siguiente: 1) datos concretos que demuestren la asociación o las actividades atribuidas; 2) procedencia de los indicios (servicios de inteligencia, policía, judicatura, medios de comunicación, afirmaciones del propio sujeto, etc.) y 3) indicios o documentos complementarios que puedan aportarse. Los Estados incluirán detalles de cualquier conexión con individuos o entidades que figuren en la lista e indicarán qué parte(s) de la exposición puede el Comité hacer pública(s) o facilitar a los Estados Miembros a petición de éstos»

<sup>79</sup> Respecto a la cooperación leal sobre esta cuestión, el TPI precisa en el apartado 124 de la Sentencia *Modjhedines* que «en un caso de aplicación del artículo 1, apartado 4, de la Posición común 2001/931 y del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n° 2580/2001, disposiciones que instauran una forma de cooperación específica entre el Consejo y los Estados miembros en el marco de la lucha contra el terrorismo, el Tribunal de Primera Instancia estima que dicho principio entraña, para el Consejo, la obligación de ajustarse tanto como sea posible a la apreciación de la autoridad nacional competente, al menos cuando se trata de una autoridad judicial, tanto en lo que se refiere a la existencia de «pruebas o indicios serios y creíbles» en los cuales se basa su decisión, como en lo que concierne al posible reconocimiento de restricciones de acceso a esas pruebas o indicios, legalmente justificadas en Derecho nacional, en particular, por razones de orden público, de seguridad pública o de mantenimiento de las relaciones internacionales».

apreciación de dicha autoridad nacional competente, debe considerarse que se trata de nuevas pruebas de cargo que deben, en principio, ser objeto de una comunicación y de una audiencia en el ámbito comunitario, si no lo han sido ya en el ámbito nacional<sup>80</sup>.

Por otro lado, se concreta la sucesión de elementos que conforman la vulneración del derecho alegado. En tal sentido, el TPI examina conjuntamente los motivos basados en la vulneración del derecho de defensa, el incumplimiento de la obligación de motivación y la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva señalando que están estrechamente ligados. Se trata de un análisis pormenorizado de estos derechos para garantizar que las personas afectadas no se encuentren en absoluta indefensión ante las decisiones adoptadas y permitir una real y efectiva tutela judicial. En tal sentido se afirma, haciendo acopio de una reiterada jurisprudencia, por una parte, que en efecto, la garantía del derecho de defensa contribuye a asegurar el adecuado ejercicio del derecho a una tutela judicial efectiva. Por otra parte, existe una relación entre el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo y la obligación de motivación. Según la Sala Segunda del TPI «la obligación que incumbe a las instituciones comunitarias conforme al artículo 253 CE de motivar sus actos no responde solamente a una preocupación formal, sino que tiene por objeto permitir al juez comunitario ejercer su control de legalidad y a los interesados conocer las justificaciones de la medida adoptada, para poder defender sus derechos y comprobar si el acto está o no fundado. Así, los interesados sólo pueden sacar verdadero provecho de su recurso judicial si tienen un conocimiento exacto del contenido y de los motivos del acto en cuestión»<sup>81</sup>.

Tras esta precisión, el TPI concreta que salvo excepciones, la garantía del derecho de defensa comporta, en principio, dos aspectos principales. Por un lado, que se deben comunicar al interesado las pruebas de cargo que se tienen en cuenta para fundar la sanción administrativa propuesta (*comunicación de las pruebas de cargo*)

---

<sup>80</sup> Cfr. apartado 125 de la Sentencia. En el caso de autos, mediante auto de 28 de marzo de 2001, el Secretary of State for the Home Department (Ministro del Interior del Reino Unido, en lo sucesivo, «Home Secretary») inscribió a la demandante en la lista de organizaciones proscritas al amparo de la Terrorism Act 2000 (Ley de 2000 sobre el terrorismo). La demandante interpuso dos recursos paralelos contra este auto, uno de alzada (appeal) ante la Proscribed Organisations Appeal Comisión (Comisión de apelación en materia de organizaciones prohibidas, en lo sucesivo, «POAC»), y otro contencioso-administrativo (judicial review) ante la High Court of Justice (England and Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), en lo sucesivo, «High Court»]. Mediante sentencia de 17 de abril de 2002, la High Court desestimó el recurso de revisión interpuesto por la demandante contra el auto del Home Secretary de 28 de marzo de 2001, por considerar, en esencia, que la POAC era el foro adecuado para escuchar los argumentos de la demandante, incluidos los que se basan en la violación del derecho a ser oído. Mediante sentencia de 15 de noviembre de 2002, la POAC desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto del Home Secretary de 28 de marzo de 2001 por considerar, en particular, que nada impone una audiencia previa de la demandante ante éste, ya que dicha audiencia es, por lo demás, imposible o inadecuada en el marco de una legislación dirigida contra organizaciones terroristas. Según esta misma resolución, el régimen legal de la Terrorism Act 2000 prevé una posibilidad leal para que la demandante exponga su punto de vista ante la POAC.

<sup>81</sup> Vid. apartado 89 de la Sentencia *Modjahedines*.

y por otro lado, debe tener la ocasión de dar a conocer oportunamente su punto de vista sobre las mismas (*audiencia*). En el caso de que se admita que por razones imperiosas de seguridad de la Comunidad o de sus Estados miembros (incluidas las relacionadas con el mantenimiento de sus relaciones internacionales), interés general y eficacia de las sanciones, habría resultado incompatible la comunicación de las pruebas y la audiencia, incluso en determinadas circunstancias muy específicas la identificación del Estado miembro o tercer país proponente, no obstante resulta necesario, en aras a la efectividad del recurso jurisdiccional, la comunicación de las pruebas de cargo en la medida de lo posible, al mismo tiempo o bien lo antes posible tras la adopción de la decisión inicial de congelación de fondos. Con las mismas salvedades, toda decisión subsiguiente de congelación de fondos debe, en principio, ir precedida por una comunicación de las nuevas pruebas de cargo y por una audiencia<sup>82</sup>. Por lo demás, dichas limitaciones se ajustan a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, incluso en el contexto más estricto de un proceso penal contradictorio sujeto a las exigencias del artículo 6 del CEDH, admite que, en asuntos que afectan a la seguridad nacional y más concretamente en materia de terrorismo, pueden contemplarse ciertas limitaciones del derecho de defensa, en particular en lo que atañe a la divulgación de las pruebas de cargo o a las modalidades de acceso a los autos<sup>83</sup>.

Respecto a la motivación, se reitera la jurisprudencia acerca de que la obligación de motivar un acto lesivo tiene como finalidad, por una parte, proporcionar al interesado una indicación suficiente sobre si la decisión está bien fundada o si adolece, en su caso, de algún vicio que permita impugnar su validez ante el juez comunitario, y, por otra parte, permitir a éste el ejercicio de su control sobre la legalidad de dicho acto<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Cfr. apartados 129 y 137 de la Sentencia.

<sup>83</sup> Cfr. apartados 135 y 156 de la Sentencia. El TPI cita la siguiente jurisprudencia del TEDH: las sentencias *Chahal c. Reino Unido* de 15 de noviembre de 1996, apartado 131, y *Jasper c. Reino Unido* de 16 de febrero de 2000, apartado 51 a 53; *Öcalan c. Turquía* de 12 de marzo de 2003, apartado 106. Asimismo se hace referencia al artículo IX.3 de las Líneas Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 11 de julio de 2002 relativas a los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo.

<sup>84</sup> Conforme al apartado 141 se la Sentencia, «según una jurisprudencia reiterada, la motivación exigida por el artículo 253 CE debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y al contexto en el cual éste se adopte. Debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control de legalidad. La exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados y el interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del artículo 253 CE debe apreciarse en relación no sólo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate. En particular, un acto lesivo está suficientemente motivado cuando tiene lugar en un contexto conocido por el interesado permitiéndole comprender el alcance de la medida adoptada respecto a él... Además, el grado de precisión de la motivación de una decisión debe ser proporcionado a las posibilidades materiales y a las circunstancias técnicas o de plazo en las que debe dictarse».



Además, tampoco se admite la posibilidad de subsanar la total falta de motivación posteriormente a la presentación de un recurso jurisdiccional, pues perjudicaría el derecho de defensa del demandante puesto que a éste le quedaría tan sólo la réplica para formular sus alegaciones en contra de la motivación conocida una vez presentado el escrito inicial de interposición del recurso. De este modo se resentiría el principio de igualdad de las partes ante el juez comunitario<sup>85</sup>.

Tras estas precisiones, el Tribunal constata que no puede admitir, como sostiene el Consejo, que la motivación pueda consistir únicamente en una redacción general y estereotipada, copiada de la redacción del artículo 2, apartado 3, del Reglamento n° 2580/2001 y del artículo 1, apartados 4 o 6, de la Posición común 2001/931. El Consejo, salvo la existencia de las razones imperiosas mencionadas respecto al derecho de defensa, debe mencionar los elementos de hecho y de Derecho de los que depende la justificación legal de su Decisión y las consideraciones que le llevaron a adoptarla. La motivación de una medida de esta naturaleza debe, pues, indicar las razones específicas y concretas por las que el Consejo considera que la normativa pertinente es aplicable al interesado<sup>86</sup>.

Las anteriores consideraciones confluyen en la apreciación del respeto del derecho a la tutela judicial efectiva. A tal efecto, el TPI afirma que el control judicial ínsito en este derecho se revela tanto más indispensable cuanto que constituye la única garantía de procedimiento que permite asegurar un equilibrio adecuado entre las exigencias de la lucha contra el terrorismo internacional y la protección de los derechos fundamentales. *Dado que las limitaciones que inflige el Consejo al derecho de de-*

---

<sup>85</sup> Cfr. apartados 138-139. Además se resalta que el respeto de la obligación de motivación es tanto más importante cuanto que el interesado no goza de un derecho de audiencia previo a la adopción de una decisión inicial de congelación de fondos, ya que constituye la única garantía que permite al interesado utilizar oportunamente las vías de recurso a su alcance para impugnar la validez de dicha decisión, al menos después de la adopción de la misma (apartado 140).

<sup>86</sup> Cfr. apartados 143 y 151. Como fundamento normativo de tal consideración, el apartado 149 señala que «en relación con esto, y si bien no es aplicable en las circunstancias del caso de autos, el Tribunal de Primera Instancia considera que hay que inspirarse en las disposiciones de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO L 158, p. 77, rectificación DO L 229, p. 35, rectificación de la rectificación DO 2005, L 197, p. 34). Ésta establece, en su artículo 30, apartado 2, que «se comunicarán al interesado, con precisión y por extenso, las razones de orden público, seguridad pública o salud pública en las que se base la decisión [que limite la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia], a menos que a ello se opongan razones de seguridad del Estado». En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva en el apartado 157 se menciona que esta «Directiva establece, en su artículo 31, apartado 1, que las personas afectadas por la misma tendrán acceso a las vías de recurso judiciales y, en su caso, administrativas, del Estado miembro de acogida para impugnar una decisión adoptada contra ellas por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública. Además, a tenor del artículo 31, apartado 3, de esta Directiva, el procedimiento de recurso permitirá el examen de la legalidad de la decisión, así como de los hechos y circunstancias en que se basa la medida propuesta».

*fensa de los interesados deben compensarse con un estricto control jurisdiccional independiente e imparcial, el juez comunitario debe poder controlar la legalidad y legitimidad de las medidas de congelación de fondos, sin que se le puedan oponer el secreto o la confidencialidad de los elementos de prueba y de información utilizados por el Consejo.* Puesto que el juez comunitario no puede sustituir la valoración que efectúa el Consejo de las pruebas, hechos y circunstancias que justifican la adopción de tales medidas, por la suya propia, el control del Tribunal de Primera Instancia acerca de la legalidad de las decisiones de congelación de fondos debe limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos y la inexistencia de error manifiesto de apreciación y de desviación de poder. Este control limitado se aplica, en particular, a la valoración de las consideraciones de oportunidad sobre las que se basan dichas decisiones<sup>87</sup>. La aplicación de estas conclusiones al caso, llevan al TPI a estimar que:

*«No solamente la demandante no pudo dar a conocer oportunamente su punto de vista ante el Consejo, sino que, al faltar cualquier indicación, en la Decisión impugnada, de los motivos específicos y concretos que la justifican, tampoco tuvo la oportunidad de hacer prosperar su recurso ante el Tribunal de Primera Instancia, dadas las relaciones, ya puestas de manifiesto, que existen entre la garantía del derecho de defensa, la que emana de la obligación de motivación y la del derecho a un recurso judicial efectivo... Es más, ni los escritos de las diferentes partes en el litigio ni los elementos del expediente presentados al Tribunal de Primera Instancia permiten que éste ejerza su control jurisdiccional puesto que ni siquiera está en condiciones de determinar con certeza, al término de la fase oral, cuál es la decisión nacional a la que se refiere el artículo 1, apartado 4, de la Posición común 2001/931, sobre la que se basa la Decisión impugnada»<sup>88</sup>.*

Tras lo cual declara nula por falta de motivación, vulneración del derecho de defensa y imposibilidad del ejercicio efectivo de control jurisdiccional la Decisión impugnada (Decisión 2005/930/CE del Consejo) relativa a la aplicación del Reglamento CE número 2580/2001.

### ***B) La interpretación teleológica-sistemática del TJCE: la ampliación de los recursos judiciales previstos en el Título VI TUE sobre todos los actos con efectos frente a terceros del Tercer Pilar (asuntos Segi/Gestoras)***

Si hasta entonces, el Tribunal de Luxemburgo sólo había admitido la impugnación de las Posiciones comunes cuando se invocase la inobservancia de las competencias de la Comunidad en virtud del artículo 47 TUE<sup>89</sup>, tal jurisprudencia resulta modificada por la Gran Sala del Tribunal en los asuntos *Segi* y *Gestoras pro Amnis*

<sup>87</sup> Vid. apartados 155 y 159.

<sup>88</sup> Vid. apartados 165-166.

<sup>89</sup> Cfr. apartado 56 Sentencia *Modjahedines*

tía resueltos por sentencias de 27 febrero de 2007<sup>90</sup>, asuntos que venían precedidos de una decisión de inadmisibilidad adoptada por el TEDH el 23 de mayo de 2002<sup>91</sup>, de un auto del TPI de 5 de junio de 2003 por el se declaró la incompetencia manifiesta del Tribunal para conocer de la acción de responsabilidad por daños de los recurrentes en virtud del sistema de recursos previstos en el título VI del TUE (arts. 35 y 46 TUE) y de la Sentencia del Tribunal Supremo español, de 19 de enero de 2007, por la que se condenaba a *Segi* como organización terrorista<sup>92</sup>.

En los asuntos mencionados, la Gran Sala precisa que en virtud del artículo 35 TUE, el Tribunal de Justicia sólo es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la validez e interpretación de las decisiones marcos y convenios celebrados de conformidad con el título VI del TUE así como sobre la validez e interpretación de sus medidas de aplicación, sin que los Estados hayan previsto, ni el Tratado así lo haya recogido, la cuestión prejudicial de interpretación y validez de las posiciones comunes. Es más y como precisa el Tribunal, aun cuando quepa pensar en un sistema de medios de impugnación y, en concreto, en un régimen de responsabilidad extracontractual distinto del instaurado por el Tratado, corresponde, en su caso, a los Estados miembros, con arreglo al artículo 48 UE (procedimiento de revisión de los Tratados), reformar el sistema actual en vigor<sup>93</sup>.

No obstante lo anterior, para el Tribunal se impone una interpretación teleológica sistemática que trasciende el literalismo de las disposiciones convencionales del Tratado constitutivo para incardinarse en la defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales del artículo 6 TUE en la constatación de que, como ya se hi-

---

<sup>90</sup> Sobre estas sentencias *vid.* C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, «El derecho a la tutela judicial efectiva en la Unión Europea en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal (comentario a la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia, de 27 de febrero de 2007)», *Noticias de la Unión Europea*, nº 275, diciembre 2007.

<sup>91</sup> TEDH, demanda nº 6422/02 presentada por SEGI y otros contra Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Reino Unido y Suecia. A esta demanda se sumó la presentada por las Gestoras Pro-Amnistía y otros contra los mismos quince Estados (demanda nº 9916/02) *Vid.* el texto en Conseil de l'Europe, lo sucesivo, Recueil des arrêts et décisions 2002-V. También en Recueil HUDOC <http://cmiskp.echr.coe.int>. El TEDH declaró la inadmisibilidad del recurso basándose en que la situación denunciada no les confería a los recurrentes la cualidad de víctimas de una violación del Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950. De acuerdo con la jurisprudencia de Estrasburgo *sólo excepcionalmente* puede admitirse una demanda individual contra un Estado con carácter preventivo y tal hipótesis sólo es admitida por el TEDH cuando el demandante proporcione al Tribunal «indicios razonables y convincentes de la probabilidad de realización de una violación en lo que le concierne personalmente» siendo insuficientes a este respecto simples sospechas o conjeturas.

<sup>92</sup> Mediante Autos de 5 de febrero y 11 de marzo de 2002, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional declaró ilegales las actividades de la organización *Segi* y ordenó el ingreso en prisión de algunos de sus presuntos dirigentes, alegando que esta organización formaba parte de la organización terrorista ETA. Posteriormente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por Sentencia 1025/2007 de 19 de enero, declaró que *Segi* (así como *Jarrai* y *Haika*) son organizaciones terroristas y no meras asociaciones ilícitas, como consideró la Audiencia Nacional en los Autos citados (en contra, el voto particular del Magistrado GIMÉNEZ GARCÍA).

<sup>93</sup> Cfr. apartado 50 de la Sentencia *Segi*.

ciera en el asunto *María Pupino*, los medios de impugnación de los actos del Título VI del TUE son menores que en el Pilar Comunitario.

Las posiciones comunes, como pone de manifiesto el propio TJCE, obligan a los Estados miembros a atenerse a ellas «en virtud del principio de cooperación leal, que supone concretamente que los Estados miembros han de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo al Derecho de la Unión Europea (...). Así, el artículo 37 UE establece que los Estados miembros defenderán las posiciones comunes “en las organizaciones y en las conferencias internacionales en las que participen”»<sup>94</sup>. En consecuencia, las posiciones comunes no están llamadas a producir, por sí mismas, efectos jurídicos frente a terceros. Tal previsión justifica las limitaciones jurisdiccionales anteriormente expuestas. Consecuentemente con tal razonamiento, en aquellos supuestos en que las posiciones comunes se desprendan de su función originaria y, a pesar de su forma, encubran una *potencialidad normativa superior*, en ese caso el TJCE deba replantearse su función jurisdiccional así como el alcance de las previsiones del Título VI. A tal efecto se indica que,

*«en la medida en que la finalidad del procedimiento que permite al Tribunal de Justicia pronunciarse con carácter prejudicial es garantizar el respeto del Derecho al interpretar y aplicar el Tratado, sería contrario a dicho objetivo interpretar restrictivamente el artículo 35 UE, apartado 1. Por tanto, debe admitirse la posibilidad de someter con carácter prejudicial al Tribunal de Justicia cualquier asunto relativo a disposiciones adoptadas por el Consejo, con independencia de su naturaleza o de su forma, dirigidas a producir efectos jurídicos frente a terceros... En consecuencia, debe poder someterse al control del Tribunal de Justicia una posición común que, por su contenido, tiene un alcance que excede el que atribuye el Tratado UE a este tipo de acto. Por tanto, un órgano jurisdiccional que conoce de un litigio en el que, de manera incidental, se suscita la cuestión de la validez o de la interpretación de una posición común adoptada con arreglo al artículo 34 UE, como sucede en el presente asunto con la Posición común 2001/931 y, en cualquier caso, con su artículo 4 y su anexo, y que alberga serias dudas acerca de si dicha posición común despliega en realidad efectos jurídicos frente a terceros, podría solicitar al Tribunal de Justicia que se pronunciara con carácter prejudicial en las condiciones enunciadas en el artículo 35 UE. Correspondería entonces al Tribunal de Justicia comprobar, en su caso, si la posición común despliega efectos jurídicos frente a terceros, establecer la verdadera naturaleza del acto y pronunciarse con carácter prejudicial»*<sup>95</sup>.

Abierta la puerta prejudicial del artículo 35.1 al control de los actos de Tercer Pilar que produzcan efectos frente a terceros, la lógica conduce al TJCE a hacer extensiva la misma interpretación al artículo 35.6 TUE y superar su literalidad. En conse-

<sup>94</sup> Parágrafo 52 de la Sentencia de la Gran Sala, de 27 de febrero de 2007.

<sup>95</sup> *Vid.* apartados 53 y 54. El TJCE cita en su apoyo la siguiente jurisprudencia: las sentencias de 31 de marzo de 1971, Comisión/Consejo, denominada «AETR», 22/70, Rec. p. 263, apartados 38 a 42, y de 20 de marzo de 1997, Francia/Comisión, C57/95, Rec. p. I-1627, apartados 7 y siguientes).

cuencia, el TJCE afirma también su competencia para controlar la legalidad de dichos actos normativos cuando un Estado miembro o la Comisión interpusiera un recurso en las condiciones enunciadas en el artículo 35.6 TUE. Esto es, por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del TUE o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder. Por estas razones, el TJCE desestima el recurso al entender que los recurrentes poseían recursos para impugnar la posición común impugnada, recordando que es a los Estados miembros y, en concreto, a sus órganos jurisdiccionales a quienes incumbe interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que permitan a las personas físicas y jurídicas impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional que les afecte relativa a la elaboración o a la aplicación de un acto de la Unión Europea y solicitar, en su caso, la reparación del perjuicio sufrido<sup>96</sup>.

De nuevo el Tribunal se remite a la impugnación de los actos políticos de los respectivos gobiernos que precedieron a la elaboración de las listas insertas en los actos comunitarios en vigor (en España, la aplicación de la doctrina de los *papeles del CESID* anteriormente indicada), sin que quepa posibilidad de impugnar a nivel nacional los actos comunitarios receptores. Para este caso, habría que acudir a los controles judiciales del Tercer Pilar tal y como quedan definidos en esta jurisprudencia. Tal situación, como hemos vistos, no prevé en todo caso legitimación directa para los particulares afectados, quienes tendrán que confiar en una posible cuestión prejudicial remitida por los jueces o tribunales del Estado proponente o ejecutor de la medida, si es que éste ha formulado la declaración de aceptación de la competencia del Tribunal pues este recurso tiene en el Tercer Pilar carácter facultativo –sólo 14 de los 27 Estados miembros han aceptado<sup>97</sup>–, sin olvidar que los Estados miem-

<sup>96</sup> Parágrafo 56 de la Sentencia de la Gran Sala, de 27 de febrero de 2007.

<sup>97</sup> Conforme a la Información sobre esta cuestión ofrecida por el Consejo (DO C 318 de 14 de diciembre de 2005) la situación de las declaraciones sobre la aceptación de la jurisdicción del Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial sobre los actos a que se refiere el artículo 35 del Tratado de la Unión Europea es la siguiente: el Reino de España y la República de Hungría han declarado que aceptan la jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas según las modalidades previstas en el artículo 35.2 y 3.a) del Tratado de la Unión Europea, esto es, sólo respecto a los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial; el Reino de Bélgica, la República Checa, la República Federal de Alemania, la República Helénica, la República Francesa, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Finlandia y el Reino de Suecia han declarado que aceptan la jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas según las modalidades previstas en el artículo 35.2 y 3.b) del Tratado de la Unión Europea, esto es, respecto a cualquier órgano jurisdiccional del Estado; al hacer las declaraciones antes mencionadas, el Reino de Bélgica, la República Checa, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos y la República de Austria se reservaron el derecho de establecer en su Derecho nacional disposiciones en el sentido de que, cuando se plantee una cuestión relativa a la validez o a la interpretación de uno de los actos mencionados en el artículo 35.1 en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano jurisdiccional estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.

bros pueden reservarla exclusivamente a los órganos jurisdiccionales que decidan en última instancia, como es el caso de España. O en su caso, instar a los Estados miembros o a la Comisión a que impugne tal decisión, situación que difícilmente resulta imaginable. Por todas estas razones, se puede concluir que en este ámbito de decisión, el control jurisdiccional sigue resultando insuficiente –y hasta discriminatorio sobre la base y el grado del reconocimiento estatal de la cuestión prejudicial–, por lo que resulta difícil concebir que superaría el test de protección equivalente exigido por el TEDH en el asunto *Bosphorus*, pues ni siquiera resulta equivalente la cuestión prejudicial del artículo 35 TUE a la garantía prejudicial defendida por el TEDH en el asunto mencionado respecto del pilar comunitario.

**C) La «descomunitarización normativa y nacionalización judicial» del Tercer Pilar propuesta por el Abogado General Paolo Mengozzi**

Si bien los avances aportados por esta jurisprudencia no son desdeñables desde la perspectiva del derecho de defensa y tutela judicial efectiva, sin embargo generan un panorama fragmentario y discriminatorio del mismo. En este sentido, el debate inicialmente planteado acerca de una mayor comunitarización del Tercer Pilar con un sistema incompleto e insuficiente de recursos o una «descomunitarización» del mismo, otorgando un mayor protagonismo a los ordenamientos nacionales, sigue sin cerrarse a la espera de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Es más, tal disyuntiva se planteó abiertamente en las conclusiones del Abogado General, Paolo MENDOZZI, presentadas el 26 de octubre de 2006 sobre los asuntos *Gestoras* y *Segi*. En ellas se parte precisamente de la aseveración de que es hartamente improbable que el TEDH extienda al Tercer Pilar la presunción de equivalencia en la protección de los derechos fundamentales que estableció entre el CEDH y el ordenamiento comunitario mediante el control «marginal» que realizó de la garantía judicial de los actos comunitarios adoptados. Es más, descarta que el recurso ante el TEDH resulte una garantía que venga a suplir las deficiencias jurisdiccionales de la UE, pues el Tribunal de Estrasburgo lleva a cabo un control *externo* al sistema de la Unión y de carácter subsidiario que, por consiguiente, no podría suplir la eventual ausencia, en el *interior* del sistema, de garantías adecuadas de tutela de los derechos fundamentales ni la grave incoherencia que se derivaría de ello para todo el sistema de la UE<sup>98</sup>.

El Abogado General italiano parte de la premisa de que el Estado de Derecho no es tanto el basado en las normas y en la proclamación de los derechos, sino el que se funda en mecanismos que permiten hacer respetar las normas y los derechos (*ubi ius ibi remedium*). El «derecho al juez es inherente al Estado de Derecho», es un «corolario», «una conquista y un instrumento» de éste. El Derecho de la Unión reconoce expresamente a los particulares (artículo 6 UE, apartado 2), un conjunto de derechos fundamentales, que en principio debe considerarse que pueden ser alegados en juicio como parámetros de legitimidad de los actos de la Unión, tal y como se desprende

<sup>98</sup> Cfr. apartados 86-89 de sus Conclusiones.

del artículo 46 UE, letra d). Por tanto, debe tomarse como punto de partida la hipótesis de que, en virtud del artículo 6 UE, apartados 1 y 2, la Unión admite el control jurisdiccional de la legitimidad de la acción de sus instituciones y garantiza la tutela judicial de los derechos, especialmente de los calificables como fundamentales. No puede invocarse ninguna disposición del Tratado UE en sentido contrario para afirmar, en particular, que la intención de sus autores fuera dejar al margen de dicho control y de dicha tutela el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, en el cual la acción de la Unión puede además incidir negativamente en los derechos y libertades fundamentales de los particulares con más facilidad que en otros sectores que son competencia de la Unión y se despliega con una implicación aún muy limitada del Parlamento Europeo<sup>99</sup>.

A continuación constata que el Tercer Pilar no constituye un ordenamiento supranacional equivalente al pilar comunitario, sin que puede afirmarse por otro lado que el «Título VI del Tratado UE haya instituido un *sistema completo* de vías de recurso y de procedimientos *dirigido a confiar al Tribunal de Justicia* el control de la legalidad de los actos del Consejo del artículo 34 UE. En efecto, resulta evidente que *las únicas competencias atribuidas al Tribunal de Justicia* por el artículo 35 UE no integran un *sistema completo* de vías de recurso y de procedimientos que garantice el control de la legalidad de dichos actos; la ausencia de la remisión prejudicial de validez en los Estados miembros que no efectuaron una declaración con arreglo al artículo 35 UE, apartado 2, habida cuenta de la absoluta falta de previsión de un recurso directo ante el Tribunal de Justicia ejercitable por los particulares contra tales actos, basta para demostrar este extremo»<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> Cfr. apartados 101-103.

<sup>100</sup> *Vid.* apartado 123. En el apartado 132 se precisa que el Abogado General ha «hecho esta disgresión sobre el modelo de competencia prejudicial del Tribunal de Justicia previsto por el artículo 35 UE para mostrar cómo los Estados miembros han definido un sistema jurisdiccional para el tercer pilar de la Unión en el cual la intervención del Tribunal de Justicia, juez supranacional, es más limitada que la que le corresponde en el ámbito del Tratado CE, en el cual, *en consecuencia*, se deja más espacio a la competencia de los tribunales nacionales. Por otra parte, esta circunstancia no debe resultar sorprendente, dado que, también al hilo de las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam, la cooperación policial y judicial en materia penal no tiene aún los acentuados rasgos de supranacionalidad que caracterizan la acción de la Comunidad y se queda a medio camino entre una cooperación intergubernamental pura y el modelo «integrador» comunitario. La declaración n° 7 sobre el artículo 30 UE, anexa al Acta final de la Conferencia Intergubernamental de Amsterdam, ofrece una última prueba de la importancia cobrada por el papel que desempeñan los tribunales nacionales en las materias propias del tercer pilar; según dicha Declaración «la acción en el ámbito de la cooperación policial en virtud del artículo [30 UE], incluidas las actividades de Europol, estará sujeta a un control judicial adecuado por parte de las autoridades nacionales competentes con arreglo a las normas aplicables en cada Estado miembro». Previamente el Abogado General había indicado que el sistema jurisdiccional del tercer pilar no resultaba acorde con los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación por razón de la nacionalidad pues «recuérdese, a este respecto, que, ante todo, tal y como permite el artículo 35 UE, varios Estados miembros de la Unión no han aceptado hasta la fecha dicha competencia, de modo que sus órganos jurisdiccionales, como he destacado anteriormente, deben considerarse facultados para pronunciarse ellos mismos tanto sobre el alcance como sobre la validez de las decisiones-marcos y de las decisiones adoptadas con arreglo al artículo 34 UE, cuando sea necesario para resolver el li-

Estas consideraciones le llevan a concluir la competencia de los jueces nacionales para enjuiciar directamente los actos del Tercer Pilar pues, la tutela judicial de la que debe considerarse que disponen los particulares ante los tribunales nacionales en virtud del Derecho de la Unión frente a la acción de la propia Unión en el ámbito del tercer pilar no se limita únicamente al caso, expresamente previsto en el artículo 35 UE, apartado 1, de la impugnación indirecta de la validez de las decisiones-marco y de las decisiones (excepción de invalidez en el marco de una acción directa contra medidas nacionales de actuación). Ésta comprende también, en particular, la impugnación directa de la validez de dichos actos, así como de las posiciones comunes del artículo 34 UE, letra a), cuando, a pesar de que carezcan de efectos directos, puedan no obstante lesionar de modo inmediato y por sí mismas, prescindiendo por tanto de medidas nacionales de ejecución, la posición jurídica de los particulares; y ello con el fin de obtener al menos la indemnización de los daños que eventualmente se hayan ocasionado. A este último respecto, considera el Abogado General que «ni el hecho de que no se haya introducido en el Tratado UE una norma específica que contemple expresamente este derecho o la responsabilidad correspondiente, ni la circunstancia de que las disposiciones de dicho Tratado, en particular el artículo 41 UE, no remitan al artículo 288 CE, párrafo segundo, obstan a que se reconozca el derecho a la mencionada indemnización. Efectivamente, por un lado, el derecho examinado constituye, como ya he señalado (...) parte integrante del derecho a la tutela judicial *efectiva* de los derechos y, por otro, su existencia puede deducirse –si no, como alegan los recurrentes, del propio Derecho internacional consuetudinario– al menos de los principios generales comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, a los que debe considerarse que cabe recurrir con el fin de colmar las lagunas del Derecho de la Unión derivadas de la falta de normas escritas»<sup>101</sup>.

---

tigio del que conocen. Simplemente por este motivo, la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en la materia examinada no está garantizada, dejando a un lado las dudas acerca del valor vinculante o no para estos órganos jurisdiccionales de las sentencias dictadas en sede prejudicial por el Tribunal de Justicia a petición de los jueces de los Estados miembros que, en cambio, han aceptado dicha competencia. Además, el hecho de que el artículo 35 UE permita a los Estados miembros impedir que los órganos jurisdiccionales que no sean de última instancia puedan plantear cuestiones prejudiciales agrava el riesgo de que la aplicación del Derecho de la Unión por parte de los tribunales nacionales en el ámbito del título VI del Tratado UE no sea uniforme, dado que, en la práctica, una parte de los litigios nacionales se resuelve sin llegar a los órganos jurisdiccionales de última instancia» (apartados 115 y 128-129).

<sup>101</sup> *Vid.* apartados 133-134. Para evitar distorsiones interpretativas el Abogado General precisa que «la aplicación del nivel de protección impuesto por el artículo 6 UE, apartado 2, podrá causar ciertamente algunas dificultades al juez nacional e involucrarlo en una actividad de enucleación de los derechos fundamentales reconocidos por la Unión que, hasta la fecha, ha sido desarrollada esencialmente por el juez comunitario. Sin embargo, estas dificultades no deben ser sobrevaloradas. Para desarrollar esta actividad, los tribunales nacionales podrán emplear las disposiciones de la Carta y la jurisprudencia comunitaria, así como las disposiciones del CEDH y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Con el fin de apreciar la legalidad de los actos del Consejo adoptados con arreglo al artículo 34 UE, al menos de los mencionados en el artículo 35 UE, apartado 1, en la medida en que las opciones elegidas por sus respectivos Estados conforme al artículo 35 UE, apartados 2 y 3 se lo permitan, los tribunales nacionales podrán naturalmente solicitar la asistencia del Tribunal de Justicia, efec-



## V. CONCLUSIONES: A LA ESPERA DE LISBOA TRAS EL FORTALECIMIENTO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTUADO POR LA GRAN SALA DEL TJCE EN SUS SENTENCIAS DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2008

El automatismo de las Resoluciones del Consejo de Seguridad crea vacíos jurisdiccionales que pueden aprovechar aquellos Estados que prescindan de los derechos y libertades fundamentales y que pongan en entredicho la esencia de los Estados que hacen del Estado de derecho su seña de identidad. En cuanto a la Unión Europea, el problema se agudiza cuando estos actos provienen de los pilares intergubernamentales. Si la PESC está blindada ante todo control jurisdiccional que no sea el de la invasión competencial previsto en el artículo 47 TUE, la CPJP ofrece un sistema imperfecto y facultativo de recursos que, respectivamente, impide el ejercicio efectivo de la tutela judicial efectiva y ampara discriminaciones entre los ciudadanos comunitarios. Situación de discriminación que se agrava en virtud del régimen sancionador antiterrorista –el derivado del Comité 1267 o el resultante de la Resolución 1373– que deba ejecutar la Unión Europea, pues si en el primero se impone un automatismo absoluto en la ejecución, asumiendo en cierta medida el antijurídico estatuto del «combatiente ilegal», en el segundo se abren vías de revisión judicial fiscalizadoras de la actuación estatal y comunitaria.

La opción más acertada es asumir las previsiones del Tratado Constitucional para Europa transferidas ahora al Tratado de Lisboa<sup>102</sup>. Esto es, proceder a la voladura de los pilares intergubernamentales integrándolos en el sistema legislativo y de control jurisdiccional comunitario<sup>103</sup>. A tal efecto hay que recordar que si bien sigue excluyéndose de la competencia del TJCE la Política Exterior y de Seguridad Común, no obstante en el Tratado de Lisboa se prevé que el Tribunal será competente para pronunciarse sobre los recursos de nulidad y control de la legalidad de las decisiones adoptadas en este ámbito que establezcan medidas restrictivas frente a las personas físicas o jurídicas (art. 275). Por otra parte, el espacio de libertad, seguridad y justicia se comunitariza plenamente sometiéndose al régimen general de control jurisdiccional del TJCE, incluidos los recursos de nulidad y de responsabilidad extracontractual, quedando solamente excluido el control jurisdiccional sobre la validez y proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con

---

tuando una remisión prejudicial de validez. En cualquier caso, la dificultad en cuestión no puede llevar a preferir que en el ámbito del título VI del Tratado UE exista un vacío de tutela judicial de los derechos fundamentales, tal y como se recogen en el artículo 6 UE, apartado 2» (apartado 139).

<sup>102</sup> Proyecto de Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Bruselas, 5 de octubre de 2007, GIG 1/1/07 REV 1. Dicho proyecto puede consultarse en: [http://europa.eu/reform\\_treaty/index\\_es.htm](http://europa.eu/reform_treaty/index_es.htm).

<sup>103</sup> Sobre esta cuestión *Vid.* F. JIMÉNEZ GARCÍA, «La Unión Europea y los acuerdos internacionales: ¿más acordes que desacuerdos en la Constitución para Europa», en *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro III, E. ÁLVAREZ CONDE y V. GARRIDO MAYOL (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pp.1423-1480.

funciones coercitivas de un Estado miembro así como sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior (art. 276). Por último, se incorpora la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE como parámetro de legalidad comunitaria, manteniéndose la previsión de adhesión de la UE al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 6). Tampoco hay que olvidar que mediante el Tratado de Lisboa se pretenden afianzar la personalidad jurídico internacional de la Unión Europea por lo que resultará poco convincente y coherente que la responsabilidad por los actos comunitario vinculados a la política exterior se traslade a los Estados miembros. A tal efecto el artículo 3.5 del Tratado de Lisboa se indica que en sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y *contribuirá a la protección de sus ciudadanos además de contribuir a la protección de los derechos humanos así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas*.

En esta dirección habría que exigir al TJCE el ejercicio del control de legalidad, no sobre los actos de Naciones Unidas, sobre los que carece de competencia incluso en materia de *ius cogens*, sino sobre sus propios actos de tal forma que si constatará la ausencia de motivación suficiente, violación grave del derecho de defensa y tutela judicial efectiva, pudiera declarar la inaplicación o suspensión cautelar del reglamento o decisión afectada (de forma análoga a su propia jurisprudencia iniciada en los asuntos *Simmenthal* y *Factortame* sobre la suspensión cautelar de la normativa nacional contraria al Derecho comunitario en virtud del principio de primacía) proponiendo que la UE o la CE (en atención a las previsiones de los artículos 17 y 19 TUE y artículo 303 TCE) iniciara los procedimientos adecuados en el marco de las organizaciones internacionales, en este caso ante los Comités de Sanciones y el Consejo de Seguridad, para modificar las resoluciones afectadas. En Derecho internacional general se prevén las causas de suspensión de las obligaciones internacionales, causas que no resultan desconocidas a las instituciones comunitarias, entre ellas al TJCE, que ha legitimado la terminación de convenios internacionales en virtud del Derecho consuetudinario (asunto *Racke*). Además para tal función se cuenta, desde 1º de marzo de 2007, con el asesoramiento de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aun cuando sus funciones se limiten únicamente al ámbito de aplicación del Derecho comunitario<sup>104</sup>.

En este sentido resultan de especial interés las conclusiones del Abogado General Sr. POIARES MADURO respecto a los recursos de casación interpuestos en los asuntos *Kadi* y *Al Barakaat*. En primer lugar y reivindicando la autonomía del ordenamiento comunitario (Van Gend en Loos), precisa que si bien el Tribunal de Justicia vela especialmente por que se cumplan las obligaciones de Derecho internacional

---

<sup>104</sup> Esta Agencia fue creada mediante Reglamento CE 168/2007 del Consejo de 15 de febrero (*DO L 53* de 22 de febrero de 2007). Sobre la misma *vid.* M. PI LLORENS, «La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ¿avance u oportunidad perdida?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2007, Mayo/Agosto, nº 27, pp. 575-593.

que incumben a la Comunidad, sería erróneo llegar a la conclusión de que los Tribunales comunitarios deben inclinarse ante la norma internacional con completa aquiescencia y han de aplicarla incondicionalmente en el ordenamiento jurídico comunitario. La relación entre el Derecho internacional y el ordenamiento jurídico comunitario se rige por éste último y el Derecho internacional únicamente puede penetrar en ese ordenamiento jurídico con sujeción a las condiciones que establecen los principios constitucionales de la Comunidad, incluido el derecho a la tutela judicial efectiva que no puede en ningún caso excepcionarse mediante la aplicación del artículo 307 TCE. La pretensión que una medida es necesaria para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales no puede surtir efectos hasta tal punto de silenciar los principios generales del Derecho comunitario y de privar a los individuos de sus derechos fundamentales. Lo anterior no disminuye la importancia del interés en mantener la paz y la seguridad, sino que significa simplemente que persiste el deber de los tribunales de pronunciarse sobre la conformidad a Derecho de aquellas medidas. Si bien pueden existir circunstancias extraordinarias que justifiquen restricciones a tales derechos, las mismas circunstancias obligan a los jueces a examinar con gran cuidado si tales restricciones exceden de lo que resulta necesario articulando un adecuado equilibrio entre la naturaleza del riesgo para la seguridad y el grado en el que tales medidas afecten a los derechos fundamentales de los individuos evitando que las realidades políticas presentes derivadas de situaciones de emergencia se conviertan en las futuras realidades jurídicas<sup>105</sup>.

En segundo lugar, el Abogado POIARES MUDURO, precisa, como no podía ser de otro modo, que los efectos jurídicos de una sentencia en este sentido del TJCE se circunscriben al ordenamiento comunitario. Las consecuencias jurídicas en el ámbito del ordenamiento jurídico internacional deberán determinarse con arreglo a las normas del Derecho internacional público, entre ellas, las normas internacionales en materia de responsabilidad de los Estados o, incluso, la norma enunciada en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>106</sup>. Por estos motivos, propone la anulación del Reglamento impugnado tras admitir que existe una posibilidad real de que las sanciones impuestas a los recurrentes en el marco de la Comunidad sean desproporcionadas (los intereses financieros han quedado congelados por varios años, sin ninguna limitación temporal y en unas condiciones en las que no parece que dispon-

---

<sup>105</sup> Cfr. pars. 24-38 y pars. 44-45 de las Conclusiones. Como indica el Abogado General, si bien es verdad que los tribunales no tienen por qué ser institucionalmente ciegos y deben tener presente el contexto internacional en el que opera, no puede, por deferencia hacia los puntos de vista de otras instituciones, dar la espalda a los valores fundamentales en los que se sustenta el ordenamiento jurídico comunitario y cuya protección debe garantizar. Como concluye el mencionado autor, «el respeto a otras instituciones tan sólo tendría sentido si puede edificarse basándose en un entendimiento común de los referidos valores y en el mutuo compromiso de protegerlos». Es más, como ya se ha advertido al principio de este trabajo, la defensa de tales valores resulta común tanto al Derecho internacional como al Derecho comunitario, por lo que el examen judicial de tales medidas no sólo no es contrario al ordenamiento internacional sino que resulta necesario y complementario conforme al criterio del desdoblamiento funcional.

<sup>106</sup> Cfr. par. 39.

ga de ningún medio idóneo para impugnar la consideración de que es culpable de conductas ilegales) –o incluso totalmente infundadas– y de que, a pesar de ello, sigan indefinidamente en vigor. El Tribunal de Justicia no tiene modo alguno de saber si así sucede en realidad, pero «*la mera existencia de tal posibilidad es anatema en una sociedad que se rige por el Estado de Derecho*»<sup>107</sup>.

En términos generales, tales conclusiones fueron asumidas por la Gran Sala del TJCE en sus sentencias de 3 de septiembre de 2008<sup>108</sup>. De ellas cabe resaltar dos importantes pronunciamientos. En primer lugar, que el artículo 308 TCE no puede servir de base jurídica para ampliar las competencias previstas en los Pilares intergubernamentales de la UE, sino estrictamente las comunitarias. La coexistencia de la Unión y de la Comunidad como ordenamientos jurídicos integrados pero distintos y la arquitectura constitucional de los pilares, queridas por los autores de los Tratados actualmente vigentes, constituyen además consideraciones de carácter institucional que impiden extender dicha pasarela a artículos del Tratado CE distintos de aquéllos con los que ésta establece una vinculación expresa<sup>109</sup>. En segundo lugar *la negación de la pretendida inmunidad de los actos comunitarios ejecutivos de las resoluciones del Consejo de Seguridad* lo que lleva al Tribunal a declarar la nulidad del Reglamento por vulneración de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva y, de forma colateral, el derecho de propiedad<sup>110</sup>. Conforme a las conclusiones del Tribunal, con arreglo a las competencias que les confiere el Tratado CE, los tribunales comunitarios deben garantizar un control, en principio completo, de la legalidad de todos los actos comunitarios desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario, control que también se extiende a los actos comunitarios destinados a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como el Reglamento controvertido<sup>111</sup>.

Hasta Lisboa y sin desdeñar los progresos alcanzados vía pretoriana, habría que ralentizar el proceso de comunitarización del Tercer Pilar manteniendo su esencia de cooperación intergubernamental y dejando a los Estados miembros, incluyendo sus órganos jurisdiccionales, la responsabilidad en la reglamentación de las acciones con repercusiones en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos comunitarios, teniendo presente la doctrina de la «protección equivalente» del TEDH respecto a las garantías inherentes al derecho a un proceso equitativo así como las conclusiones del TPI en el asunto *Modjhedines* sobre el contenido de los derechos relativos a la defensa, la motivación de los actos sancionadores y la tutela judicial efectiva. En el asunto *Yusuf*, el propio TPI entendió que nada hubiese impedido que las Resolu-

---

<sup>107</sup> Cfr. par. 53.

<sup>108</sup> Vid. TJCE, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P.

<sup>109</sup> Vid. apartados 196-236, en particular 202.

<sup>110</sup> Vid. apartados 278-330.

<sup>111</sup> Vid. apartado 326.

ciones del Consejo de Seguridad hubiesen sido ejecutadas directamente por los Estados sin intervención de la Comunidad Europea<sup>112</sup>.

**PALABRAS CLAVE:** Sistema jurídico de Naciones Unidas (Resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas) y el ordenamiento jurídico comunitario. Control de legalidad de los actos de las instituciones, en particular a la luz de los derechos fundamentales. El derecho a la tutela judicial efectiva.

**RESUMEN:** El Derecho internacional presenta cada vez más rasgos de reglamentación e incide sobre los derechos fundamentales de los particulares sin que exista en la actualidad un mecanismo genuino y efectivo de control judicial de las medidas de ejecución decretadas. La decisión de suprimir o no el nombre de una persona de la lista de sanciones de Naciones Unidas sigue correspondiendo a la más absoluta discrecionalidad de un órgano político como es el Comité de Sanciones correspondiente. No obstante, la pretensión de que una medida es necesaria para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales no puede surtir efectos hasta el punto de silenciar los principios generales del Derecho comunitario y de privar a los individuos de sus derechos fundamentales. Por esta razón, la Unión Europea no puede dar la espalda a los valores fundamentales en los que se sustenta su ordenamiento jurídico. A tal efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva ocupa un lugar preeminente en el universo comunitario sin que se pueda admitir en una sociedad democrática su sustancial supresión.

**KEYWORDS:** Legal order of United Nations (resolutions of the Security Council adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations) and the Community legal order. The review the legality of acts of the institutions, specially in the light of fundamental rights. The principle of effective judicial protection.

**ABSTRACT:** The International Law presents increasingly features of regulation and affects on the fundamental rights of the individuals. Nevertheless there does not exist currently a genuine and effective mechanism of international judicial control of the measures of execution decreed. The decision whether or not to remove a person from the United Nations sanctions list remains within the full discretion of the corresponding Sanctions Committee, a political organ. However the claim that a measure is necessary for the maintenance of international peace and security cannot operate so as to silence the general principles of Community law and deprive individuals of their fundamental rights. For this reason, the European Union cannot turn its back on the fundamental values that lie at the basis of their legal order. The right to effective judicial protection holds a prominent place in the firmament of fundamental rights. It is unacceptable in a democratic society to impair the very essence of that right.

---

<sup>112</sup> *Vid.* apartado 149 de la sentencia citada.



# LA CIUDADANÍA EUROPEA: UN NUEVO PELDAÑO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL HOMBRE DE NUESTRO TIEMPO<sup>1</sup>

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

*Profesor de Derecho Administrativo. UNED*

## I

Cuando los representantes del pueblo francés, reunidos en Asamblea Nacional, alumbraron al ciudadano en la Declaración de Derechos de 1789<sup>2</sup>, reconstruyendo un viejo concepto greco-romano, tenía lugar uno de los hitos más relevantes en la historia de los humanos.

Los hombres que estuvieron patrimonializados por otros hombres desde el principio de los tiempos, a principios de nuestra era se convirtieron en súbditos. La alianza entre la Iglesia y los monarcas a principios de nuestra era supondrá la liquidación de toda esperanza de libertad para los hombres y para los pueblos europeos durante siglos. Un mundo de poder dual sólo alterado por la disputa entre papas y monarcas sobre la preeminencia y el origen del poder, que de modo magistral reflejara Dante ALIGIERI en su obra, *La monarquía*, una brillante radiografía de la disputa por el poder que preludia la monarquía absoluta.

No es exagerado que Thomas PAINE, uno de los más conspicuos analistas de la Revolución Francesa, redenominará dicho acontecimiento histórico como regeneración del género humano<sup>3</sup>. Diría incluso que es el origen de la imagen del hombre en que ahora nos reconocemos. Los hombres se revelaron contra el monarca y la Iglesia

---

<sup>1</sup> El texto se corresponde, a salvo de las anotaciones a pie de página, con la conferencia impartida en el marco de la Tercera Jornada: *La reforma de los Tratados Comunitarios*, organizada por la *Academia Vasca de Derecho. Sección Derecho Público*, que tuvo lugar el 8 de abril de 2008. Aprovechando la ocasión para agradecer la oportunidad de participar en una de las actividades organizadas por la prestigiosa *Academia Vasca de Derecho* y, en particular, al Profesor Miguel Ángel GARCÍA HERRERA.

<sup>2</sup> La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano está fechada el 26 de agosto de 1789 y consta de 17 artículos. La segunda Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano está fechada el 24 de junio de 1793 y consta de 35 artículos.

<sup>3</sup> Thomas PAINE, *Rights of Man, 1791-1792 (Los derechos del hombre*, Aguilar, Buenos Aires, 1954).

y se atrevieron a cincelarse a sí mismos en el imaginario espacio de las ideas. El sueño de la razón cobrará realidad; la culminación de la Ilustración y el comienzo de una nueva época.

La ciudadanía significará la ruptura de los hombres con los vínculos que les unían a los señores, a la tierra, a la Iglesia, e incluso a la ciudad, símbolo de libertad en el medioevo. La ciudadanía supone situar al hombre en el centro de referencia de la sociedad política francesa. La ciudadanía ignora toda forma de gobierno que no esté a su servicio. La nación, el Estado, se conciben desde la Declaración de Derechos como instrumentos para la felicidad de los hombres.

La ciudadanía, no obstante, hija de su tiempo, se alumbrará con limitaciones. No serán ciudadanos las mujeres, pese a la defensa encendida que en los debates constitucionales hiciera ROBESPIERRE para que se reconociera a las mujeres el derecho de sufragio. La ciudadanía, por otra parte, será un privilegio de los propietarios. Sin embargo, pese a sus limitaciones, la Declaración francesa será un manifiesto universal dirigido a todos los hombres.

## II

Resulta curioso que la Declaración de Derechos de Virginia de 1776<sup>4</sup>, antecedente de la Declaración de Derechos francesa, no haga mención expresa alguna a la ciudadanía. Sin embargo, su artículo 6 dibuja de modo preclaro su concepto: «*Los hombres que hayan probado suficientemente su adhesión a la comunidad y un continuado interés en la comunidad tienen derecho de sufragio y no podrán ser gravados con impuestos o privados de su propiedad para uso público sin su propio consentimiento*».

De modo incipiente, la Declaración de Virginia indicará el sentido originario de la ciudadanía. Todos los demás derechos de dicha Declaración serán de los hombres, pero sólo los hombres que hayan probado suficientemente su adhesión e interés por la comunidad estarán en disposición de conducirla, de formar su voluntad.

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano será más explícita que la de Virginia en su título y en su contenido al señalar que los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente, o a través de representantes, en la formación de la voluntad general (art. 6), pero, además, los ciudadanos estarán vinculados a la Ley (art. 7), tendrán los derechos de hablar, escribir e imprimir libremente (art. 11), tendrán el derecho a que la fuerza pública garantice sus derechos (art. 12), tendrán la obligación de contribuir a las cargas públicas (art. 13) y controlarán los impuestos (art. 14)<sup>5</sup>. Así,

---

<sup>4</sup> La Declaración de Derechos de Virginia está fechada el 12 de junio de 1776 y consta de 16 artículos, de mayor amplitud es la declaración de Derechos de Massachussets de 1780 que consta de 30 artículos. Una recopilación de las Declaraciones de Derechos puede verse en M. ARTOLA, *Los derechos del hombre*, Alianza Editorial, Madrid, 1986.

<sup>5</sup> Como es bien sabido la Declaración de 1793, con 35 artículos, introduce modificaciones notables, reformulando derechos e incluyendo derechos ciudadanos como: el acceso a los empleos públicos (art. 5), la libertad de trabajo (art. 17), el derecho a la subsistencia (art. 21) y el derecho a la instrucción (art. 22) y el derecho a nombrar a sus representantes (art. 29).



la mayoría de los derechos recogidos en los 17 artículos de la Declaración serán de los hombres por su sola condición, y sólo unos pocos estarán a disposición de determinados hombres, los ciudadanos.

Desde su origen, la ciudadanía supondrá un estatus privilegiado, solo los ciudadanos son los titulares del poder de conformar la realidad, la voluntad general expresada mediante leyes. Pero en la Declaración francesa también están presentes los conceptos de nación y representación que dotarán al escenario de los derechos de mayor complejidad que la que pudiera derivarse de las concepciones rousseauianas que inspiran, sin duda, la Declaración, y que se reflejan en las constituciones francesas. Y lo mismo puede decirse de las constituciones norteamericanas.

### III

La tempestad de libertad que vivifica los nacientes Estados Unidos de América y Francia llegará a España convertida en una ligera brisa. Manuel DE AGUIRRE, que perteneciera a la Real Sociedad Vascongada de Amigos del País, en 1786, influido por Jean-Jacques ROUSSEAU elaborará sus «*Leyes constitucionales, cuya observancia es una obligación inviolable para todos los individuos de la sociedad*», primer documento con pretensiones de constitución del que tenemos noticia en España, publicado 5 años antes de la Revolución Francesa; llama la atención la utilización en dicho documento del concepto de ciudadano (art. 14). Y no faltarán los ejemplos de proyectos constitucionales previos a la Constitución de Cádiz, como el de LEÓN DE ARROYAL (1794-1795) y otros<sup>6</sup>. Pero, en la España oficial, lejos de toda aproximación a las concepciones democráticas que emergían en América y Europa, se sucederán gobiernos de Carlos IV que tendrán por finalidad principal frenar los impulsos revolucionarios (FLORIDABLANCA, ARANDA, GODOY). La expresión más acabada del reaccionarismo de la monarquía española, más allá de las excepciones, se manifestará en la *Novísima Recopilación*, que ve la luz en 1805, una recopilación de leyes en gran parte medievales, que se publica un año después que el Código civil francés (1804), que supone sin duda uno de los frutos más relevantes de la Revolución. El movimiento codificador, como es sabido servirá a dos propósitos fundamentales, dar cuerpo a las ideas revolucionarias y la liquidación de la fragmentaria y caótica legislación medieval que consagraba la desigualdad de los hombres.

El alumbramiento de la ciudadanía tendrá algo de espejismo. El Congreso de Viena (1814-1815)<sup>7</sup>, conducido por el príncipe METTERNICH, pondrá fin a las concepciones revolucionarias. El conservadurismo expresado como nadie por Edmund BURKE en sus *Reflexions on the Revolution in France* volverá a señorear por Europa. Los europeos volverán a ser súbditos. En España, el horrible grito de «Vivan las ca-

<sup>6</sup> Puede verse el excelente trabajo de I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *Proyectos constitucionales en España (1786-1824)*, CEPC, Madrid, 2004.

<sup>7</sup> El Acta del Congreso de Viena está fechada en junio de 1815. Dicha Acta fue firmada por España dos años después

denas» del pueblo español, que recibe del exilio a Fernando VII, expresa con una plasticidad difícilmente igualable el grado de podredumbre moral de la mayor parte del pueblo español. FRANCISCO DE GOYA en su pintura negra representa como ningún otro pintor el alma oscura del ser humano que lo domina todo, la pérdida de toda esperanza.

Pero la semilla de la libertad no sucumbirá, permanecerá latente. La libertad pugnará por florecer y dará brillantes frutos a lo largo de cerca de siglo y medio, el horror, la ausencia de libertades, el desprecio por la vida predominarán sobre la libertad<sup>8</sup>. Constituciones como la de WEIMAR de 1919, y la de la Segunda República española de 1931, serán algunas de las excepciones relevantes y esperanzadoras en un panorama desolador. Los españoles lo sabemos muy bien, desde la Constitución de Cádiz, que recibe los valores alumbrados por la Revolución Francesa, hasta la Constitución española de 1978, la pugna entre la libertad y la sumisión siempre será ganada, salvo excepciones, por ésta última. En la España de Franco seremos súbditos sin rey, privados de los derechos fundamentales más elementales.

#### IV

El concepto de ciudadanía aparecerá en el escenario de las ideas a la vez que los conceptos de Estado-nación y representación. Y de modo sintético se podría decir que la ciudadanía se integrará en el concepto de nacionalidad, y que la representación enajenará al pueblo del ejercicio del poder. Es ilustrativo de la disolución del concepto de ciudadanía en el de nacionalidad el *Diccionario de la Administración Española* de Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA<sup>9</sup>, precioso monumento jurídico, en que se dice que *la ciudadanía equivale en cierto modo a la nacionalidad* y que la nacionalidad será *la cualidad de individuos de una nación*. Los Estados-nación engulleron al ciudadano, y con ello se vulnerará el espíritu que presidiera su origen. Los Estados-nación se convierten en el centro de todas las referencias y el individuo lejos de ser un referente se convierte en un servidor, el espíritu de la Revolución francesa será subvertido: los hombres serán súbditos del Estado-nación.

Y la circunstancia de que el concepto nacionalidad derivado de nación se engulla el concepto de ciudadano tendrá como consecuencia la peor de las versiones de la ciudadanía, la ciudadanía como privilegio, como conjunto de derechos de los que sólo pueden ser titulares los nacionales de cada nación. Los Estados nacionales son los que de modo más claro crearán el concepto de «extranjero». La aparición del Registro Civil en España, por la Ley de 17 de junio de 1870<sup>10</sup>, no sólo debe interpretar-

---

<sup>8</sup> Entre los intentos de reconstrucción del constitucionalismo en Europa uno de los más interesantes es el de N. MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad*, Ed. Trotta, 1988.

<sup>9</sup> *Diccionario de la Administración Española. Compilación de la novísima legislación de España peninsular y ultramarina*, Tomo II, 5ª edc., 1892, pág. 532 y Tomo VIII, 5ª edc., 1894, pág. 367.

<sup>10</sup> Fueron antecedentes la Ley Municipal de 3 de febrero de 1823, que ordenó la creación de un Registro civil de nacidos, casados y muertos en cada Municipio, así como el Decreto de la Regencia de 24 de enero de 1841. La Ley de 1823 se dejó sin efecto por la Real Orden de 24 de mayo de 1845.

se en su sentido más positivo, como fin del monopolio de la Iglesia en materia de nacimientos, matrimonios y defunciones, sino que también debe contemplarse como uno de los instrumentos más eficientes del Estado-nación.

En ese panorama de nuevas sumisiones nuestras constituciones progresistas (1812, 1869 y 1931), aunque reservarán algunos privilegios a los ciudadanos, no contendrán un concepto cerrado de la misma<sup>11</sup>. En particular los derechos fundamentales irrumpirán en nuestras constituciones progresistas que atribuirán los derechos fundamentales no a los españoles o ciudadanos sino a «todos» o a «todas las personas», lo que se generaliza en nuestra vigente Constitución.

## V

Será necesario que la Segunda Guerra mundial alcance los niveles más esperpénticos del género humano para que en un continente desolado los europeos den pasos decisivos hacia la paz. Las Comunidades Europeas se convierten en el acontecimiento más relevante y luminoso de la historia de Europa tras la Revolución Francesa. Desde la fundación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero en 1951 han transcurrido más de 57 años sin conflictos armados entre los Estados más belicosos de la historia de la humanidad<sup>12</sup>. La prosperidad se ha convertido en un carácter asociado a los europeos, y entre nosotros se dan las muestras más relevantes de la posibilidad de que la libertad y la igualdad, tantas veces presentados como antagonistas, sean complementarias.

Las Comunidades Europeas se construyen inicialmente con los únicos instrumentos de que disponían los Estados para relacionarse entre sí, los tratados, instrumentos precarios que parten de la obsoleta idea de la soberanía como rectora de las relaciones entre Estados. Pero, como he puesto de manifiesto en otro lugar, desde sus inicios, las Comunidades Europeas no se pueden caracterizar como organizaciones internacionales convencionales<sup>13</sup>. En efecto, desde todas las perspectivas (instituciones, relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, etc.), desde su inicio las Comunidades Europeas se manifestarán como organizaciones intraestatales, es decir: organizaciones que se relacionan directamente con los operadores jurídicos de los Estados miembros, sin la intermediación de órganos e instituciones de éstos. Y este carácter intraestatal se acentuará en las sucesivas reformas que tienen lugar a lo largo de la historia de la Unión en que cada vez será más difícil reconocer los trazos de una organización internacional.

---

<sup>11</sup> Una reciente recopilación de las constituciones españolas en R. RICO LINAJE, *Constituciones históricas. Ediciones oficiales*, 3ª edc. Universidad de Sevilla, 2007.

<sup>12</sup> Una visión panorámica de los conflictos internos y externos en Europa puede verse en Ch. TILLY, *Las revoluciones europeas, 1492-1992*, Crítica, Barcelona, 1995.

<sup>13</sup> Puede verse al respecto, «¿Europa de los Estados versus Europa de las Regiones? La Unión y las Comunidades Europeas como organizaciones intraestatales», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nú. 13, 2º semestre de 2007, págs. 13 a 22.

Inicialmente, los fundadores de la Unión Europea consideraron que no era necesario consagrar derechos fundamentales y mucho menos la ciudadanía en el conjunto de tratados que regían la Unión y las Comunidades Europeas. Y esa posición se podía justificar en la circunstancia de que los Estados fundadores (salvo Alemania), junto con otros, en 1948 habían proclamado la Declaración Universal de Derechos del Hombre<sup>14</sup>, en 1950 creado el Consejo de Europa<sup>15</sup>, con la excepción de Alemania, con otros Estados europeos, y en 1950, un año antes de la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, habían firmado en Roma el Convenio Europeo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas<sup>16</sup>. Además, las constituciones de los Estados europeos consagraban y garantizaban los derechos fundamentales de sus ciudadanos, de manera que podría pensarse que no era necesario que la nueva organización europea, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), consagrara un elenco de derechos fundamentales, porque no era imaginable que dicha organización internacional pudiera afectar directamente a las personas físicas y sus derechos. Un error de planteamiento derivado de no reconocer la naturaleza intraestatal de la CECA.

Los fundadores de la Unión pretendieron trazar sin éxito una línea separadora entre los derechos fundamentales, en particular la ciudadanía, y el ejercicio de actividades laborales y empresariales. Dos mundos separados e incomunicados. Pero dicha separación carecía de sentido, las organizaciones que se estaban creando poco tenían que ver con organizaciones internacionales conocidas hasta esos días. La marginación de los derechos fundamentales en los Tratados estará a punto de poner en crisis profunda a las Comunidades, particularmente cuando el Tribunal Constitucional Alemán se planteó la no aplicación de Derecho de la Unión por vulnerar derechos fundamentales consagrados en la Ley Fundamental de Bonn<sup>17</sup>. Incluso, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, tan innovador en otras cuestiones, había sido superado por los acontecimientos teniendo que generar a toda prisa una teoría de los derechos fundamentales<sup>18</sup>.

Cuando los Estados miembros en 1992 configuraron una concepción de ciudadanía en el Tratado de la Comunidad Europea, como propuesta española, todas las previsiones de crecimiento de la Unión habían sido desbordadas. Y, sin embargo, en los Tratados no había ciudadanos, no hay personas, las libertades son de circulación

---

<sup>14</sup> La Declaración Universal de Derechos del Hombre fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. La ONU contaba con 58 miembros de los que 48 votaron a favor, 8 se abstuvieron y 2 se ausentaron.

<sup>15</sup> El Consejo de Europa se fundó el 5 de mayo de 1949 y fueron sus miembros fundadores 10 estados, a saber: Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Suecia y Reino Unido de Inglaterra y de Irlanda del Norte.

<sup>16</sup> La Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales se firmó en Roma el 4 de noviembre de 1950.

<sup>17</sup> Entre los numerosos trabajos que abordan esta cuestión pueden verse A. SALINAS DE FRÍAS, *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 10 y sigs.

<sup>18</sup> *Vid. idem.*

de mercancías, trabajadores, capitales, servicios. Sin embargo el nacionalismo latente no podrá resistir las propias presiones internas, porque la ciudadanía es una necesidad del mercado interior. Tan sólo el Reino Unido pretenderá vivir en la ficción cercenando la aplicación del concepto de ciudadanía. Pero, ni siquiera el Reino Unido ha resistido el embate expansivo de la ciudadanía<sup>19</sup>. Y, pese a las limitaciones implícitas que tiene la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, si finalmente entra en vigor el Tratado de Lisboa, no será posible detener su aplicación expansiva.

## VI

Pero, ¿qué es un ciudadano europeo por su comparación a los ciudadanos de los Estados miembros y a los extranjeros?

En primer lugar, el concepto de ciudadanía europea no sustituye a la ciudadanía de los Estados miembros, al contrario, se trata de un estatus derivado o condicionado por la ciudadanía nacional, hasta el punto de tener que considerarse como un estatus vinculado a la ciudadanía-nacionalidad<sup>20</sup>.

La vinculación de la ciudadanía europea a la ciudadanía nacional se produce tanto para la adquisición como para la pérdida de la misma, de manera que puede afirmarse que la ciudadanía europea sigue a la nacionalidad. No se puede ser ciudadano europeo sin ser nacional de un Estado miembro, y si se pierde esta última condición se pierden los derechos de la ciudadanía europea.

La ciudadanía europea se concreta, de acuerdo con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cinco derechos que le son privativos: el derecho de sufragio en las elecciones municipales (art. 40), el derecho de sufragio en las elecciones europeas (art. 39), el derecho a la libre circulación (45), el derecho de residencia (45) y el derecho a la protección diplomática y consular (46). Sin embargo, el concepto de ciudadanía ha sido desbordado en la propia Carta que, en el Título dedicado a la ciudadanía, atribuye a las personas físicas y jurídicas que tengan su residencia o su domicilio social en la Unión, los derechos a la buena administración, de acceso a documentos, de acceso al Defensor del pueblo y de petición. Ser ciudadano añade, con todo, un plus considerable que divide a las personas que viven en la Unión en dos categorías: ciudadanos y no ciudadanos.

Una de las manifestaciones más relevantes de la ciudadanía es el derecho a circular y residir libremente por el territorio de la Unión (a salvo de las restricciones

---

<sup>19</sup> Las claves para comprender la posición británica pueden encontrarse en N. FERGUSON, *El imperio británico. Como Gran Bretaña forjó el orden mundial (Empire. How Made the Modern World, 2003)*. Mondadori, Barcelona, 2ª edc. 2006, así como M. AHUJADO, *Los británicos y Europa ¿De la reluctancia a la integración plena en la UE?*, Ed. Académicas, Madrid, 2007.

<sup>20</sup> Sobre la ciudadanía europea, en particular sobre sus antecedentes y gestación, puede verse: C. BRU, *La ciudadanía europea*, Ed. Sistema, Madrid, 1994 y P. JUÁREZ PÉREZ, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, M. Pons, Madrid-Barcelona, 1998, esta última contiene una bibliografía de interés sobre la materia.

que puedan establecerse en algunos Tratados de adhesión), y de las facultades extraordinarias que los Tratados otorgan a los Estados miembros en aras de la seguridad. Pero, el Tribunal de Justicia, como en otras ocasiones ha tomado la delantera. Por una parte, y aun sin proclamarlo solemnemente, su jurisprudencia se aproxima cada vez más a la consideración del artículo 18 como de directa aplicación y, por otra, extendiendo cada vez más el derecho a la libre circulación a los que, sin ser ciudadanos, residen en la Unión por causas diferentes<sup>21</sup>.

## VII

La configuración actual de la ciudadanía europea no puede entenderse como una meta sino como una etapa preparatoria de la ciudadanía europea plena. Me atrevería a hacer una serie de propuestas en el orden interno europeo y en lo relativo a la posible expansión del concepto de ciudadanía.

El sentimiento de ciudadanía europea exige, en primer lugar, que los europeos podamos circular y residir libremente por el territorio de la Unión, de manera que se considere como un derecho desvinculado de los Estados, un derecho sólo regido por normas de la Unión, que excluya el ejercicio de competencias de carácter limitativo por los Estados miembros. De manera que el artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>22</sup> que consagra el derecho a la libre circulación y residencia debiera considerarse de directa aplicación siguiendo la interpretación expansiva que de dicho precepto ha hecho el Tribunal de Justicia desde la Sentencia BAUMBAST<sup>23</sup>.

El derecho de sufragio de los ciudadanos europeos residentes en otros Estados miembros diferentes a su Estado de origen, ahora limitado a las elecciones locales y europeas, debe alcanzar también las elecciones regionales y estatales o generales. Es preciso aquí recordar el concepto de ciudadano que contiene la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, esto es el concepto de adhesión e interés en la comunidad. Y no resulta dudoso que los europeos que residen en Estados miembros diferentes al de origen, por razones de trabajo o de otra naturaleza, están afectados por el ejercicio de competencias por los poderes regionales y nacionales con la misma intensidad, o mayor, que el interés que les vincula a las entidades locales o a la Unión Europea. Pues, resulta evidente que la ciudadanía plena no se podrá alcanzar hasta que todas las personas puedan participar en todos los asuntos públicos del lugar de su residencia.

Se ha dado un paso importante desde que en 1979 se eligieron por sufragio universal los parlamentarios europeos por los ciudadanos europeos. Y la circunstancia

---

<sup>21</sup> Ver al respecto, E. CRESPO NAVARRO, «La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al Derecho nacional y en el principio de no discriminación por razón de nacionalidad», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28, sep/dic, 2007, pág. 883 y sigs.

<sup>22</sup> El artículo 21 del TFUE se corresponde al art. 18 del TCE y a los artículos I-10. 2 a) y II-105 de la Constitución Europea.

<sup>23</sup> STJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto 413/99, caso BAUMBAST, R/Secretary of State for the Home Department, Rec. 2002, pá. 709.

de que el Parlamento Europeo elija al Presidente de la Comisión, a propuesta del Consejo Europeo, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (art. 17.7 del TUE), supone un incremento considerable de los poderes del Parlamento y de los ciudadanos europeos que podrán visualizar con mayor claridad la trascendencia de las elecciones europeas. Pero debiera irse más allá del pleno reconocimiento de los partidos políticos europeos (art. 9.4 TUE), de manera que se exigiera a los partidos nacionales europeos que concurrieran necesariamente a las elecciones europeas en formaciones políticas europeas, así como que la circunscripción electoral fuera la Unión Europea.

Pero, además de las reformas anteriores el reto más importante con el que se encuentra la Unión Europea es la integración de los inmigrantes. Lo que la Unión no puede permitirse es que convivamos indefinidamente ciudadanos europeos con una suerte de esclavos de nuestro tiempo. Pues, son personas de las que queremos su trabajo, pero a los que no permitimos que intervengan en los asuntos que les afectan. Sería un retroceso monstruoso que la imagen de Europa se pareciera cada vez más a la del Imperio Romano, en que sólo los ciudadanos romanos podían considerarse seres humanos plenos.

## VIII

La nuestra es la era de los derechos fundamentales. Desde el renacimiento protagonizado por las Naciones Unidas en su Declaración de 1948, los derechos fundamentales y las libertades públicas no dejan de expandirse. Es ahora cuando pueden realizarse los ideales de la ciudadanía. La ecuación entre, de una parte, los sistemas democráticos y, de otra, la transparencia de la actividad política, consecuencia de las nuevas tecnologías aplicadas a los medios de comunicación, han supuesto una transformación espectacular de nuestras sociedades. Y esos ideales no son otra cosa que la consecuencia de situar a los ciudadanos en el centro del sistema político. Supone pasar de la afirmación eufemística que rige hasta nuestros días a convertir a los poderes públicos en poderes vicariales.

Ser ciudadano es equivalente a plenitud de derechos, a liberación, a la potestad de cinselarse a uno mismo junto con los demás ciudadanos, pero no se puede identificar en nuestros días con un estatuto privilegiado de unos en relación con otros. Es preciso recordar ahora el concepto primigenio de ciudadanía que se deduce de la Declaración de Derechos de Virginia: ciudadanos deben ser los que hayan probado suficientemente su adhesión e interés en la Comunidad en la que viven. Pero esa adhesión debe entenderse como meramente instrumental, esto es, como exigencia para practicar en plenitud los derechos. La adhesión a una comunidad no debe convertirse, como hasta nuestros días, en algo sustancial que nos convierta nuevamente en súbditos, pervirtiendo, de nuevo, el sistema de valores en la era de los derechos fundamentales, como sucediera a lo largo del siglo XIX y parte del XX con los ideales de la Revolución Francesa.

No tenía razón J. F. KENNEDY cuando lanzó ese mensaje a los norteamericanos que pervertía las tradiciones más profundas democráticas de su país al decir, en su

primer discurso posterior a su toma de posesión como presidente de EEUU, *no preguntes lo que tu país puede hacer por ti, sino lo que tú puedes hacer por tu país*<sup>24</sup>. Los hombres no están al servicio de los Estados sino éstos al servicio de los hombres, y esa relación de los hombres con el Estado no se debilita por las ideas como la solidaridad, sino que se fortifica porque no tiene nada que ver la subordinación de los hombres a los intereses generales de la comunidad, con la subordinación de los hombres a los poderes públicos. Un sistema democrático avanzado no puede permitir que los poderes se desvinculen de los ciudadanos considerando que existen objetivos que trascienden a éstos.

Europa tiene la oportunidad de ser la América del siglo XXI, casa de acogida y de libertades en que se consideren ciudadanos todos los hombres y mujeres que se vinculen al extraordinario proyecto que se está forjando entre nosotros. Ésa es mi esperanza.

**PALABRAS CLAVE:** Ciudadanía. Ciudadanía europea plena. Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Declaración de Derechos de Virginia. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Concepto primigenio de ciudadanía.

**RESUMEN:** En este trabajo se hace un repaso de los antecedentes históricos de la ciudadanía hasta su configuración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y como resultado de dicho análisis se obtienen dos conclusiones: por una parte. Debe crearse una ciudadanía europea plena, sin las limitaciones que sufre la regulación actual. Y, por otra parte, se postula el retorno a la concepción primigenia de ciudadanía, que se deduce de la declaración de Derechos de Virginia de 1776, que se hace depender de «la adhesión e interés en la comunidad» de las personas que quieren ser ciudadanos. Esta concepción podría poner fin a la exclusión que sufren millones de inmigrantes en Europa.

**KEY WORDS:** Citizen's Rights. Full European Citizen's Rights. Human and Citizen's Rights Declaration. Virginia Human Rights Declaration. European Union Charter of Fundamental Rights. Original concept of Citizen's Rights.

**ABSTRACT:** The present work looks through the historical antecedents of Citizen's Rights until they formed part of the European Union Charter of the Fundamental Rights. As result of said analysis we come to the following conclusion: on one hand full European Citizen's Rights should be created without any of the limitations that affect the actual regulation, and on the other hand it is demanded to return to the original concept of Citizen's Rights, deduced from the Virginia Declaration of Rights, 1776, that depends «on the attachment to and the interest with the community» of all men who wish to be citizens. This concept could put an end to the exclusion suffered by millions of immigrants in Europe.

---

<sup>24</sup> «Ask not what your country will do for you; ask what you can do for your country», pronunciada en el discurso de 20 de enero de 1961, el día de su toma de posesión como presidente de los Estados Unidos de América.



# EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR

*Profesor Titular de Derecho Administrativo. UNED*

SUMARIO: I. Del principio de buena administración al derecho a la buena administración. II. Beneficiarios y ámbito de aplicación: 1. *Beneficiarios*. 2. *Ámbito de aplicación*. III. Contenido del derecho a la buena administración. 1. *Tratamiento imparcial y equitativo*. 2. *Plazo razonable*. 3. *Derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente*. 4. *Derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte*. 5. *Obligación de motivación de las decisiones de la Administración*. IV. Eficacia jurídica del derecho a la buena administración. V. El Defensor Del Pueblo Europeo: ¿control de la «mala administración» o garante del derecho a la buena administración? VI. Conclusión: la constitucionalización del derecho administrativo europeo.

## I. DEL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN AL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

Una de las novedades aparentemente menos trascendentales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es la irrupción del derecho a la buena administración en su artículo 41. Tradicionalmente se conocía, en el ámbito jurisprudencial, el principio de buena administración, pero los Tribunales Europeos nunca se habrían arriesgado a la mutación del mismo en derecho subjetivo de los ciudadanos. Este salto cualitativo –no exento de artificiosidad– sólo lo podía llevar a cabo el Legislador o el «constituyente» europeo, recogiendo ese acervo jurisprudencial pero evolucionándolo en una proclamación innovadora cuya importancia y problemática es necesario analizar.

Como de este derecho a la buena administración se corre el riesgo de hablar mucho acerca de él sin tener claro cuál es su contenido concreto, merece la pena comenzar reproduciendo el artículo 41 de la Carta para circunscribir y fundamentar todo el discurso que se haga sobre él:

1. *Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.*
2. *Este derecho incluye en particular:*
  - *el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.*
  - *el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,*
  - *la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.*
3. *Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.*
4. *Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.*

Acotado así el término de referencia del objeto de este estudio, es necesario partir de la intención del autor de la Carta para escudriñar su pretensión al consagrar de forma innovadora este derecho a la buena administración. En este sentido, la explicaciones del Praesidium de 2003 fundamentan este derecho, por un lado, en la reafirmación de la Unión como Comunidad de Derecho y, por otro, en la buena administración como principio general reconocido por la jurisprudencia.

Es precisamente al amparo de este principio general de carácter jurisprudencial que la Carta va a poder operar su metamorfosis de principio a derecho. Y cita para ello la Convención algunas sentencias de los tribunales europeos que es necesario mencionar. En primer lugar, el asunto *Burban v. Parlamento*<sup>1</sup>, donde se trató la omisión por un candidato a promoción de incluir todos los certificados acreditativos de méritos según exigía la convocatoria. La Administración no admitió dicha solicitud por carecer de la documental necesaria, ante lo cual el interesado invocó ante el Tribunal de Justicia el principio de buena administración y el deber estatutario de solicitud de ésta hacia sus funcionarios al no haberle advertido de la omisión y permitido subsanar el defecto. Sin embargo, el Tribunal no acogió este argumento y dio por correcta la actuación de la Administración del Parlamento Europeo, por lo que no deja de ser paradójica su invocación por la Convención para justificar el derecho a la buena administración.

Más relevancia presenta otra de las sentencias mencionadas por la Convención: *New Europe Consulting y otros*, de 1999<sup>2</sup>. En el marco de la ejecución del Programa PHARE, se produce una denuncia de las autoridades nacionales de un Estado ante la Comisión sobre la capacidad financiera y técnica de una empresa gestora (New Europe Consulting-NEC). La reacción de la Comisión fue enviar un fax a varios Esta-

<sup>1</sup> *Burban v. Parlamento*, 31 de marzo 1992 (C-255/90P), Rec. 1992, p. I-2253.

<sup>2</sup> *New Europe Consulting y otros*, 9 de julio de 1999 (T-231/97) Rec. II-2403.

dos desaconsejando la contratación de la empresa NEC, ante lo cual esta empresa denuncia a la Comisión ante el Tribunal de Primera Instancia por, entre otros motivos, vulneración del principio de buena administración. Para el Tribunal, el principio de buena administración obliga a la Comisión a ponderar los intereses contrapuestos y, concretamente, los de los particulares. Por lo tanto, dicho principio imponía a la Comisión los mismos deberes de verificación de los datos que pudieran incidir sobre el resultado, en la medida en que el fax controvertido reprochaba a las partes demandantes graves irregularidades y habría podido acarrearles graves consecuencias económicas. Sin embargo, en un cambio dialéctico que podría pasar inadvertido en una lectura rápida, el Tribunal de Primera Instancia pasa de argumentar sobre la base del principio de buena administración a hacerlo sobre el respeto de los derechos de defensa en todo procedimiento incoado contra una persona y que pueda terminar en un acto que le sea lesivo, derecho de defensa que constituye un principio fundamental del Derecho comunitario que debe garantizarse aun cuando no exista una normativa relativa al procedimiento de que se trate. Dicho principio exige que cualquier persona contra la que pueda adoptarse una decisión lesiva tenga la posibilidad de expresar eficazmente su punto de vista sobre los elementos considerados por la Comisión en su contra para fundamentar la decisión controvertida.

Nos encontramos, pues, que la base jurisprudencial sobre la que edifica su construcción subjetiva la Carta de Derechos Fundamentales no es tan sólida como parece y que la jurisprudencia no habló nunca de la existencia de tal derecho subjetivo en la Comunidad de Derecho que es la Unión, sino que, más bien, recurre a derechos de carácter procedimental (como el citado de los derechos de defensa) para controlar la actuación de la Administración europea. En realidad –como señala AZOULAI– «el término de buena administración resulta constantemente ambiguo en Derecho Comunitario, indicando no sólo una fuente general de protección y un estado ideal del Derecho sino que también designa una manera particular de protección procedimental vinculante. Seguramente esta ambigüedad no está desprovista de virtud. Surgidas discretamente en la jurisprudencia, a la sombra de garantías más conocidas y mejor circunscritas, como los derechos de defensa y la obligación de motivación, las obligaciones de buena administración se han beneficiado de la autoridad de estos últimos para extenderse y elevarse en el seno del Ordenamiento jurídico comunitario, hasta el punto que parece difícil hoy día asignarles límites»<sup>3</sup>.

Así, en el ámbito de la Función Pública europea, el *principio de buena administración*<sup>4</sup> (citado en ocasiones como «principio de sana gestión»<sup>5</sup>) había sido deducido por la jurisprudencia «del conjunto de reglas que rigen la acción de las Instituciones y que impone a éstas últimas un comportamiento que permita alcanzar un equilibrio entre el respeto de los derechos de los administrados, la promoción de la unidad

<sup>3</sup> AZOULAI, L.: «Le principe de bonne administration» en *Droit Administratif Européenne* (Dir. J.-B. AUBY y J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE), Bruylant, 2007, p. 495.

<sup>4</sup> *La Pietra v. Comisión*, 15 marzo 1994 (T-100/92), *RecFP*. 1994, p. II-275; *Rijnoudt y Hocken v. Comisión*, 22 junio 1994 (T-97/92 y T-111/92), *RecFP*. 1994, p. II-511.

<sup>5</sup> *Rijnoudt y Hocken v. Comisión*, 22 junio 1994 (T-97/92 y T-111/92), *RecFP*. 1994, p. II-511.

comunitaria y la preservación del buen funcionamiento del sistema comunitario en su conjunto»<sup>6</sup>. Mediante él mismo, la jurisprudencia moduló la actuación de la Administración comunitaria respecto a su personal, de ahí que, en ocasiones, su virtualidad se confunda con el *deber de solicitud*, que refleja el equilibrio de derechos y obligaciones recíprocos que el Estatuto ha creado entre la Administración y su personal<sup>7</sup> y en virtud del cual, cuando aquella decide sobre la situación de un funcionario, debe tener en cuenta no sólo el interés del servicio sino también el del funcionario afectado<sup>8</sup>. En última instancia, el principio de buena administración impone a las Instituciones una forma de ejercer las potestades que le confiere el Estatuto de funcionarios y una especial diligencia en la aplicación de la norma. Y es que, aunque su violación no implique normalmente la nulidad de la actuación administrativa (especialmente en materia de plazos no perentorios<sup>9</sup>), ello no impide que se reconozca la responsabilidad de la Administración por los perjuicios que eventualmente haya podido ocasionar al funcionario<sup>10</sup>.

Evidentemente, el desarrollo y mayor virtualidad del principio o derecho a la buena administración se verifica en aquellos ámbitos donde la relación del Poder Público europeo con el ciudadano o con las personas es más intensa. De ahí que este principio surgiera en aquellos sectores donde, desde sus orígenes, las Comunidades Europeas se vieron dotadas de competencias de ejecución directa, ya sea en políticas o actuaciones materiales (*v.gr.* competencia, agricultura, carbón y acero, etc.), ya en elementos instrumentales de la organización y funcionamiento administrativo (función pública, contratación, presupuesto, etc.). Lo que ocurre es que la evolución histórica del proceso de integración determina que las Comunidades Europeas vayan asumiendo cada vez más competencias de ejecución directa en otros sectores (seguridad aérea, alimentaria, patentes y marcas, etc.).

Llegados a este punto, es necesario diseccionar la literalidad del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales desde el punto de vista de los beneficiarios del derecho, de su ámbito de aplicación, de su contenido exacto y de su eficacia jurídica.

---

<sup>6</sup> PAPAPOPOULOU, R.-E., *Principes généraux du droit et Droit communautaire. Origines et concrétisation*, Sakkoulas/Bruylant, Athenes/Bruxelles 1996, p. 127.

<sup>7</sup> *Geist v. Comisión*, 6 julio 1983 (285/81), *Rec.* 1983, p. 2217.

<sup>8</sup> *Maurissen y Union Syndicale v. Tribunal de Cuentas*, 18 enero 1990 (C-193/87), *Rec.* 1990, p. I-107; *Burban v. Parlamento*, 20 junio 1990 (T-133/89), *Rec.* 1990, p. II-245.

<sup>9</sup> *Latham v. Comisión*, 24 enero 1991 (T-63/89), *Rec.* 1991, p. II-19; *Latham v. Comisión*, 24 enero 1991 (T-27/90), *Rec.* 1991, p. II-35. En cambio, en *De Greef v. Comisión*, 30 mayo 1973 (46/72), *Rec.* 1973, p. 543, el Tribunal de Justicia consideró que una subdelegación o una derogación al reparto interno de competencias en una Institución podría implicar la nulidad del acto administrativo si pudiera perjudicar alguna de las garantías acordadas a los funcionarios por el Estatuto o a las reglas de una buena administración en materia de gestión de personal.

<sup>10</sup> *Ditterich v. Comisión*, 5 mayo 1983 (207/81), *Rec.* 1983, p. 1359; *Di Pillo v. Comisión*, 12 julio 1973 (10,47/72), *Rec.* 1973, p. 763.

## II. BENEFICIARIOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

### 1. Beneficiarios<sup>11</sup>

La Carta define con la máxima amplitud posible a los beneficiarios de este derecho: «toda persona». No se circunscribe, por tanto, a los ciudadanos europeos, pese a enmarcarse el precepto en el Título relativo a los derechos de los ciudadanos, junto a algunos necesariamente vinculados a la ciudadanía europea, como el sufragio activo o pasivo. En última instancia el beneficiario o titular del derecho a la buena administración lo es precisamente en función de ésta, es decir, de su eventual relación con la Administración europea en la medida en que las competencias o la actuación de ésta incidan o puedan incidir, de una manera directa o indirecta en la esfera de las personas. Desde una perspectiva más técnica, es lo que el Derecho Administrativo conceptualiza como «interesados»<sup>12</sup>.

### 2. Ámbito de aplicación: la «Administración europea»<sup>13</sup>

Con la tradicional y descriptiva expresión «Instituciones y órganos de la Unión», la Carta ha querido delimitar el ámbito de aplicación del derecho a la buena administración. La expresión ni siquiera es lo suficientemente completa, pues junto a las Instituciones y órganos, los textos de Legislación derivada e incluso los propios Tratados incluyen también a los diferentes «organismos» europeos. En realidad, tanto la jurisprudencia como la doctrina hablan con naturalidad de «Administración europea» para referirse a ese conjunto institucional y orgánico presente en el sistema político europeo.

Más aún, resulta aparentemente paradójico que, pese a hablar de un derecho a la buena «administración», este término se reduzca a la mera perspectiva funcional (función administrativa) sin trascender a la orgánica (Administración europea), de forma que la obligación de una «buena administración» pese sobre la «Administración europea».

Las dificultades y reticencias de utilización de esta expresión hunden sus raíces en la propia articulación de la función ejecutiva europea.

En efecto, la articulación constitucional de la ejecución del Derecho Europeo en virtud del principio de ejecución o de administración indirecta suponía, desde el punto de vista estrictamente comunitario, la negación apriorística de la existencia de

---

<sup>11</sup> Vid. SIMON, D.: «Le principe de “bonne administration” ou la “bonne gouvernance” concrète» en *Le droit de l'Union européenne en principes: Liber Amicorum en l'honneur de Jean Raux*, 2006, p. 171.

<sup>12</sup> LINDE, E.: «Naturaleza, caracteres y principios de la Unión y las Comunidades Europeas» en V.V.A.A., *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 3ª ed., Colex, Madrid 2006, p. 159.

<sup>13</sup> Vid. FUENTETAJA, J., *La Administración europea. La ejecución europea del Derecho y las Políticas de la Unión*, Thomson-Civitas/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2007.

una Administración europea, que ni siquiera formalmente se reconoce, salvo en el ámbito interno (Función Pública, contratación administrativa, etc.). Sin embargo, Instituciones y Administración comunitaria son dos realidades que resultan en ocasiones difíciles de distinguir. En realidad, su comparación o distinción no deja de ser imposible en la medida en que nos encontramos con conceptos que operan en planos semánticos diferentes. En efecto, la alternativa «Instituciones» y «Administración» europeas no es dicotómica, pues responden a realidades diferentes. En lo que respecta a las «Instituciones», se trata de un concepto formal derivada de la caracterización convencional de determinados órganos europeos a los que se cualifica como tales. La contraposición, pues, del término «Instituciones» es simplemente «órganos» e, incluso, «organismos», según la evolución nominal del Derecho Europeo (Tratado Constitucional, Legislación). Por su parte, la expresión «Administración», utilizada en el contexto europeo, obedece a una perspectiva material acuñada atendiendo a la propia función administrativa ejercida por algunos órganos europeos (sean o no Instituciones). Desde este punto de vista, la contraposición de «Administración» será el ejercicio del poder no administrativo: judicial (Tribunal de Justicia), legislativo (Parlamento Europeo, Consejo y, con peculiaridades, Comisión) e, incluso, ejecutivo (en cuanto poder político de gobierno en el nivel constitucional).

Lo hasta ahora expuesto en los apartados anteriores puede servir como una primera aproximación funcional de lo que cabría entender por «Administración europea». A saber, toda esa función de ejecución del Derecho europeo llevada a cabo por las Instituciones (Comisión y Consejo), órganos (Banco Central Europeo y Banco Europeo de Inversiones) u organismos (Agencias europeas) que forman parte del Poder Público europeo.

Sin embargo, desde una perspectiva formal, interna o instrumental (esto es, atendiendo a la actividad referida al personal, a la contratación pública, etc.), instituciones y Administración europea son dos realidades diferentes que, no obstante, resultan en ocasiones difíciles de distinguir. Los empleados de la Unión Europea que trabajan al servicio de sus instituciones, órganos y organismos, vistos ahora, unas y otros, no tanto en su faceta institucional como en su subyacente realidad administrativa. Efectivamente, cada institución y cada órgano cuenta con el imprescindible aparato de medios personales y materiales con el que llevar a cabo las tareas que los Tratados y sus normas de creación les encomiendan. No obstante, hablar en este contexto de una «Administración europea» supone referirse continuamente a una ficción jurídica acuñada por el Tratado de Fusión de Ejecutivos de 1965 para acentuar la unidad funcional de las tres Comunidades Europeas y considerar que los funcionarios y agentes de cada una de las Comunidades pasaban a ser funcionarios y agentes de las Comunidades Europeas, formando parte de la «Administración única» de dichas comunidades. De esta forma y desde esta perspectiva, bajo el término «Administración europea» se incluye una abstracción de todos los aparatos administrativos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión europea, y del que la jurisprudencia y, cada vez más, la doctrina, se sirven como lugar común, en parte por mimetismo con las realidades nacionales, en parte para no confundir las actuaciones institucionales y administrativas en el seno de una institución u órgano.

Bajo el término «Administración europea» se sitúa, por un lado, lo que se podría denominar «Administración de las Instituciones» y, por otro, los órganos y organismos creados por el Derecho originario o derivado para la realización de actividades administrativas especializadas desde una posición de independencia (Banco Central Europeo) o de autonomía funcional (Agencias europeas). En este contexto, el término «Instituciones» no se refiere exclusivamente a lo que los Tratados consideran como tales, esto es, Parlamento, Consejo, Comisión, Tribunal de Justicia y Tribunal de Cuentas, sino que se incluye igualmente las equiparaciones que lleva a cabo el principal texto normativo de Derecho Administrativo comunitario (el Estatuto de funcionarios): el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones y el Defensor del Pueblo.

Así pues, en un sentido amplio y horizontal, bajo el término «Administración europea» se incluye una abstracción de todos los aparatos administrativos de las Instituciones y órganos de las Comunidades Europeas, y del que la jurisprudencia y, en menor medida, la doctrina, se sirven como lugar común, en parte por mimetismo con las realidades nacionales, en parte para no confundir las actuaciones institucionales y administrativas en el seno de una institución u órgano. No obstante, en un sentido restringido y funcional y desde una aproximación vertical, la Administración europea es la estructura orgánica encargada de ejecutar a escala europea el Derecho y las Políticas de la Unión.

Otros autores prefieren prescindir de la expresión «Administración europea» al ampliar la perspectiva funcional de su análisis. Y es que si es necesario incluir a todos los actores ejecutivos del Derecho Europeo, evidentemente no se puede prescindir de las Administraciones de los Estados miembros. En este sentido, cobra especial relevancia la previsión del artículo 51 de la Carta regulando el ámbito de aplicación de ésta: «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»<sup>14</sup>. Por tanto, los Estados miembros, cuando apliquen el Derecho de la Unión podrían ser considerados funcionalmente «Administración europea» y, en consecuencia, encontrarse sometidos al derecho a la buena administración. Y, en consecuencia, serán los Jueces y Tribunales nacionales los que harán efectivo este derecho y ante quienes «toda persona» podrá invocarlo.

### III. CONTENIDO DEL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

La Carta de Derechos Fundamentales, consciente de la novedad que supone el derecho a la buena administración, se ve impelida a desarrollar los contenidos propios del mismo. En realidad, el elenco no es exhaustivo, pues el apartado segundo

---

<sup>14</sup> Vid. ALONSO GARCÍA, R.: «The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union» en *European Law Journal*, vol. 8, n. 4, 2002, pp. 492-514.

del artículo 41 se cuida de señalar que las concreciones que lleva a cabo son algunas («en particular») de las que incluye el derecho a la buena administración.

A continuación, este apartado segundo afirma que el derecho a la buena administración incluye a su vez dos derechos (el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, y el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial) y una obligación de la Administración (motivar sus decisiones). Sin embargo, el enunciado mismo del derecho a la buena administración, en el apartado primero del artículo 41, contiene sendas consecuencias de ese derecho: de un lado, el derecho a que la Administración europea trate los asuntos de toda persona imparcial y equitativamente y, de otro, el derecho a que lo haga dentro de un plazo razonable. No acaba aquí, sin embargo, la ejemplificación del precepto, pues los apartados tercero y cuarto final, añaden respectivamente el derecho de toda persona a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros y el derecho de toda persona a dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los tratados y a recibir una contestación en esa misma lengua. Finalmente, no todos los derechos que una persona puede hacer valer frente a la Administración europea son los que aparecen mencionados en el artículo 41, pues alguno muy importante, como el derecho al juez en su vertiente de control judicial de la actuación de la Administración viene afirmado en el artículo 47 de la Carta.

En realidad, no hay nada nuevo bajo el sol europeo, pues la Carta se dedica aquí a reunir bajo el paraguas del nuevo derecho a la buena administración una variedad de derechos instrumentales o procedimentales reconocidos y perfilados por la jurisprudencia de los Tribunales europeos o, incluso, por los Tratados constitutivos (caso de la obligación de motivación). No es el momento de analizar en profundidad la singularidad de cada uno de ellos, si bien es necesario exponer al menos brevemente el alcance de algunos, pudiendo prescindir en este momento de aquellos derechos instrumentales que se encuentran consolidados ya por el acervo comunitario, caso de los que paradójicamente vienen explicitados por la Carta: derecho de audiencia u obligación de motivación<sup>15</sup>. Por no hablar de la superficialidad.

En cualquier caso, resulta conveniente exponer algunos de ellos no sólo por la relación instrumental que con el derecho a la buena administración presenta sino también porque el contenido y alcance de este mismo derecho se encuentra vinculado a esos derechos que lo articulan. La interacción entre el derecho a la buena administración y los principios y derechos en que se articula determinan la eficacia jurídica de aquél. En la medida de lo posible, el análisis se hará al hilo de la jurisprudencia de los tribunales europeos.

---

<sup>15</sup> Vid. K. LENAERTS, D. ARTS & I. MASELIS (editor R. BRAY), *Procedural Law of the European Union*, London, Thomson, Sweet & Maxwell, 2006.



## 1. Tratamiento imparcial y equitativo

El derecho a que la Administración europea trate los asuntos de toda persona imparcial y equitativamente se conecta directamente con los artículos 20 y 21 de la Carta relativos al derecho a la igualdad y a la no discriminación. El principio estructural de que la Administración trate conforme al principio de igualdad a todas las personas tiene su correlato en la obligación de los funcionarios europeos de poner en conocimiento de la Administración a la que sirve el hecho de que, en el ejercicio de sus funciones, se vea obligado a pronunciarse sobre un asunto en cuyo tratamiento o solución tuviere un interés personal susceptible de menoscabar su independencia (art. 14 Estatuto funcionarios europeos) y, consecuentemente, de impedir que la Administración que a través de él actúa lo haga de forma imparcial y equitativa.

Como ha señalado el Tribunal de Justicia<sup>16</sup>, «la Comisión debe actuar de modo imparcial respecto a todos los interesados en un procedimiento de investigación formal. La obligación de no discriminación entre los interesados que la Comisión ha de respetar es reflejo del derecho a una buena administración que forma parte de los principios generales del Estado de Derecho comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. En este aspecto debe observarse que el artículo 41, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza (DO 2000, C 364, p. 1; en lo sucesivo, «Carta de los Derechos Fundamentales»), confirma que «toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable». De ello se deriva que, sin perjuicio del carácter restringido antes mencionado de los derechos de participación e información de que dispone el beneficiario de una ayuda, la Comisión, como responsable del procedimiento, puede estar obligada, al menos a primera vista, a comunicarle las observaciones que haya solicitado expresamente a un competidor como consecuencia de las observaciones inicialmente presentadas por ese beneficiario. Permitir que la Comisión opte, durante el procedimiento, por solicitar informaciones complementarias específicas a un competidor del beneficiario sin conceder a éste la oportunidad de tener conocimiento de las observaciones formuladas en respuesta, y de replicar a éstas en su caso, puede reducir gravemente la eficacia del derecho a ser oído de ese beneficiario».

En lo que respecta a la referencia específica a la equidad en el tratamiento, se trata, evidentemente, de un criterio operativo en el marco del ejercicio de potestades discrecionales por parte de la Administración en la medida en que no sólo informa la actuación de ésta sino que también permite su control posterior, en particular en combinación con otros principios como el de proporcionalidad, confianza legítima o el deber de diligencia.

---

<sup>16</sup> Comisión v. Technische Glaswerke Ilmenau GMBH, 18 octubre 2002 (C-232/02P(R)).

## 2. Plazo razonable

La afirmación del principio de que la actuación de la Administración debe producirse dentro de un «plazo razonable» ha sido realizada por la jurisprudencia en numerosas ocasiones<sup>17</sup>. En última instancia es una consecuencia directa de la ausencia de regulación general de la duración de los procedimientos administrativos europeos, con lo que carecemos de una previsión general tanto de la eventual aplicación del silencio administrativo en los procedimientos iniciados a instancia de los interesados como de la técnica de la caducidad en los procedimientos iniciados de oficio y que determinarían, en la mayoría de las ocasiones, la producción de actos lesivos para los ciudadanos.

Ante esta situación, los Tribunales han debido resolver los casos en que los procedimientos se han excedido en el tiempo. No obstante, en esta tarea, la jurisprudencia ha encontrado difícil la vinculación a otros principios que protejan derechos y, además, se ha visto obligada a ponderar las circunstancias del procedimiento y de la materia en cuestión. En palabras del Tribunal de Primera Instancia, «para apreciar si la duración de dicho procedimiento resulta razonable será preciso tener en cuenta las circunstancias propias de cada asunto y, en particular, el contexto del mismo, las diferentes fases del procedimiento que debe seguir la Comisión, la complejidad del asunto y su transcendencia para las diferentes partes interesadas»<sup>18</sup>,

Un ejemplo del razonamiento de los tribunales europeos y de los problemas a los que se enfrenta al argumentar sobre la razonabilidad de los plazos lo constituye el asunto *Franchet y Byk v. Comisión*, de 8 de julio de 2008<sup>19</sup>, donde el Tribunal se enfrentó a una actuación de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, cuyas actuaciones de investigación están reguladas por el Reglamento (1073/1999/CE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999. Pues bien, el artículo 6.5 de ese Reglamento no fija una duración máxima de los procedimientos de investigación, señalando no obstante que las mismas se desarrollarán ininterrumpidamente durante un período de tiempo que deberá ser proporcionado a las circunstancias y a la complejidad del asunto. En el caso que se dilucidaba, la OLAF contaba con la información pertinente (informes de auditoría) desde marzo de 2000, si bien no inició sus investigaciones internas hasta octubre de 2000. En cualquier caso, los informes finales de investigación de la OLAF no terminaron hasta septiembre de 2003, por lo que duraron prácticamente tres años.

Ante estos hechos el Tribunal señala que «es preciso indicar que estos plazos pueden considerarse relativamente largos. Como reconoce la propia Comisión, ha transcurrido un largo período de tiempo entre el momento en que la OLAF recibió la

<sup>17</sup> *Austria v. Comisión*, 15 febrero 2001 (C-99/98), *Rec.*, p. I-1101, n. 73; *Angeletti v. Comisión*, 11 abril 2006 (T-394), n. 162, con referencia ya explícita al artículo 41 de la Carta.

<sup>18</sup> Sentencias del Tribunal de Primera Instancia *Telecinco v. Comisión*, 15 septiembre 1998 (T-95/96), *Rec.* p. II-3407, n. 75; *Oliveira v. Comisión*, 19 marzo 1997 (T-73/95), *Rec.*, p. II-381, n. 45; *SCK y FNK v. Comisión*, 22 octubre 1997 (T-213/95 y T-18/96), *Rec.*, p. II-1739, n. 57.

<sup>19</sup> *Franchet y Byk v. Comisión*, 8 julio 2008 (T-48/05).

comunicación de los diferentes expedientes, aquel en el que inició las investigaciones y aquel en el que se concluyeron dichas investigaciones. Este lapso de tiempo se explica en parte por el propio establecimiento de la OLAF, que inició sus actividades el 1 de junio de 1999 con el personal de la antigua *task-force* «Coordinación de la lucha contra el fraude» a la que sustituyó. La llegada de nuevos agentes se escalonó de mediados de 2001 a mediados de 2002, este cambio de personal provocó una reorganización completa del servicio y modificaciones de la dirección y la reasignación de los expedientes. El Tribunal de Primera Instancia considera que tales explicaciones no pueden justificar por sí solas estos largos períodos de tiempo transcurridos. En efecto, como señalan acertadamente los demandantes, los funcionarios afectados no deben sufrir las deficiencias de la organización administrativa de los servicios de la Comisión. El hecho de que la OLAF haya afrontado dificultades al ponerse en funcionamiento no puede constituir una causa de exención de la responsabilidad de la Comisión. Sin embargo, como alega la Comisión, también hay que tener en cuenta el grado de complejidad del asunto. La complejidad del asunto EUROSTAT, inherente a las diferentes investigaciones a las que ha dado lugar y a la eventual interacción entre éstas, no se discute y resulta de los autos. Por consiguiente, los plazos no pueden ser considerados poco razonables en las circunstancias del caso de autos (nn. 278-282).

### **3. Derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.**

Este derecho a ser oído o, como a veces lo llama la jurisprudencia, de audiencia, se predica fundamentalmente como eficaz en procedimientos de carácter sancionador, si bien la Carta adopta la perspectiva adecuada de considerar la potencialidad lesiva del acto, independientemente de su carácter estrictamente sancionador. Su afirmación se hace incluso en ausencia de texto escrito, especialmente cuando se requiere un procedimiento contradictorio previo a la adopción de la decisión.

Este derecho se despliega en un haz de técnicas y garantías, de entre las que destacan el plazo razonable para preparar la defensa; el conocimiento exacto y completo de los hechos que se le imputan y las circunstancias en que hubieren sido cometidos; o la asistencia de abogado.

Así, en el ámbito de la Función Pública europea, el *derecho de defensa* ha sido especialmente afirmado por la jurisprudencia en el marco del procedimiento sancionador –aunque no se limita a dicho ámbito<sup>20</sup>–, desplegando sus efectos en un haz de técnicas y garantías: plazo razonable para preparar la defensa<sup>21</sup>; conocimiento exacto y completo de los hechos que se le imputan y las circunstancias en que hubieren sido cometidos<sup>22</sup>;

<sup>20</sup> *Almini v. Comisión*, 30 junio 1971 (19/70), *Rec.* 1971, p. 623, donde se trataba del cese en interés del servicio. *Vid.*

<sup>21</sup> *N. v. Comisión*, 15 mayo 1997 (T-273/94), *RecFP.* 1997, p. II-289, n. 88.

<sup>22</sup> *F. v. Comisión*, 29 enero 1985 (228/83), *Rec.* 1985, p. 291.

asistencia de abogado<sup>23</sup>. El derecho de defensa se impone incluso en ausencia de texto, especialmente cuando se requiere un procedimiento contradictorio previo a la adopción de la decisión<sup>24</sup>. Los derechos de la defensa no se aplican a actos lesivos adoptados en interés del servicio por la Administración en virtud, no de su potestad disciplinaria, sino de su potestad de organización de sus servicios<sup>25</sup>. Si la Administración respeta todas las garantías estatutarias del funcionario, el Tribunal de Justicia prefiere hablar entonces del principio de buena administración y, más concretamente, del trasunto del mismo, el deber de solicitud, conforme al cual una Administración que se ve obligada a adoptar –incluso legalmente– decisiones que puedan perjudicar gravemente los intereses de su personal debe permitir a éste hacer valer su punto de vista<sup>26</sup>.

#### 4. Derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte

La Carta explicita el derecho a la buena administración en el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial. Nos encontramos, pues, ante una universalidad de procedimientos, no teniendo por qué ser estrictamente de carácter sancionador.

La referencia al secreto profesional recoge la numerosa casuística jurisprudencial que se ha originado en el marco del Derecho Europeo de la Competencia, donde de forma particular este derecho ha sido caracterizado como principio general del Derecho susceptible de anular la decisión administrativa en cuestión.

Un ejemplo reciente de la eficacia de este derecho lo encontramos en el asunto *Degussa v. Comisión*, de 5 abril de 2006<sup>27</sup>. En este caso, el Tribunal recuerda el artículo 287 TCE, el cual establece la obligación de los miembros, los funcionarios y los agentes de las instituciones de la Comunidad, de «no divulgar las informaciones que, por su naturaleza, estén amparadas por el secreto profesional y, en especial, los datos relativos a las empresas y que se refieran a sus relaciones comerciales o a los

<sup>23</sup> *Demont v. Comisión*, 17 diciembre 1981 (115/80), *Rec.* 1981, p. 3147.

<sup>24</sup> *Willame v. Comisión*, 8 julio 1965 (110/63), *Rec.* 1965, p. 803; *Guillot v. Comisión*, 7 julio 1977 (43/74), *Rec.* 1977, p. 1331.

<sup>25</sup> *Moritz v. Comisión*, 13 diciembre 1990 (T-20/89), *Rec.* 1990, p. II-769: no hay violación del principio del respeto de los derechos de defensa cuando, en el marco de un procedimiento de provisión de un puesto de grado A2 (art. 29.2 Estatuto), un Comité consultivo encargado de examinar las candidaturas, proceda, con objeto de precisar las cualificaciones requeridas para ocupar el puesto, a la audiencia, en ausencia del candidato, del Director General del que depende el puesto y que resulta ser además el superior jerárquico del interesado.

<sup>26</sup> *Kuhner v. Comisión*, 28 mayo 1980 (33,75/79), *Rec.* 1980, p. 1698, aunque para el Abogado General MAYRAS, en la medida en que su respeto implica acordar determinadas garantías procedimentales a los funcionarios antes de que sean objeto de medidas que afecten gravemente a su situación, el deber de solicitud se confundiría más bien con el principio de protección de los derechos de la defensa.

<sup>27</sup> *Degussa v. Comisión*, de 5 abril de 2006 (T-279/02).

elementos de sus costes». Sin embargo, el Tribunal considera «que, en los procedimientos regidos por el principio contradictorio que puedan dar lugar a una condena, la naturaleza y el importe de las sanciones propuestas están, por sí mismos, cubiertos por el secreto profesional mientras la sanción no haya sido definitivamente aprobada e impuesta. Este principio se deriva, en particular, de la necesidad de respetar la reputación y dignidad del interesado mientras no haya sido condenado [*Volkswagen v. Comisión*, 6 julio 2000 (T-62/98), Rec. p. II-2707, n. 281]. En consecuencia –concluye el Tribunal–, el deber de la Comisión de no divulgar a la prensa información sobre la sanción precisa que se proponía imponer no sólo coincide con su obligación de respetar el secreto profesional, sino también con su obligación de buena administración. Por último, procede recordar que el principio de la presunción de inocencia se aplica a los procedimientos relativos a violaciones de las normas de competencia aplicables a las empresas y que puedan conducir a la imposición de multas o multas coercitivas [...]. Manifiestamente, la Comisión no respeta dicha presunción cuando comunica a la prensa el veredicto sometido a deliberación del comité consultivo y del colegio de comisarios antes de condenar formalmente a la empresa acusada.

## 5. Obligación de motivación de las decisiones de la Administración

Evidentemente la Carta de Derechos Fundamentales no ha descubierto la obligación de motivación en el ámbito europeo, aunque sólo sea porque ya el Tratado de la Comunidad Europea impone esta misma obligación en su artículo 253: «Los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptadas conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, así como los reglamentos, las directivas y las decisiones adoptados por el Consejo o la Comisión deberán ser motivados y se referirán a las propuestas o dictámenes preceptivamente recabados en aplicación del presente Tratado». Lo novedoso de la Carta radica, por un lado, en extender claramente la obligación de motivación también al ámbito estrictamente administrativo europeo y, por otro, en la universalidad del objeto de la obligación para la Administración pues, de la lectura de la Carta, se derivaría que todas las decisiones, esto es, todos los actos administrativos europeos deberán ser motivados. Se trata de una extensión quizá excesiva, pues la misma impone una carga para la Administración europea considerable<sup>28</sup>.

En cualquier caso, la jurisprudencia ha considerado que la motivación cumple la doble finalidad de permitir los derechos de defensa del ciudadano al conocer los mo-

---

<sup>28</sup> Piénsese, por ejemplo, que en el ámbito interno español, la Ley reguladora del procedimiento administrativo (art. 54.1) sólo obliga a la Administración a motivar, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos; los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje; los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos; los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales; los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos; los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

tivos que están detrás de la actuación (normalmente el acto en que se concreta) de la Administración, así como hacer viable el posterior control judicial de la actuación de la Administración por los Tribunales. Según la jurisprudencia, la motivación «debe mostrar, de manera clara e inequívoca, el razonamiento de la autoridad comunitaria de la que emane el acto impugnado, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada con el fin de defender sus derechos y que el juez comunitario pueda ejercer su control»<sup>29</sup>.

#### IV. EFICACIA JURÍDICA DEL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

El Tribunal de Primera Instancia, en el asunto *Tillack v. Comisión*, el 4 de octubre de 2006<sup>30</sup>, estableció la doctrina que deja clara la eficacia jurídica del derecho a la buena administración, tal y como viene consagrada en la Carta de Derechos Fundamentales: «el principio de buena administración no confiere por sí mismo derechos a los particulares a menos que constituya la expresión de derechos específicos como los derechos de toda persona a que se traten sus asuntos imparcial, equitativamente y dentro de un plazo razonable, a ser oída y a acceder al expediente, o el derecho a la motivación de las decisiones que le afecten, según se recogen en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, p. 1), lo que no ocurre en el presente caso».

Esta interpretación fue la seguida posteriormente por el Tribunal de Primera Instancia en el asunto *Hoechst v. Comisión*<sup>31</sup>, confirmando su jurisprudencia. Como señala el Tribunal, «el 9 de noviembre de 1998 la Comisión exponía claramente su intención de no informar a las empresas que cooperaban con ella, y en particular a Hoechst, de que otras empresas habían entablado contactos con sus servicios para obtener dispensas de la multa, mientras que, por otra parte, el 13 de noviembre de 1998, es decir, unos días después, dicha institución aseguraba a CHISSO que se le advertiría en el caso de que otras empresas intentasen adelantarla en la cooperación. Tales hechos llevan al Tribunal de Primera Instancia a considerar que la Comisión ha violado en el presente asunto los principios de buena administración y de igualdad de trato. A este respecto procede subrayar que, aunque la afirmación del funcionario de que se trata en la reunión de 13 de noviembre de 1998 no demuestra que la promesa hecha a Chisso fuera realmente mantenida más tarde, dicha promesa constituye no obstante una vulneración de los dos principios antes mencionados». Por todo lo cual, «procede tomar en consideración la violación de los principios de buena administración y de igualdad de trato en que incurrió la Comisión al aplicar la Comunicación sobre la

<sup>29</sup> *Delacre e.a. v. Comisión*, 14 febrero 1990 (C-350/88), *Rec.*, p. I-395, n. 15.

<sup>30</sup> *Tillack v. Comisión*, el 4 de octubre de 2006 (T-193/04)

<sup>31</sup> *Hoechst v. Comisión*, 18 junio 2008 (T-410/03).

cooperación de 1996, violación constatada en el apartado 137 *supra* y que también ha sido invocada por Hoechst en su octavo y noveno motivos de recurso. Por lo tanto, dada la importancia que tiene el respeto de tales principios por parte de la Comisión en los procedimientos administrativos, este Tribunal de Primera Instancia ha decidido, en ejercicio de su competencia jurisdiccional plena, reducir en un 10% la multa impuesta a Hoechst».

La doctrina también ha considerado que el derecho a la buena administración es más bien un principio o derecho informador carente de vinculatoriedad por sí mismo<sup>32</sup>. El problema radica precisamente en haber elevado el principio de buena administración (que opera en el plano estructural de la organización y de la función administrativa) a la categoría de derecho subjetivo<sup>33</sup> cuya invocación ante los Tribunales resulta problemática. En última instancia, como señala WAKEFIELD, «caracterizar el derecho a la buena administración como un derecho fundamental es ignorar la distinción que el Tribunal de Justicia lleva a cabo entre derechos, principios generales del Derecho que protegen esos derechos y principios jurídicos que han de ser respetados pero que carecen del estatus de principios generales del Derecho»<sup>34</sup>.

## V. EL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO: ¿CONTROL DE LA «MALA ADMINISTRACIÓN» O GARANTE DEL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN?

El Defensor del Pueblo europeo tiene por misión investigar los casos de mala administración de las instituciones y órganos europeos. En consecuencia, no se trataría directamente de un órgano garante de los derechos y libertades de los ciudadanos europeos frente a la Administración europea. Sin embargo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sí que lo caracteriza como tal de una manera muy peculiar. Y es que, formalmente, incardina al Defensor del Pueblo en la Carta, aunque con la misma misión que ya tenía desde su creación: conocer de los casos de mala administración de las instituciones, órganos y organismos de la Unión que le someta un ciudadano de ésta y toda persona jurídica o física que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro (art. 43). Sin embargo, al reconocer la misma Carta en su artículo 41 un «derecho a una buena administración», toda vulnera-

<sup>32</sup> DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J.: «The EU Charter of Fundamental Rights, Not Binding but Influential: the Example of Good Administration» en *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs* (Ed. A. Arnulf, P. Eeckhout y T. Tridimas), OUP, 2008, pp. 157-171.

<sup>33</sup> «Sin duda alguna, resulta tentador oponer derechos procedimentales subjetivos a una obligación objetiva de buena administración. Sin embargo, semejante distinción no parece pertinente en Derecho Comunitario... Mientras que los derechos procedimentales son establecidos fundamentalmente en interés de las personas amenazadas en su patrimonio de libertad privada, el principio de buena administración se impone antes que nada en razón del interés público de la colectividad»: AZOULAI, L., *Le principe de bonne administration...* *op. cit.*, p. 508.

<sup>34</sup> Cfr. WAKEFIELD, J., *The Right to Good Administration*, Kluwer, 2007, p. 65.

ción del mismo supondría un caso de «mala administración», lo que potencialmente transmuta la caracterización del Defensor del Pueblo como órgano igualmente garante de los derechos fundamentales, aunque los casos de mala administración no se limitarían a las vulneraciones del derecho a una buena administración, pudiendo afectar igualmente a cualquier derecho reconocido en la Carta.

## VI. CONCLUSIÓN: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO

La peculiaridad y problemática de este derecho a la buena administración estriba en que origen no tanto jurisprudencial (esto es, jurídico) cuanto político. De hecho, las primeras versiones del mismo hablaban más bien de «gobernanza política», en lugar de «buena administración». Se pretendería así la búsqueda de una legitimación político-administrativa que había sido especialmente discutida desde la crisis administrativa de la Comisión SANTER en el 2000. En ese proceso de legitimación, la Convención parece haber realizado una lectura equivocada o, cuando menos, voluntarista de la jurisprudencia sobre el principio de buena administración.

El resultado final es un supuesto derecho que constituye toda una mezcla de derechos, de principios generales del Derecho, de principios rectores y de meros criterios de actuación. Una suerte de supraconcepto o, mejor aún, de término (por carecer de contenido propio) que englobaría derechos en cuanto principios generales. Como señaló recientemente la Abogado General TRSTENJAK incluso en relación al propio principio de buena administración, éste constituiría un principio administrativo autónomo «sino que el mismo engloba varios principios, constituyendo en cierto modo un concepto colectivo para todos o algunos principios de Derecho Administrativo»<sup>35</sup>.

La finalidad y ritualidad de este derecho a la buena administración es la afirmación de un conjunto de derechos instrumentales para permitir el control de la Administración Europea. Lo que no hace sino evidenciar la precariedad jurídica de dicha Administración lo que no sólo va en detrimento de la eficacia de su actuación sino que sume en muchas ocasiones a los ciudadanos o administrados europeos en la más absoluta de las inseguridades jurídicas. Por ello, el derecho a la buena administración, pese a todas las carencias y taras que encierra en sí mismo, supone la constitucionalización no tanto de la Administración Europea como del Derecho Administrativo Europeo.

El hecho de que la sistematización y racionalización de una Administración europea no haya sido acometida hasta bien desarrollado el proceso de integración no ha impedido que se fuera progresivamente conformando un Derecho Administrativo europeo que regulase no tanto la organización y funcionamiento de la Administración europea cuanto las relaciones entre el Poder público comunitario y los ciudada-

---

<sup>35</sup> Conclusiones de la Abogado General Sra. VERICA TRSTENJAK, presentadas el 11 de septiembre de 2008, en el asunto C-308/07P, *Koldo Gorostiaga Atxalandasabo v. Parlamento*, n. 89.



nos. Tan es así, que el Derecho de las Instituciones europeas se conforma en gran medida según principios y reglas propias del Derecho Administrativo en detrimento tanto de una mera regulación «constitucional» o política como de una organización inspirada en reglas de carácter internacional, lo que sin duda alguna ha contribuido y contribuye a la eficacia del funcionamiento del sistema.

Esos orígenes jurídicamente administrativos se manifestaron, sectorialmente, en todo el cuerpo normativo y jurisprudencial construido en sectores como la Función Pública europea o el Derecho de la competencia y, horizontalmente, en la puntual pero trascendente conformación de derechos fundamentales en el Ordenamiento europeo. Al decir de CASSESE, pese al carácter embrionario del sistema administrativo europeo, se ha ido configurando un Derecho Administrativo europeo, de manera que «el retraso del sistema administrativo no ha comportado un retraso en el desarrollo del Derecho administrativo»<sup>36</sup>. En este sentido, DELLA CANANEA habla significativamente del «mito de la Administración sin Derecho Administrativo»<sup>37</sup>.

La doctrina ha procedido ya a compendiar y analizar el Derecho Administrativo Europeo en su sentido más estricto<sup>38</sup> (actos administrativos europeos<sup>39</sup>, procedimiento administrativo europeo<sup>40</sup>, contratación administrativa<sup>41</sup>, ejecución forzosa<sup>42</sup>, etc.) y, por su amplitud, no puede evidentemente ser abordado en este trabajo. En cualquier caso, muchos de los problemas que se le plantean a la Administración europea —también desde el punto de vista organizativo— se derivan de la fragmentación y la precariedad jurídica de ese pretendido Derecho Administrativo europeo. Como señalan LENAERTS y VERHOEVEN, «la Comunidad Europea no cuenta con una legislación comprensiva de los derechos procesales de los particulares que deberán ser respetados en el procedimiento administrativo que precede a la adopción de decisiones

<sup>36</sup> CASSESE, S.: «Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione» en *RTDPC*, 1991, p. 772.

<sup>37</sup> DELLA CANANEA, G.: «Il Diritto Amministrativo europeo e i suoi principi fondamentali» en *Diritto Amministrativo europeo. Principi e istituti* (Dir. G. Della Cananea), Giuffrè, Milán 2006, p. 51.

<sup>38</sup> CHITI, M.P. y GRECO, G. (Dir.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milán 1997; CHITI, M.P., *Diritto amministrativo europeo*, 2ª ed., Giuffrè, Milán 2004; CRAIG, P.P., *EU Administrative Law*, OUP, 2006. Otros incluyen igualmente en el tratamiento del Derecho Administrativo Europeo tanto el régimen jurídico europeo de la ejecución por los Estados miembros como la influencia del Derecho Europeo sobre los Derechos Administrativos nacionales: vid. GONZÁLEZ-VARAS, S., *El Derecho Administrativo Europeo*, 3ª ed., 2005, Valencia Tirant lo Blanch/IAAP, 510 págs. KADELBACH, S.: «European Administrative Law and the Law of a Europeanized Administration» en *Good Governance in an Integrated Market* (Joerges y Dehousse, eds.), OUP, Oxford 2002, pp. 167-206.

<sup>39</sup> ARZOZ SANTISTEBAN, X., Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario, IVAP, Oñati 1998.

<sup>40</sup> WEBER, A.: «El procedimiento administrativo en el Derecho Comunitario» en *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado* (Coord. J. Barnés), Civitas, Madrid 1993, p. 58.

<sup>41</sup> GONZÁLEZ-VARAS, S.: «La contratación de las Comunidades Europeas» en *RAP*, 142, 1997, pp. 195-223.

<sup>42</sup> Díez PICAZO, L.M.: «Esiste una teoria della coazione nel Diritto dell'Unione Europea?» en *Lezioni di Diritto Amministrativo europeo* (Dir., S. Battini y G. Vesperini), Giuffrè, Milán 2006, pp. 67-97.

que pudieran perjudicar los intereses de esos particulares. En cambio tiene una variedad de disposiciones legislativas *ad hoc* aplicables a ámbitos específicos de Derecho sustantivo, complementados con principios generales del Derecho no escritos cuya observancia condiciona la legalidad de los procedimientos administrativos y, por tanto, de la legalidad de las decisiones adoptadas a resultas de tales procedimientos»<sup>43</sup>. Por ello, la consagración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de un derecho a la buena administración debe constituir el punto de partida a partir del cual el legislador europeo dote a la Administración Europea de un Derecho Administrativo que le sea propio y peculiar como instrumento jurídico que le permita la realización de sus funciones y la consecución de sus objetivos.

**PALABRAS CLAVE:** derecho a la buena administración. Derecho Administrativo Europeo. Administración Europea.

**RESUMEN:** La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha incluido en su artículo 41 el derecho a la buena administración. La construcción de este derecho se hace sobre la jurisprudencia de los Tribunales Europeos. Este derecho incluye, en particular, los siguientes derechos: tratamiento imparcial y equitativo y en un plazo razonable; derecho a ser oído; derecho de acceso al expediente; obligación de motivación. En última instancia, el derecho a la buena administración constitucionaliza no tanto la Administración Europea como el Derecho Administrativo Europeo.

**KEY WORDS:** right to good administration; European Administrative Law; European Administration.

**ABSTRACT:** The Charter of Fundamental Rights of the European Union lays down in the article 41 the right to good administration. The formation of this right was made by the case-law of the European Tribunals. This right includes in particular the impartial, fair and timely treatment; the right to be heard; the right of access to one's file; the right to a reasoned decision. In the end, the right to good administration constitutionalizes the European Administrative Law instead of the European Administration.

---

<sup>43</sup> LENAERTS, K. y VANHAMME, J.: «Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process» en *CMLR*, 34, 1997, p. 531.

# EL DERECHO A LA INTEGRIDAD DE LA PERSONA EN EL MARCO DE LA MEDICINA Y LA BIOLOGÍA (EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA)<sup>1</sup>

NARCISO MARTÍNEZ MORÁN

*Profesor Titular de Filosofía del Derecho. UNED*

SUMARIO: Introducción. 1. El derecho a la integridad personal en el marco de los Derechos civiles. 2. Derechos que protegen la integridad de la persona: 2.1. *Derechos de integridad física*. 2.2. *Derechos para la subsistencia e integridad moral*. 3. El derecho a la integridad personal en el ámbito de la Medicina y de la Biología: 3.1 *Nuevas investigaciones médicas, nuevas situaciones, nuevos problemas*. 3.2 *Biotecnología, Ética y Derecho*. 4. El derecho a la integridad personal con respecto a la Medicina y la Biología en el ámbito Europeo: 4.1 *La protección del derecho a la integridad personal en el ámbito de la Medicina y la Biología en el Convenio de Asturias: 1º) Prohibiciones de la investigación o prácticas biomédicas; 2º) Limitaciones y condiciones para la investigación y prácticas biomédicas*. 4.2 *La protección del derecho a la integridad personal respecto a las aplicaciones de la Biología y la medicina en el Tratado de Lisboa: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*.

## INTRODUCCIÓN

Antes de adentrarnos en el análisis de su contenido específico es necesario situar el *derecho a la integridad personal* en el amplio marco de los derechos humanos o, si se prefiere de los derechos fundamentales.

---

<sup>1</sup> En el presente trabajo desarrollamos las ideas que de una manera más concisa fueron expuestas en la ponencia realizada en el Curso de Verano «Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: Nuevas perspectivas» que bajo la dirección del Profesor Doctor D. Enrique LINDE PANIAGUA se llevó a cabo en Ávila del 30 de junio al 4 de julio, en el marco de la XIX edición de los Cursos de Verano de la UNED.

Recordemos que el catálogo de derechos humanos de los que hoy disfruta la humanidad no ha surgido de repente. Se ha configurado lentamente, mediante la incorporación sucesiva de diferentes clases de derechos, comenzando por los derechos de libertad, y dando una cobertura cada vez más amplia a las necesidades humanas de libertad, desarrollo de la personalidad y bienestar.

Pero ¿cómo y por qué fueron gestándose? ¿Qué derechos surgieron en cada etapa? Evidentemente no podemos detenernos en un análisis exhaustivo de esta problemática pero sí queremos dar algunas pinceladas que nos permitan situar mínimamente en un marco espaciotemporal el derecho a la integridad personal.

Los derechos humanos nacieron conforme a las exigencias y necesidades que, en cada momento histórico, preocupaban a los seres humanos y se han reconocido a través de un lento proceso histórico que no ha terminado todavía. En este proceso se pueden distinguir, hasta ahora, tres grandes fases, que suelen denominarse «*las tres generaciones de los derechos humanos*», división realizada por primera vez por KAREN VASAK en 1979. En la actualidad cada una de dichas generaciones se asocia a un valor diferente.

Los derechos de primera generación plasman el valor de la *libertad*<sup>2</sup> y son los derechos civiles y políticos. Entre ellos cabe citar el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la propiedad, los derechos a la libertad de pensamiento y de expresión, a participar en el gobierno del propio país, a no ser detenido sin un motivo legal, a ser juzgado con garantías de imparcialidad, a comerciar libremente, etc. Son derechos propios del Estado Liberal de Derecho y están inspirados en un valor moral básico que les sirve de guía: *la libertad*.

Los derechos de segunda generación pretenden instaurar el valor de la *igualdad*<sup>3</sup>. Son derechos que exigen para su realización efectiva la intervención de los poderes del Estado, a través de prestaciones y servicios públicos y pretenden plasmar el valor *igualdad*. A esta segunda generación pertenecen los derechos económicos sociales y culturales, tales como el derecho al empleo y al salario justo, a la vivienda digna, a

---

<sup>2</sup> *Primera generación: los derechos de la libertad*: La historia de los derechos humanos es la larga historia de la lucha de los hombres por su libertad. Pero es a partir de los siglos XVI, XVII y XVIII, cuando se consolida, fruto del pensamiento ilustrado de la modernidad, la conquista de *los derechos de libertad (civiles y políticos)*, que suelen conocerse como *derechos de primera generación*.

Estos derechos fueron reivindicados por la burguesía frente al Antiguo Régimen y se consideran derechos de defensa o negativos, que exigen la inhibición y no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada. Nacen como reivindicación frente al Estado y su papel es la exigencia del respeto a la libertad individual por parte del mismo.

<sup>3</sup> *Segunda generación: los derechos de la igualdad*: Desde mediados del siglo XIX y principios del XX el proletariado fue adquiriendo conciencia de clase y planteó nuevas reivindicaciones logrando el reconocimiento de los derechos del hombre en cuanto miembro de una sociedad, los llamados *derechos económicos, sociales y culturales*, consecuencia de las revoluciones sociales, generadas por las múltiples e irritantes desigualdades entre los poseedores de la riqueza y los proletarios que aportaban el trabajo. Se pasa del reconocimiento de las libertades individuales a priorizar la consecución de derechos sociales cuyo desarrollo tiene lugar en la etapa en que el Estado Liberal fue sustituido por el Estado Social de Derecho y son conocidos como los «*derechos de segunda generación*». Fueron reivindicados sobre todo por el movimiento obrero a lo largo de los últimos siglos.

la cobertura de los gastos sanitarios (la salud), a la educación, a la cultura, a coberturas sociales (pensión de jubilación, de desempleo, incapacidad etc.). Con ellos se pretende dotar de un apoyo real a los derechos de la primera generación, porque difícilmente se pueden ejercer los derechos civiles y políticos si no existen las mínimas condiciones económicas, sociales, culturales y políticas para el ejercicio de tales derechos<sup>4</sup>.

Los de tercera generación de derechos humanos suelen identificarse con el valor *solidaridad*. En los últimos años del siglo XX y en los años transcurridos del presente siglo se han producido de manera vertiginosa una serie de cambios y transformaciones económicas, sociales, culturales y tecnológicas trascendentales para la vida de los seres humanos. Tales cambios tienen una incidencia innegable y trascendental en la dotación de derechos fundamentales y hacen que las circunstancias en que tuvo lugar el alumbramiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos hayan cambiado sustancialmente. Ello ha supuesto que muchos e importantes teóricos y estudiosos de la teoría de los Derechos Humanos hayan denunciado un importante anacronismo en el enunciado de los Derechos Humanos de la Declaración Universal, resaltando importantes lagunas de algunos derechos fundamentales que hoy necesitan de una protección impensable e imprevisible en 1948<sup>5</sup>. Se trata de una tercera generación de derechos humanos entre los que normalmente se incluyen en ella derechos heterogéneos como el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a la paz, a la calidad de vida, los derechos de las nuevas tecnologías biomédicas como las garantías frente a la manipulación genética, o los derechos derivados de las nuevas tecnologías de la información a los derechos de siempre.

---

<sup>4</sup> Este tipo de exigencias fue abriendo el camino a una nueva mentalidad según la cual se hacía necesario que el Estado no se limitara a respetar la libertad, manteniéndose al margen de la actividad social, sino que debía intervenir realizando prestaciones sociales y servicios públicos que contribuyeran a plasmar la justicia social. Por esta razón se dice que la segunda generación constituye un conjunto de exigencias de la igualdad.

<sup>5</sup> Por esta razón, desde todos los ámbitos (político, jurídico, ético, social, cultural y religioso) de las relaciones humanas, se han levantado voces autorizadas que, vienen reclamando el reconocimiento de nuevos derechos humanos, capaces de proteger determinados bienes y valores humanos que, en los tiempos actuales han calado de manera extraordinaria adquiriendo una importancia vital para todos los seres humanos a nivel planetario. Se trata, sin duda de lo que para muchos viene denominándose «*Derechos de tercera generación*», o mejor «*La tercera generación de Derechos Humanos*». Estos derechos no han sido recogidos todavía en una declaración internacional, pero son tan básicos como los anteriores. Superando los derechos estrictamente individuales y sociales, centran sus aspiraciones en la protección de bienes supraindividuales, derechos de determinadas colectividades, derechos de los pueblos o de la comunidad internacional, siendo necesaria la solidaridad internacional para que puedan cumplirse. Los derechos de esta tercera generación, se gestan en los años 80 y van consolidándose lentamente durante la etapa en que tiene vigencia el llamado Estado Constitucional. Se vinculan con la solidaridad por su incidencia en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel planetario.

## 1. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL EN EL MARCO DE LOS DERECHOS CIVILES<sup>6</sup>

Dentro de los llamados derechos de primera generación, los derechos civiles protegen la vida personal individual y tienen como finalidad u objeto común tutelar determinados ámbitos de la libertad personal de cada individuo frente a los grupos o frente al Estado. Diríamos que son libertades ineludibles para que el ser humano pueda alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad auténticamente humana. Por tanto, a través de estos derechos se otorga un *espacio de autonomía*<sup>7</sup>, *independencia y libertad a los individuos* y se establece un ámbito de no agresión ni injerencia por parte del poder en la actividad de los particulares.

Los derechos civiles consisten, unos en el deber de abstención de conductas que impidan el libre ejercicio del derecho correspondiente, tanto por parte de los individuos particulares como por parte de los grupos y, de manera especial, por parte del Estado. Dicho de otro modo, el ejercicio de estos derechos impone un deber correlativo de carácter negativo que supone un «no actuar», es decir «*abstenerse de realizar conductas que impidan o perturben el libre ejercicio del derecho*». Este es el caso, como veremos, del *derecho a la integridad personal*.

Pero dentro del ámbito de los derechos civiles, junto a los anteriormente expuestos *derechos de autonomía*, se encuentran otro grupo de derechos cuyo contenido se manifiesta en la exigencia de un deber de prestación o actuación positiva, por lo que se denominan *derechos prestacionales o de crédito*.

Por consiguiente podemos afirmar que los derechos civiles son de dos tipos: a) *derechos de autonomía* y b) *derechos individuales de crédito o prestacionales*.

A nosotros nos interesan hoy los derechos de autonomía porque, precisamente el conjunto de las manifestaciones de estos derechos, integran un derecho amplio y genérico de integridad personal. Es por esta razón por la que los llamados derechos de autonomía se subdividen en otros dos grupos. Al primero pertenecen los derechos referidos a la *integridad física* y son aquellos que persiguen la consecución del respeto a la vida y a la integridad física de la persona y el despliegue de su libertad. Al segundo grupo pertenecen los llamados *derechos de integridad moral*. Se trata de aquellos derechos que prioritariamente se dirigen a la afirmación de los valores que afectan a la integridad moral de la persona como expresiones concretas de su dignidad.

---

<sup>6</sup> Para realizar un análisis riguroso sobre el derecho a la integridad personal es imprescindible conocer el pormenorizado y magnífico estudio realizado por Raúl CANOSA USERA en su obra *El derecho a la integridad personal*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006.

<sup>7</sup> Fijémonos en esta idea de *autonomía* a la que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tal como ha sido adaptada en el Tratado de Lisboa, en su artículo 3.2, apartado a), en relación con el derecho a la integridad en el ámbito de la Medicina y la Biología, confiere una importancia esencial para el ejercicio de tal derecho.

## 2. DERECHOS QUE PROTEGEN LA INTEGRIDAD DE LA PERSONA

Cuando hablamos de los derechos que protegen la integridad de la persona nos referimos, claro está, tanto a los derechos que reconocen y protegen la integridad física como a los que reconocen y protegen la integridad moral.

En efecto, son numerosos los derechos humanos cuya función prioritaria tiende a la conservación y el desarrollo integral de la vida humana, pero dicha función se manifiesta en dos planos diferentes. Por un lado, en el plano meramente biológico y por otro, en el plano más estrictamente psíquico y moral. Por ello, al abordar su estudio debe realizarse desde esta doble perspectiva, estudiando separadamente los derechos referidos a la garantía de la subsistencia e integridad física de aquellos otros que contemplan la subsistencia e integridad moral.

### 2.1. Derechos de integridad física

Estos derechos protegen no sólo el hecho mismo de la vida humana, sino también su integridad y existencia en plenitud, formando parte del contenido esencial del derecho todos aquellos factores que, dentro de la organización social contribuyen de manera directa a su conservación. Por ello, en opinión de DE CASTRO CID «forman parte de este primer grupo, no solamente el derecho a la vida y a un nivel de vida adecuado, sino también el derecho a la integridad física, el derecho a la protección de la salud en todos los ámbitos, el derecho a la seguridad social y a la asistencia pública, e incluso el derecho general a beneficiarse de unos servicios sociales adecuados, derechos destinados evidentemente a proteger la vida y la salud en toda su integridad. Y también están (vinculados al derecho a la integridad personal), aunque ello no aparezca de forma tan inmediatamente conexas y manifiesta, aquellos otros derechos que, como el derecho a la propiedad o a la herencia y el derecho al trabajo, al aviso previo en caso de cese, a la protección contra el desempleo, a una jornada laboral limitada, a descanso diario y semanal a vacaciones anuales o a la vivienda, pretenden garantizar la posibilidad física mínima de disponer de los necesarios medios de subsistencia y de conseguir esto con un coste vital que no llegue a lesionar gravemente la propia vida que se intenta proteger»<sup>8</sup>. Porque todos estos derechos pretenden, en última instancia, proteger la vida de los individuos, proteger su salud, es decir proteger su integridad y estado físico saludable<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> DE CASTRO CID, B., *Introducción al estudio de los Derechos Humanos*, Editorial Universitas, Madrid 2003, pag.250. Por lo que se refiere a los derechos de integridad física véanse también las páginas 257 a 266 de esta misma obra en la que el propio DE CASTRO realiza un estudio más exhaustivo.

<sup>9</sup> Si nos fijamos, muchos de estos derechos que de una manera indirecta están vinculados con el derecho a la integridad personal, contemplados desde una perspectiva generacional ya no serían estrictamente derechos de primera generación sino que aparecen en una segunda generación de derechos humanos. Pero es que los derechos humanos una vez que aparecen en la historia, se reconocen y se protegen, constituyen un todo y, cuando hablamos del derecho a la protección de la salud, o el derecho al trabajo y a unas condiciones dignas en el mismo, o nos referimos al derecho a un salario justo y sufi-

En los ordenamientos jurídicos tradicionales difícilmente encontramos el derecho a la integridad física protegido de forma directa. Su protección se realiza de forma indirecta al penalizar las agresiones a la integridad. Se trata de un derecho complementario del derecho a la vida hasta el punto de que, con frecuencia, se reconocen conjuntamente como sucede en el artículo 15 de la Constitución Española de 1978<sup>10</sup>, aunque, reiteramos, en las declaraciones de derechos de ámbito supraestatal no suele mencionarse de forma explícita aunque sí indirectamente cuando se hace referencia a la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes<sup>11</sup>. Sin embargo, sí encontramos algunos textos donde se garantiza expresamente este derecho. Recordemos por ejemplo el artículo 5.1 del Pacto de San José de Costa Rica<sup>12</sup> el cual establece que: «*Toda persona tiene derecho a la integridad física, psíquica y moral*». La protección de la integridad en todos sus ámbitos se refuerza en el apartado segundo de este mismo artículo: «*Nadie –dice– debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos y degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*». Se trata, sin duda del primer texto de ámbito internacional en el que explícitamente se reconoce y garantiza el derecho a la integridad personal. A partir de esta inclusión la Corte interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado reiteradamente sobre la violación del derecho a la integridad, especialmente en casos de torturas y casos crueles e incluso en desapariciones de ciudadanos, creando una jurisprudencia original no muy lejana de la elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>13</sup>.

---

ciente para vivir a nivel individual y familiar, estamos, en definitiva, reclamando condiciones de vida que nos permitan desarrollar nuestra dignidad como personas, que es la base para sentir cubiertas las necesidades o exigencias del llamado derecho a la integridad personal, tanto física como psíquica.

<sup>10</sup> El art. 15 de la Constitución Española de 1978 dice: «*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos y degradantes...*».

<sup>11</sup> Así sucede en los artículos 3 («*Todo individuo tiene derecho a la vida y a la seguridad de su persona*») y 5 («*Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes*») de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948. Lo mismo sucede en el art. 2.1 y art. 3 de la *Convención de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 1950 y en el art. 6.1 y art. 7 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966.

<sup>12</sup> El Pacto de San José de Costa Rica fue aprobado el 22 de noviembre de 1969. Un mejor estudio del mismo puede realizarse en GARCÍA RAMÍREZ, S., *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002; también en HERNÁNDEZ LEDESMA, H. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José de Costa Rica 1996.

<sup>13</sup> Véase GARCÍA RAMÍREZ, S. en «El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos» en la obra coordinada por él mismo *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001, pp. 1137.



## 2.2. Derechos para la subsistencia e integridad moral

Pero no podemos olvidar que junto al valor de la vida física o biológica y de la salud corporal y de todos aquellos medios que son indispensables en el ámbito de la sociedad para sustentarla, se sitúa el valor de la vida y de la integridad moral «como una realidad totalmente inseparable de la primera, por cuanto el hombre es en sí mismo una irrompible unidad, coherente y dinámica, aunque de naturaleza bidimensional. Consecuentemente, en virtud de su calidad de ser consciente de sí mismo y de su alto valor posicional dentro del entorno social, la persona individual se ha constituido inevitablemente en una instancia de exigencias psíquicas de autoidentificación y de estima social. Y este importante dato es el que ha hecho que, ya desde antiguo, se garantice la inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio y de que, más recientemente, se haya ampliado considerablemente el elenco de derechos que protegen el ámbito de la personalidad, la intimidad y el buen nombre, en cuanto que tales realidades son elementos constitutivos de la vida integral del individuo»<sup>14</sup>.

«Pues bien todos estos derechos tienden, fundamentalmente, a la protección de la integridad del individuo en su dimensión espiritual, desde el punto de vista de su natural y constitutiva participación en la vida social del grupo. Así que, de modo inmediato, están comprometidos en garantizar la supervivencia social del sujeto. Pero, puesto que los seres humanos son hombres en la medida en que nacen y se desarrollan dentro de la sociedad, ha de entenderse que estos derechos quedan también directamente vinculados a la protección de la vida humana en su núcleo central y más profundo»<sup>15</sup>.

Podríamos incluir en el grupo de los derechos a la integridad moral no sólo los relativos a la integridad psíquica y moral (intimidad, respeto, honor...) sino también todos aquellos que se refieren a la constitución, desarrollo y perfeccionamiento de la persona, tanto a nivel individual como social. Desde esta perspectiva estaríamos refiriéndonos, entre otros, a los siguientes derechos: derecho al nombre, al desarrollo de la personalidad, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la nacionalidad, a la educación, a la información, al respeto a la propia cultura, a la integridad moral, a la intimidad, al honor, a la inviolabilidad de domicilio, a la inviolabilidad de la correspondencia etc. El Pacto de San José de Costa Rica, como hemos visto establece el reconocimiento de la integridad física y al mismo tiempo, de manera expresa reconoce la integridad psíquica y moral.

Es un hecho por todos reconocido y constantemente afirmamos, con razón, que todo ser humano tiene derecho a una vida digna. Diríamos que el derecho a la inte-

---

<sup>14</sup> DE CASTRO CID, B., *Introducción al estudio de los Derechos Humanos*, Editorial Universitas, Madrid 2003. En las páginas 266 a 278 realiza un estudio pormenorizado y profundo de una serie de derechos que, en su conjunto, tratan de salvaguardar la subsistencia e integridad moral. Analiza los derechos de identidad personal (como el derecho al nombre, a la nacionalidad y el derecho al reconocimiento de la personalidad) y los derechos de integridad moral propiamente dichos (como el derecho al honor, el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y a la inviolabilidad de la correspondencia).

<sup>15</sup> DE CASTRO CID, B., *Introducción al estudio de los Derechos Humanos*, cit., p. 251.

gridad personal trata de garantizar todo ese cúmulo de valores de la vida personal y social que hacen que el individuo disfrute de una vida auténticamente digna. Pues bien, sintetizando, el derecho a la integridad personal resalta por un lado el derecho a la vida, el mero hecho de vivir desde una consideración puramente biológica (integridad física) y el derecho a la dignidad personal y social en la forma en que se manifiesta la existencia humana (derecho a la integridad moral).

### 3. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL EN EL ÁMBITO DE LA MEDICINA Y DE LA BIOLOGÍA

#### 3.1. Nuevas investigaciones médicas, nuevas situaciones, nuevos problemas

Pero el tema que hoy nos ocupa no es una problemática genérica sobre el derecho a la integridad personal sino que debemos acotar el espacio y referirnos a dicho derecho en el ámbito de la Medicina y de la Biología y más concretamente con referencia al espacio de la Unión Europea.

No olvidemos que, junto a los problemas tradicionales en torno a la protección de la vida humana y su dignidad, en la actualidad han surgido otros que plantean nuevos retos a los derechos humanos, que tienen una incidencia determinante, como veremos, en el ámbito de lo que puede considerarse la integridad tanto física como moral de los seres humanos.

En efecto, a nadie se le oculta que, en las últimas décadas del siglo XX y en lo que llevamos transcurrido del siglo XXI, la humanidad ha experimentado un avance vertiginoso en el desarrollo de las ciencias biomédicas. Y, sin duda, la principal aspiración y la única justificación de todas las investigaciones biomédicas se encuentra en la preocupación y la necesidad que tiene el hombre de afrontar y curar las graves enfermedades que acosan a todos los seres humanos<sup>16</sup>. Esta preocupación científica, gestada ya en las últimas décadas del siglo XX y desarrollada de manera galopante durante los últimos años, ha comenzado a producir sus mejores frutos en los albores del tercer milenio. Entre los principales retos de la Medicina del este siglo XXI se encuentran la prevención, diagnóstico y tratamiento de las principales enfermedades. Sin duda, contribuirá a ello el conocimiento del «*genoma humano*»<sup>17</sup> y todas las

---

<sup>16</sup> El «*homo sapiens*» de nuestro tiempo es autoconsciente, se ha creído, en serio, que realmente está a su alcance el conocimiento profundo de lo que es el ser humano, el descubrimiento de su constitución molecular y de su genoma.

<sup>17</sup> El proyecto «*Genoma Humano*» se inició en 1990. Este proyecto se ha desarrollado fundamentalmente –y siguen sus investigaciones– en Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Alemania y Japón. No obstante cabe advertir que también han participado en el Proyecto investigadores de otros países. En este sentido hay que destacar la figura del científico español D. Santiago GRISOLÍA que, durante mucho tiempo, fue el Presidente de la Comisión de la UNESCO del Proyecto Genoma Humano. Su objetivo ha sido conseguir la secuencia del Genoma Humano y, aunque, según la planificación inicial, se preveía finalizarlo en el año 2005, los rápidos avances en la investigación permitieron adelantar los primeros resultados en julio de 2001. Evidentemente las investigaciones continúan y como consecuencia

aplicaciones biotecnológicas que tal descubrimiento lleva consigo. Se trata de un hallazgo trascendental para la historia de la Medicina, pues existe una opinión generalizada de que el futuro de ésta se encuentra precisamente en las terapias génicas<sup>18</sup>, terapias que pueden incidir de manera importante en la integridad física y moral de los seres humanos y, por tanto en el derecho a la integridad personal. A partir de ahora dispondremos de una mayor y mejor información sobre los factores genéticos implicados en muchas de las enfermedades que más preocupan a los seres humanos de nuestro tiempo: alzheimer, diabetes, enfermedades psiquiátricas como la anorexia, la bulimia, la depresión, la ansiedad y la esquizofrenia, etc.

Los descubrimientos realizados en el ámbito de la Medicina y los avances experimentados en el campo de la Biotecnología han generado grandes expectativas para toda la humanidad. Sus resultados y beneficios ya han comenzado a evidenciarse en algunos campos concretos, por ejemplo, el progreso en las técnicas de fertilización humana asistida (inseminación artificial, generación «*in vitro*», congelación y utilización de óvulos fecundados, elección y selección de sexo, etc.)<sup>19</sup> ha llevado a mu-

---

de sus aplicaciones a la Medicina y a la Biotecnología comienzan a vislumbrarse los primeros resultados científicos. Para aproximarse al conocimiento del Proyecto Genoma Humano, entre la abundante bibliografía existente puede verse: En primer lugar «*La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*» de la UNESCO, 1997; APARISI MIRALLES, Ángela, *El Proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997; BLÁZQUEZ RUIZ, Javier, *Derechos Humanos y proyecto Genoma*, Editorial Comares, Granada, 1999; LEE, Thomas F., *El Proyecto Genoma Humano*, Gedisa, Barcelona 2000 (traducción de José A. ÁLVAREZ; Revista de *Derecho y Genoma Humano*, Fundación BBV, Bizkaia.

<sup>18</sup> Para un mejor estudio de las terapias génicas es imprescindible asomarse al excelente y documentado estudio realizado por Íñigo DE MIGUEL BERIAÍN «Terapias génicas: un estudio ético-jurídico», en la obra colectiva *Bioética, Filosofía y Derecho*, Publicaciones de la UNED, Melilla 2004, pp. 221-250.

<sup>19</sup> Resulta inagotable la bibliografía generada en los últimos años en torno a los problemas de la vida humana y especialmente de la revolución que ha supuesto la posibilidad de la fecundación «*in vitro*» con cuantos beneficios y temores suscita a la vez. Son de especial interés las varias investigaciones realizadas por el profesor Rafael JUNQUERA DE ESTÉFANI sobre las técnicas de reproducción humana asistida. Entre ellas quiero destacar su brillante trabajo «Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la Dignidad en el inicio de la vida» en obra colectiva *Biotecnología, Derecho y Dignidad Humana*, coordinada por Narciso MARTÍNEZ MORÁN, Editorial Comares, Granada 2003, pp. 137-168. En esta misma obra véase también el novedoso trabajo de Íñigo DE MIGUEL BERIAÍN «Necesidad de redefinir el embrión Humano». Véase también de R. JUNQUERA DE ESTÉFANI «¿Existe un derecho a la reproducción?» en *Moralía (revista de ciencias morales)*, Instituto Superior de Ciencias Morales, Vol. XXVII, nº 101, 2004, pp. 35-60. Otros libros que pueden orientarnos y aclarar nuestras dudas al respecto son: ABEL, F., BONE, E. y HARVEY J. C., Edits. *La vida humana: Origen y desarrollo (Reflexiones bioéticas de científicos y moralistas)*, Universidad de Comillas (Madrid) e Instituto Borja de Bioética (Barcelona), 1989; RODRÍGUEZ LUÑO, A. y LÓPEZ MONDÉJAR, R., *La fecundación «in vitro»*, Ediciones Palabra, Madrid 1986; MONGE, Fernando, *Persona Humana y Procreación Artificial*, Ediciones Palabra, Madrid 1988; ZARRALUQUI, Luis, *Procreación asistida y Derechos Fundamentales*, Edit. Tecnos, Madrid 1988; DEXEUS TRIAS DE BES, José M., «Nacer hoy» (discurso de recepción en la Real Academia de Medicina de Cataluña), Barcelona 1995; JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael, *Reproducción asistida. Filosofía Ética y Filosofía Jurídica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998; GARCÍA MAURIÑO, José María, *Nuevas formas de reproducción humana*, San Pablo, 1998; FERNÁNDEZ DE LUJÁN, Federico, *La Vida Principio Rector del Derecho*, Dykinson, Madrid 1999; SCOLA, Angelo, *¿Qué es la vida?*, Ediciones Encuentro, Madrid 1999; JUNQUE-

chas familias la esperanza y la posibilidad de tener hijos imposibles de engendrar por la vía directa de la unión conyugal. Con el descubrimiento del genoma humano se abre el camino a múltiples terapias curativas y predictivas (diagnóstico prenatal, el cribado genético, etc.) que pueden eliminar o disminuir los efectos de muchas enfermedades<sup>20</sup>. La ingeniería genética (a través de la manipulación genética y la investigación con células madre y con células embrionarias)<sup>21</sup> impulsa y posibilita la generación de tejidos y órganos que revolucionarán, sin duda, toda la tecnología de los trasplantes en seres humanos. Y cabe la posibilidad de desarrollar una ingeniería genética de mejora<sup>22</sup> con todos los peligros que puede suponer la modificación sin control de los genes humanos, porque ello supondría converger en la eugenesia a través de la modificación genética, lo que incidiría directamente en una agresión a la integridad de la persona humana. Pero lo cierto es que, en los próximos años la biotecnología se desarrollará, sin duda, hasta cotas insospechadas<sup>23</sup>.

Los avances farmacológicos, aunque en ocasiones plantea serios problemas su utilización y suministro<sup>24</sup>, y las nuevas técnicas de reanimación y tratamiento del dolor permitirán una vida más digna al enfermo terminal, posibilitando incluso un cambio en las actitudes y los planteamientos frente a la eutanasia<sup>25</sup>.

---

RA DE ESTÉFANI, Rafael, «El embrión humano: una realidad necesitada de protección», *Revista Genoma Humano*, nº 12, enero-junio 2000, pp. 31-45; AA.VV. *El destino de los embriones congelados*, Fundación Universitaria Española, Madrid 2003; DE MIGUEL BERIAÍN, I. *El embrión y la Biotecnología. Un análisis ético-jurídico*, Comares, Granada, 2004.

<sup>20</sup> Pueden verse los estudios realizados por la Asociación Española de Derecho Sanitario, recogidos en las publicaciones de la Fundación MAPFRE MEDICINA, especialmente los referidos al IV, V, VI y VII Congresos Nacionales de DERECHO SANITARIO, correspondiente a los años 1998, 1999, 2000 y 2001.

<sup>21</sup> Sobre esta cuestión recomendamos «El problema de la investigación con embriones y células madre y la dignidad humana» de Natalia LÓPEZ MORATALLA en obra colectiva *Biotecnología, Derecho y Dignidad Humana*, COOR. Narciso MARTÍNEZ MORÁN, cit., pp. 169, 210.

<sup>22</sup> Sobre la ingeniería genética de mejora véase el excelente y original, a la vez que perfectamente argumentado trabajo de Íñigo DE MIGUEL BERIAÍN «Ingeniería genética de mejora», *Moralía (Revista de ciencias morales)*, Instituto superior de Ciencias Morales, Vol. XXVIII, nº 105, 2005, pp. 33-64. El autor presenta argumentos éticos a favor y en contra de la ingeniería genética de mejora y concluye que es una práctica peligrosa para el futuro de la humanidad que debe ser evitada, y no sólo por la posible aparición de patologías, sino por otras consideraciones como la ruptura de la igualdad básica de todas las personas o la limitación de libertad que supone toda práctica eugenésica. Todo ello ilustrado a la luz del Convenio de Oviedo del Consejo de Europa y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO.

<sup>23</sup> Véase AA.VV. *Biotecnología*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Madrid, 1986; LACADENA Juan R., GRACIA DIEGO, VIDAL MARCIANO y ELIZAR F. Javier, *Manipulación genética y moral cristiana*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Madrid 1988; SÁNCHEZ MORALES, María R. *Impactos sociales de la Biotecnología*, UNED, 1996; GAFO Javier (editor), *Fundamentación de la Bioética y Manipulación Genética*, Publicaciones de la U. Pontificia de Comillas, Madrid, 1998; GAFO Javier (editor), *Ética y Biotecnología*, Publicaciones de la U. Pontificia de Comillas, Madrid, 1993; VEGA GUTIÉRREZ y OTROS, *Experimentación Humana en Europa*, Universidad de Valladolid, 1997.

<sup>24</sup> Véase LÓPEZ GUZMÁN, J., *Objeción de conciencia farmacéutica*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1997.

<sup>25</sup> Especial interés tienen al respecto todos los trabajos publicados por Ana M<sup>a</sup> MARCOS DEL CANO sobre la eutanasia y cuidados paliativos; entre ellos cabe citar su excelente artículo «Cuidados paliati-

En efecto, estos y otros muchos ejemplos constituyen una demostración patente de que, durante las últimas décadas del siglo XX, las ciencias biomédicas han experimentado un avance vertiginoso con descubrimientos de vital trascendencia para los seres humanos, que han revolucionado todas las concepciones éticas y jurídicas acerca de las condiciones en que deben desarrollarse las investigaciones llevadas a cabo en las ciencias sobre la vida humana, porque, junto a los grandes beneficios que todos los progresos y descubrimientos suponen para la humanidad, se ha incrementado también la incertidumbre sobre los problemas potenciales que afectan a la propia especie humana. Por esta razón, en el panorama de las ciencias sobre la vida del hombre se ha desarrollado al mismo tiempo –y destaca hoy con fuerza– el estudio de la «Bioética». Su ámbito de estudio o contenido nos viene suministrado por los datos de las ciencias de la vida, como la Biología, la Medicina, la Genética, la Antropología, la Sociología... y todos los experimentos y actuaciones que plantea el cuidado de la salud y la vida individual y social del ser humano, contemplados desde la perspectiva de la moralidad en ellos imbricada. Pero lo que la ha elevado al primer plano de la actualidad han sido los rápidos avances de las ciencias Médicas y Biológicas.

Nadie duda hoy que algunas investigaciones biomédicas se sitúan en la frontera de la Ética y del Derecho generando un cierto grado de oposición cuando no rechazo, pues como ha afirmado LÓPEZ ARPITARTE, «es inquietante la pregunta de qué podemos físicamente hacer sin atacar los fundamentos del ser humano y su libertad. La técnica tiene hoy una potencialidad apocalíptica: su capacidad de poner en peligro la continuidad de la especie humana o de deteriorar su material genético, o simplemente de modificarlo arbitrariamente»<sup>26</sup>. En efecto, al manipular directamente sobre seres humanos pueden ocasionarse agresiones genéticas que lleven incluso la destrucción de la vida humana (aborto eugenésico, eutanasia...), o a distorsionar el propio modo del ser humano (clonación) u otros atentados contra la dignidad de la persona (esterilización, contracepción, eliminación de embriones congelados, etc.), incluida

---

vos y Eutanasia: especial referencia a la legislación belga» en la obra colectiva que ella misma ha coordinado *Bioética, Filosofía y Derecho*, citada, págs. 207-220. De la misma autora «Las voluntades anticipadas: Problemática jurídica» en la primera edición de esta misma obra, *Algunas cuestiones de Bioética y su regulación jurídica*, págs. 217-242. Otras obras de interés son: DE REMIRO VELÁZQUEZ, F., *La eutanasia y la humanización de la medicina*, Gráficas Andrés Martín, Valladolid, 1991; POLLARD BRAIAN, *Eutanasia*, RIALP, Madrid, 1991; VICO PEINADO, J., *Dolor y muerte humana digna*, San Pablo, Madrid, 1995; CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, *La eutanasia*, Ediciones Paulinas, Madrid, 1993; OLLERO Andrés, *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, Ediciones RIALP, Madrid, 1994; GARCÍA-MAURIÑO, J. María, *Otras formas de morir*, San Pablo, Madrid, 1998; HURTADO OLIVER JAVIER, *El de Derecho a la vida ¿y a la muerte?*, E. Porrúa, México, 1999; MARCOS DEL CANO, Ana M<sup>a</sup>, *La Eutanasia (Estudio filosófico-jurídico)*, UNED y Marcial Pons, Barcelona, 1999; «Eutanasia, Ayuda al suicidio y profesionales de la medicina», *Cuadernos de Bioética*, N<sup>o</sup> 44, Santiago de Compostela, 2001; PAREJO GUZMÁN, M. J. *La eutanasia ¿un derecho?*, Cuzur Menor, Aranzadi 2005; RECUERO, J. R. *La eutanasia en la encrucijada. El sentido de la vida y de la muerte*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004. Sobre la cuestión de la eutanasia merece una consideración especial el magnífico estudio de H. KÜNG y W. JENS *Morir con dignidad, un alegato a favor de la responsabilidad*, Madrid, Trotta, 2004.

<sup>26</sup> LÓPEZ AZPITARTE, E., «La libertad de investigación: problemas éticos» en *Fundamentación de la Bioética y manipulación genética*, AA.VV., Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas. 1988, pag. 229.

la propagación deliberada de enfermedades<sup>27</sup>. Contraer enfermedades causadas por gérmenes invisibles es un temor universal de los seres humanos de nuestro tiempo.

Es cierto que los progresos en el ámbito de la Biotecnología despiertan grandes esperanzas. La humanidad se beneficia de múltiples formas si las actuales investigaciones logran hallar, por ejemplo, métodos para descomponer de manera inocua los residuos tóxicos, fabricar medicamentos o vacunas que salven vidas humanas y aumentar la producción de alimentos en las zonas más empobrecidas del planeta. Pero estos avances pueden significar también un peligro para la humanidad y para nuestro medio ambiente si no se ejerce un control adecuado, si se utilizan para realizar experimentos con seres humanos de manera irracional o si se usan como medios para hacer la guerra<sup>28</sup>, sembrar el terror o cualquier otro fin hostil. Hay constancia cierta de que en algunos laboratorios universitarios, industriales o militares, hay científicos que pueden estar impulsando, con total ignorancia o voluntaria indiferencia, pero con una incomprensible –yo diría que intolerable– impunidad, investigaciones gravemente atentatorias contra el derecho a la integridad física y moral de los seres humanos cuyos resultados podrían acarrear graves consecuencias para toda la humanidad<sup>29</sup>.

### 3.2. Biotecnología, Ética y Derecho

Todos los citados, y muchos otros, han sido problemas de debate en el final del siglo XX y siguen siéndolo en el inicio de este nuevo siglo. En los últimos años estamos probablemente asistiendo a la revolución más trascendental para la historia del hombre y de la humanidad. No es exagerado afirmar que nos encontramos ante una auténtica revolución de la Biología, la Medicina y la Biotecnología que lanzan un reto decisivo a la humanidad y ante la cual la Ética y el propio Derecho no pueden

---

<sup>27</sup> Hoy es posible la propagación deliberada de ciertas enfermedades, como la fiebre tifoidea, el carbunco, la viruela, etc. con ánimo de sembrar el terror, causar daño o provocar muertes; es posible la alteración de los agentes de enfermedades existentes para hacerlas más nocivas; es posible el desarrollo futuro de agentes biológicos étnica o racialmente específicos; pueden utilizarse nuevos métodos para la programación secreta de agentes biológicos que se producen naturalmente, a fin de alterar, en las poblaciones destinatarias, procesos fisiológicos tales como la conciencia, el comportamiento o la fertilidad durante años; e incluso la producción de agentes biológicos para atacar la infraestructura agrícola o industrial (la liberación, aunque fuera involuntaria de tales agentes podría tener efectos incontrolables e incalculables sobre el medio ambiente natural).

<sup>28</sup> Es evidente que, desde el fin de la Guerra Fría algunos países han seguido desarrollando armas biológicas, violando así el Derecho Internacional. Pero no sólo lo han hecho algunos gobiernos. El mundo también afronta ahora la amenaza de ataques directos contra la población civil cometidos por organizaciones no estatales.

<sup>29</sup> El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) cuyo mandato es proteger y asistir a las víctimas en conflictos armados está alarmado por el creciente peligro de que los adelantos de la biotecnología se empleen, cada vez más, con fines hostiles. Por esta razón el CICR, en septiembre de 2002, mediante un informe titulado «*Biotecnología, armas y humanidad*» hizo un llamamiento dirigido a los Gobiernos, a los científicos, a la industria biotecnológica y a la sociedad civil, en el que puso de relieve el creciente peligro de que los avances biotecnológicos se usen de manera indebida, e instó a todos ellos a que reafirmen ciertas normas éticas, antiguas y modernas y tomen las medidas prácticas de prevención que sean necesarias.

permanecer impasibles, no pueden quedarse callados, pues no se trata de problemas pacíficos que se resuelvan fácilmente en el ámbito sosegado de la ciencia. Por ello el juicio de la Ética ha sido y sigue siendo imprescindible en cuestiones de tanta trascendencia para todos los seres humanos. La Ética y el Derecho tienen que intervenir necesariamente para iluminar el camino a los científicos<sup>30</sup>.

Por ello una vez más debemos plantear el interrogante ¿Todo lo que puede hacerse técnicamente se debe hacer desde el punto de vista ético y jurídico? Se trata, sin duda, del eterno interrogante sobre la relación entre técnica y ética, entre ciencia y conciencia o si se quiere entre Ciencia, Ética y Derecho.

Los progresos en el campo de la Medicina y en las ciencias de la vida, así como las posibilidades de actuación de la Biotecnología, colocan al hombre ante situaciones nuevas, impensables hace tan sólo algunos años y nos obligan a dar respuestas diferentes a una nueva concepción de los valores humanos tradicionales. En efecto los científicos a veces se encuentran desconcertados y buscan en filósofos y juristas una respuesta a los interrogantes que la Ciencia plantea a la Ética y al Derecho. Pero al mismo tiempo debemos señalar también que la Ética y el Derecho tienen muchos interrogantes que plantear a las técnicas y al uso de los resultados de las investigaciones científicas. Por esta razón, en todos los ámbitos de la sociedad, se ha generado un debate que afecta no sólo al campo de la Biología y la Medicina, sino también al de la Ética y el Derecho, dando lugar a los estudios de Bioética y Bioderecho<sup>31</sup>.

Es cierto que el progreso técnico, en Biología y Medicina favorece el progreso y bienestar de la humanidad: se descubren enfermedades y tratamientos farmacológicos o técnicas específicas para su curación. Pero no es menos cierto que se producen ries-

---

<sup>30</sup> Ésta fue, sin duda, la intención de la obra *Algunas cuestiones de Bioética y su regulación jurídica*, magníficamente coordinada por R. JUNQUERA DE ESTÉFANI, con excelentes trabajos y reflexiones sobre los problemas éticos y jurídicos de las investigaciones biomédicas, y digo excelentes aportaciones a juzgar por la rapidez con que se agotó la primera edición. La misma intención nos mueve a quienes seguimos realizando nuevas aportaciones y reflexiones en esta segunda edición, revisando, completando y mejorando los trabajos de la primera.

<sup>31</sup> Citaremos algunos escritos entre las innumerables obras que han visto la luz en los últimos años del siglo XX y primeros del siglo XXI: *Biología, desarrollo científico y ética*, Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, 1986; MARTÍN MATEO, Ramón, *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987; GUY DURAND, *La bioética*, Edit. Desclée, Bilbao 1992; VIDAL, Marciano, *Moral de la persona y Bioética Teológica*, Editorial P. S., Madrid, 8ª ed. 1991 (existen ediciones posteriores); HERRANZ, Gonzalo, *Comentarios al Código ético y Deontología médica*, EUNSA, Pamplona 1992; ROMEO CASABONA, Carlos María, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1994; BLÁZQUEZ, Niceto, *Bioética Fundamental*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1996; AA.VV. *Materiales de Bioética y Derecho* (Edic. a cargo de María CASADO), Cedecs Editorial, Barcelona 1996; ALBURQUERQUE, Eugenio, *Bioética (una apuesta por la vida)*, Editorial CCS, 3ª ed., Madrid 1997; FEITO GRANDE, Lydia, Edit., *Estudios de bioética*, Dykinson, Madrid 1997; ANDORNO, Roberto, *Bioética y dignidad de la persona*, Edit. Tecnos, Madrid 1998; DEL BARCO, José Luis, *Bioética de la Persona*, Universidad de la Sabana, Colombia, 1998; MASIÁ CLAVEL, Juan, *Bioética y Antropología*, Comillas, 1998; HERNÁNDEZ ARRIAGA, José Luis, *Ética en la investigación biomédica*, Edit. El Manual Moderno, México, 1999; AA.VV. (coordinación de Marcelo PALACIOS), *Bioética 2000*, Ediciones NOBEL, Oviedo, 2000. GRACIA, D. «Como arqueros al blanco. Estudios de Bioética, Triacastela, Madrid 2004.

gos de carácter ético. Por ello la investigación médica, que siempre ha sido reconocida como lícita y necesaria, ha sufrido vetos por diferentes motivos, en ocasiones religiosos, y, a veces, de carácter puramente ético. Estas limitaciones se han generado fundamentalmente en el campo de la investigación clínica. A lo largo de la historia tenemos noticias de multitud de experimentos terapéuticos realizados en grupos de pacientes vulnerables: africanos, pobres, niños, ancianos, dementes..., prisioneros<sup>32</sup>. Estas investigaciones son un claro atentado a la dignidad humana pues es radicalmente inmoral investigar con seres humanos utilizándolos como medios, o, al menos, exclusivamente como medios y no como fines, según la concepción de KANT. Más aún puede ser inmoral experimentar sobre el hombre cuando pueda resultar peligroso para él aunque el resultado sea útil para otros.

Han sido numerosos los atentados que, en nombre de la ciencia, se han realizado contra la dignidad humana. De manera especial en la primera mitad del siglo XX la historia de la experimentación sobre los seres humanos ha tomado en ocasiones caminos contrarios a la dignidad humana, unas veces por un desordenado afán de contribuir al progreso de la ciencia y otras por el deseo de alcanzar un protagonismo irresponsable.

---

<sup>32</sup> Recordemos los experimentos en la Alemania del Tercer Reich, que constituyeron un claro ejemplo de estos abusos. Los médicos nazis que participaron activamente en los asesinatos o tomaron parte en los experimentos con los deportados clamaron por la legitimación moral de sus actos en nombre del progreso científico. Ellos pretendieron contribuir al progreso científico mediante prácticas clínicas y de investigación al servicio de una causa indigna: depurar la raza. Sin embargo lo único que consiguieron fue la degradación del ser humano y de la propia investigación científico-médica. Y uno de los crímenes más odiosos cometidos consistió precisamente en la utilización de los deportados como cobayas para experiencias pseudomédicas. En la mayoría de los campos de concentración existían bloques de «cobayas» –así se les llamaba– especialmente preparados para estas indignas y degradantes experiencias.

Pero estos ejemplos no han sido los únicos hechos lamentables del siglo XX. Recordemos los experimentos del estudio TUSKEGEE en Alabama en 1932. En 1972 salió a la luz y se supo que, durante cuarenta años, se había estado investigando en Estados Unidos el desarrollo de la sífilis sobre un grupo de más de 400 negros pobres que padecían esta enfermedad contagiosa y, habiéndoseles diagnosticado la enfermedad, fueron mantenidos sin tratamiento para estudiar la evolución de la misma en el hombre. Dejarlos sufrir y morir en nombre de la ciencia constituye, cuando menos, un trato vejatorio e indigno para aquellos pacientes y una inmoralidad flagrante para quien realiza tales prácticas. ¿Qué ciencia puede justificar el sufrimiento y la muerte de seres humanos ante la mirada impasible de los investigadores?

En algún caso para probar determinadas vacunas se ha inoculado el virus en niños con retraso mental, obteniendo el permiso de los padres, a los que se les engañaba diciendo que los niños contraerían la enfermedad en cualquier caso y este experimento les ayudaría a su curación.

Recientemente la insólita y extravagante secta de los Raelianos, que asegura que la Tierra fue creada en un laboratorio por extraterrestres, saltándose todos los controles éticos y jurídicos, ha anunciado que, a través de la empresa Clonaid, está clonando seres humanos «como vía para alcanzar la eternidad». El Dr. italiano Severino ANTINORI, apodado por algunos medios franceses como el «ginecólogo-kamikaze» ha anunciado igualmente que se encuentra trabajando y está a punto de conseguir la clonación de seres humanos, fuera de cualquier control ético o deontológico, a pesar del aluvión de críticas recibidas por toda la comunidad científica internacional.



En páginas anteriores hemos citado ejemplos de cómo en países democráticos se vulneran los derechos de las personas en nombre de la ciencia y ponen de relieve los peligros de la investigación sin restricciones. De ahí la *necesidad de establecer y legislar determinados límites o condiciones* –prohibiciones si fuera necesario– dentro de los cuales debe realizarse toda investigación, para no incurrir permanentemente en los riesgos que estamos denunciando. Los investigadores serios así lo demandan y miran a juristas y filósofos buscando una respuesta a sus interrogantes éticos y jurídicos para no cargar sobre sus conciencias la responsabilidad de la toma de decisiones.

En la actualidad existen investigadores en el ámbito de la Biología o la Medicina de los que cabría decir que sus actividades son intrínsecamente inmorales, es decir carentes de toda ética, lo que nos obliga a replantearnos el propio concepto de la ética científica. Esto significa que en la época de la técnica y de la Bioética se está operando un cambio cualitativo que tendrá repercusiones evidentes sobre nuestra futura historia.

Para no repetir los errores y aberraciones históricas *debamos plantearnos si todo lo que es posible hacer técnicamente está permitido éticamente*. El problema por tanto es establecer qué es lo que está permitido y lo que, si llega el caso, deba prohibirse o regular las condiciones de su ejercicio. Esta decisión nos obliga a tomar partido a sabiendas de que nuestra decisión tendrá repercusiones trascendentales en las generaciones futuras. Sin duda, la existencia de la legislación actual sobre ensayos clínicos en la Comunidad Europea<sup>33</sup>, que regula y hace especial hincapié en los aspectos éticos, si es interpretada e implementada, permitirá estimular y agilizar una investigación clínica correcta.

No faltan sin embargo opiniones contrarias que afirman que el intento de controlar la ciencia como tal es pernicioso e inútil y que las acciones deben encaminarse al control de los hombres de ciencia y de las aplicaciones de la misma.

En cualquier caso nos encontramos, como puede verse, ante un tema para el debate, pues la actividad investigadora, como cualquier otra actividad humana, tiene un gran potencial para promover y conseguir inmensos beneficios para el ser humano, pero también puede acarrear enormes males: por un lado la indiscutible capacidad para mejorar la vida del hombre, por otro su capacidad manipuladora, al servicio de los poderes que financian las líneas de investigación y que controlan por lo tanto la ciencia y sus aplicaciones. Es un atentado grave contra la dignidad del ser humano como individuo y como colectivo, un atentado contra la humanidad, el que la evolución del ser humano esté al servicio de la economía, de las ambiciones de los diferentes poderes, del enriquecimiento de empresas poderosas con capacidad para pagar las investigaciones. Aún más grave resulta el que haya investigadores que se presten a ello.

En consecuencia, en nombre de la dignidad y de los Derechos Humanos, desde la Ética y el Derecho, deben exigirse determinadas condiciones y establecerse los lí-

---

<sup>33</sup> De manera especial el «*Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*», conocido como el Convenio de Asturias de Bioética por haber sido aprobado en Oviedo el 4 de abril de 1997. A él nos referiremos posteriormente.

mites precisos para impedir intenciones torcidas y fines bastardos. Las nuevas tecnologías, en ningún caso, pueden volverse contra el hombre sino que deben aportar beneficios y servir a mejorar la calidad de la vida humana. No es posible olvidar que las consecuencias de la actividad científica y tecnológica, hoy más que nunca, afectan a la sociedad en su conjunto, a la humanidad entera y al futuro de la propia humanidad.

De ahí que toda la humanidad deba estar representada para tomar decisiones, sin que sea lícito dejar en las exclusivas manos de los científicos, de los grupos de intereses o las naciones más industrializadas las discusiones y las decisiones sobre estos problemas.

Ahora bien, sin perder de vista lo anteriormente expuesto, también hay que hacer un llamamiento a la prudencia. Debemos evitar tanto el entusiasmo irracional como el pánico. Si bien es cierto que deben regularse las prácticas científicas, para no caer en irresponsabilidades y en daños irreparables para la humanidad, no es menos cierto que los beneficios que de ellas vamos a obtener supondrán una auténtica revolución de nuestra propia existencia, obligándonos a repensar múltiples aspectos de la misma, sin que ello nos permita caer en una especie de deificación de la ciencia como si de un poder absoluto se tratara, actitud muy extendida, por cierto, en nuestros días, pues —como ha afirmado el Dr. GÓMEZ SANCHO— «todos estos avances han generado en la sociedad una especie de delirio de inmortalidad, otorgando al médico una sabiduría, omnipotencia y omnisapiencia que, lógicamente, no posee»<sup>34</sup>.

Después de todo lo dicho ha llegado el momento de preguntarnos ¿Hasta dónde debe permitirse la manipulación sobre el ser humano? ¿Qué papel desempeña la dignidad humana en el debate sobre las nuevas tecnologías de las ciencias biomédicas? ¿Pueden establecerse límites a las investigaciones médicas? Si queremos arriesgarnos a aventurar algún tipo de límite veremos que la respuesta a este último interrogante es casi unánime: *La investigación científica tiene como único límite la dignidad humana y el respeto a los Derechos Humanos*<sup>35</sup>. En efecto *el límite fundamental es el respeto a la dignidad humana y tal vez la finalidad perseguida con la propia investigación que ha de servir, en todo caso, para el beneficio y mejora de la calidad de vida de los seres humanos. La investigación nunca será justificable si única o prioritariamente sirve para la destrucción del ser humano*<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> GÓMEZ SANCHO, Marcos (Presidente del Colegio de Médicos de las Palmas), *Los cuidados paliativos en V Congreso de Derecho Sanitario*, Fundación Mapfre Medicina, Madrid 1999, pág. 129.

<sup>35</sup> Sobre esta cuestión véase MARTÍNEZ MORÁN, N. «Los Derechos Humanos como límite a la libertad en las investigaciones biomédicas», en *Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos* de R. JUNQUERA DE ESTÉFANI coord., Editorial Comares, Granada 2008, págs. 61-94; MARTÍNEZ MORÁN, N., «La protección jurídica del derecho a la intimidad en el ámbito de las investigaciones biomédicas», en la misma obra, págs. 95-127.

<sup>36</sup> Recordemos aquí el gran debate internacional planteado en la actualidad sobre las armas de destrucción masiva (químicas y bacteriológicas) que constituyen un grave peligro para toda la humanidad. Sobre las conciencias de muchos investigadores aún resuenan las palabras del creador de la bomba atómica, J. Robert OPPENHEIMER: Antes del lanzamiento de la bomba atómica había dicho que cuando uno ve algo que técnicamente es hermoso sigue adelante hasta conseguirlo. Después de lanzar la bomba

Cuando anteriormente nos hemos referido al *derecho a la integridad personal* como un derecho genérico de libertad surgido ya en el ámbito de los derechos de primera generación, vimos que las declaraciones generales de derechos lo garantizan, unas de manera explícita, otras de forma implícita al prohibir los tratos inhumanos y degradantes. Pero el derecho a la integridad de la persona cobra una nueva dimensión en las últimas décadas del siglo XX y principios del siglo XXI, cuando las nuevas investigaciones y tecnologías biomédicas afectan y ponen en riesgo determinados ámbitos de la integridad física y psíquica de los seres humanos. Tanto es así que algunos autores lo consideran como un nuevo derecho, inserto en los derechos llamados de tercera generación, entre los que se encuentran los derechos derivados de las nuevas investigaciones médicas y sus aplicaciones biotecnológicas.

Pues bien, ante la imposibilidad de realizar un análisis exhaustivo del derecho a la integridad personal desde una perspectiva genérica en todas las declaraciones de derechos, en las páginas que siguen, intentaremos reflexionar sobre la cobertura jurídica que la Unión Europea ofrece al derecho a la integridad personal. Y lo haremos ciñéndonos exclusivamente a la integridad personal en el ámbito de la Medicina y la Biología.

#### **4. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL CON RESPECTO A LA MEDICINA Y LA BIOLOGÍA EN EL ÁMBITO EUROPEO**

##### **4.1. La protección del derecho a la integridad personal en el ámbito de la Medicina y la Biología en el Convenio de Asturias**

En páginas anteriores hemos expuesto, aunque de forma muy sintética las grandes posibilidades abiertas por las modernas investigaciones en el campo de la Medicina y la Biología, para la curación de enfermedades y para mejorar la calidad de vida de los seres humanos. Y decíamos que la mayoría de las investigaciones médicas y sus aplicaciones prácticas en el ámbito de la Biotecnología, de forma directa o indirecta, están afectando a la integridad física, psíquica y moral, o lo que es la mismo, la propia dignidad humana. Ante esta situación los Estados, tanto a nivel nacional como internacional, se han planteado la regulación jurídica de aquellas investigaciones o prácticas cuya realización plantea problemas éticos y jurídicos, prohibiendo determinadas conductas, investigaciones y experimentos que son reprobables o de dudosa eticidad.

En este sentido ya el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 7 establece la siguiente prohibición: «*En particular nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos*». Pero desde el año 1966

---

atómica declaró ante el *Institute of Technology of Massachusetts*: «De una manera brutal, que no puede ser desconocida, los físicos hemos conocido el pecado y este es un conocimiento que no se puede desconocer».

los avances de la Biomedicina han sido espectaculares de tal manera que muchos supuestos y situaciones actuales eran imprevisibles en aquel momento.

En la actualidad se plantean problemas nuevos que comprometen o pueden comprometer el modo de ser e incluso la propia existencia futura del ser humano: la manipulación genética, la clonación, la elección o cambio de sexo, la selección de la raza, la eutanasia, la ingeniería genética, en todas sus manifestaciones, son problemas abiertos de la Medicina actual, algunos de los cuales hay que prohibir y en otros controlar las condiciones éticas y jurídicas en que deban llevarse a cabo.

Pues bien esta fue la intención del Consejo de Europa al aprobar en 1996 el Convenio de Asturias para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina<sup>37</sup>. Este Convenio supone un intento por parte de los Estados europeos de establecer unas garantías mínimas contra cualquier tipo de intromisión o agresión a la integridad física, psíquica y moral de las personas, o, lo que es lo mismo, a la dignidad humana, provenientes del ámbito de las investigaciones médicas y sus aplicaciones biotecnológicas.

Pero hay que advertir dos cosas. La primera es que se trata de una protección de mínimos por parte de los Estados europeos a través del Convenio, lo que no impide sino que deja las puertas abiertas a una mayor protección por parte de cada Estado dentro del ámbito de su territorio. Así se desprende del artículo 27 del propio Convenio<sup>38</sup> según el cual cada Estado parte puede establecer una protección más amplia con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

La segunda es que, dado el *vertiginoso* avance de las investigaciones biomédicas del presente y las perspectivas de futuro, las Partes firmantes eran conscientes de que el Convenio no podía agotar toda la problemática surgida de las nuevas investigaciones no podría decir la última palabra sobre la protección de los derechos y de la dignidad humana en este ámbito, pues dado que muchas investigaciones *in fieri* cada día generan cuestiones nuevas, se producen nuevos frentes que mantienen el debate abierto<sup>39</sup> sobre lo que pueda hacerse o deba ser prohibido en el ámbito de la Biomedicina, tal como se contempla en el artículo 28 del Convenio de Asturias<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> El llamado *Convenio de Asturias sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina* se aprobó en Oviedo el 4 de Abril de 1997 entrando en vigor en España el 1 de enero de 2000. Se trata del primer instrumento internacional con alcance jurídico que pretende regular de manera amplia y uniforme para todos los miembros del Consejo de Europa, ofreciendo una protección mínima, pero ampliable por los diversos Estados, de todos los problemas que en el ámbito de la medicina pudieran tener incidencia sobre el derecho a la integridad personal y la dignidad humana.

<sup>38</sup> Artículo 27 del Convenio de Asturias: «Las disposiciones de este Convenio se entienden sin perjuicio de la facultad que asiste a cada Parte de garantizar una mayor protección con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina».

<sup>39</sup> Así lo expresa Raúl CANOSA USERA al afirmar que el «*Convenio de Oviedo es la reacción del Consejo de Europa frente a los avances de la Biomedicina y deja, además la puerta abierta al debate público respecto de sus implicaciones éticas, jurídicas, sociales, económicas y médicas*», en su obra *El derecho a la integridad personal*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 53.

<sup>40</sup> Artículo 28 del Convenio de Asturias: «*Las Partes velarán porque las cuestiones fundamentales planteadas por el desarrollo de la biología y de la medicina sean debatidas públicamente y de manera*

Pues bien, aunque es imposible realizar un estudio pormenorizado relativo la protección de derechos en el ámbito de la Medicina y la Biología plasmadas en el Convenio de Asturias, no podemos pasar por alto algunas de las cuestiones más importantes respecto al derecho a la integridad personal. En este sentido comenzaremos diciendo que los Estados parte ya en primer artículo del Convenio quisieron plasmar un objetivo<sup>41</sup> claro, a saber: *la protección del ser humano en su dignidad y su identidad así como garantizar a toda persona el respeto a su integridad y a los demás derechos fundamentales, siempre, claro está, respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*. Y para conseguir tal finalidad, partiendo del reconocimiento genérico del derecho a la libertad de investigación médica y biológica recogida en el artículo 15<sup>42</sup>, *«algunas prácticas se prohíben taxativamente y otras se encauzan para que su realización sea respetuosa con los derechos del afectado asegurando que éste preste su consentimiento»*<sup>43</sup>.

En efecto, en el Convenio de Asturias se establecen determinadas prohibiciones y condiciones a tales investigaciones en aras de la protección del ser humano, tal como se establece en el artículo 2: *«El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia»*.

En consecuencia debemos resaltar dos aspectos importantes en el Convenio: en primer lugar, la afirmación genérica de la libertad de investigación en el ámbito de la Biología y la Medicina, tal como establece el artículo 15 y, en segundo lugar, el consiguiente sometimiento a las prohibiciones y restricciones establecidas en el propio Convenio y otras disposiciones jurídicas, que se deducen del propio artículo 15 y se disponen en el artículo 4, según el cual *«Toda intervención en materia de salud, incluida la investigación, deberá llevarse a cabo con observancia de las pautas y obligaciones profesionales aplicables a cada caso»*.

Las restricciones se plasman en el Convenio de dos formas: a) mediante *prohibiciones expresas de determinadas investigaciones o conductas*; b) mediante *limitaciones y control de las condiciones en que algunas investigaciones y prácticas deben realizarse*. Pero tanto las prohibiciones como las limitaciones tienen un solo objeti-

---

*adecuada, atendiendo en particular a las correspondientes aplicaciones médicas, sociales, económicas, éticas y jurídicas pertinentes, y por que sus posibles aplicaciones sean objeto de adecuada consulta»*.

<sup>41</sup> Artículo 1. Objeto y finalidad: *«Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Cada Parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio»*.

<sup>42</sup> El artículo 15 del Convenio de Asturias establece como regla general la libertad de investigación la libertad de investigación. *«La investigación científica –dice– en el ámbito de la biología y la medicina se efectuará libremente»*. Sin embargo del mismo artículo se infiere que, tanto el texto del propio Convenio como otras disposiciones jurídicas pueden establecer prohibiciones y restricciones o imponer condiciones a dicha investigación; *«a reserva de lo dispuesto en el presente Convenio –añade el artículo 15– y en otras disposiciones jurídicas que garanticen la protección del ser humano»*.

<sup>43</sup> Véase CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, cit., p. 54.

vo: la protección del ser humano, de su dignidad y su integridad personal con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

### *1º) Prohibiciones de la investigación o prácticas biomédicas*

Las prohibiciones se refieren a investigaciones o prácticas médicas cuya realización está absolutamente prohibida y que, por tanto, no pueden realizarse bajo ninguna condición y en ningún caso. Siguiendo el orden del articulado de Convenio podemos observar que, en el artículo 11 *«se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético»*. El alcance de esta prohibición tiene más trascendencia de la que a primera vista puede suponerse, pues, si no se prohibiera expresamente tal discriminación genética, quedaría la puerta abierta para que las empresas y las aseguradoras contrataran o no, aseguraran o no, en función de la rentabilidad de las características genéticas de cada individuo.

El artículo 12 del Convenio<sup>44</sup> guarda una estrecha relación con el anterior prohibiendo las pruebas genéticas en general, salvo cuando se realizan *«con fines médicos o de investigación médica»*. Evidentemente de la interpretación conjunta de ambos artículos se infiere que los resultados de las pruebas genéticas predictivas realizadas a tenor del artículo 12 nunca podrán ser utilizadas por las empresas para realizar una selección en la contratación laboral, ni por las aseguradoras para discriminar o rechazar la contratación de un seguro personal.

Las investigaciones sobre el genoma humano, tal como hemos expuesto anteriormente, han traído la esperanza de curación de muchas enfermedades, hasta ahora incurables. Pero las intervenciones incontroladas sobre el genoma humano pueden resultar peligrosas para la integridad física y psíquica de los seres humanos y un grave atentado contra la dignidad humana. Por esta razón en el artículo 13 del Convenio se estableció que *«únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas o terapéuticas»*<sup>45</sup>. Quedan, por tanto, prohibidas cualquier otro tipo de intervenciones y, de manera especial, aquellas que tengan por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia. De esta prohibición se deduce que está prohibida la clonación reproductiva, así como la selección racial o la selección a la carta de la descendencia, por entender que todas estas prácticas suponen una agresión al menos a la integridad psíquica y moral y atentan contra la dignidad humana. Del propio artículo 13 se deduce también que estaría incluso prohibi-

---

<sup>44</sup> Artículo 12. Pruebas genéticas predictivas. *«Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado»*.

<sup>45</sup> Artículo 13: *«No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo»*.

da la selección del sexo, la cual se refuerza con la prohibición expresa de la misma en el artículo 14<sup>46</sup>.

Se prohíbe también la creación de embriones humanos con fines de experimentación. Así se establece en el artículo 18.2. Sin embargo, en el punto uno de este mismo artículo se deja la puerta abierta para que pueda admitirse la experimentación con embriones «*in vitro*», con la condición de que, en estos casos, quede adecuadamente garantizada la protección del embrión. Nada se dice acerca de la creación de embriones «*in vitro*», por lo que se deduce que pueden crearse con fines reproductivos pero no con la exclusiva finalidad de experimentación.

La última de las prohibiciones expresas la encontramos en el artículo 21 según el cual «*el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro*». Ello implica que ninguna de las partes, ni la totalidad del cuerpo humano pueden ser objeto de comercio. Más aún la prohibición se extiende a cualquier tipo de lucro, beneficio o aprovechamiento que se pretenda obtener a cambio del cuerpo humano o de cualquiera de sus partes.

## 2º) *Limitaciones y condiciones para la investigación y prácticas biomédicas*<sup>47</sup>

Y, junto a las prohibiciones que acabamos de analizar, el Convenio establece algunas limitaciones a la libertad de investigación. Tales limitaciones significan que la investigación está permitida pero debe someterse al cumplimiento de determinadas exigencias o condiciones, referidas la mayoría de ellas a la prestación del consentimiento libre e informado por parte de los sujetos pasivos sobre los que recaen dichas prácticas. Las condiciones o exigencias referidas al consentimiento en el ámbito de las investigaciones y experimentos científicos vienen establecidas en el Capítulo II (artículos 5 a 9) del Convenio y en los artículos 16 y 17 que corresponden al Capítulo IV. Las condiciones o exigencias del consentimiento informado relativas a la extracción de órganos y de tejidos de donantes vivos para trasplantes se contienen en el Capítulo VI (artículos 19 y 20).

En todas aquellas investigaciones y prácticas médicas que están permitidas pero que han de ser realizadas sobre un sujeto pasivo concreto se requiere, como norma general, el consentimiento libre e informado de dicho sujeto (artículo 5)<sup>48</sup>. Para llevar a cabo la extracción de órganos y de tejidos de donantes para trasplantes, además del consentimiento libre e informado, se requieren, tal como se establece en el artí-

<sup>46</sup> Artículo 14: «*No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo*».

<sup>47</sup> Véase la reciente obra *Biotecnología, desarrollo y justicia* de C. M. ROMEO CASABONA, Ed. Editorial Comares, Granada 2008 en la que además de los problemas tradicionales sobre la biotecnología diferentes autores la analizan desde la incidencia de la globalización, y se estudian problemas como el genoma humano como patrimonio de la humanidad, la especie humana como sujeto de protección ante los avances biotecnológicos, etc.

<sup>48</sup> Artículo 5 del Convenio de Asturias: «*Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento*».

culo 19<sup>49</sup>, otras dos condiciones. La primera, que se realice realmente en interés terapéutico del receptor y, la segunda, que no exista un órgano o tejido apropiados de una persona fallecida u otra técnica alternativa con eficacia comparable.

El Convenio manifiesta una especial preocupación por garantizar la integridad física y psíquica así como la dignidad de un grupo de personas especialmente vulnerables. Se trata de aquellos que no tienen capacidad para expresar su consentimiento. Pues bien, en relación con el consentimiento de los incapacitados se establece una condición y una prohibición<sup>50</sup>. a) La condición se refiere a las intervenciones en personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento. En general sólo podrán efectuarse –a tenor del artículo 6– «cuando redunde en su beneficio directo»<sup>51</sup>. b) La prohibición viene expresada en el artículo 20 y hace referencia a la protección de las personas incapacitadas para expresar su consentimiento a la extracción de órganos. Según el Convenio<sup>52</sup> «no podrá procederse a ninguna extracción de órganos

---

*Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.*

En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento».

<sup>49</sup> Artículo 19: «1. La extracción de órganos o de tejidos para trasplantes sólo podrá efectuarse de un donante vivo en interés terapéutico del receptor y cuando no se disponga del órgano o del tejido apropiados de una persona fallecida ni de un método terapéutico alternativo de eficacia comparable. 2. El consentimiento a que se refiere el artículo 5 deberá ser expresa y específicamente otorgado, bien por escrito o ante una autoridad».

<sup>50</sup> Véase MARCOS DEL CANO, A. M., «La autonomía del paciente en los supuestos de incapacidad» en *Bioética y Bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, R. JUNQUERA DE ESTÉFANI Editor, Comares, Granada 2008, págs. 183-206. En la misma obra, y con respecto a la normativa española puede verse «El paciente y su capacidad de decidir en el ordenamiento español» de Rafael JUNQUERA DE ESTÉFANI, PAS. 129-154.

<sup>51</sup> Artículo 6. Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento: «1. A reserva de lo dispuesto en los artículos 17 y 20, sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo. 2. Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez. 3. Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la ley. La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización. 4. El representante, la autoridad, persona o institución indicados en los apartados 2 y 3, recibirán, en iguales condiciones, la información a que se refiere el artículo 5.5. La autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada».

<sup>52</sup> Artículo 20. Protección de las personas incapacitadas para expresar su consentimiento a la extracción de órganos: «1. *No podrá procederse a ninguna extracción de órganos o de tejidos de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento conforme al artículo 5.2. De modo excepcional y en las condiciones de protección previstas por la ley, la extracción de tejidos regenerables de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento podrá autorizarse si se cumplen las condiciones siguientes:*

*i. si no se dispone de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento,*



*o de tejidos de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento conforme al artículo 5».*

Aunque es cierto que pueden darse situaciones en las que, por razones de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, en caso de que, a juicio del médico sea necesario realizar cualquier tipo de intervención, ésta sólo podrá llevarse a cabo «a favor de la salud de la persona afectada»<sup>53</sup>, como se dispone en el artículo 8.

Y para terminar este breve recorrido por el Convenio de Asturias, en relación con el consentimiento, quisiera reherirme a la referencia que se hace en el artículo 9 al testamento vital. Este es un instrumento en el que se permite que los individuos, ante la previsión de que en un futuro se vean incapacitados para hacerlo, expresan por adelantado en un documento su voluntad sobre cómo desea que se actúe en determinadas intervenciones que afectan a su propio cuerpo. Se trata de orientar el sentido de su voluntad y su consentimiento libremente expresados. A esta declaración anticipada es a lo que se denomina testamento vital<sup>54</sup>.

#### **4.2. La protección del derecho a la integridad personal respecto a las aplicaciones de la Biología y la medicina en el Tratado de Lisboa: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea**

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue redactada en el año 2000 y aprobada el siete de diciembre de ese mismo año en el Consejo Europeo de NIZA, aunque entonces sin carácter vinculante. En julio de 2003 se presentó en Roma un proyecto de Constitución para Europa que incorporaba los Derechos Fundamentales de la Carta a dicha Constitución otorgándoles, ahora sí, validez jurídica. Pero la Constitución Europea no llegó a buen término al ser rechazado su proyecto en 2005 por franceses y holandeses.

El Tratado de Lisboa, surgido del difunto proyecto de Constitución Europea sustituirá al Tratado de Niza del año 2000 retomando la idea de convertir la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en un documento jurídico de reconocimiento y garantía de los Derechos Fundamentales en ella contemplados.

Estaba previsto que la aprobación por todos los países de la UE concluyera este mismo año para que entrara en vigor en enero de 2009. Pero Irlanda alteró el proce-

- 
- ii. si el receptor es hermano o hermana del donante,*
  - iii. si la donación es para preservar la vida del receptor,*
  - iv. si se ha dado específicamente y por escrito la autorización prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 6, según la ley y de acuerdo con la autoridad competente,*
  - v. si el donante potencial no expresa su rechazo a la misma».*

<sup>53</sup> Artículo 8. Situaciones de urgencia: «Si por imperativos de urgencia fuese imposible obtener el correspondiente consentimiento, se podrá no obstante realizar de inmediato toda intervención médica indispensable para el bien de la salud de la persona afectada».

<sup>54</sup> Artículo 9. «Deberán tomarse en cuenta los deseos emitidos con anterioridad por el paciente que, al tiempo de la intervención, no se hallare en estado de expresar su voluntad en orden a una intervención médica».

so al rechazar el Tratado en «*Referéndum*» el 12 de junio pasado. La República Checa es otro país donde el proceso podría plantear problemas pues el Senado recurrió al Tribunal Constitucional (para asegurarse de que el Tratado es constitucional) y su euroescéptico Presidente VACLAV KLAUS está en contra de continuar el proceso de ratificación tras el «*no*» irlandés.

Pero el pasado 20 de junio los líderes de la Unión Europea decidieron en la Cumbre de Bruselas «*continuar el proceso de ratificación pese al revés que éste sufrió en Irlanda*».

El Reino Unido finalmente ha terminado su proceso de ratificación, confirmado el pasado 25 de junio de 2008 por la justicia, que rechazó la necesidad de un *referéndum*. Y el Congreso de los Diputados de España, el pasado 26 de junio de este mismo año, aprobó la Ley de ratificación del Tratado de Lisboa, que luego ratificaría el Senado para que España se convierta en el vigésimo país de la Unión Europea en adoptar el texto.

Entre las novedades del Tratado de Lisboa, por lo que se refiere al tema que nos ocupa, debemos resaltar el valor jurídico que se otorga a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Bien es cierto que su eficacia jurídica entrará en vigor cuando se cumplan todos los requisitos de ratificación y plazos requeridos para que el Tratado de Lisboa sea vigente en los Estados de la Unión.

Me parece importante destacar que, en el Tratado de Lisboa, los tres primeros artículos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se refieren a la *dignidad humana, al derecho a la vida y a la integridad personal*. Hay que resaltar, por tanto, que la Carta confiere un lugar preeminente al derecho de todos los seres humanos a la integridad personal, pues no debemos olvidar que, aunque de manera expresa dedica tan sólo un artículo, el artículo 3, a la integridad personal, también el artículo uno y el dos se refieren a la misma pues ninguna otra integridad es mas plena en el ámbito físico-biológico que la expresada por el derecho a la vida (artículo 2), ni podemos hablar mas genuinamente del derecho a la integridad moral que cuando nos referimos al derecho a la dignidad humanas (artículo 1 de la Carta). Podríamos afirmar también que, a partir del artículo 4º son varios los que se refieren a derechos que están directamente relacionados con la dignidad humana y, por tanto con la integridad moral de la persona.

Pero lo más novedoso y llamativo es que estos artículos recogen un conjunto de derechos y prohibiciones que guardan relación directa con la Medicina y la Biología, lo que constituye un importante cambio, que sigue el ejemplo ofrecido por algunas constituciones recientes como la Constitución de Grecia, la de Portugal y la de Suiza, es el haber reconocido el máximo rango jurídico a algunos derechos de la biomedicina, confiriéndoles un «*status*» diferenciado del derecho genérico a la integridad personal. En efecto el apartado 1 del artículo 2 de la Carta proclama que «*toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica*». Evidentemente de esta proclamación podrían extraerse ya consecuencias aplicables a algunas investigaciones o prácticas biomédicas, pues es indudable que todas ellas deben respetar la integridad de la persona tanto en la dimensión física como psíquica. El alcance de esta proclamación puede llegar a señalar límites a las investigaciones biomédicas

con seres humanos así como a la donación de partes del cuerpo humano para trasplantes inclusive si tienen fines terapéuticos.

Sin embargo no está claro que de este derecho pueda deducirse una prohibición absoluta a tales prácticas que podrían ser aceptables siempre que no afecten gravemente a la integridad física y se realicen mediando una previa decisión voluntaria y libremente asumida. Es cierto que la Unión Europea y sus Estados miembros mantienen una posición garantista de los Derechos Fundamentales. Pero se trata de una posición garantista que protege los derechos frente a terceros sin que al mismo tiempo imponga deberes a los propios titulares de los derechos. En este sentido cabe afirmar que la Carta de la Unión Europea no impone a los titulares de los derechos un correlativo deber de mantener la propia integridad.

Sin embargo esta interpretación tampoco nos permite extraer la consecuencia de que existe un derecho general (sin límites) que permita a los titulares del derecho disponer de la propia integridad física y psíquica, dado que algunas formas concretas de disposición de la misma han sido explícitamente prohibidas, como por ejemplo la compraventa de partes del cuerpo cuando media ánimo de lucro.

En el ámbito de la Medicina y de la Biología, que ahora nos ocupa, y, en relación con el derecho a la integridad física, sí parece tener cabida un derecho de disposición al reconocer el consentimiento libre e informado de la persona, lo que supone que en el ámbito de la Medicina y la Biología tienen cabida ciertos actos que puedan suponer incluso una disminución de la integridad física y psíquica, afectando por tanto al derecho a la integridad personal.

Como hemos dicho, en el artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se establece que «toda persona tienen derecho a la integridad física y psíquica. Pero una vez reconocida de forma genérica la integridad personal se establece en el apartado segundo de dicho artículo una concreción: *«En el marco de la Medicina y la Biología –dice este apartado– se respetarán en particular»*: a) *el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley*; b) *la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas*; c) *la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se convierta en objeto de lucro*; d) *la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos*.

Puede observarse que la Carta Europea de los Derechos Humanos protege la integridad física y psíquica en el ámbito de la Medicina y la Biología fijando algunos presupuestos específicos que señalan las condiciones y, a la vez, las fronteras para el ejercicio de tal derecho. En primer lugar una condición que sienta las bases objetivas de cualquier actuación positiva en la que pueda estar comprometido el derecho a la integridad personal. Dicha condición viene expresada en el apartado a) del número dos del artículo tercero y *consiste en el sometimiento de toda actuación al consentimiento libre e informado de la persona de que se trate*. Y, en segundo lugar, tres prohibiciones: La primera *la prohibición de las prácticas eugenésicas encaminadas a la selección de las personas*, la segunda *la prohibición de comerciar con el propio*

*cuerpo o partes del mismo y la tercera la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos*<sup>55</sup>.

Si comparamos los dos textos analizados podremos darnos cuenta de que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sigue básicamente los postulados del Convenio de Asturias, aunque más escuetamente formulados y siendo mucho menos prolija que éste. La razón es lógica, puesto que la Carta trata de recoger un elenco amplio de derechos mientras que el Convenio es una norma específica que pretende regular todos los problemas planteados por las investigaciones y prácticas médicas. Lo realmente importante es que, con la inclusión del derecho a la integridad en el ámbito de la Medicina y la Biología en la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea, ésta ha querido resaltar la importancia que, en el presente y en el futuro inmediato, tiene la regulación de todas las prácticas biomédicas para garantizar el derecho a la integridad personal y el respeto a la dignidad humana y los derechos y libertades fundamentales, dejando que las regulaciones concretas y más amplias se realicen en el marco de los Convenios específicos y de las legislaciones estatales.

Y terminamos esta exposición sin adentrarnos en los problemas sobre la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, ni en las cuestiones procesales, cuestiones brillantemente expuestas en esta misma obra por la profesora MARTA GÓMEZ DE LIAÑO, si bien quiero resaltar que el Convenio crea un Órgano o Comité Director para la Bioética (CDBI)<sup>56</sup>.

Es evidente que, en los últimos años se ha avanzado mucho en el campo de las investigaciones biomédicas. Y no es menos cierto que también en la regulación jurídica de los problemas que plantea dicha investigación. Así se manifiesta en la preocupación de la Unión Europea por acotar y clarificar jurídicamente el marco de las investigaciones fronterizas que tratan de salvaguardar el derecho a la integridad personal en el ámbito de la medicina y la Biología. Sin embargo, al realizar este estudio pesa sobre mi ánimo una preocupación de la que quiero dejar constancia. Se trata de que la Unión Europea no ha sido capaz aún de conseguir la unanimidad sobre el reconocimiento y garantía de los derechos de la Carta de forma que un protocolo del Tratado de Lisboa dispone que la Carta no es aplicable ni tiene fuerza vinculante para el Reino Unido ni Polonia en cuanto a los derechos que no se reconocen en am-

---

<sup>55</sup> Un amplio y excelente estudio sobre la clonación, es el recientemente realizado por Iñigo DE MIGUEL BERIAÍN *La clonación diez años después*, Editorial Comares, Granada, 2008. Para el tema que nos ocupa debemos resaltar el capítulo III en el que aporta y analiza toda la normativa existente sobre la clonación, tanto a nivel internacional, como a nivel europeo y en las normativas estatales de los países más representativos de Europa, América y Asia, incluyendo, claro está la normativa española. Pero hay que resaltar sobre todo una novedad creativa y sugerente que aporta el autor. Me refiero al último apartado del capítulo en el que propone, analiza y argumenta lo que el futuro nos demanda al respecto.

Del mismo autor es también recomendable la lectura de «La clonación ¿Sueño o quimera? Un análisis ético-jurídico de la transferencia de núcleos celulares», en *Bioética y Bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, R. JUNQUERA DE ESTÉFANI Editor, Comares, Granada 2008, pp. 207-240

<sup>56</sup> Sobre esta cuestión véanse el artículo 29 y el 32 del Convenio de Asturias.

bos países<sup>57</sup> por lo que cabría afirmar que la protección de los derechos fundamentales en la Carta de la Unión Europea nace algo mermada. Queda por tanto sin saber cómo se aplicará la Carta al Reino Unido y a Polonia habida cuenta del Protocolo. Esta será una tarea del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**PALABRAS CLAVE:** Investigaciones médicas. Biomedicina. Biotecnología. Bioética. Bioderecho. Derechos fundamentales. Dignidad humana. Integridad personal. Integridad física. Integridad psíquica. Clonación. Genoma humano. Terapias génicas. Clonación. Consentimiento informado.

**RESUMEN:** La libertad de investigación es un derecho fundamental, sin más límites que el respeto a los Derechos Humanos, especialmente al derecho a la integridad personal (física y psíquica) y a la dignidad humana. Por ello, la protección del derecho a la integridad de la persona, directa o indirectamente, ha sido una preocupación constante de todas las Declaraciones y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, de manera especial las referidas a las actuales investigaciones y prácticas de la Medicina y la Biología. En este campo, por lo que respecta a Europa, además de la protección del derecho a la integridad personal, ofrecida en las constituciones estatales, cabe resaltar la establecida en dos documentos importantes: el llamado *Convenio de Asturias* y la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, recientemente incorporada al Tratado de Lisboa. En ambos documentos se protege de manera explícita el derecho a la integridad personal en el ámbito de las investigaciones y prácticas biomédicas, prohibiendo expresamente algunas prácticas y condicionando otras al consentimiento informado y libre, con especial atención al consentimiento de las personas incapaces para hacerlo.

**KEY WORDS:** Medical researches. Biomedicine. Biotechnology. Bioethics. Biolaw. Fundamental rights. Human dignity. Personal integrity. Physical integrity. Psychic integrity. Cloning. Genome Genic therapies. Informed consent.

**ABSTRACT:** The freedom of research is a fundamental right, without any more limits than the respect to the Human Rights, especially the right to personal integrity -physical and psychic- and human dignity. So that, the protection of the right to the personal integrity, directly or indirectly, has become a constant worry in all the Declarations and Conventions on Human Rights, especially such worries related to current researches and practices in the medicine and biology scope. In this scope, with respect to Europe, as well as the protection of the right to the personal integrity, given by state constitutions, it is necessary to highlight the protection included in the following important documents: the so-called *Convenio de Asturias* and the *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, recently included in the Treaty of Lisbon. Both documents protect clearly the right to the personal integrity in biomedical researches and practices, where some practices are clearly forbidden and other ones are conditional on an informed and free consent, paying special attention to incapable persons.

---

<sup>57</sup> Artículo 1 del Protocolo «1. La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma. 2. En particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional».



# «QUIEN CONTAMINA, PAGA» EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Universidad de Zaragoza*

SUMARIO: I. La evolución del Derecho Humano a un Medio Ambiente sano: A) *La evolución internacional propiamente dicha*. B) *La evolución en la Unión Europea*. II. La aparición del principio «quien contamina, paga»: A) *Una referencia a su origen internacional*. B) *La aparición del principio en el Derecho de la UE*. III. La exigencia de responsabilidad ambiental en la Directiva 2004/35/CE: A) *El contenido de la Directiva*. B) *Su trasposición en el Derecho Español*. IV. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia: A) *La aplicación del principio en el ámbito de los residuos*. B) *La aplicación en el ámbito de los nitratos*. V. ¿Y si no se identifica al contaminador o éste no puede pagar? VI) Conclusión: la necesaria aplicación de «quien contamina, paga».

## I.- LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE (MA) SANO

En el Derecho Internacional contemporáneo la positivación de los Derechos Humanos ha conducido a un progresivo reconocimiento –entre otros Derechos– del Derecho Humano a un Medio Ambiente sano, tanto en la costumbre internacional como en los tratados internacionales.

En este sentido, con carácter introductorio, podemos diferenciar una evolución internacional propiamente dicha y la evolución en la Unión Europea. En esta evolución se enmarca la aparición del principio «quien contamina, paga», conformando así las dos caras de la misma moneda: El Derecho a un Medio Ambiente sano y la responsabilidad ambiental.

### A. La evolución internacional propiamente dicha

En el derecho escrito, incluyendo en él tratados y declaraciones internacionales, deberemos citar en primer término los textos declaratorios propiamente dichos (De-

claración de Estocolmo de 1972, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible); estos textos pueden ser considerados en gran medida como «derecho blando»<sup>1</sup>, o derecho en formación, aun cuando en ocasiones constituyen ya la expresión de la existencia jurídica de una costumbre internacional.

En segundo lugar, en el derecho escrito existe un claro reconocimiento convencional de este derecho. Cabe citar la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), cuyo art. 24 nos habla del derecho a un Medio Ambiente satisfactorio y favorable al desarrollo. A su vez, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptado en San Salvador en 1988, titula su art. 11 como «Derecho a un Medio Ambiente sano». En él se afirma:

*«1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.*

*2. Los Estados partes promoverán la protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente.»*

Si nos aproximamos al continente europeo, podremos comprobar una muy interesante evolución en dos ámbitos concretos, el Consejo de Europa y la Unión Europea. En el primero, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni sus protocolos adicionales recogen explícitamente este Derecho. Pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado una jurisprudencia realmente significativa, partiendo del derecho al respeto de la vida privada y familiar, así como del derecho al respeto del domicilio (art. 8 del Convenio Europeo). Sobresalen en este sentido, entre otras, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictadas en el caso *López Ostra/España* (9 de diciembre de 1994), *Guerra y otros/Italia* (19 de febrero de 1998), *Hatton y otros/Reino Unido* (8 de julio de 2003) y *Moreno Gómez/España* (16 de noviembre de 2004)<sup>2</sup>.

Los parámetros esenciales de esta evolución jurisprudencial pueden resumirse recordando los pronunciamientos del citado Tribunal Europeo de Derecho Humanos en los dos últimos casos arriba mencionados:

1º Examinando el ruido sufrido por las personas que habitan cerca del aeropuerto londinense de Heathrow, en el caso *Hatton*, la sentencia indica: «El art. 8 protege el derecho del individuo a su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. El Convenio no reconoce expresamente el derecho a un medio ambiente sano y tranquilo pero, cuando una persona padece directa y gravemente ruido y otras formas de contaminación, puede surgir una demanda desde la perspectiva del art. 8... El art. 8 puede encontrar aplicación en los asuntos de medio ambiente, bien sea causada directamente la contaminación por el Estado, bien la responsabilidad de éste último se derive de la ausencia de una reglamentación adecuada de la industria privada» (párrs. 96 y 98).

<sup>1</sup> Damos a la expresión «derecho blando» («soft law» frente al «derecho duro» o «hard law», en la terminología anglosajona) el sentido que suele darse en el ámbito internacional, indicando que estamos ante normas no totalmente desarrolladas; si son alegadas ante un tribunal, éste difícilmente podrá decidir aplicando únicamente tales normas, dada su escasa exigibilidad.

<sup>2</sup> Esta jurisprudencia puede consultarse en <http://www.echr.coe.int/echr>



2ª En el caso *Moreno Gómez*, examinado las molestias sufridas por los vecinos de pubs y discotecas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma: «El domicilio es normalmente el lugar, el espacio físicamente determinado en el que se desarrolla la vida privada y familiar. El individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no solamente como el derecho a un simple espacio físico sino también del disfrute, en toda tranquilidad, de dicho espacio. Los atentados al derecho al respeto al domicilio no incluyen solamente los atentados materiales o corporales, como la entrada en el domicilio de una persona no autorizada, sino también los atentados inmateriales o incorporeales, como los ruidos, las emisiones, los olores u otras injerencias. Si los atentados son graves, pueden privar a una persona de su derecho al respeto de su domicilio porque le impiden disfrutar de su domicilio» (párr. 53).

La misma sentencia continúa: «Teniendo presente la intensidad de los ruidos –nocturnos y superando los niveles autorizados– y el hecho de que se han repetido durante muchos años, el Tribunal concluye que ello atenta contra los derechos protegidos en el art. 8» (párr. 60).

## **B) La evolución en la Unión Europea**

El interés de la UE por el Medio Ambiente se manifiesta inequívocamente durante los años setenta y décadas siguientes del pasado siglo; entonces se elaboran los Programas comunitarios de protección del Medio Ambiente (hasta el quinto incluido, vigente hasta 2000) y se comienza a adoptar normas de distinto rango.

Si se revisa el derecho de la Unión Europea, podrá comprobarse que el Derecho a un MA sano no aparece expresamente reconocido en los Tratados. Se puede hacer sin embargo una lectura del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) en clave ambiental. En ella sobresalen diversas normas, especialmente las siguientes:

1ª El art. 2 TCE atribuye a la Comunidad Europea la misión de promover un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad. Pero atribuye sobre todo la misión de promover «un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente».

2ª Otra norma de gran trascendencia es el art. 6 TCE, según el cual «las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible». Ya tenemos aquí la conexión entre Medio Ambiente y sostenibilidad, tan necesaria en el presente.

3ª El art. 95, 3º, TCE, señala a su vez: «3. La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos. En el marco de sus respectivas competencias, el Parlamento Europeo y el Consejo procurarán también alcanzar ese objetivo».

4ª También debemos recordar las normas relativas a los fondos estructurales, especialmente el art. 161 TCE, en el que se dice que el Fondo de Cohesión «propor-

cionará una contribución financiera a proyectos en los sectores del medio ambiente y de las redes transeuropeas en materia de infraestructuras del transporte».

5ª Pero sin duda las normas esenciales se hallan en los arts. 174-176, que configuran el Título XIX, denominado precisamente «Medio Ambiente»

El art. 174 del vigente Tratado de la Comunidad Europea dice en su párrafo 1º:

*«La política de la Comunidad en el ámbito del Medio Ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos:*

- la conservación, la protección y la mejora de la calidad del Medio Ambiente,*
- la protección de la salud de las personas,*
- la utilización prudente y racional de los recursos naturales,*
- el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del Medio Ambiente»<sup>3</sup>.*

Al hablar esta norma de la protección de la salud de las personas, está reconociendo implícitamente este Derecho Humano a un Medio Ambiente sano, pero por desgracia no sigue la vía explícita.

La misma debilidad normativa en el reconocimiento se observa en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE<sup>4</sup>; su art. 37 señala:

*«Protección del medio ambiente*

*En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad».*

La citada debilidad normativa se acentúa al comprobar la diferencia entre derechos y principios en la Carta; en la explicación relativa al art. 37 de la Carta se afirma:

*«Explicación relativa al artículo 3. - Protección del medio ambiente*

*El principio contemplado en este artículo se ha basado en los artículos 2, 6 y 174 del Tratado CE, sustituidos ahora por el apartado 3 del artículo 3 del Tratado de la Unión Europea y los artículos 11 y 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.*

*Se inspira igualmente en las disposiciones de determinadas constituciones nacionales»<sup>5</sup>.*

Pues bien, el párrafo 5º del art. 52 de la Carta se pronuncia con gran claridad sobre el tema, al afirmar:

*«Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios **podrán aplicarse** mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y*

---

<sup>3</sup> Esta norma sólo ha sufrido una modificación en el Tratado de Lisboa; el art. 191, del Tratado de funcionamiento de la UE, redacta el inciso final de este párrafo 1º de la siguiente forma: «el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente y en particular a luchar contra el cambio climático».

<sup>4</sup> Texto en DOUE C 303, 14.12.2007, p. 1.

<sup>5</sup> Texto en DOUE C 303, 14.12.2007, p. 17.

*organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos»<sup>6</sup>.*

## II. LA APARICIÓN DEL PRINCIPIO «QUIEN CONTAMINA, PAGA»

La proclamación de este Derecho Humano a un medio ambiente sano, por incompleta e insatisfactoria que sea en el ordenamiento de la UE, la estructuración en definitiva de la política ambiental europea conduce a la exigencia de responsabilidad a quien viole la obligación de no contaminar.

### A) Una referencia a su origen internacional

En realidad recordaremos el claro origen internacional del principio «quien contamina, paga». Este principio recibe sin embargo una tibia consagración en algunos textos internacionales, como sucede en la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, en la cual se puede leer:

*«Principio 16. Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales».*

La consagración resulta tan tibia y descafeinada (afirma la Declaración que las autoridades nacionales «deberían» internalizar costos y usar instrumentos ambientales y llegan a afirmar que quien contamina debe, en principio, pagar).

Una formulación bastante más admisible –sin superar todos los problemas y sin alcanzar el grado necesario de exigibilidad– se encuentra en la **Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación**, de 21 de mayo de 1997, cuyo art. 7, párrafo 2, indica: «Cuando a pesar de ello se causen daños sensibles a otro Estado del curso de agua, el Estado cuyo uso los cause deberá, a falta de acuerdo con respecto a ese uso, adoptar todas las medidas apropiadas, teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en los artículos 5 y 6 y en consulta con el Estado afectado, para eliminar o mitigar esos daños y, cuando proceda, examinar la cuestión de la indemnización».

### B) La aparición del principio en el Derecho de la UE

Pero no vamos a realizar un examen del citado principio desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, sino desde la perspectiva de la Unión Europea.

---

<sup>6</sup> Negrita añadida.

Este principio aparece de modo explícito en algunos actos programatorios de los años setenta del pasado siglo. Aparece en *El Primer Programa de Acción* de las Comunidades Europeas en Materia de Medio Ambiente, aprobado el 22 de noviembre de 1973<sup>7</sup>.

A partir de ese momento el principio se inserta en actos normativos como la Recomendación del Consejo 75/436/Euratom, CECA, CEE, de 3 de marzo de 1974, relativa a la imputación de costes y a la intervención de los poderes públicos en materia de medio ambiente<sup>8</sup>. En esta Recomendación, el Consejo considera que «es conveniente imputar los costes derivados de la protección del medio ambiente contra la contaminación, con arreglo a principios idénticos en toda la Comunidad con el fin de evitar que, en los intercambios y la competencia se produzcan distorsiones incompatibles con el buen funcionamiento del mercado común y con el objetivo de expansión económica equilibrada perseguido por la Comunidad y para promover los objetivos del programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente».

Por tanto, con la aplicación del principio se pretenden tres objetivos: evitar distorsiones incompatibles con el mercado común, lograr el objetivo de una expansión económica equilibrada y, sólo en tercer lugar, proteger el medio ambiente.

La citada Recomendación prevé ya las dificultades en la aplicación del principio, razón por la cual afirma que es necesaria una mayor concreción en su contenido y una definición de sus excepciones.

Por eso, el Consejo recomienda, con arreglo al Tratado de la entonces Comunidad Económica Europea, a los Estados miembros, que se atengan, en lo que se refiere a la asignación de costes y a la intervención de los poderes públicos en materia de protección del medio ambiente, a los principios y a las modalidades de aplicación contenidos en la Comunicación de la Comisión que se incorpora como anexo a la presente Recomendación».

Esta evolución normativa desemboca en el art. 174 del TCE, que incluye ya entre los principios del derecho ambiental de la Unión al ahora examinado; su párrafo 2º señala: «La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga».

### **III. LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL EN LA DIRECTIVA 2004/35/CE**

Puede constatarse que este principio se proclama expresamente en un buen número de Directivas ambientales. Pero resulta esencial en la materia la Directiva

---

<sup>7</sup> DOCE C 12, 20.12.1973, p. 1

<sup>8</sup> DOCE L 194, 25.07.1975, p. 1. Tiene aneja una Comunicación de la Comisión al Consejo relativa a la imputación de costes y a la intervención de los poderes públicos en materia de medio ambiente».

2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales<sup>9</sup>. La Directiva se aprobaba después de un largo período de discusiones, en el que la Comisión Europea presentó primero un «Libro verde» sobre reparación del daño ecológico<sup>10</sup> y después un «Libro Blanco» sobre responsabilidad medioambiental<sup>11</sup>.

Veremos sintéticamente su contenido y nos ocuparemos después de su trasposición en el Derecho Español.

### A) El contenido de la Directiva

La referencia explícita al principio examinado se produce ya en el considerando 18, en el cual se lee: «De acuerdo con el principio de «quien contamina paga», un operador que cause daños medioambientales o que amenace de forma inminente con causar tales daños debe sufragar, en principio, el coste de las medidas preventivas o reparadoras necesarias. Cuando una autoridad competente actúe por sí misma o a través de un tercero en lugar de un operador, dicha autoridad debe garantizar que el coste en que haya incurrido se cobre al operador. Procede igualmente que sean los operadores quienes sufragan en último término el coste ocasionado por la evaluación de los daños medioambientales y, en su caso, por la evaluación del riesgo inminente de que tales daños se produzcan».

La Directiva<sup>12</sup> tiene por objeto (como señala su art. 1) establecer un marco de responsabilidad medioambiental, basado en el principio de «quien contamina paga», para la prevención y la reparación de los daños medioambientales».

Dicha norma define el concepto de daños en su art. 2 como «el cambio adverso mensurable de un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente». Se trata de daños a las especies y hábitat naturales protegidos, a las aguas y al suelo.

Es importante destacar que quedan, por tanto, fuera del ámbito de la Directiva los daños directamente producidos a la atmósfera, así como las lesiones causadas a las personas, los daños causados a la propiedad privada y todos los tipos de pérdidas económicas; así se deduce del texto de la Directiva y se advierte ya en su décimo considerando en el que se lee textualmente: «Hay que tener en cuenta de forma expresa el Tratado Euratom y los Convenios internacionales pertinentes, así como la legislación comunitaria que regula de forma más amplia y rigurosa la realización de cualquiera de las actividades que entren en el ámbito de aplicación de la presente Di-

---

<sup>9</sup> Texto en DOUE L 143, 30.4.2004, p. 56, modificada por la Directiva 2006/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas, DOUE L. 102, 11.4.2006, p. 15.

<sup>10</sup> COM (93) 47 final, 14-mayo-1993.

<sup>11</sup> COM (2000) 66 final, 9-febrero-2000.

<sup>12</sup> Ver VVAA, *Estudios sobre la directiva 2004/35/CE de responsabilidad por daños ambientales y su incidencia en el Ordenamiento español*, obra colectiva, Aranzadi, Pamplona 2005.

rectiva». Esta excepción la reitera el art. 4, 2º, de la misma; completando esta norma, el Anexo IV de la Directiva lista los Convenios internacionales a que hace referencia el apartado 2 del artículo 4, que son los cinco siguientes:

a) Convenio internacional de 27 de noviembre de 1992 sobre Responsabilidad Civil Nacida de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos.

b) Convenio internacional de 27 de noviembre de 1992 de Constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos.

c) Convenio Internacional de 23 de marzo de 2001 sobre Responsabilidad Civil Nacida de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos para Combustible de los Buques.

d) Convenio Internacional de 3 de mayo de 1996 sobre Responsabilidad e Indemnización de Daños en Relación con el Transporte Marítimo de Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas.

e) Convenio de 10 de octubre de 1989 sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados Durante el Transporte de Mercancías Peligrosas por Carretera, por Ferrocarril y por Vías Navegables.

Por tanto, a pesar de su gran trascendencia, hemos de tener presente esta limitación material de la Directiva 2004/35/CE.

La óptica de la Directiva es en principio preventiva y sólo en segundo lugar emprende la vía reparadora. Precisamente la acción reparadora (arts. 6-8, sobre todo) puede ser exigida por «una persona física o jurídica que:

a) se vea o pueda verse afectada por un daño medioambiental, o bien

b) tenga un interés suficiente en la toma de decisiones de carácter medioambiental relativas al daño, o bien

c) alegue la vulneración de un derecho, si así lo exige como requisito previo la legislación de procedimiento administrativo de un Estado miembro» (art. 12.1º).

La Directiva no puede entenderse completamente si no se examina el Anexo nº II, dedicado precisamente a la reparación. El Anexo exige que la reparación elimine todo riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana, aplicando así el párrafo 1 del art. 174 del TCE, que incluye entre los objetivos de la política ambiental de la UE «la protección de la salud de las personas».

El Anexo examina separadamente la reparación de daños a las aguas o a las especies y hábitats naturales protegidos, por un lado, y la reparación de daños al suelo, por el otro. Mientras en el primer caso se persigue restituir el medio ambiente a su estado básico a través de medidas reparadoras primarias, complementarias y compensatorias, en el segundo se busca un objetivo más limitado y por ello se exige que se eliminen, controlen, contengan o reduzcan los contaminantes de que se trate de modo que el suelo contaminado, habida cuenta de su uso actual o su futuro uso planificado en el momento del daño, deje de suponer un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana.

La Directiva tiene otros indudables ángulos de interés, como los conceptos de «operador», «actividad profesional» o «emisión». Entre ellos sobresale el concepto de costes, en el que se incluyen (según el art. 3, apart. 16) «los costes justificados

por la necesidad de garantizar una aplicación adecuada y eficaz de la presente Directiva, incluidos los costes de evaluación de los daños medioambientales, de evaluación de una amenaza inminente de tales daños y de las opciones de actuación posibles, así como los costes administrativos, jurídicos y de ejecución, los costes de la recopilación de datos y otros costes generales, y los costes de seguimiento y supervisión».

## B) Su trasposición en el Derecho Español

El principio examinado y la Directiva brevemente revisada se aplican en el Derecho Español, hallándose presentes en diversas normas.

Destaca la LEY 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera<sup>13</sup>, que recoge en su art. 4 los principios rectores, con la siguiente redacción: «1. La aplicación de esta ley se basará en los principios de cautela y acción preventiva, de corrección de la contaminación en la fuente misma y de quien contamina paga».

La transposición de la Directiva 2004/35/CE se producía en España mediante la LEY 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental<sup>14</sup>, como expresamente reconoce la propia norma en su preámbulo. En ella se afirma que la Ley actúa «incorporando a nuestro ordenamiento jurídico un régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo e ilimitado basado en los principios de prevención y de que «quien contamina paga».

Siguiendo la misma idea, el art. 1 señala que la Ley «regula la responsabilidad de los operadores de prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales, de conformidad con el artículo 45 de la Constitución y con los principios de prevención y de que «quien contamina paga».

Desafortunadamente la Ley no supera las imperfecciones de la Directiva; como escribiera J. M. MARRACO ESPINÓS, «las sombras de la Ley, presentes ya en una Directiva que venía cojeando desde Bruselas, son las que impiden la exigencia de responsabilidad por daños producidos en materia de riesgos nucleares, transporte marítimo internacional o hidrocarburos, sometidos a convenios internacionales inoperantes ante grandes accidentes y la existencia de numerosas cláusulas de exoneración —«permisos para contaminar», riesgos del desarrollo— que hacen que la responsabilidad objetiva sea finalmente la excepción y que los grandes contaminadores puedan salirse por la tangente si las autoridades o las empresas que certifican la calidad ambiental no son diligentes en sus funciones de control»<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> BOE de 16 de noviembre de 2007.

<sup>14</sup> BOE de 24 de octubre de 2007.

<sup>15</sup> «Quien contamina, ¿paga?», el blog de José Manuel Marraco Espinós, <http://www.abogados.es/portalABOGADOS/blogs/jmmarraco/1196429010240.html>, consultado el 5 de septiembre de 2008.

#### IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Veremos ahora la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, destacando dos ámbitos materiales en los cuales se ha aplicado este principio: el de los residuos y el de los nitratos. En realidad esta jurisprudencia no aplica la Directiva 2004/35/CE, demasiado general, sino Directivas concretas que regulan las dos materias mencionadas.

##### A) La aplicación del principio en el ámbito de los residuos

Examinemos en primer término los asuntos suscitados en el ámbito de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos<sup>16</sup>.

Hemos de recordar inicialmente la sentencia dictada en el 7 de Septiembre de 2004 en el caso *Van de Walle y Otros*<sup>17</sup>; el caso había surgido como consecuencia de un vertido accidental de hidrocarburos en Bruselas. Según esta sentencia, «la Directiva 75/442 distingue entre la realización material de las operaciones de valorización o de eliminación, que pone a cargo de todo «poseedor de residuos», sea productor o poseedor, y la asunción de los costes de dichas operaciones, que impone, conforme al principio «quien contamina paga», a las personas que han generado los residuos, sean poseedoras o incluso productoras del producto generador de los residuos» (párr. 58).

Su aplicación se produce también en la sentencia del TJ de 24 de junio de 2008, dictada en el caso *Commune de Mesquer/Total France SA y Total International Ltd*<sup>18</sup>.

El caso se originaba en los vertidos del *petrolero Erika* en 1999, en el Finisterre francés. Este ayuntamiento exigía a la empresa *Total* que pagase los gastos originados por la contaminación. Dicha empresa aducía que ella no había provocado directamente los daños.

Siguiendo el camino ya marcado, el Tribunal de Justicia señala: «La Directiva 75/442 distingue entre la realización material de las operaciones de valorización o de eliminación, que pone a cargo de todo «poseedor de residuos», sea productor o poseedor, y la asunción de costes de dichas operaciones, que impone, conforme al principio «quien contamina paga», a las personas que hayan generado los residuos, sean poseedores, anteriores poseedores o productores del producto generador de los residuos... A este respecto, se impediría la aplicación del principio «quien contamina paga»... si tales personas implicadas en la generación de residuos eludieran sus obligaciones económicas tal como las establece la Directiva 75/442, pese a estar claramente demostrado el origen de los hidrocarburos vertidos en el mar, aunque de ma-

<sup>16</sup> DO L 194, 25.7.1975, p. 39, en su versión modificada por la Decisión 96/350/CE de la Comisión, de 24 de mayo de 1996, DO L 135, 6.6.1996, p. 32. Ha de tenerse presente que esta Directiva ha sido derogada por la Directiva 2006/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, relativa a los residuos (DOUE L 114, 27.4.2006, p. 114).

<sup>17</sup> C-1/03.

<sup>18</sup> C-188/07.



nera involuntaria, y que causaron la contaminación del litoral de un Estado miembro» (párrs. 70-72).

La misma sentencia recuerda que «puede obligarse a determinadas categorías de personas, en el caso de autos, a los «poseedores anteriores» o al «productor del producto generador», a hacer frente al coste de eliminación de los residuos. Por lo tanto, **dicha obligación económica les incumbe por el hecho de haber contribuido a la generación de tales residuos y, en su caso, al riesgo de contaminación** que de ello resulta» (párr. 77, negrita añadida).

## **B) La aplicación en el ámbito de los nitratos**

### **a) La sentencia dictada en 1999 en el caso Standley y otros (contaminación de aguas superficiales)**

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia aporta interesantes sentencias sobre la contaminación de aguas subterráneas por nitratos utilizados para fines agrarios. Pueden citarse, por ejemplo, la sentencia de 25 de octubre de 2007 (en el *caso Comisión/Irlanda*) o la sentencia de 8 de septiembre de 2005 en el *caso Comisión/España* (contaminación de una zona almeriense del río Antas<sup>9</sup>).

Mucho menos frecuentes son las sentencias dictadas en n materia de aguas superficiales. En esta materia conviene examinar la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia el 29 de abril de 1999 en el caso *H.A. Standley y otros* y *D.G.D. Metson y otros*<sup>19</sup>.

El caso surge como consecuencia de determinadas decisiones del gobierno británico, materializadas en las Protection of Water against Agricultural Pollution (England and Wales) Regulations, cuya anulación pidieron *Standley* y otros demandantes. Las decisiones estaban motivadas por la contaminación de los ríos Waveney, Blackwater y Chelmer y sus afluentes por el uso de nitratos en la agricultura. Según los demandantes, el establecimiento de programas de acción que limitan la utilización agrícola de nitratos en dichas zonas les irrogaría un perjuicio económico inmediato y a largo plazo, en términos de valor de las tierras y de los ingresos obtenidos de sus explotaciones agrícolas; afectaría pues a su derecho de propiedad.

La sentencia dictada en el *caso Standley* y otros parte de la definición de aguas, de la que parte la Directiva, señalando que la misma «forma parte de un proceso que comprende, además, la designación de zonas vulnerables y el establecimiento de programas de acción» (pár. 31).

La sentencia aborda además la relación entre salud y uso de nitratos, observando: «Las exigencias de protección de la salud pública han fijado el umbral máximo admisible de concentración de nitratos de las aguas destinadas al consumo humano, cualquiera que sea el origen de los nitratos, pues la nocividad para la salud humana de la contaminación por los nitratos es independiente de que ésta sea provocada por fuentes agrarias o industriales» (pár. 34).

---

<sup>19</sup> C-293/97.

Por otro lado, los demandantes aducían que la decisión británica y la misma Directiva de nitratos violaban el principio de proporcionalidad, el de quien contamina, paga, así como el derecho fundamental de propiedad de los agricultores interesados y todo ello implicaba la nulidad de la Directiva. El Tribunal de Justicia rechaza estas alegaciones, recordando (entre otras cosas) que «en relación con el principio de quien contamina paga, baste señalar que la Directiva no implica que las explotaciones agrícolas deban asumir las cargas inherentes a la eliminación de una contaminación a la que no hayan contribuido» (pár. 51).

En la misma dirección la sentencia señala que «incumbe a los Estados miembros tomar en consideración las demás fuentes de contaminación y, habida cuenta de las circunstancias, no hacer que los agricultores corran con gastos de eliminación de la contaminación que no sean necesarios. Desde este punto de vista, el principio de que quien contamina paga aparece como la expresión del principio de proporcionalidad, sobre el cual ya se ha pronunciado el Tribunal de Justicia» (párr. 52).

La misma sentencia tiene una gran importancia en cuanto afecta al derecho de propiedad. La sentencia afirma que «en relación con la conculcación del derecho de propiedad, procede recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el derecho de propiedad forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, el cual, no obstante, no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados» (pár. 54).

Por todo ello decide que las autoridades británicas no han violado el Derecho de la UE.

## V. ¿Y SI NO SE IDENTIFICA AL CONTAMINADOR O ÉSTE NO PUEDE PAGAR?

La aplicación del principio resulta clara cuando también se identifica quién es el responsable de la contaminación, quién es el contaminador. La cuestión de los límites de este principio la plantea la Abogada General Juliane KOKOTT, en sus conclusiones presentadas en el caso *Commune de Mesquer*; señala en concreto: «El principio de que quien contamina paga... no constituye una regulación clara y completa de la asunción de los costes. Antes bien, el principio de que quien contamina paga puede y debe concretarse. Esta tarea corresponde prioritariamente al legislador» (párr. 123).

El problema surge, al menos, en dos grandes direcciones específicas:

- 1ª Cuando no se produce esta identificación o sólo se produce en parte.
- 2ª Cuando se ha identificado al contaminador pero éste no puede pagar.

Ambas hipótesis se plantean claramente en el *caso Stadtgemeinde Frohnleiten Gemeindebetriebe Frohnleiten GmbH* contra *Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft*, sobre el cual la Abogada General Sra Eleanor SHARPSTON presentaba sus conclusiones el 21 de junio de 2007<sup>20</sup>.

Según tales conclusiones, el Gobierno austriaco señaló que, al entrar en vigor la *Altlastensanierungsgesetz* (Ley sobre rehabilitación de espacios contaminados en desuso, en lo sucesivo, «ALSAG»), el 1 de julio de 1989, se estimaba que había 3.000 espacios contaminados en desuso en Austria, algunos de los cuales necesitaban saneamiento y rehabilitación. Se estableció, por tanto, un sistema de reconocimiento y descontaminación de los espacios contaminados. En principio, se aplicaba la regla de que quien contamina paga. **No obstante, si no es posible identificar al sujeto contaminador o no se puede percibir de él la contribución, el Estado asume la carga.** La financiación se obtiene mediante una contribución. El tipo de gravamen de ésta se fija en un nivel que garantice a largo plazo que los espacios afectados puedan ser rehabilitados. Los residuos de dichos espacios que se destinen a la recuperación no están sujetos a la contribución. La citada Ley garantiza que los ingresos recaudados mediante la contribución se apliquen exclusivamente a la descontaminación de los espacios contaminados. A fin de no encarecer con la contribución el saneamiento y la rehabilitación de los espacios contaminados, las medidas de eliminación de residuos relacionadas con esos fines están exentas de la contribución en virtud del artículo 3, apartado 2, de la ALSAG.

## VI. CONCLUSIÓN: LA NECESARIA APLICACIÓN DE «QUIEN CONTAMINA, PAGA»

El Tribunal Internacional de Justicia dictaba el 26 de Septiembre de 1997 una sentencia en el *caso relativo al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, en el que se enfrentaban Hungría y la República Eslovaca; la diferencia había surgido como consecuencia de la construcción y puesta en funcionamiento de un sistema de presas en el Danubio<sup>21</sup>.

Especial importancia tiene el párrafo 140 de la sentencia en el que se lee: «Para evaluar los riesgos ambientales, deben tenerse presentes los estándares actuales... El Tribunal sostiene que, para la protección del medio ambiente, es necesario tener presentes la vigilancia y la prevención, vistos el irreversible carácter del daño al medio ambiente y las limitaciones inherentes a un mecanismo real de reparación de este tipo de daño»

En el ámbito interno, en numerosas ocasiones surge un verdadero problema: al final muchas veces paga el Estado, o sea los contribuyentes; se realiza así una inadmisiblemente socialización de costes ambientales, que favorece a quienes violaron las normas.

---

<sup>20</sup> C-221/06.

<sup>21</sup> Ver en <http://www.icj-cij.org>

En el ámbito internacional, como sucede en general con los derechos denominados de la «tercera generación» o de la solidaridad, nos encontramos con ausencia de mecanismos internacionales de protección, esto es, con ausencia de órganos internacionales y de procedimientos internacionales de protección.

En conclusión, el principio analizado sin duda presenta deficiencias y posiblemente sea superado en el futuro por el concepto de responsabilidad ambiental. Pero en la actualidad su aplicación constituye un elemento esencial para lograr un mínimo respeto al Derecho Humano a un Medio Ambiente Sano, tanto en el ámbito interno como en el internacional.

Junto a la necesaria aplicación de este principio, resulta asimismo necesario completar su contenido, colmar sus lagunas dentro de lo posible. Se trata de lograr un Medio Ambiente lo más sano posible, para lograr la mejor protección posible a la salud humana.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos Humanos. Principio. Contaminación. Responsabilidad. Unión Europea. Jurisprudencia.

**RESUMEN:** Desde el Derecho Humano a un Medio Ambiente sano este estudio examina el principio «quien contamina, paga». En el Derecho de la UE es importante la Directiva 2004/35/CE. El Tribunal de Justicia analiza esta materia especialmente en los casos *Commune de Mesquer* y *Standley y otros*. La aplicación de este principio suscita problemas si no se identifica al contaminante.

**KEY WORDS:** Human Rights. Principle. Pollution. Responsibility. European Union. Jurisprudence.

**ABSTRACT:** From the Human Right to Safe Environment, this paper examine the «pollutant-payer» principle. In the law of European Union is important the Directive 2004/35/EC. The Court of Justice analyse this matter specially in the cases *Commune de Mesquer* and *Standley and other*. The application of this principle rouse problems if the pollutant is not identified.

# LOS DERECHOS SINDICALES EN LA «CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA»

REMEDIOS ROQUETA BUJ

*Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Valencia*

SUMARIO: 1. El silencio de los Tratados y la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. 2. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Tratado de Lisboa: 2.1. *La libertad de asociación sindical.* 2.2. *El derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa.* 2.3. *Los derechos de negociación y de acción colectiva.* 2.3.1. *El derecho de negociación.* 2.3.2. *El derecho de acción colectiva.* 3. Conclusiones.

## 1. EL SILENCIO DE LOS TRATADOS Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

En el ordenamiento jurídico comunitario no existe un catálogo de derechos fundamentales de rango constitucional o legislativo. En el Tratado de Roma sólo se hacía referencia a la libertad de circulación y a los principios de igualdad y no discriminación, básicamente porque sus redactores pensaron que una organización de naturaleza económica como la Comunidad Económica Europea, no tendría repercusión alguna sobre los derechos humanos. Las sucesivas reformas de los Tratados llevadas a cabo en Maastricht y Amsterdam tampoco representaron un avance significativo en orden a la defensa de los derechos fundamentales.

La visión aconflictual del Tratado de Roma se vio, sin embargo, puesta en entredicho algunos años después de su entrada en vigor, porque al mercado común y a las cuatro libertades fundamentales que servían para conformarlo, subyacía en potencia una pugna en relación con los derechos fundamentales de los ciudadanos que no tardaría en manifestarse. Elocuente demostración de la magnitud de estas tiranteces fue

el caso *Albany* (STJCE 21-IX-1999, C-67/96), ante el que una vez más el Tribunal de Justicia de la Comunidad haría alarde de su sensibilidad. En aquella ocasión se trataba de dilucidar si el establecimiento por convenio colectivo sectorial de un único fondo de pensiones encargado de la gestión de un régimen de pensiones integrativo –previsión que se acompañaba de una solicitud dirigida a las autoridades públicas para que hicieran obligatoria la inscripción de todos los trabajadores del correspondiente sector-, colisionaba o no con el artículo 85 (hoy 81) del Tratado, que prohíbe, so pena de nulidad, cualquier acuerdo entre empresas, decisión de asociaciones de empresas y prácticas concordadas que puedan dañar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la concurrencia en el mercado común. Se trataba, por tanto, de un eventual choque entre la libre competencia, fundamental en la economía del Tratado, y el derecho de negociación colectiva, que, en función de los términos en que fuese resuelto, podía traducirse en lo que Gérard LYON CAEN llamó una peligrosa «infiltración del Derecho del trabajo por el Derecho de la concurrencia». Pues bien, el Tribunal, a la luz de las previsiones del Tratado en materia de Política Social, y de los artículos 1 y 4 del Acuerdo relativo a la Política Social, que contemplaban la posibilidad de entablar relaciones contractuales, acuerdos incluidos, rechazara la supuesta colisión y entender que la cláusula contractual meritada no encajaba en el ámbito de aplicación del art. 85 del TCEE. A juicio del Tribunal aunque «algunos efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos estipulados entre las organizaciones representativas de los trabajadores y los empresarios», los objetivos de política social perseguidos por tales acuerdos «se verían gravemente comprometidos si las partes sociales quedasen sometidas al art. 85.1 del Tratado a la hora de establecer medidas dirigidas a mejorar las condiciones de ocupación y de trabajo». De este modo, concluye que «de una interpretación útil y coherente del conjunto de las disposiciones del Tratado resulta, por tanto, que los acuerdos concluidos en el ámbito de la negociación colectiva entre las partes sociales para conseguir tales objetivos deben ser considerados, por su propia naturaleza y objeto, no entran en el ámbito de aplicación del art. 85, n. 1 del Tratado». En definitiva, el Tribunal admite con naturalidad los efectos limitativos que para la concurrencia pueden derivarse de la autonomía colectiva, pero concluye que, dado el reconocimiento que el Tratado y el Acuerdo hacen de ésta, debe excluirse que la misma pueda entrar en el ámbito de aplicación del art. 85.1 del TCEE.

Pero, a medida que las cuatro libertades fundamentales que constituyen el fundamento jurídico del mercado común se han ido consolidando y éste se ha ido conformando y robusteciendo, las carencias de la protección comunitaria de los derechos fundamentales y la necesidad de enmendarlas se han hecho más incontestables.

En efecto, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha favorecido claramente los derechos patrimoniales y las libertades inherentes al mercado común sobre los derechos sociales de alcance colectivo, al menos, en las siguientes resoluciones judiciales:

1ª) La STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05 (TJCE 2007, 390) afirma que «el artículo 3, apartado 7, de la Directiva 96/71 no puede interpretarse en

el sentido de que permite al Estado miembro de acogida supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima», pues en relación con «las materias contempladas en su artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), la Directiva 96/71 prevé expresamente el grado de protección cuyo respeto puede exigir el Estado miembro de acogida a las empresas establecidas en otros Estados miembros en favor de sus trabajadores desplazados a su territorio» y «además, tal interpretación privaría de eficacia a la Directiva». Por ello, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considera que, «sin perjuicio de la facultad de las empresas establecidas en otros Estados miembros de adherirse voluntariamente en el Estado miembro de acogida, en particular en el marco de un compromiso asumido hacia su propio personal desplazado, a un convenio colectivo de trabajo eventualmente más favorable, el nivel de protección que debe garantizarse a los trabajadores desplazados al territorio del Estado miembro de acogida se limita, en principio, al previsto en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de la Directiva 96/71, salvo que dichos trabajadores ya disfrutaran, en virtud de la legislación o de convenios colectivos en el Estado miembro de origen, de condiciones de trabajo y empleo más favorables en relación con las materias previstas en dicha disposición». En virtud de éstas y otras consideraciones, la Gran Sala del Tribunal de Justicia declara lo siguiente: «Los artículos 49 CE y 3 de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en un Estado miembro en el que las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias contempladas en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, letras a) a g), de esta Directiva se encuentran en disposiciones legales, excepto las cuantías de salario mínimo, una organización sindical pueda intentar obligar, mediante una medida de conflicto colectivo consistente en un bloqueo de las obras, como la controvertida en el asunto principal, a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro a iniciar con ella una negociación sobre las cuantías del salario que deben abonarse a los trabajadores desplazados y a adherirse a un convenio colectivo cuyas cláusulas establecen, para algunas de estas materias, condiciones más favorables que las derivadas de las disposiciones legales pertinentes, mientras que otras cláusulas se refieren a materias no previstas en el artículo 3 de dicha Directiva». De este modo, aunque se reconoce que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo es un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, su ejercicio se supedita a la libertad de prestación de servicios.

2ª) En esta misma línea, la STJCE de 3 de abril de 2008, *Dirk Rüffert*, C-346/06 (TJCE 2008, 60) declara que «la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, interpretada a la luz del artículo 49 CE, se opone, en una situación como la controvertida en el asunto principal, a una medida de carácter legal, adoptada por una autoridad de un Estado miembro, que exija a la entidad adjudicadora designar como adjudicatarios de contratos públicos

de obras únicamente a las empresas que, en la licitación, se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación por la ejecución de los servicios de que se trate, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de la referida ejecución».

3ª) Por su parte, la STJCE de 11 de diciembre de 2007, *Viking Line Eesti*, C-438/05 (TJCE 2007, 357) reitera que «el artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que medidas de conflicto colectivo como las controvertidas en el asunto principal, que tienen como finalidad conseguir que una empresa privada cuyo domicilio social se encuentra situado en un Estado miembro determinado celebre un convenio colectivo de trabajo con un sindicato establecido en ese Estado y aplique las cláusulas previstas por ese convenio a los trabajadores asalariados de una filial de dicha empresa establecida en otro Estado miembro, constituyen restricciones en el sentido de dicho artículo».

## 2. LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL TRATADO DE LISBOA

A contrarrestar estas dificultades y carencias y reequilibrar las dimensiones económica y social de la Comunidad estaba llamado el proyecto, encargado por el Consejo Europeo de Colonia de junio de 1999, de elaborar una Carta Europea de Derechos Fundamentales, que comprendiera expresamente los derechos sociales. Al efecto, en octubre de ese mismo año se formó en Tampere una Comisión de Expertos, compuesta por quince representantes de los gobiernos de los países miembros, dieciséis representantes del Parlamento Europeo, treinta delegados de los parlamentos nacionales y un representante de la Comisión Europea. La Comisión, que se autodenominó «Convención» a fin de recalcar su dimensión «constituyente», logró rápidamente un amplio consenso en torno a un texto de cincuenta y cuatro artículos. Dicho texto fue suscrito en Biarritz en la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobiernos de octubre del 2000 y proclamado solemnemente –tiene la forma de una «Declaración solemne»– por la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo en el Consejo Europeo de Niza, el 7 de diciembre del 2000.

El Preámbulo de la Carta destaca que «la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado del Derecho» y que «al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación». La Carta se estructura así en una serie de valores/principios («Dignidad», «Libertades», «Igualdad», «Solidaridad», «Ciudadanía» y «Justicia»), bajo cuya rúbrica se agrupan los derechos, libertades y principios de orden político, civil, social y económico llamados a materializarlos.

Los derechos sociales de carácter colectivo aparecen en los capítulos segundo («Libertades») y cuarto («Solidaridad») de la Carta y son los siguientes: el derecho a la libertad sindical, que viene expresamente contemplado como una manifestación



del derecho general de asociación y que comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a los mismos (art. 12); el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 27); y el derecho a la negociación colectiva y de acción colectiva (art. 28).

La Carta supone el primer reconocimiento de los derechos fundamentales en la Unión, más reviste la forma de una «Declaración solemne», careciendo, en consecuencia, de valor jurídico vinculante. No obstante, la Carta nace con vocación de adquirir obligatoriedad jurídica y por ello incluye un Capítulo VII de «Disposiciones Generales» destinadas a acotar esta eventual obligatoriedad.

En este sentido, la Carta incluye las siguientes previsiones<sup>1</sup>:

– En primer lugar, determina los destinatarios de sus mandatos. En este sentido, el art. 51 de la Carta afirma que sus disposiciones «están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión» y que, por consiguiente, «éstos respetarán los derechos, observan los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias». De este modo, mientras que la obligatoriedad de la Carta para las instituciones comunitarias es general, la operatividad de la misma respecto de los Estados miembros depende de la extensión del Derecho comunitario. Una extensión, sin embargo, rigurosamente amarrada al principio de atribución competencial establecido en el art. 5 del TCE. Allí donde no alcance la competencia comunitaria no habrá, por tanto, aplicación de la Carta. Esta restricción del ámbito aplicativo de la Carta dará lugar a problemas de difícil resolución, como, por ejemplo, el que las infracciones de los derechos fundamentales cometidas por los poderes públicos españoles, cuando apliquen el derecho comunitario, sean enjuiciadas por el Tribunal Constitucional de acuerdo con la Constitución Española, interpretada conforme a la Carta, si así se dispone ante el TJCE, mientras que en todos los demás supuestos la revisión habría de solicitarse ante el TEDH<sup>2</sup>.

– En segundo lugar, prohíbe la instrumentalización de la Carta para ensanchar las competencias comunitarias. De acuerdo con el art. 51.2 de la Carta, ésta «no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados». Los redactores de la Carta, conscientes de la tradicional vis expansiva de las declaraciones de derechos en los Estados federales han querido conjurar ese peligro excluyendo de modo categórico la utilización de la Carta para ampliar las competencias comunitarias. En consecuencia, dichas competencias son las que son y los derechos reconocidos en la Constitución no pueden constituir título habilitante para la atribución de nuevas competencias a la Comunidad. Esto explica que existan derechos reconocidos en la Carta –por ejemplo el derecho de huelga o de cierre patronal– que quedan expresamente excluidos de cualquier intervención normativa a nivel comunitario. La

<sup>1</sup> Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Aspectos sociales de la Constitución Europea», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 127, 2005, págs. 205 y ss.

<sup>2</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E., en la obra colectiva *Los Derechos Sociales Fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, 2001, pág. 111.

virtualidad de la carta en estos casos continuará rigurosamente sujeta al principio de atribución competencial: cuando las instituciones comunitarias ejerciten sus competencias y los Estados miembros apliquen el Derecho comunitario, deberán respetar los derechos reconocidos en la Carta, y, entre ellos, los derechos de huelga y cierre patronal.

– En tercer lugar, dispone que el establecimiento de limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Carta debe llevarse a cabo respetando los siguientes límites:

– Primero, la reserva de ley. En efecto, las limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos deben, como reza el art. 52.1 de la Carta, estar establecidas «por la Ley». Ninguna otra fuente de Derecho puede, por consiguiente, disponer restricciones generales.

– Segundo, el respeto al «contenido esencial» de los derechos y libertades. Tales limitaciones deben respetar el «contenido esencial» de los derechos y libertades; contenido que resulta intangible para el legislador. La cláusula del contenido esencial será presumiblemente interpretada en términos similares a como lo vienen haciendo, para sus respectivas constituciones que la contemplan, el Tribunal Constitucional alemán o el español.

– Tercero, el «principio de proporcionalidad». Según el inciso final del art. 52.1 de la Carta, «sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás». Es decir, las limitaciones sólo serán factibles si se fundan en finalidades de interés general o en la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás y son proporcionadas a dichos objetivos. En la regulación del establecimiento de límites a los derechos y libertades que reconoce la Carta, ésta parece ir más allá del «modus operandi» habitual del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, sobre la base de que sólo las limitaciones de los derechos fundamentales «desmesuradas e intolerables» serían contrarias al Derecho comunitario, viene generalmente convalidándolas<sup>3</sup>.

– En cuarto lugar, vincula la interpretación de la Carta por referencia al Convenio europeo de salvaguardia de los derechos del hombre y libertades fundamentales. En este sentido, el art. 52.3 de la Carta afirma que en la medida en la que misma «contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio». A la hora, por consiguiente, de leer la Carta, cuando se trate de derechos y libertades que aparezcan a su vez reconocidos en el Convenio, el significado y alcance de los mismos debe de ser el conferido por éste. La Carta debe, en consecuencia, ser leída a la luz de la interpretación consolidada del Convenio. Ahora bien, éste carece de derechos sociales en sentido estricto, por lo que para una mejor protección de los mis-

---

<sup>3</sup> STJCE 13-IV-2000, C-297/97 (Kjell Karlsson), par. 45.

mos habría sido conveniente tomar como referentes también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Carta Social Europea de 1961 (haciendo explícita mención a su versión más garantista de 1996)<sup>4</sup>. En todo caso, los redactores de la Carta no quieren una lectura minimizadora de los derechos en ella reconocidos y, por eso, establecen que «ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos» en otros instrumentos (art. 53); ni obstar a una lectura más favorable de los derechos y, por eso, añaden que «esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa» (art. 52.3). Por tanto, se garantiza el nivel de protección del Convenio europeo, mas evitando que pueda comportar una restricción en los estándares más favorables de protección de los derechos y libertades reconocidos. Y se amparan futuras eventuales lecturas más favorables de la propia Unión.

Niza dejó sin zanjar la cuestión de la eficacia jurídica de la Carta y de su eventual incorporación a los Tratados; asunto que debía abordarse en las conferencias intergubernamentales que sucesivamente debían ocuparse de la reforma general de los Tratados. Y así la Convención Europea a la que se encomienda la elaboración del Tratado de Lisboa afronta nuevamente esta cuestión aludiendo expresamente a la Carta, en el art. 6 del Tratado de la Unión Europea. En efecto, según este precepto «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» (apartado 1). De este modo, si el Tratado de Lisboa llega a entrar en vigor en los términos en los que fue en su día aprobado, la Carta tendrá carácter vinculante y la consideración de Derecho originario de la Unión con todas las consecuencias que de ello se derivan, incluida la primacía. La fuerza vinculante de la Carta, con todo, quedará relativizada por la exclusión de algunos Estados miembros, concretamente del Reino Unido y de Polonia, de su ámbito de aplicación<sup>5</sup>.

En contrapartida, y a fin de contener los efectos expansivos de la Unión, se reitera que «las disposiciones de la Carta no ampliaran en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados» (art. 6.1 TUE), y, además, se introducen nuevas limitaciones a la eficacia de la Carta, a añadir a las que el texto originario de la misma contemplaba, a saber<sup>6</sup>:

En primer lugar, el texto de la Carta adaptada el 12 de diciembre de 2007, que sustituirá el texto originario a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, re-

---

<sup>4</sup> PEDROL, X. y PISARELLO, G., *«La «Constitución» Europea y sus mitos, Una crítica al Tratado Constitucional y argumentos para otra Europa*, Barcelona, 2005, pág. 66.

<sup>5</sup> Uno de los Protocolos que acompañan al Tratado de Lisboa se titula: «Protocolo sobre la aplicación de la Carta a Polonia y al Reino Unido».

<sup>6</sup> Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «El reconocimiento de los derechos sociales fundamentales en la Unión Europea», en AA.VV., *El libro homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar*, en prensa.

toma la distinción entre derechos y principios que ya aparecía en la versión original de la Carta (art. 51 de la Carta de Niza). En este sentido, se añade un apartado 5 al art. 52 de la Carta conforme al cual «las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas». «Sólo podrán alegarse –concluye el nuevo art. 52.5 de la Carta de Estrasburgo– ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos». Se ha querido con este párrafo dar virtualidad limitativa a la distinción entre derechos y principios, restringiendo la aplicabilidad de éstos últimos: a diferencia de los derechos, los principios no podrán fundamentar por sí mismos reclamaciones judiciales, como ocurre con los «principios rectores de la política social y económica» en el Derecho español; estos principios informarán la interpretación judicial y deberán ser invocados a través de las disposiciones que los desarrollen. Ocurre, sin embargo, que la distinción entre derechos y principios, a diferencia de lo que ocurre en la Constitución española, no está clara en la Constitución europea, que en su proceso de elaboración no ha utilizado esta técnica, y deberá ser, por tanto, el Tribunal de Luxemburgo, si el Tratado de Lisboa entra en vigor, el que establezca la diferenciación y nos diga cuando estamos ante un derecho y cuando ante un principio.

En segundo lugar, se añaden dos nuevos apartados, el 4 y el 6, al texto del art. 52 de la Carta de Estrasburgo (antiguo art. 51 de la Carta de Niza), a cuyo tenor «en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones» (apartado 4) y «se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta» (apartado 6). Este último inciso parece referirse, desde luego, a la definición de los derechos y libertades de la Carta, pero no puede interpretarse más que como una ratificación de las llamadas a la consideración de las situaciones nacionales contenidas en la misma, pues de otro modo podría chocar con los criterios hermenéuticos de aplicación prioritaria previstos en la propia Carta.

En tercer lugar, se incluye a instancia del Reino Unido un nuevo apartado, el 7, en el art. 52 de la Carta de Estrasburgo (antiguo art. 51 de la Carta de Niza), que dice lo siguiente: «Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros». Dichas explicaciones son las elaboradas bajo la autoridad del Presidium de la Convención que redactó la Carta de Niza y actualizadas bajo la responsabilidad del Presidium de la Convención Europea, a la vista de las adaptaciones de la redacción del texto de la Carta realizadas por la Convención (en particular, los arts. 51 y 52) y de la evolución del Derecho de la Unión. La solución técnica adoptada resulta bastante insólita, pues, como subraya PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, según el artículo 32 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, los trabajos preparatorios de un tratado internacional son solamente un medio complementario de interpretación cuando la regla general de interpretación

deje ambiguo u oscuro el sentido de la norma, o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o no razonable. Y, desde luego, antiestética. A mayor abundamiento, las «explicaciones» en sí mismas son, en general, escasamente expresivas, limitándose a recordar los antecedentes que en el Derecho internacional o en el Derecho comunitario –la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo incluida– han servido de base a la redacción de la Carta. Con todo, no dejan de señalar alguna acotación significativa, casi siempre tendente a limitar la aplicación de la Carta en función del principio de atribución de competencias. Tal es el caso, por ejemplo, de la explicación relativa al art. 28 de la Carta de Estrasburgo, que reconoce el derecho de negociación colectiva y al ejercicio de acciones de conflicto colectivo, respecto de las que se dice: «Las modalidades y límites en el ejercicio de las acciones colectivas, incluida la huelga, entran dentro del ámbito de las legislaciones y prácticas nacionales, así como la cuestión de si pueden desarrollarse paralelamente en varios Estados miembros»<sup>7</sup>.

Por último, el art. 6.2 del Tratado de la Unión Europea dispone que «la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», lo que ha sido una petición recurrente de muchas organizaciones civiles que ven en el Convenio y en la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo un cierto avance del carácter «mercantilista» de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, con sede en Luxemburgo<sup>8</sup>. Sin embargo, según el precepto citado, «esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados». Además, el Protocolo nº 8 sobre el Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dispone que ninguna disposición del acuerdo relativo a dicha adhesión «afectará al artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea», a cuyo tenor «los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la in-

<sup>7</sup> Cfr. *La Costituzione europea* (a cura di F. Mastronardi y A. Verrilli), Nápoles, 2004, pág. 418.

<sup>8</sup> Según el Dictamen del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas núm. 2/1994, de 28 de marzo (TJCE 1996\70), «aun cuando el respeto de los derechos humanos constituye {...} un requisito para la legalidad de los actos comunitarios, resulta obligado señalar, sin embargo, que la adhesión al Convenio entrañaría un cambio sustancial del actual régimen comunitario de protección de los derechos humanos, en la medida en que implicaría la inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario» y «una modificación semejante del régimen de protección de los derechos humanos en la Comunidad, cuyas implicaciones institucionales serían asimismo fundamentales tanto para la Comunidad como para los Estados miembros, tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235», por lo que «dicha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado». Un comentario sobre este dictamen en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿El fin de una vieja polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996)», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 3, 1996, págs. 817 y ss; y RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. y VALLE GÁLVEZ, A., «El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 2, Vol. I, 1997, págs. 329 y ss.

interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos». Nada hace pensar, por consiguiente, que un eventual control externo por parte del Tribunal de Estrasburgo vaya a incidir sobre la conservadora línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>9</sup>.

## 2.1. La libertad de asociación sindical

El art. 12.1 de la Carta establece que «toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que supone el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses». Llama la atención, sin embargo, que se silencie el significado institucional del sindicato y que, incluso, se ignore su actividad a escala comunitaria, a diferencia de lo que ocurre con los partidos políticos (art. 12.2). Además, su tratamiento en el marco de la libertad de reunión y de asociación en general y sistemáticamente desconectado de los derechos de acción sindical y a la negociación colectiva recogidos en el epígrafe «Solidaridad» resulta asistemático y disfuncional. A mayor abundamiento, según el art. 153.5 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el derecho de asociación y sindicación continuará expresamente excluido de cualquier intervención normativa por parte de la Unión Europea, lo que pone de manifiesto que el poder constituido en la Unión sigue sin querer tener ante sí «un contrapoder organizado a escala europea»<sup>10</sup>.

Según la explicación relativa al art. 12.1 de la Carta, las disposiciones de éste precepto corresponden a lo dispuesto en el art. 11 del CEDH, que dice lo siguiente: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado». Por lo demás, las disposiciones del art. 12.1 de la Carta tienen el mismo sentido y alcance que las del art. 11 del CEDH, pero su ámbito de aplicación es más amplio dado que pueden aplicarse a todos los niveles, incluido el europeo. Conforme al art. 52.3 de la Carta, las limitaciones a este derecho no pueden sobrepasar las que el apartado 2 del art. 11 del CEDH considera que pueden ser legítimas. Este derecho se basa también en el art. 11 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

<sup>9</sup> PEDROL, X. y PISARELLO, G., «La «Constitución» Europea...», cit., pág. 66.

<sup>10</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., «Un futuro para la política social europea», *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 2, 1999, pág. 102.

## 2.2. El derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa

A tenor del art. 27 de la Carta, «deberá garantizarse a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación, en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales». El referido derecho, que nunca ha merecido el rango de derecho fundamental<sup>11</sup>, supone el refrendo al máximo nivel normativo de una larga tradición en el Derecho de la Unión de incentivar la cooperación y la colaboración de los trabajadores con su empresa, a costa del conflicto<sup>12</sup>.

La explicación relativa al art. 27 de la Carta subraya lo siguiente: «Este artículo figura en la Carta Social Europea revisada (artículo 21) y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (puntos 17 y 18). Se aplica en las condiciones previstas por el Derecho de la Unión y por los Derechos nacionales. La referencia a los niveles adecuados remite a los niveles previstos por el Derecho de la Unión o por el Derecho o las prácticas nacionales, lo que puede incluir el nivel europeo cuando la legislación de la Unión lo prevea. El acervo de la Unión en este ámbito es importante: artículos 154 y 155 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y Directivas 2002/14/CE (marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores), 98/59/CE (despidos colectivos), 2001/23/CE (traspasos de empresas) y 94/45/CE (comités de empresa europeos).» Además, hay que tener en cuenta la Directiva 2001/86/CE (Estatuto de la Sociedad Anónima Europea).

## 2.3. Los derechos de negociación y de acción colectiva

De acuerdo con el art. 28 de la Carta, «los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos en los niveles adecuados y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga». Según la explicación relativa al art. 28 de la Carta, este precepto se basa en el art. 6 de la Carta Social Europea y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (puntos 12 a 14). Además, recuerda que el Tribunal de Derechos Humanos reconoció el derecho a la acción colectiva como uno de los elementos del derecho de sindicación establecido en el art. 11 del CEDEH.

### 2.3.1. El derecho de negociación

Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, según preceptúa el art. 28 de la Carta, «tienen derecho a negociar y celebrar convenios colecti-

<sup>11</sup> DE LA VILLA GIL, L.E., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001, pág. 31.

<sup>12</sup> MERCADER UGUINA, «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, págs. 281 y ss.

vos», «de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales» y «en los niveles adecuados». De este modo, como se pone de manifiesto en la explicación relativa al art. 28 de la Carta, este derecho se aplicará en las condiciones previstas por el Derecho de la Unión y por los Derechos nacionales en los niveles previstos por uno y otros, lo que puede incluir el nivel europeo cuando la legislación de la Unión lo prevea. Ello nos remite a los arts. 154 y 155 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en orden a la consulta a los interlocutores sociales europeos y a los acuerdos colectivos europeos. Sin embargo, las previsiones del Tratado de Lisboa son, básicamente, las de los textos precedentes, de suerte que la negociación colectiva europea seguirá enfrentándose en el futuro a los mismos problemas que le aquejan actualmente, ante la inexistencia de los medios imprescindibles para asegurar su eficacia jurídica<sup>13</sup>.

### 2.3.2. *El derecho de acción colectiva*

A tenor del art. 28 de la Carta, los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, tienen derecho «a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectiva para la defensa de sus intereses, incluida la huelga». Ahora bien, el art. 153.5 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea mantiene la expresa exclusión de los derechos de huelga y de cierre patronal de las competencias de la Unión Europea, que seguirá sin estar autorizada para establecer regulación alguna de estos derechos. De ahí, que la Explicación relativa al art. 28 de la Carta señale que «las modalidades y límites en el ejercicio de acciones colectivas, incluida la huelga, entran dentro del ámbito de las legislaciones y prácticas nacionales, incluida la cuestión de si pueden llevarse a cabo de forma paralela en varios Estados miembros». Lo que representa «una abierta contradicción» con el reconocimiento del diálogo social a nivel europeo y un «límite» a la función promocional de la autonomía colectiva a dicho nivel, que sólo podrá superarse mediante la propia acción autónoma colectiva<sup>14</sup>.

## 3. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto, es evidente que la Carta resulta en términos generales muy conservadora a los ojos de la doctrina laboralista. Si a ello se añade que, en punto a las competencias en materia de Política Social, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea mantiene sin modificaciones significativas la misma división competencial y las mismas reglas procedimentales existentes en los textos precedentes y que este «inmovilismo» no se produce en el vacío, sino en paralelo a una im-

<sup>13</sup> KÖHLER, H.-D. y GONZÁLEZ BEGEGA, S., «El diálogo social europeo. De la macro-concertación comunitaria a la negociación colectiva transnacional», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 72, 2008, pág. 268. En cuanto a las deficiencias del sistema de negociación colectiva europeo ver, por todos, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «La negociación colectiva europea», en AA.VV., *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Madrid, 2007, págs. 1407 y ss.

<sup>14</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., «Un futuro para la política social...», cit., pág. 102.



portantísima ampliación de la Unión (que pasa de quince a veinticinco miembros y ve con esta incorporación ampliarse su diversidad socioeconómica de modo notable)<sup>15</sup>, las dificultades de legislar (o de producir derecho) de la Unión en orden a la promoción de los derechos sociales enumerados en la Carta serán enormes<sup>16</sup>. Ciertamente, el mantenimiento en una Europa a veinticinco de un conjunto de reglas que exige la unanimidad del Consejo para la regulación de «la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la co-gestión» y que excluye cualquier intervención normativa comunitaria en torno a los derechos de asociación y sindicación, huelga y cierre patronal, no permite albergar muchas esperanzas en este sentido, máxime en el momento actual en el que la globalización ha reforzado la exigencia de principios jurídicos comunes, capaces de superar la debilidades del poder de los Estados miembros, y sistemas institucionales políticos supranacionales, capaces de dar contenido y efectividad a tales principios<sup>17</sup>

**PALABRAS CLAVE:** Derechos sindicales. Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Tratado de Lisboa.

**RESUMEN:** El presente trabajo analiza los derechos sindicales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Tratado de Lisboa. En concreto, se desentraña el contenido y alcance de la libertad sindical, del derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa y de los derechos de negociación y de acción colectiva, así como la incidencia que los mismos pueden tener en el futuro desarrollo del Derecho comunitario.

**KEY WORDS:** Freedom of association. Charter of the Fundamental Social Rights of Workers. Treaty of Lisbon.

**ABSTRACT:** This essay deals about the regulation of Trade Unions rights both in the Charter of the Fundamental Social Rights of Workers and in the Treaty of Lisbon. Thus, in this essay there is an approach to the essence and limits of freedom of association, workers' right to information and consultation within the undertaking and the right of collective bargaining and action, as well to their incidence in the future development of European laws.

<sup>15</sup> Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Aspectos sociales de la Constitución...», cit., págs. 209-210.

<sup>16</sup> PEDROL, X. y PISARELLO, G., *La «Constitución» Europea...*, cit., pág. 69.

<sup>17</sup> Así lo subraya RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «Derechos sociales fundamentales y Unión Europea», *Relaciones Laborales*, núm. 19, 2007, págs. 1 y ss.



# 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 independientes<sup>1</sup>, 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.

---

<sup>1</sup> 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 muerta<sup>2</sup>. 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 fundamentales<sup>3</sup>. 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-

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

peto<sup>4</sup>, 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 constitutivos<sup>5</sup>.

Esto no significa, que los Tratados constitutivos no dispensaran a las personas algún tipo de tutela<sup>6</sup>, 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*»<sup>7</sup>.

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 otros<sup>8</sup>–.

Pero, a pesar del reconocimiento expreso de algunos derechos, el Acta Única sólo realiza una operación de maquillaje a los Tratados originarios<sup>9</sup>.

## 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 autores<sup>10</sup>, en la protección jurisdic-

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

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

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

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

<sup>10</sup> *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 interno<sup>11</sup>.

### **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

---

<sup>11</sup> 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 Comunitario<sup>12</sup>.

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 miembros<sup>13</sup>.

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 contenidos<sup>14</sup>.

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 señaló<sup>15</sup>, 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.

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

<sup>13</sup> *Ibidem*.

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

<sup>15</sup> 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–<sup>16</sup>.

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-

---

<sup>16</sup> 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 Unión<sup>17</sup>.

Para CHUECA SANCHO<sup>18</sup>, 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*

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

<sup>18</sup> 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»<sup>19</sup>.*

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 fundamentales<sup>20</sup>.

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»<sup>21</sup>. 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 derechos<sup>22</sup>.

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-

<sup>19</sup> 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.

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

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

<sup>22</sup> 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 miembros<sup>23</sup>.

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 vinculante<sup>24</sup>.

#### 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 Luxemburgo<sup>25</sup>:

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 individuos<sup>26</sup>.

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-

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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.

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

<sup>26</sup> 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 comunitarios<sup>27</sup>.

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 comunitaria<sup>28</sup> 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-

---

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> 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*»<sup>29</sup>.

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 2002<sup>30</sup> sobre diversas cuestiones relacionadas con los derechos funda-

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

<sup>30</sup> 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 sistemas<sup>31</sup>. 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 comienzan<sup>32</sup> 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).

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

<sup>32</sup> 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 siguientes<sup>33</sup>:

*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 cautos<sup>34</sup>: 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-

---

<sup>33</sup> *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.

<sup>34</sup> 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 UE<sup>35</sup>.

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

---

<sup>35</sup> 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 alguna<sup>36</sup>.

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 responsabilidad<sup>37</sup>.

### ***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 comunitaria<sup>38</sup>.

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 comunitaria<sup>39</sup>.

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

---

<sup>36</sup> 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.

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

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

<sup>39</sup> 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 tribunal<sup>40</sup>.

Especial comentario merece el asunto *Matthews* (STEDH 18 de febrero de 1999)<sup>41</sup>. 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 votaban<sup>42</sup>.

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 miembro<sup>43</sup>.

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

---

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

<sup>41</sup> 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.

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

<sup>43</sup> 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 recursos<sup>44</sup>.

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 comunitarias<sup>45</sup>. 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 comunitario<sup>46</sup>.

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-

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

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

<sup>46</sup> *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 derechos<sup>47</sup>.

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 Unión<sup>48</sup>.

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 comunitario<sup>49</sup>.

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 individualmente<sup>50</sup>.

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:

---

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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.





# LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA PRÁCTICA ESPAÑOLA

PAZ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA

*Catedrática de Derecho Internacional Público. Universidad de Oviedo.*

SUMARIO: I. Introducción: el valor jurídico de la Carta. II. Esperando la vigencia del Tratado de Lisboa: la calificación jurídica de la Carta como acto atípico de la UE. III. Las potencialidades de la Carta a los fines de la producción de efectos indirectos. IV. La consideración de la Carta por el TJCE. V. La Carta en la práctica española. 1. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en la jurisprudencia española.* A) *La frecuente utilización de la Carta.* B) *Una consideración temprana.* C) *Las disposiciones más citadas.* D) *La explicitación del estatuto jurídico de la Carta.* E) *El alcance de la consideración de la Carta.* 2. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en la legislación española.* A) *La Carta en la legislación estatal.* B) *La Carta en la legislación autonómica.* 3. *La utilización de la Carta por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado.* VI. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN: EL VALOR JURÍDICO DE LA CARTA

Desde su elaboración, la cuestión del valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha venido acumulando una historia que en el momento presente no ha terminado todavía. En efecto, como es sabido, su texto fue proclamado solemnemente en la Cumbre de Niza de diciembre de 2000, al tiempo que la Declaración sobre el futuro de la UE anexa al Tratado de Niza incluía el tema de su valor jurídico en la lista de 4 que debían ser objeto de la CIG 2004. El Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa elaborado por la Convención Europea incluyó la Carta como Parte II y así se mantuvo en el Tratado adoptado por la CIG en junio de 2004. En el Tratado de Lisboa, la oposición del Reino Unido y Polonia condujo a la exclusión de la Carta del texto de los Tratados y a la opción por la fórmula de la incorporación por referencia a

través del art. 6.1 TUE, conforme al cual la Carta «tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados»<sup>1</sup>.

Al mismo tiempo, se consiente en limitar el alcance de la Carta mediante el Protocolo relativo a la aplicación parcial de la Carta al Reino Unido y Polonia y las dos Declaraciones efectuadas por este último Estado. En contrapartida, la Carta fue nuevamente proclamada por el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión el 12 de diciembre de 2007, publicándose en el *DOUE* el 14 del mismo mes<sup>2</sup>.

De esta forma, el valor jurídico vinculante de la Carta depende de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, lo que no impide que ya esté produciendo efectos indirectos, como veremos más adelante, pero antes conviene clarificar la calificación jurídica de este texto.

## II. ESPERANDO LA VIGENCIA DEL TRATADO DE LISBOA: LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA CARTA COMO ACTO ATÍPICO DE LA UNIÓN EUROPEA

Hasta tanto no adquiera valor jurídico obligatorio, la Carta forma parte del grupo heterogéneo de los actos atípicos, fenómeno bastante frecuente en el derecho de la UE. En efecto, desde hace tiempo, en el funcionamiento de la Unión Europea se viene registrando una firme tendencia a recurrir a la adopción de actos distintos de los enumerados en el art. 249 TCE. Este fenómeno y sus posibles consecuencias no ha pasado desapercibido a algunos sectores doctrinales, que vienen llamando la atención sobre él. Así, se ha dicho que:

*«La prassi comunitaria evidenzia, ormai da tempo, il ricorso ad atti diversi da quelli espressamente indicati dai trattati istitutivi per l'assolvimento dei compiti affidati alle istituzioni europee. Tali atti «atipici» costituiscono una tipologia eterogenea di strumenti giuridici variamente denominati, spesso privi di un esplicito fondamento ma non per questo inidonei a produrre effetti, anche vincolanti, nei confronti dei loro destinatari»*<sup>3</sup>.

En la misma línea, se ha hablado

*«di una sorta di «prassi»... come di una vasta costellazione, nella quale può scorgersi, in relata, una sommatoria di atti, il cui oggetto appare –spesso– mutevole e i cui effetti, talora, sembrano piuttosto incerti nell'ordinamento comunitario e, ancor più, in quello nazionale»*<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Véase al respecto A. FERNÁNDEZ TOMÁS, «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia», en *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, (J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, coord.), Iustel, 2008, p. 121.

<sup>2</sup> *DOUE* C 303.

<sup>3</sup> «Osservazioni in tema di atti comunitari atipici», *RDE*, 1998, p. 517.

<sup>4</sup> M. ANTONIOLI, «Le comunicazione della Commissione fra diritto comunitario e diritto interno», *Riv. Ital. Pubbl. Comunitario*, 1995, p. 42.

En definitiva, estamos ante un fenómeno caracterizado por «l'extrême diversité de ces instruments, qui peut les faire apparaître comme un ensemble insaisissable»<sup>5</sup>.

La multiplicación y proliferación de los tipos de actos e instrumentos en el Derecho de la Unión ha generado debate tanto desde la perspectiva de este ordenamiento como desde la óptica de su incidencia en los derechos de los Estados miembros.

La primera de las dimensiones apuntadas fue analizada por la Convención Europea en el curso de la elaboración del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, partiendo de que la Declaración de Laeken planteaba que «Resultado... esencial preguntarse si no deben definirse mejor los distintos instrumentos de la Unión y si no hay que reducir su número». La cuestión se abordó en el seno del Grupo IX «Simplificación» pero las propuestas generadas tuvieron como objetivo principal reducir el número de instrumentos jurídicos existentes como consecuencia de la actuación en tres pilares distintos mientras que los actos atípicos gozaron de comprensión en tanto que herramientas útiles para el funcionamiento de la Unión. Así, el Informe Final del Grupo señala:

*«Por lo que se refiere a los actos empleados por las instituciones pero no previstos en el tratado y carentes en principio de valor jurídico obligatorio (resoluciones, conclusiones, declaraciones, etc.), el Grupo consideró que la simplificación de dichos actos debería hacerse con prudencia a fin de salvaguardar la flexibilidad necesaria en su utilización»<sup>6</sup>.*

La única cautela que el Grupo consideró conveniente formular se refiere a la inconveniencia de recurrir a actos atípicos en la función legislativa, lo que le lleva a afirmar que:

*«El Grupo sugiere introducir en el tratado la regla de que el legislador (Parlamento/Consejo) se abstendrá de adoptar actos atípicos en un tema cuando se le hayan presentado propuestas o iniciativas legislativas sobre el mismo tema. En efecto, la utilización de actos atípicos en los ámbitos legislativos puede dar la impresión errónea de que la Unión legisla mediante la adopción de instrumentos atípicos»<sup>7</sup>.*

En cuanto a la segunda de las perspectivas apuntadas, es bien conocida la advertencia realizada por el *Conseil d'État* francés, en su Informe Público de 1992, sobre la multiplicación de los actos distintos a los citados en el actual art. 249 TCE, su diversidad en cuanto a los autores y a la denominación, su naturaleza jurídica imprecisa y los problemas que su aplicación puede plantear en el derecho interno<sup>8</sup>.

La jurisprudencia comunitaria viene reconociendo tres tipos de efectos para los actos atípicos: en ocasiones, efectos jurídicos para terceros, alcance jurídico que ha permitido su control por la vía del recurso de anulación; en otras, el acto atípico ha

<sup>5</sup> S. LEFEVRE, *Les actes communautaires atypiques*, Bruylant, Bruselas, 2006, p. 14.

<sup>6</sup> CONV 424/02, p. 6.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 6-7.

<sup>8</sup> *Rapport Public 1992, Études et Documents*, nº 44, « Considérations générales sur le droit communautaire », pp. 15 y ss.

servido como pauta de interpretación; finalmente, algún acto fuera de nomenclatura ha sido utilizado para confirmar la argumentación judicial. En el caso de la Carta, hay que descartar la primera hipótesis pues está vinculada a la consolidada doctrina del TJCE de considerar abierto el recurso de anulación frente a todas las disposiciones adoptadas por las instituciones, cualquiera que sea su naturaleza o forma, destinadas a producir efectos jurídicos, lo que está descartado en el supuesto de la Carta. En cambio, caben las otras dos posibilidades y de hecho ya se están produciendo, según veremos. Esta circunstancia responde a las propias características de la Carta, que animan a su invocación.

### III. LAS POTENCIALIDADES DE LA CARTA A LOS FINES DE LA PRODUCCIÓN DE EFECTOS INDIRECTOS

Sin entrar en un análisis profundo del contenido de la Carta, cabe resaltar las virtudes de este texto que favorecen su consideración aunque no tenga valor jurídico obligatorio. En efecto, si bien las afirmaciones contenidas en el art. 52 apartados 2, 3 y 4 de la Carta parecen querer limitar el alcance de los derechos y principios a los ya consagrados en el derecho comunitario y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y con el contenido allí establecido, lo cierto es que en algunos aspectos la Carta va más allá de lo previsto en estos textos.

En este sentido, se ha dicho que la Carta tiene un «valor añadido»<sup>9</sup> tanto respecto de los derechos reconocidos en el ámbito comunitario como en el ámbito internacional. Por lo que se refiere a los primeros, un buen ejemplo de lo que afirmamos está en el art. 41 de la Carta relativo al derecho a una buena administración, que amplía lo previsto en el art. 255 TCE (derecho del ciudadano a dirigirse a las instituciones y órganos en su propia lengua y a recibir contestación en esa lengua). En cuanto al CEDH, la Carta ofrece lo que A. FERNÁNDEZ TOMÁS ha denominado «una presentación más comprensible para el ciudadano de hoy»<sup>10</sup>, de forma que junto a concordancias y correspondencias existen también innovaciones mediante las cuales el derecho inicialmente recogido en el CEDH es reconocido con más amplitud. Es el caso del derecho a contraer matrimonio (art. 9 de la Carta), que puede extenderse a otras formas de matrimonio no heterosexual si la legislación nacional las contempla, del derecho a la educación (art. 14.1 de la Carta), que incluye la gratuidad de la enseñanza obligatoria o del derecho a un proceso equitativo (art. 47.2 de la Carta), que se extiende a cualquier proceso judicial, no sólo a los civiles y penales como dice el art. 6.1 del CEDH.

Además, la Carta recoge una serie de derechos fundamentales que ya se vienen denominando «de nueva generación», como son los relacionados con la medicina y

---

<sup>9</sup> A. Fernández Tomás, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 101.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 108.

la bioética (art. 3.2), la protección de datos de carácter personal (art. 8), los dirigidos a la protección de los niños, mayores y personas con discapacidad (arts. 24, 25 y 26), determinadas libertades: de las artes, de las ciencias y de cátedra (art. 13) y una serie de derechos de alcance colectivo: la protección del medio ambiente (art. 37) y la protección de los consumidores (art. 38)<sup>11</sup>.

Todas estas características son un atractivo para el recurso a la Carta, y así se va a poner de relieve en la práctica.

#### IV. LA CONSIDERACIÓN DE LA CARTA POR EL TJCE

Desde su proclamación en 2000, el TPI ha invocado la Carta en diversas ocasiones al abordar cuestiones de protección de los derechos humanos y el TJCE, más recientemente, también se ha incorporado a esta línea de consideración del citado texto, que en algunos casos llega a la consideración directa, como sucede en la STPI de 29 de abril de 2004, de la manera siguiente:

*«Es cierto que el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales, antes citada, dispone que nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley. Sin embargo, es preciso hacer constar que dicho texto sólo puede aplicarse en el territorio de la Unión y limita expresamente el alcance del derecho recogido en su artículo 50 a los casos en que la resolución absolutoria o de condena haya sido pronunciada en dicho territorio»<sup>12</sup>.*

En cuanto al TJ, la primera ocasión en que éste se refiere a la Carta es en la Sentencia de 27 junio 2006, con motivo del recurso de anulación presentado por el PE contra la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar, alguna de cuyas disposiciones vulneraría, en opinión de la institución comunitaria, determinados derechos fundamentales, entre otros los del niño, para lo que invoca, entre otros textos, el art. 21.1 de la Carta. Ante esta alegación, el Consejo repuso que «no procede examinar el recurso desde el punto de vista de la Carta, puesto que ésta no es fuente del Derecho comunitario»<sup>13</sup>. El TJ señaló que:

<sup>11</sup> Vid. A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, cit., pp. 86-87.

<sup>12</sup> *Tokai Carbon y otros c. Comisión*, asuntos acumulados T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-245/01, T-246/01, T-251/01 y T-252/01. Otras decisiones del TPI en las que se cita la Carta son: STPI de 30 de enero de 2002, *Max.Mobil c. Comisión*, asunto T-54/99; STPI de 3 de mayo de 2002, *Jégo-Quééré c. Comisión*, asunto T-177/01; STPI de 15 de enero de 2003, *Philip Morris y otros c. Comisión*, asuntos acumulados T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 y T-272/01; STPI de 5 de agosto de 2003, *P&O European Ferries (Vizcaya) y Diputación Foral de Vizcaya c. Comisión*, asunto T-118/01; STPI de 13 de julio de 2005, *The Sunrider Corp c. Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI)*, asunto T-242/02; STPI de 4 de octubre de 2006, *International Federation of Journalists c. Comisión*, asunto T-193/04; STPI de 12 de octubre de 2007, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH c. Comisión*, asunto T474/04.

<sup>13</sup> STJCE de 27 junio 2006, *Parlamento c. Consejo*, asunto C-540/03, ap. 34.

*«Respecto a la Carta, fue proclamada solemnemente por el Parlamento, el Consejo y la Comisión en Niza el 7 de diciembre de 2000. Aunque esta Carta no constituye un instrumento jurídico vinculante, el legislador comunitario ha querido reconocer su importancia al afirmar, en el segundo considerando de la Directiva, que ésta observa los principios reconocidos no sólo por el artículo 8 del CEDH, sino también por la Carta. Por otra parte, el objetivo principal de la Carta, como se desprende de su preámbulo, es reafirmar «los derechos que emanan en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del [CEDH], de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...] y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»<sup>14</sup>.*

Con posterioridad, la Carta ha sido tenida en cuenta en otras dos decisiones del TJ, citando el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 de la Carta)<sup>15</sup> y el principio de legalidad de los delitos y penas así como el principio de igualdad y no discriminación (arts. 49, 20 y 21 de la Carta)<sup>16</sup>.

Recientemente, el TJ se declaró manifiestamente incompetente para responder a una petición de decisión prejudicial que solicitaba la interpretación de la Carta y de determinados convenios internacionales a propósito de un pleito relativo a la rescisión de un contrato de trabajo en Francia. El Tribunal consideró que el objeto del litigio principal no tenía ningún elemento de conexión con el derecho comunitario y que «la reglamentación cuya interpretación se solicita no se sitúa en el marco del derecho comunitario»<sup>17</sup>.

La relevancia reconocida a la Carta de los Derechos Fundamentales se sintetiza muy adecuadamente en unas Conclusiones del Abogado General D. RUIZ-JARABO COLOMER, en las que señala:

*«76. En el año 2000 ocurrió un hecho difícil de soslayar: la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Este documento carece de fuerza vinculante, dada la inexistencia de un pronunciamiento con eficacia asumiendo su contenido. Aquella proclamación se articula en una mera declaración política, huérfana de valor jurídico.*

*77. Pero esta constatación no induce a pensar que nada ha cambiado, como si la Carta fuese papel mojado. En primer lugar, no surge del vacío, sin conexión con el entorno; al contrario, se inserta en una etapa del proceso evolutivo que he expuesto, codificando y reafirmando, según expresa su preámbulo, unos derechos que derivan del acervo común a los Estados miembros, en los planos nacional e internacional, por lo que la Unión ha de respetarlos y el Tribunal de Justicia tutelarlos, según disponen los artículos 6 UE y 46 UE, letra d), cualesquiera que sean la naturaleza jurídica y la capacidad del texto aprobado en diciembre de 2000.*

<sup>14</sup> Apartado 38 de la Sentencia.

<sup>15</sup> STJCE de 13 marzo 2007, *Unibet*, asunto C432/05.

<sup>16</sup> STJCE de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad*, asunto C303/05.

<sup>17</sup> Auto TJCE de 16 enero 2008, *Olivier Polier c. Najar EURL*, asunto C-361/07, apartado 11.

78. *En segundo lugar, la Carta figura en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pues los abogados generales la han interpretado, trascendiendo su talante meramente programático y declarativo; además, el Tribunal de Primera Instancia la ha utilizado en algunas de sus resoluciones. Sin embargo, en las sentencias del Tribunal de Justicia rara vez aparece la Carta, ni siquiera para refutar la posición de sus abogados generales, y sólo en fechas muy recientes, hace apenas dos meses, cuando la sentencia Parlamento/Consejo anunció un golpe de timón, fallando que, si bien no es un instrumento jurídico vinculante, ha de significarse su importancia (apartado 38).*

79. *Se ha de abandonar, pues, ese mutismo, y la Carta ha de imponerse como herramienta interpretativa de primer orden en la defensa de las garantías ciudadanas que pertenecen al patrimonio de los Estados miembros. El reto se ha de encarar con prudencia, pero con vigor, con plena convicción de que, si la protección de los derechos fundamentales reviste carácter imprescindible en el pilar comunitario, se hace igualmente irrenunciable en el tercer pilar, capaz de incidir, por la propia naturaleza de su contenido, en el núcleo de la libertad personal, presupuesto de las demás»<sup>18</sup>.*

## V. LA CARTA EN LA PRÁCTICA ESPAÑOLA

El análisis de nuestra práctica pone de relieve una apreciable consideración de la Carta, en particular por parte de nuestros tribunales, pero también por la legislación así como por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN).

### 1. La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en la jurisprudencia española

#### A) *La frecuente utilización de la Carta*

En efecto, en la jurisprudencia se viene produciendo un abundante recurso a la Carta. La base de datos del CENDOJ<sup>19</sup> ofrece hasta el 1 julio 2007 un total de 109 sentencias por parte del TS y 348 de la Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales en las que aparecen citas de la Carta<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Asunto C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW contra Leden van de Ministerraad*, Conclusiones presentadas el 12 de septiembre de 2006.

<sup>19</sup> Centro de Documentación Judicial (Consejo General del Poder Judicial). Disponible en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

<sup>20</sup> M. CARMONA RUANO ha estudiado las citas de la Carta en la jurisprudencia española hasta septiembre de 2006 en «Aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales en la Unión Europea por la jurisprudencia española», ponencia presentada en el Seminario sobre la aplicación jurisprudencial de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea celebrado en Sevilla el 3 de noviembre de 2006, disponible en <http://www.jucesdemocracia.es/fundacion/ponenciassevilla/ponencias.htm>.

**B) Una consideración temprana**

En esta tendencia de consideración de la Carta se inscribe el propio TC, en el que destaca la temprana referencia que se hace en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en la cual el art. 8 es traído a colación incluso antes de la fecha de la primera proclamación solemne de la Carta. Al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra determinados artículos de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, el TC desarrolla el contenido de ese derecho y, acudiendo al art. 10.2 CE para corroborar las conclusiones alcanzadas, invoca diversos textos internacionales y entre ellos cita el art. 8 de la Carta.

Curiosamente, el TC no aprovecha la oportunidad de citar este texto en su STC 290/2000, del mismo día, tema y ponente<sup>21</sup>. En esta Sentencia, es un Voto Particular el que aporta la referencia al citado artículo de la Carta<sup>22</sup>.

Con posterioridad y hasta el presente, el TC ha vuelto a invocar la Carta en la STC 53/2002, de 27 de febrero y en la STC 17/2006, de 30 de enero. En la primera de ellas, al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 9/1994, de 19 de mayo, que modificó la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado de 1984, el Tribunal se ocupa del necesario equilibrio entre ese derecho y las políticas de seguridad, afirmando:

*«La conexión entre asilo y seguridad en la Unión Europea no ha sido óbice para que la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea –solemnemente proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000- incluya entre las «Libertades» del Capítulo II tanto el derecho de asilo (art. 18) como el derecho a no ser expulsado, extraditado o devuelto a un Estado donde haya grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 19). De esta forma la íntima conexión entre asilo, control de la inmigración y seguridad europea... no se produce a costa del derecho de asilo sino, antes bien, partiendo de su necesaria vigencia en el seno de la Unión»<sup>23</sup>.*

A su vez, la segunda de las decisiones citadas, a propósito de un recurso de amparo relacionado con el derecho de dos menores a ser oídos en un proceso de divorcio, recuerda que este derecho se encuentra consagrado en varios textos internacionales y entre otros «en el art. 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000»<sup>24</sup>.

Por su parte, el Auto 237/2002 pone de relieve los límites en el recurso a la Carta. Alegada ésta junto con el Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de

<sup>21</sup> Se trataba de los recursos de inconstitucionalidad contra ciertas disposiciones de la LO 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. El ponente en ambos casos fue el Magistrado Julio D. González Campos.

<sup>22</sup> Voto Particular formulado por el Magistrado M. Jiménez de Parga y Cabrera.

<sup>23</sup> FJ 3.

<sup>24</sup> FJ 5.



los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales por J.M. RUIZ MATEOS en un recurso de amparo para argumentar una presunta violación del derecho de propiedad en relación con la determinación del justiprecio de determinada sociedad del Grupo Rumasa, sin respaldo en ningún precepto constitucional, el TC aclara que:

*«ni una norma internacional ni una comunitaria europea pueden servir para sustanciar por sí solas un recurso de amparo; otra cosa bien distinta, remarcada en multitud de ocasiones por este Tribunal, es que el contenido y alcance de los derechos fundamentales recogidos en los arts. 14 a 30 CE haya de interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, en virtud de lo establecido en el art. 10.2 CE»<sup>25</sup>.*

La temprana consideración aparece también en una STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 7 diciembre 2000, de la manera siguiente:

*«Además ni la «Carta Social Europea» ni el «Convenio europeo del Estatuto Jurídico del Trabajador migrante», ambos signados por España, comportan al extranjero mas que el derecho a no ser discriminado respecto al nacional en el ámbito protector de la seguridad social y la legislación laboral (desempleo, despido...). Se parte de la necesidad de la autorización previa al trabajo, o, en su caso, a la residencia, por la autoridad de cada país ( art. 8 Convenio Europeo de 24 de noviembre de 1977 ). Tampoco el Proyecto de «Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» elaborada mediante la participación conjunta de instituciones comunitarias y Estados Miembros de la Unión Europea altera sustancialmente el antedicho marco pues determinados derechos se los atribuye exclusivamente a «los nacionales de terceros países autorizados a trabajar»*

Por su parte, el TS lo hizo en una Sentencia de 8 febrero 2001 (Sala 1ª), en la que la exclusión de las mujeres de una cooperativa de pesca en la Albufera de Valencia es considerada como discriminatoria a la luz de la Constitución española y del derecho y la jurisprudencia comunitarios, añadiendo:

*«Pero es más en el proyecto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su Capítulo Tercero se proclama la igualdad del hombre y la mujer, prohibiendo cláusulas discriminatorias desde un punto de vista general y laboral»<sup>26</sup>.*

### **C) Las disposiciones más citadas**

Algunos artículos de la Carta se citan con insistencia en concretos ámbitos jurisdiccionales. Así, en el ámbito contencioso-administrativo, se trata del derecho de propiedad (art. 17 de la Carta) y la garantía frente a la confiscación de bienes sin indemnización –lo que lógicamente se plantea en asuntos sobre expropiaciones forzosas y fijación de justiprecio– así como del derecho de buena administración (art. 41).

<sup>25</sup> FJ 2.

<sup>26</sup> En realidad, en la fecha en la que se adopta la decisión, la Carta ya no era un proyecto puesto que había sido objeto de proclamación en Niza.

Respecto al primero, cabe citar la STS (Sala 3ª, Sección 6ª) de 3 abril 2001:

*«En el derecho europeo se ha consolidado el principio de interdicción de la confiscación. Este proceso histórico (...) explica también que la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), que puede consultarse en el DOCE, número C364, de 18 de diciembre de 2000, haya considerado necesario incluir en el capítulo que dedica a las libertades; un artículo 17, sobre el derecho de propiedad que, en lo que aquí interesa, dice esto: Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida...»*

En decisiones posteriores de la misma Sala vuelve a aparecer esta disposición poco después, en varios votos particulares. Así, entre otras, en la Sentencia de 11 de junio de 2001, el voto particular del magistrado J.E. PECES MORATE se refiere a que «conforme a la reciente Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea... el derecho de propiedad tiene naturaleza de verdadero y propio derecho fundamental».

Este precepto de la carta aparece en muchas otras sentencias de tribunales de lo Contencioso-Administrativo, tanto de los Tribunales Superiores de Justicia como del Tribunal Supremo, siempre en relación con el mismo tema.

A su vez, el derecho de buena administración es traído a colación en sus dos facetas, la de la obligación de la Administración de motivar sus actos y la del derecho del particular de acceder al expediente administrativo.

Según M. CARMONA RUANO<sup>27</sup>, la primera cita de este derecho se encuentra en una Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 27 diciembre 2001, en la que tras exponer el derecho interno sobre la exigencia de motivación de los actos administrativos, se añade:

*«Por su parte, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al «Derecho a una buena Administración», entre otros particulares “la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones”».*

La cita se ha convertido en un párrafo-tipo que se reproduce en decenas de sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Además, la invocación de la Carta en relación con la obligación de motivar aparece en numerosas decisiones del TS<sup>28</sup>.

La faceta del derecho del administrado de acceso al expediente administrativo es menos contemplada, aunque cabe citar la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 5 julio 2002:

---

<sup>27</sup> *Op. cit.* en nota 20.

<sup>28</sup> SSTs de 10 diciembre 2003, 29 marzo 2004, 2 junio 2004, 9 junio 2004, 21 septiembre 2004, 28 septiembre 2004, 30 noviembre 2004, 22 febrero 2005, 14 marzo 2005, 23 marzo 2005, 26 mayo 2005, 23 noviembre 2005, 13 diciembre 2005, 25 julio 2006. Todas ellas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

*«En este marco, ese derecho de acceso al expediente con plazo suficiente para examinar los documentos (en este supuesto, señaladamente las actas de la inspección), forma parte de un derecho que en el ámbito de la Unión Europea (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000, publicada en el DOCE C364 de 18 de diciembre de 2000) se ha calificado como derecho a una buena administración, y que para esta Sala ha sido respetado por la Administración demandada bajo la óptica analizada».*

También, la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 1 octubre 2002:

*«En suma, la Sala no aprecia que se haya generado indefensión, no resintiéndose así ese “derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente”, como aparece formulado en el marco del denominado “derecho a la buena administración” en instrumentos internacionales recientes como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en el Consejo Europeo de Niza de diciembre de 2000 (DOCE serie C-364, de 18 de diciembre de 2000)».*

En este contexto, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 3 julio 2007 aclara que:

*«El derecho de protección jurídica en las relaciones con las Administraciones Públicas, que se refleja en el derecho a una buena administración, que impone que el asunto sea tratado imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable, que se consagra en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, no garantiza el derecho de los ciudadanos y Entes públicos a seleccionar arbitrariamente el procedimiento administrativo que consideren adecuado para satisfacer la salvaguarda de sus derechos e intereses legítimos, al tratarse de una facultad que se atribuye a la Administración Pública competente para incoar el procedimiento legalmente establecido».*

En el ámbito de la justicia penal, nos encontramos con la toma en consideración del principio de proporcionalidad de las penas, el derecho a la presunción de inocencia y la protección de datos.

En lo que atañe al principio de proporcionalidad, la primera cita de este principio aparece en la STS (Sala 2ª) de 20 noviembre 2002:

*«La vigencia del principio ha quedado más consolidada si cabe con su explícito reconocimiento en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada por el Parlamento Europeo, por el Consejo de la Unión y por la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000, cuyo artículo 49, que lleva el significativo título “de los principios de legalidad y la proporcionalidad de los delitos y de las penas”, prevé en su párrafo 3º que “...la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación a la infracción...”».*

La STS (Sala 2ª) de 20 abril 2004 también cita el art. 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para reducir proporcionalmente la pena,

computando la ya impuesta en otro proceso. Esta sentencia de 20 de abril de 2004 es luego citada por otros tribunales<sup>29</sup>.

En cuanto al derecho a la presunción de inocencia, la SAP (Sección 2ª) de Santa Cruz de Tenerife de 8 junio 2001 se refiere a los arts. 47 y 48 de la Carta entre las disposiciones que considera «de aplicación», junto con las del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por su parte, la SAP de Guipúzcoa de 30 junio 2005 afirma:

*«El derecho constitucional a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE ) se configura como fundamento informador del proceso penal habiendo sido reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Convenio Europeo de 24 de Noviembre de 1950 (artículo 6), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966 (artículo 14) o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 48).»*

También se hace eco de este artículo 48 la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 26 abril 2005, con ocasión de una sanción administrativa:

*«La Sala no ha infringido el derecho a la presunción de inocencia que garantizan el artículo 24 de la Constitución, el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el artículo 47 (sic) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que son plenamente aplicables en los procedimientos relativos a violaciones de las normas sobre competencia en que se pueden imponer a las empresas sanciones, según refiere la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 8 de julio de 2004, ya que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha aportado pruebas precisas y concordantes para sentar la firme convicción de que se ha producido la infracción del artículo 1.1 a) de la Ley de Defensa de la Competencia»<sup>30</sup>.*

Entre las decisiones que traen a colación la Carta en relación con la protección de la intimidad respecto del tratamiento automatizado de datos, cabe mencionar la STS (Sala 2ª) de 14 octubre 2005, conforme a la cual:

*«La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea efectivamente, en su artículo 8, proclama que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal y que sólo podrán ser recogidos mediante su consentimiento o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Si relacionamos este precepto con el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se llega a la conclusión de que la salvaguarda de la intimidad permite la injerencia prevista por la ley o cuando se trate de medidas aceptables en una sociedad democrática para la prevención del delito.»*

Además, la STS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 10 julio 2006 relativa a una sanción impuesta conforme a la Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de los Datos de

---

<sup>29</sup> SAP (Sección 16ª) de Madrid, de 1 febrero 2005; SAP (Sección 3ª) de Zaragoza, de 23 marzo 2005.

<sup>30</sup> El derecho a la presunción de inocencia se cita también en la SAP de Barcelona de 3 julio 2007.

Carácter Personal, resalta la diferencia entre este derecho y el derecho a la intimidad, señalando:

*«Añade un factor de especial gravedad a ese proceder del recurrente, también considerado por el artículo 6 del Real Decreto 2669/1998 [apartado 2 d)], que se haya producido en vulneración del artículo 18.4 de la Constitución y de los preceptos legales que lo desarrollan. Importa destacarlo porque la disciplina integrada por ese precepto constitucional y la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), vigente cuando se cometió el delito y, ahora, por la LOPD a la que se refiere el Acuerdo del Consejo de Ministros y que en su mayor parte reproduce la anterior a la que sustituyó, tiene por objeto la preservación de un derecho fundamental. La Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, así lo ha declarado. Se trata del derecho a la protección de datos de carácter personal, distinto del derecho a la intimidad, tal como, además, resulta de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que distingue como figuras autónomas el derecho al respeto de su vida privada y familiar y el derecho a la protección de datos de carácter personal»<sup>31</sup>.*

En el ámbito de la jurisdicción civil, diversas decisiones han traído a colación el derecho al consentimiento informado en las intervenciones médicas proclamado en el art. 3 de la Carta. Así lo hace en primer lugar la STS (Sala 1ª) de 11 mayo 2001, de la manera siguiente:

*«El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo... En la propia Carta 2000/C.E. 364/01, de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 3, se prescribe respecto a la integridad de la persona: «1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley...».*

Esta sentencia es recogida en diversas decisiones de Audiencias Provinciales<sup>32</sup>.

Por último, conviene apuntar que aunque no con la misma asiduidad que la indicada respecto a los derechos hasta aquí considerados, en los distintos ámbitos jurisdiccionales se vienen citando una diversidad de derechos, como la libertad de expresión y de información<sup>33</sup>, la protección en caso de despido injustificado<sup>34</sup>, los dere-

<sup>31</sup> El derecho a la protección de datos aparece asimismo en la STS (Sala de lo Penal) de 4 octubre 2006, STS (Sala de lo Contencioso), de 2 julio 2007 y STS (Sala de lo Penal), de 27 noviembre 2007.

<sup>32</sup> SAP (Sección 4ª) de Zaragoza, de 15 marzo 2002, SAP (Sección 2ª) de Burgos, de 26 junio 2002, SAP (Sección 1ª) de Albacete, de 30 octubre 2002.

<sup>33</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 18 febrero 2003.

<sup>34</sup> STSJ de Castilla-León (Sala de lo Social, Valladolid), de 21 marzo 2005.

chos de las personas con discapacidad<sup>35</sup>, la retroactividad de la norma penal más favorable<sup>36</sup>, el principio de igualdad<sup>37</sup>, los derechos del niño<sup>38</sup>, los derechos del paciente<sup>39</sup>, el derecho a vacaciones anuales retribuidas<sup>40</sup>, la protección frente al despido<sup>41</sup>, el derecho de libre circulación y residencia<sup>42</sup>, el derecho a la intimidad familiar<sup>43</sup>, la prohibición de expulsiones colectivas<sup>44</sup>, la objeción de conciencia<sup>45</sup>, el derecho a la tutela judicial<sup>46</sup>, la libertad de empresa<sup>47</sup> y el derecho al trabajo<sup>48</sup>.

#### **D) La explicitación del estatuto jurídico de la Carta**

La mayoría de las decisiones se limitan a citar la correspondiente disposición de la Carta sin más explicaciones. Sin embargo, tiene interés señalar que en algunos casos el tribunal competente se preocupa por explicar el valor jurídico de la misma. Es el caso de la STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 5 julio 2002, que se refiere a:

*«La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE C-364 de 18 de diciembre de 2000) que, pese a ser proclamada solemnemente el 7 de diciembre de 2000 en el Consejo Europeo de Niza sin valor jurídico obligatorio o vinculante, sí viene siendo utilizada como parámetro interpretativo tanto en el seno del Tribunal de Justicia (cfr. Conclusiones del Abogado General invocando el artículo 41 de la Carta en el asunto Z contra Parlamento Europeo que dio lugar a la sentencia de 27 de noviembre de 2001) y el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (cfr. su sentencia de 30 de enero de 2002 dictada en el asunto max.mobil telekommunikation Service GmbH contra Comisión, en donde se cita igualmente el artículo 41 de la Carta), como por los más altos órganos jurisdiccionales internos».*

En la misma línea, la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de la Comunidad Valenciana, de 4 diciembre 2002, añade:

<sup>35</sup> STSJ de Cantabria (Sala de lo Social), de 18 enero 2006.

<sup>36</sup> STS (Sala 1ª), de 9 enero 2006.

<sup>37</sup> STSJ de Castilla-León, de 2 octubre 2006.

<sup>38</sup> SAP de Las Palmas, de 17 noviembre 2006; SAP de Málaga, de 11 septiembre 2007.

<sup>39</sup> STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso), de 16 octubre 2007.

<sup>40</sup> STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 19 octubre 2007.

<sup>41</sup> STSJ de Castilla-León, de 12 febrero 2008.

<sup>42</sup> SAP de Sevilla, de 27 noviembre 2006.

<sup>43</sup> STSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso, Bilbao), de 2 abril 2007.

<sup>44</sup> STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso, Málaga), de 16 abril 2007.

<sup>45</sup> STSJ de Castilla-León (Sala de lo Social, Valladolid), de 16 mayo 2007.

<sup>46</sup> STSJ de Aragón (Sala de lo Social, Zaragoza), de 12 julio 2007.

<sup>47</sup> SAP de Valencia de 21 noviembre 2007; STS (Sala de lo Civil), de 24 noviembre 2006.

<sup>48</sup> STS (Sala de lo Civil), de 24 noviembre 2006.

*«Sobre este particular, conviene efectuar dos observaciones: de un lado, es cierto que esta Carta no se ha configurado en principio como un instrumento vinculante, sino sólo como un texto proclamado solemnemente al máximo nivel político de la Unión Europea en el Consejo Europeo de Niza de 2000; y, de otro lado que, en el caso que nos ocupa no nos hallamos ante actos administrativos dictados por los órganos o instituciones de la Unión ni ante actos administrativos dictados por los órganos nacionales en aplicación del Derecho de la Unión (artículo 51 de la Carta). Ahora bien, también es cierto que la Carta viene a reafirmar (así lo expresa en su Preámbulo) «los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»... Por último, no debe olvidarse el paralelismo y conexión que guarda esa declaración preambular de la Carta de Niza con el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea, a tenor del cual «la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.»*

A su vez, la STC 17/2006, ya citada, al invocar la Carta aclara:

*«aunque este instrumento, incorporado a la Parte II del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, carece de momento de eficacia jurídica vinculante»<sup>49</sup>.*

También, la SAP de Málaga, de 11 septiembre 2007, se refiere al «artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que, aun no siendo vinculante, ni teniendo eficacia jurídica directa, es un referente importantísimo en nuestro espacio social y cultural.»

Con buena intención pero con confusión de ideas, la SAP de A Coruña de 21 septiembre 2007 se expresa así:

*«Y en este mismo ámbito, el artículo II-48 de la Carta de Derechos Fundamentales –non nata– (no tiene efectos jurídicos, pues aunque es cierto que el Tratado de Niza –en vigor desde el 1 de febrero de 2002, ratificado por España por Ley orgánica 3/2001 de 6 de diciembre– recogía la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, texto que fue presentado al Consejo Europeo el 20 de junio de 2003 en su reunión de Salónica, por el que se instituye una Constitución para Europa. Sin embargo, a pesar de que el citado texto constitucional europeo ha sido aprobado, firmado, ratificado y adherido por varios estados miembros de la Unión Europea (España por Ley Orgánica de 1/2000 de 20 de mayo) tras los oportunos y preceptivos mecanismos jurídicos internos, unos puestos en marcha y otros rechazados (Francia y Holanda) el caso es que el Tra-*

---

<sup>49</sup> FJ 5.

*tado por el que se establece una Constitución para Europa no está en vigor) garantiza, asimismo, a todo acusado el respeto de los derechos de defensa».*

En cambio, resulta modélica la STSJ de Castilla-León (Sala de lo Social), de 12 febrero 2008, que acierta a explicar con toda precisión las diferentes fases por las que ha pasado la adopción del texto de la Carta:

*«ha de recordarse que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada solemnemente por el Acuerdo de 7 de diciembre de 2000 del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, y de nuevo el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo nos dice... El artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, tal y como quedará redactado a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, nos dice que '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'.»*

### **E) El alcance de la consideración de la Carta**

El alcance otorgado a las disposiciones de la Carta es variado. En efecto, en el conjunto de de la jurisprudencia, en la mayor parte de los casos la invocación de la Carta consiste en una mera cita, normalmente acompañando a otras referencias de textos nacionales e internacionales. Pero en alguna ocasión el tribunal se ocupa de precisar que recurre a la Carta como parámetro interpretativo, enfoque que a veces justifica en los preceptos de la Constitución española que prevén la toma en consideración de los textos internacionales en materia de protección de los derechos humanos. Es el caso de la STS (Sala 1ª) de 9 enero 2006, que en su argumentación explica:

*«Se trataría de aplicar retroactivamente la «ley penal más favorable» como se establece en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que el artículo 10.2 de la Constitución trae a causa para la interpretación de las normas, en un supuesto en que no hay una doctrina consolidada del Tribunal Constitucional en punto a la existencia de un imperativo constitucional para dotar de eficacia retroactiva a la ley penal más favorable».*

También, el de la STSJ del País Vasco de 2 abril 2007, en la que a propósito del derecho a la intimidad familiar se afirma:

*«La regulación de esta garantía, por imperativo del artículo 10.2 de la Constitución, debe interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Este parámetro interpretativo habrá de tener, por tanto, la referencia singular del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea».*



En relación con los derechos del niño, lógicamente es el art. 39 CE el traído a colación. Así, la SAP de Las Palmas, de 17 noviembre 2006, señala:

*«Comenzando por la guarda y custodia del menor, cuya finalidad primordial es la del interés del mismo, cuya protección ha de asegurarse por los poderes públicos conforme a las distintas normas del Ordenamiento Jurídico, tanto estatales como internacionales, tal como se desprende del artículo 39 de la Constitución Española, que como cláusula de cierre opera una recepción de las normas de protección, entre las que están... el art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en Niza el 7.12.2001 (sic)».*

Finalmente, hay algún caso aislado en el que la disposición de la Carta se valora al mismo nivel que los preceptos internos. Sirva como ejemplo la ya mencionada SAP (Sección 2ª) de Santa Cruz de Tenerife de 8 junio 2001, que se refiere a los arts. 47 y 48 de la Carta entre las disposiciones que considera «de aplicación» y, sobre todo, la STSJ de Castilla-León (Sala de lo Social) de 16 mayo 2007, que en el razonamiento jurídico no tiene ningún reparo en darle el mismo tratamiento que a la Constitución:

*«la regulación de determinadas exenciones del cumplimiento de deberes personales públicos por motivos de conciencia, incluidos los religiosos, de los que la Constitución española recoge expresamente la objeción de conciencia frente al cumplimiento de las obligaciones militares (artículo 30.2 de la Constitución), si bien la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no precisa si el ámbito de la objeción de conciencia a la que alude en su artículo 10.2 se limita al cumplimiento de deberes militares».*

## **2. La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en la legislación española**

Siendo la jurisprudencia el terreno más propicio para la consideración de la Carta, lo cierto es que nuestra legislación también tiene en cuenta a la Carta a la hora de formular las exposiciones de motivos. Esto es así tanto a nivel estatal como autonómico. El número de casos es reducido pero significativo.

### **A) La Carta en la legislación estatal**

De un lado, el derecho a la tutela judicial efectiva justificativo de la adopción de la Ley 16/2005, de 18 de julio, por la que se modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea<sup>50</sup>, es citado en la Exposición de Motivos no sólo en conexión con el art. 24 CE sino también con el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales.

---

<sup>50</sup> BOE 19 julio 2005.

De otro, el principio de igualdad desde una perspectiva de género o en relación con las personas con discapacidad, da pie a la consideración de la Carta en otros textos legales. En efecto, la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno<sup>51</sup>, alude a:

*«la proclamación solemne por el Parlamento, el Consejo y la Comisión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con ocasión de la Cumbre Europea que tuvo lugar en Niza, supuso un avance más en la consecución de la igualdad respecto al Tratado de Amsterdam».*

A su vez, la Ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, afirma que «La Unión Europea y el Consejo de Europa, en concreto, reconocen respectivamente el derecho de todas las personas a la igualdad ante la ley y a la protección contra la discriminación tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea...»<sup>52</sup>. También, la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas señala:

*«También la Unión Europea a través de la Carta de los Derechos Fundamentales y el Consejo de Europa... reconocen el derecho de todas las personas a la igualdad ante la Ley y a la protección contra discriminación»<sup>53</sup>.*

Por último, la protección a la familia es invocada por la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción de la siguiente forma:

*«Se trata de principios programáticos que se sitúan en la misma línea de otras declaraciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales, entre los que se encuentran la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea»<sup>54</sup>.*

## **B) La Carta en la legislación autonómica**

Son también varias las disposiciones de la Carta traídas a colación por diferentes leyes de las Comunidades Autónomas en sus exposiciones de motivos. En primer lugar, el principio de igualdad es invocado en la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, apuntando que:

*«También hay que destacar que los artículos 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establecen tanto el principio de igualdad ante la ley*

<sup>51</sup> BOE 14 octubre 2003.

<sup>52</sup> BOE 3 diciembre 2003.

<sup>53</sup> BOE 24 octubre 2007.

<sup>54</sup> BOE 16 noviembre 2007.

*como la prohibición de discriminación. Además, la Carta contiene un artículo específico, el 23, dedicado a la igualdad entre mujeres y hombres y a las acciones positivas como medidas compatibles con la igualdad de trato.»<sup>55</sup>*

En la misma línea, la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género de la misma Comunidad Autónoma, recuerda que:

*«En el ámbito regional de la Unión Europea también se han realizado importantes actuaciones para lograr la eliminación de la violencia contra las mujeres. El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea reconoce el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, e insta a los Estados partes a que desarrollen políticas específicas para la prevención y punición de la violencia de género. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se expresa en el mismo sentido, conteniendo, además, varias disposiciones que inciden en la protección y promoción de la integridad física y psicológica de todas las personas, y en la paridad entre mujeres y hombres»<sup>56</sup>.*

En relación con las personas con discapacidad, la Ley 11/2006, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas para el año 2007, de la Comunidad Autónoma de La Rioja, explica que una de las medidas previstas «pretende mejorar las condiciones para el acceso de personas con discapacidad a empleos en la Administración Pública, en consonancia con la filosofía de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea...»<sup>57</sup>.

En segundo lugar, el derecho de buena administración es tomado en consideración por la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, que cita tal derecho «como principio consagrado en nuestro acervo jurídico desde la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea»<sup>58</sup>.

En tercer lugar, la protección de las personas en el ámbito de la salud conduce a la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, de Castilla y León, a decir que:

*«debe recordarse la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 2000, dirigida a reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, el progreso social y los avances científicos y tecnológicos»<sup>59</sup>.*

En cuarto lugar, en el ámbito del derecho al medio ambiente, la Ley 7/2007, de gestión integrada de la calidad ambiental de Andalucía llega a afirmar que:

---

<sup>55</sup> BOE 13 febrero 2008.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> BOE 24 enero 2007.

<sup>58</sup> BOE 19 agosto 2006.

<sup>59</sup> BOE 30 abril 2003.

*«Hemos presenciado con satisfacción la elevación del concepto de desarrollo sostenible a la categoría de principio en el Tratado de Amsterdam (1997) y su inclusión en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000). Este nuevo escenario... hace necesario la revisión y actualización de los principales instrumentos jurídicos ambientales»<sup>60</sup>.*

Finalmente, los derechos sociales son objeto de consideración en varios textos legales. Así, la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del servicio andaluz de empleo, a propósito del objetivo del pleno empleo cita varios textos de la Unión Europea y entre ellos los que proclaman «derechos sociales fundamentales, como los que se indican... en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000»<sup>61</sup>. Por su parte, la Ley 4/2005, de 28 de octubre, de salario social básico del Principado de Asturias, comienza diciendo en su Preámbulo que:

*«La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 proclama, con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, el reconocimiento del derecho ‘a una ayuda social y a una ayuda a la vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes’»<sup>62</sup>.*

A su vez, la Ley 10/2006, de 26 de diciembre, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales acude al contexto normativo de la Unión Europea y señala que:

*«El marco comunitario se completa con el artículo 31.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como con el artículo II-91.1 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que reconocen el derecho de todo trabajador a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad»<sup>63</sup>.*

### **3. La utilización de la Carta por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado**

Varios textos recientes de la DGRN integran en su argumentación el derecho al matrimonio y la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual consagrados en la Carta. Es el caso de la Resolución de 24 de enero de 2005 en el recurso interpuesto contra el auto dictado por el Juez Encargado del Registro Civil de Barcelona, en el expediente sobre autorización de matrimonio civil entre un varón y un transexual, en la que en relación con la sumisión de la capacidad matrimonial al estatuto personal determinado por la nacionalidad de la persona, indica que:

---

<sup>60</sup> BOE 9 agosto 2007.

<sup>61</sup> BOE 11 enero 2003.

<sup>62</sup> BOE 28 diciembre 2005.

<sup>63</sup> BOE 12 enero 2007.

*«recientemente... el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada el 7 de diciembre de 2000, proclama que 'el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia están garantizados según las leyes nacionales que rigen su ejercicio', admitiendo, pues, su consideración como derechos de configuración legal, correspondiendo la competencia legislativa en la materia a los respectivos Estados miembros sobre sus propios nacionales»<sup>64</sup>.*

La misma cita aparece en la Resolución DGRN, de 26 de octubre de 2005, en el recurso interpuesto contra la providencia dictada por el Juez de Paz de Canet de Mar (Barcelona), en el expediente sobre matrimonio civil entre personas del mismo sexo<sup>65</sup>, y en la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, en la que, además, se pone de relieve la existencia de una laguna legal en el Derecho conflictual español como consecuencia del desconocimiento, por parte de numerosos ordenamientos jurídicos extranjeros, del matrimonio como institución abierta a las parejas del mismo sexo y la paralela inexistencia de norma de conflicto específica en nuestro Derecho sobre los requisitos del matrimonio ajenos a su concepción tradicional y a la capacidad subjetiva de los contratantes. Para solucionar esa laguna, el texto de la DGRN recurre a «los mecanismos legales de la interpretación integradora», invocando, entre otros argumentos:

*«la consideración del 'ius nubendii' como derecho fundamental en nuestro Ordenamiento constitucional (art.32) puesto en conexión con la extensión de la prohibición de toda discriminación a las ejercidas por razón de 'orientación sexual', acogida novedosamente por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 en su artículo 21 como categoría autónoma y distinta de la prohibición de discriminación por razón de sexo»<sup>66</sup>.*

En el mismo sentido se manifiesta la Resolución de 7 de abril de 2006 en el recurso interpuesto contra el auto dictado por el Juez Encargado del Registro Civil, en el expediente sobre actuaciones sobre autorización para contraer matrimonio<sup>67</sup>. El derecho a contraer matrimonio y fundar una familia se cita asimismo en la Instrucción de 31 de enero de 2006 sobre los matrimonios de complacencia<sup>68</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

El estudio realizado sobre la práctica española pone de relieve una actitud receptiva que permite superar el problema técnico de la falta de valor jurídico vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

---

<sup>64</sup> BOE 15 marzo 2005.

<sup>65</sup> BOE 31 diciembre 2005.

<sup>66</sup> BOE 8 agosto 2005.

<sup>67</sup> BOE 7 junio 2006.

<sup>68</sup> BOE 17 febrero 2006.

Nuestra jurisprudencia recurre a la Carta como parámetro interpretativo o para corroborar el razonamiento judicial en materia de reconocimiento, protección y garantía de derechos. Incluso, en ocasiones, la pertinente disposición de la Carta se integra en la *ratio decidendi*. El amplio recurso a la Carta por parte de los tribunales españoles supone al mismo tiempo una superación del ámbito material de aplicación previsto para la Carta, pues se tiene en cuenta al juzgar situaciones puramente internas, sin conexión con el derecho comunitario.

Junto a algunos derechos clásicos, son los derechos de nueva generación proclamados en la Carta los que prestan mayor ayuda a la función judicial. Esos mismos derechos son los traídos a colación por el legislador estatal y autonómico. En este sentido, la Carta viene ofreciendo un soporte al desarrollo de las políticas públicas en materia de igualdad, protección del medio ambiente y reconocimiento de derechos sociales.

En definitiva, el análisis de nuestra práctica pone de relieve que la Carta ya ha alcanzado un impacto destacable en la protección de los derechos fundamentales pese a la lentitud con la que se está resolviendo la cuestión de su valor jurídico vinculante. Puede por tanto decirse que la Carta triunfa por anticipado.

Con ello se pone una vez más de relieve el papel de impulso que históricamente vienen teniendo los textos internacionales y comunitarios en materia de derechos humanos y, en general, la importancia del tema. Por eso, tenía toda la razón el Magistrado de la AP de Sevilla (Sección 1ª), M. CARMONA RUANO, cuando al resolver un recurso de apelación de un ciudadano condenado al pago de una multa por falta de respeto a un agente de la autoridad y frente a la afirmación del apelante de que «el enfado constituye un derecho fundamental de un ciudadano que se ve inmerso en un accidente de tráfico», dijo en su Sentencia de 3 mayo 2007 que:

*«constituye una inaceptable canalización de los derechos fundamentales, que representan los principios básicos sobre los que se asienta nuestro ordenamiento jurídico, calificar así un supuesto derecho de los ciudadanos a «enfadarse» ante los agentes de tráfico. Los derechos fundamentales, tal como se han configurado en nuestra Constitución, en el Convenio Europeo de salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 11 de noviembre de 1950, y en la reciente Carta de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea son algo muchísimo más serio».*

**PALABRAS CLAVE:** Carta de Derechos Fundamentales. Valor Jurídico. Jurisprudencia española. Legislación española.

**RESUMEN:** El presente trabajo analiza la incidencia que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha tenido hasta ahora en la práctica española. El estudio realizado pone de relieve una actitud receptiva que permite superar el problema técnico de la falta de valor jurídico vinculante de la Carta. La jurisprudencia recurre a la Carta como parámetro interpretativo o para corroborar el razonamiento judicial en materia de reconocimiento, protección y garantía de derechos. Incluso, en ocasiones, la pertinente disposición de la Carta se integra en la *ratio decidendi*. El amplio recurso a la Carta por parte de los tribunales españoles supone al mismo tiempo una superación del ámbito material de aplicación previsto para la Carta, pues se tiene en cuenta al juzgar situaciones puramente internas, sin conexión con el derecho comunitario.

Junto a algunos derechos clásicos, son los derechos de nueva generación proclamados en la Carta los que prestan mayor ayuda a la función judicial. Esos mismos derechos son los traídos a colación por el legislador estatal y autonómico español. En este sentido, la Carta viene ofreciendo un soporte al desarrollo de las políticas públicas en materia de igualdad, protección del medio ambiente y reconocimiento de derechos sociales. En definitiva, el análisis pone de relieve que la Carta ya ha alcanzado un impacto destacable en la protección de los derechos fundamentales en España.

**KEY WORDS:** Charter of Fundamental Rights. Juridical value. Spanish Courts. Spanish Law.

**ABSTRACT:** The present work analyzes the impact of the Charter of Fundamental Rights of the European Union has had until now in the Spanish practice. This work points out the receptive attitude which allows us to overcome the technical problem caused by the lack of juridical binding value of the Charter. Case Law uses the Charter an interpretative parameter or just to corroborate the judicial reasoning in the fields of recognition, protection and rights' guarantees. Even, sometimes, the Charter's pertinent regulation is integrated into the *ratio decidendi*. The broad use of the Charter by the Spanish Tribunals supposes at the same time, an overcoming of the material scope included in the Charter, because the Charter is taken into account in the judgment of purely internal situations, connectionless with the communitarian law.

Close to some classical rights, new generation rights declared in the Charter are the ones which give more help to the legislative power. These same rights are brought up by the state and regional Spanish law-maker. In this sense, the Charter offers a support to the development of public policies in gender equality, environmental protection and social rights recognition. All in all, the analysis highlights that the Charter has achieved a great impact in the protection of fundamental rights in Spain.





# REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

## SUMARIOS DE LOS NÚMEROS 1 A 15

NÚMERO 1, 2.º semestre 2001

### ¿QUO VADIS EUROPA?

	<u>Págs.</u>
<i>Presentación.</i> Enrique Linde Paniagua . . . . .	9
<i>Prólogo.</i> Manuel Higuera Cataluña . . . . .	11
<i>El futuro de Europa.</i> Carlos Westendorp y Cabeza. . . . .	17
<i>Los presupuestos de la Unión en el proceso de construcción europea.</i> Miguel Ángel García Díaz. . . . .	27
<i>La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.</i> Álvaro Rodríguez Bereijo . . .	45
<i>Las regiones en la Unión Europea.</i> Mariano Bacigalupo Saggese. . . . .	59
<i>La Conferencia de Niza. Avances y retrocesos en la construcción europea.</i> Pilar Mellado Prado. . . . .	81
<i>El largo camino hacia una Constitución europea.</i> Roberto Viciano Pastor. . . . .	91
<i>Una Europa posible.</i> Andrés Ortega Klein . . . . .	105
<i>Algunas notas sobre el proceso de integración europea ¿Federalismo o fórmula original?</i> Luciano Parejo Alfonso . . . . .	125
<i>Presente y futuro de la ciudadanía de la Unión Europea.</i> Pedro-Pablo Miralles Sangro . . .	153
<i>El debate sobre el futuro de Europa.</i> Enrique Barón Crespo . . . . .	159
<i>Parlamento Europeo y parlamentos nacionales.</i> Jesús Ángel Fuentetaja Pastor . . . . .	165
<i>Realidades y perspectivas de la construcción europea.</i> Enrique Linde Paniagua . . . . .	185
<i>Documento: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea . . . . .</i>	211

NÚMERO 2, 1<sup>er</sup> semestre 2002

LA UNIÓN EUROPEA EN EL PROCESO DE GLOBALIZACIÓN

	<u>Págs.</u>
<i>Presentación.</i> Enrique Linde Paniagua y Manuel Higuera Cataluña . . . . .	9
<i>Prólogo.</i> Carlos Westendorp y Cabeza . . . . .	13
<i>Globalización: una visión general.</i> Manuel Ahijado y Ana Ahijado . . . . .	17
<i>La universalización de los derechos fundamentales: ¿El sistema europeo como modelo?</i> Enrique Linde Paniagua . . . . .	35
<i>La libertad de circulación de capitales y el impuesto Tobin.</i> Luis María Linde de Castro . . . . .	75
<i>Movimiento por otra globalización y organizaciones no gubernamentales internacionales.</i> José María Vera Villacián . . . . .	87
<i>Globalización, sindicatos y políticas públicas.</i> Albert Recio Andreu. . . . .	93
<i>Mesa redonda: La política exterior española en el marco de la política exterior de la Unión Europea:</i>	
Jesús Ángel Fuentetaja Pastor. . . . .	109
Alberto Navarro González . . . . .	137
Manuel Montobbio de Balanzó. . . . .	143
Jesús Ignacio Martínez Paricio . . . . .	153
Alfonso González Bondía . . . . .	167
Juan-Cruz Alli Turrillas . . . . .	175
<i>Avances de la política exterior de la Unión Europea.</i> Francisco Aldecoa Luzárraga . . . . .	199
<i>Los retos de la globalización y el liderazgo de la Unión Europea.</i> José María Gil Robles y Gil Delgado . . . . .	225
<i>Mesa redonda: La política comercial de la Unión Europea como Instrumento para la globalización de la economía de mercado:</i>	
Manuel Ahijado Quintillán . . . . .	233
María Antonia Calvo Hornero . . . . .	235
José Antonio Alonso Rodríguez . . . . .	243
Luis N. González Alonso . . . . .	249
Luis Miguel Hinojosa Martínez . . . . .	259
<i>Nota biográfica de los autores.</i> . . . . .	267

## NÚMERO 3, 2.º semestre 2002

## EL FUTURO DE LA UNIÓN EUROPEA LA REFORMA DE LAS INSTITUTCIONES

	<i><u>Págs.</u></i>
<i>Presentación.</i> Enrique Linde Paniagua y Manuel Higuera Cataluña . . . . .	9
<b>ESTUDIOS</b>	
<i>El Consejo de la Unión en clave de reforma.</i> Araceli Mangas Martín . . . . .	15
<i>Una Comisión Europea creíble.</i> Pilar Mellado Prado . . . . .	47
<i>El voto y el derecho. Una propuesta de reforma electoral para Europa.</i> José Sanmartín Pardo . . . . .	57
<i>Una nueva ciudadanía europea.</i> Pedro-Pablo Miralles Sangro . . . . .	69
<i>¿Existe un imperativo de reformar las instituciones económicas en la UE?</i> Manuel Ahijado y Ana Ahijado . . . . .	79
<i>La Unión Europea en el concierto de las organizaciones internacionales.</i> Paz Andrés Sáenz de Santa María . . . . .	121
<i>Las reformas de la Administración y de la Función Pública comunitarias.</i> Jesús Ángel Fuentetaja Pastor . . . . .	143
<i>Unos presupuestos para la Unión Europea ampliada.</i> Miguel Ángel García Díaz . . . . .	179
<i>La participación de los parlamentos nacionales.</i> Manuel Delgado-Iribarren García Campero	203
<i>Una nueva arquitectura jurisdiccional para la Unión Europea.</i> Mariano Bacigalupo Saggese	221
<i>Las instituciones financieras en una Unión Europea ampliada.</i> Carmen Fernández Rodríguez	243
<i>Sistema de distribución de competencias y racionalización del sistema normativo.</i> Enrique Linde Paniagua . . . . .	259
<b>NOTAS</b>	
<i>El Comité de las regiones: su reforma.</i> Rafael Abril Manso . . . . .	289
<i>La reforma de las instituciones: La composición de la Comisión.</i> Almudena Blanco Quintana	299
<i>Participación de las regiones ultraperiféricas en la Unión Europea. Debate de futuro.</i> Antonio Brito Pérez . . . . .	311
<i>El Comité de las Regiones y su reforma.</i> Isabel María Clavera Arizti . . . . .	329
<i>Los plazos en la resolución de los procedimientos ante el Tribunal de Justicia.</i> Alberto Fernández de Abia . . . . .	335
<i>Presente y futuro del Defensor del Pueblo Europeo. Guardián de la Buena Administración,</i> Bernardo Ferrer Jeffrey . . . . .	341
<i>El futuro modelo institucional europeo ¿Hacia un modelo supranacional o intergubernamental?</i> Álvaro Herrera González . . . . .	355

<i>Las agencias y su función en la Unión Europea ampliada.</i> Anne-María Ikonen . . . . .	369
<i>La reforma de la Administración de las relaciones exteriores de la Comisión en el marco de la reforma global de la Administración Comunitaria.</i> José Ramón León Lora . . . . .	381
<i>La función de los parlamentos nacionales.</i> Olga Lutz Herrera. . . . .	395
<i>Los parlamentos nacionales en la futura Unión Europea.</i> Ángel Martín Pecis . . . . .	413
<i>Futura configuración de la arquitectura jurídico-institucional de la UE a través de las sucesivas reformas del Estatuto del Tribunal de Justicia previstas pro el Tratado de Niza.</i> Eliseo Manuel Martínez Martínez . . . . .	425
<i>Ejecución de la normativa comunitaria: competencias ejecutivas y su reforma.</i> Esther Mina Echenique . . . . .	439
<i>Al hilo del debate sobre los parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo: El lugar de los parlamentos regionales en las instancias comunitarias.</i> Amparo Montán Montesinos . .	451
<i>Ciudadanía como categoría en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.</i> David Navamuel González. . . . .	461
<i>La reforma de la Comisión Europea en el marco de la futura política de competencia comunitaria.</i> Clara Randulfe Sánchez . . . . .	467
<i>Propuestas de reforma del Tribunal de Cuentas Europeo.</i> Roberto Sanz Moratal . . . . .	475
<i>El descontrol parlamentario como “lógica” consecuencia del actual proceso de integración comunitaria.</i> Ana Valero Heredia . . . . .	491
<i>Documento: Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea . . . . .</i>	503

NÚMERO 4, 1<sup>er</sup> semestre 2003

## LA UNIÓN EUROPEA UNA PERSPECTIVA MEXICANA

	<i><u>Págs.</u></i>
<i>Presentación.</i> Enrique Linde Paniagua y Loretta Ortiz Ahlf . . . . .	9
<i>Derecho comunitario y Derecho Internacional.</i> Loretta Ortiz Ahlf . . . . .	13
<i>Unión Europea, Constitución y federalismo.</i> Raúl González Schmal. . . . .	27
<i>La interpretación del Derecho de la Unión Europea.</i> Víctor Rojas Amandi . . . . .	47
<i>Comentarios respecto del fenómeno de integración de la Unión Europea en comparación con el sistema federal mexicano.</i> Ana García-Cuéllar de Pelayo . . . . .	65
<i>Ciudadanía y nacionalismo frente a la libre circulación de personas en la Unión Europea.</i> Virgilio Ruíz Rodríguez. . . . .	85
<i>Análisis comparativo de dos ombudsmen regionales: El Defensor del Pueblo Europeo y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.</i> Sonia Rojas Castro . . . . .	105
<i>La igualdad en los textos sobre derechos humanos. La cláusula de no discriminación en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.</i> José Luis Caballero Ochoa. . . . .	135
<i>La Unión Europea y la política educativa.</i> Enriqueta Ponce Esteban . . . . .	153
<i>El artículo 13 del Estatuto de los funcionarios públicos y la probable violación de derechos humanos.</i> Luz Paola Pacheco. . . . .	173
<i>Información: La oferta del Departamento de Derecho Administrativo de la UNED en Derecho de la Unión Europea . . . . .</i>	191

NÚMERO 5, 2.º semestre 2003

**LA EUROPA SOCIAL  
LA EUROPA DE LA SOLIDARIDAD**

	<u>Págs.</u>
<i>Presentación.</i> Enrique Linde Paniagua y Manuel Higuera Cataluña . . . . .	9
<b>LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LAS PERSONAS</b>	
<i>La libre circulación de los trabajadores versus libre circulación de las personas. La ciudadanía europea.</i> Enrique Linde Paniagua. . . . .	15
<i>La libre circulación de los empleados públicos.</i> Jesús Ángel Fuentetaja. . . . .	37
<b>VISADOS, ASILO E INMIGRACIÓN</b>	
<i>Bases de la política comunitaria en materia de visados, asilo e inmigración.</i> Mariano Bacigalupo Saggese . . . . .	57
<i>Reflexiones constitucionales sobre la inmigración en España y en la Unión Europea.</i> Marc Carrillo López. . . . .	77
<i>La inmigración en la Unión Europea: La difícil configuración de una política de inmigración.</i> José Martín y Pérez de Nanclares . . . . .	83
<i>Una regulación integral de la inmigración para Europa.</i> Dámaso-Javier Vicente Blanco. . . . .	91
<b>EMPLEO Y FONDO SOCIAL EUROPEO</b>	
<i>Las políticas de creación de empleo.</i> Dolores Licerias Ruiz . . . . .	117
<i>El principio de no discriminación por origen racial o étnico en la Unión Europea: su aplicación al empleo y a la política social.</i> Belén Alonso García. . . . .	127
<i>El Fondo Social Europeo.</i> Carmen Fernández Rodríguez . . . . .	143
<b>EL SINDICALISMO EN LA UNIÓN EUROPEA</b>	
<i>El sindicalismo europeo en el escenario internacional.</i> Juan Moreno Preciado . . . . .	163
<i>El futuro del sindicalismo europeo. La opción mediterránea.</i> Enzo Bernardo. . . . .	177
<i>Aproximación a la Ley 10/97, de 24 abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.</i> Eva Silván Delgado . . . . .	181
<b>BIENESTAR SOCIAL</b>	
<i>La estrategia de Lisboa.</i> Teresa Mojín Barquín . . . . .	189
<i>Las políticas de bienestar social en España (Evolución y comparación con la Unión Europea).</i> Héctor Maravall Gómez Allende . . . . .	197
<i>La educación.</i> Fernando Lezcano López. . . . .	219
<i>El marco jurídico de la política comunitaria de protección de los consumidores.</i> Javier Guillén Caramés. . . . .	233

NÚMERO 6, 1<sup>er</sup> semestre 2004

## LA GOBERNANZA EUROPEA

	<i><u>Págs.</u></i>
<i>Presentación: Elogio moderado al Proyecto de Constitución para Europa. Enrique Linde Paniagua y Manuel Higuera Cataluña . . . . .</i>	9
<i>La gobernanza vista desde el Parlamento Europeo. Gerardo Galeote Quecedo . . . . .</i>	17
<i>Los principios de la gobernanza europea. Luciano Parejo Alfonso. . . . .</i>	27
<i>Gobernanza europea: El papel de las instituciones y la centralidad de la Comisión. Antonio Calonge Velázquez. . . . .</i>	57
<i>La gobernanza financiera europea a propósito de la revisión de procedimientos de fiscalización del gasto comunitario. Carmen Fernández Rodríguez. . . . .</i>	75
<i>Los servicios públicos en Europa. Francisco Sosa Wagner . . . . .</i>	89
<i>La articulación de una política económica común en la Unión Europea. Miguel Ángel García Díaz. . . . .</i>	105
<i>Las Agencias Ejecutivas de la Comisión Europea. Jesús Ángel Fuentetaja Pastor . . . . .</i>	123
<i>Los parlamentos nacionales y regionales y su implicación en la toma de decisiones en la Unión Europea. Enrique Linde Paniagua . . . . .</i>	161
<i>La reforma del sistema jurisdiccional de la Unión Europea: de Niza al Proyecto . . . . . de Constitución Europea. Mariano Bacigalupo Saggese . . . . .</i>	183
<i>Hacia una Constitución europea. Un balance de los trabajos de la Convención. Paz Andrés Sáenz de Santa María . . . . .</i>	203
<i>La Política Exterior Común en el Proyecto de Tratado que instituye una Constitución para Europa. Francisco Aldecoa Luzárraga . . . . .</i>	227
<i>Documento: La gobernanza europea. Un libro blanco. . . . .</i>	251

## SERVICIOS PÚBLICOS, PRIVATIZACIONES Y LIBERALIZACIONES EN LA UNIÓN EUROPEA

	<u>Págs.</u>
<i>Presentación.</i> Enrique Linde Paniagua y Manuel Higuera Cataluña . . . . .	9
<i>Los servicios públicos: una exigencia de nuestro tiempo.</i> Miguel Vicente Segarra Ortiz . . .	11
<i>La retirada del Estado de la sociedad: privatizaciones y liberalización de Servicios públicos.</i> Enrique Linde Paniagua . . . . .	31
<i>Servicios públicos y servicios de interés general. La renovada actualidad de los Primeros.</i> Luciano Parejo Alfonso . . . . .	51
<i>El servicio público en el Derecho de la Unión Europea.</i> Yolanda Fernández García . . . . .	69
<i>Bienes y servicios públicos en España. Una valoración económica de las Privatizaciones y los procesos de liberalización.</i> Miguel Ángel García Díaz . . . . .	97
<i>Servicio público y papel de la nueva Administración y sus entes reguladores.</i> Francisco Sosa Wagner . . . . .	125
<i>La eventual reconsideración del status de las Cajas De Ahorros.</i> Ramón Martín Mateo . . .	151
<i>La regulación del sector eléctrico.</i> Leopoldo Tolivar Alas . . . . .	153
<i>Privatización y liberalización en el sector de los transportes.</i> Mercedes Fuertes López . . .	161
<i>Riesgo y ventura en la concesión de obra pública.</i> Jesús Ángel Fuentetaja Pastor . . . . .	183
<i>La privatización del agua.</i> Enrique Ortega de Miguel . . . . .	197
<i>Liberalización y privatización en los servicios postales.</i> Santiago González-Varas Ibáñez . .	219
<i>Las telecomunicaciones: servicios de interés general.</i> Juan José Montero Pascual . . . . .	235
<i>El servicio público de televisión y la privatización de la gestión directa.</i> José María Vidal Beltrán . . . . .	257
<i>A modo de introducción sobre los servicios públicos generales.</i> Manuel Higuera Cataluña	275
<i>El derecho a la salud y la eficacia social y clínica: Las nuevas formas de gestión sanitaria.</i> Cristóbal Gil Quiros . . . . .	279
<i>La enseñanza como servicio público.</i> Carlos Rodríguez Amunátegui . . . . .	285
<i>El agente urbanizador o la conversión de una función pública en una actividad empresarial privada sin riesgo.</i> Ramón Pais Rodríguez . . . . .	313
<i>El servicio público de seguridad ciudadana. Algunas ideas para la coordinación de los cuerpos y Fuerzas de Seguridad.</i> Enrique Linde Paniagua . . . . .	345
<i>La privatización del orden público. Las policías privadas.</i> Diego Cámara del Portillo . . .	357
<i>Ejército profesional y despublificación de la guerra (Privatización y externalización en las fuerzas armadas. El retorno al modelo tardo-renacentista).</i> Juan Cruz Allí Turrillas . . . . .	393
<i>La nueva privatización de la información patrimonial de las Administraciones Públicas.</i> Carmen Fernández Rodríguez . . . . .	415



NÚMERO 8, 1<sup>er</sup> semestre 2005

## LA CONSTITUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

	<u>Págs.</u>
<i>Presentación: una nueva etapa en la construcción europea.</i> Enrique Linde Paniagua . . . . .	9
<i>Significación de la Constitución Europea.</i> Carlos Carnero González . . . . .	13
<i>La Unión Europea cincuenta años después: de la CECA al Tratado Constitucional.</i> Manuel Ahijado Quintillán, Armando de Lucas Hurtado-Acera y Juan Martínez Sánchez. . .	19
<i>Preparación y elaboración de la Constitución para Europea: la Convención sobre el futuro de Europa.</i> Antonio Calonge Velázquez . . . . .	53
<i>Algunas cuestiones fundamentales de la constitución para Europa: valores y objetivos.</i> Antonio Calonge Velázquez. . . . .	71
<i>Los derechos fundamentales en la Constitución para Europa: las principales carencias de su constitucionalización.</i> Ángel G. Chueca Sancho . . . . .	85
<i>El sistema de fuentes del Derecho en la Constitución de la Unión Europea: consideraciones preliminares.</i> Enrique Linde Paniagua. . . . .	103
<i>Un nuevo equilibrio entre las Instituciones: el Consejo Europeo y el Consejo de Ministros en la Constitución Europea.</i> Paz Andrés Sáenz de Santa María. . . . .	155
<i>El Parlamento Europeo en una Europa constitucionalizada.</i> Alfredo Allué Buiza. . . . .	173
<i>Función ejecutiva y Constitución Europea.</i> Jesús Ángel Fuentetaja Pastor . . . . .	195
<i>Los principios sociales en la Constitución de la Unión Europea.</i> Miguel Ángel García Díaz	213
<i>La constitución financiera de la Unión Europea.</i> Carmen Fernández Rodríguez . . . . .	229

**LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA  
EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA**

	<i><u>Págs.</u></i>
<i>Presentación: La construcción europea debe continuar. . . . .</i>	9
<i>Manifiesto en pro de la construcción europea . . . . .</i>	11
<i>Manifest für den Aufbau der Europäischen Unión. . . . .</i>	13
<i>Manifeste en faveur de la construction européenne. . . . .</i>	15
<i>Manifest in favour of the european construction . . . . .</i>	17
<i>La Política exterior común y el proceso constitucional. Francisco Aldecoa Luzárraga . . . .</i>	19
<i>El funcionamiento de las Instituciones en la acción exterior de la Unión Europea. Pilar Mellado Prado . . . . .</i>	39
<i>Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión Europea. Antonio Calonge Velázquez. . . . .</i>	53
<i>El sistema competencial de la Unión Europea en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Enrique Linde Paniagua. . . . .</i>	75
<i>Política común de Seguridad y Defensa. Anne Maria Ikonen . . . . .</i>	115
<i>La política comercial común. Mª de la Concepción González Rabanal . . . . .</i>	137
<i>La cooperación al desarrollo de la Unión Europea. Jesús Ángel Fuentetaja Pastor. . . . .</i>	163
<i>Los acuerdos internacionales de la Unión europea y el test democrático de la declaración de Laeken: la encrucijada convencional y las expectativas de los ciudadanos. Francisco Jiménez García . . . . .</i>	197
<i>¿Sigue vigente la solidaridad europea frente a ataques terroristas o catástrofes naturales o de origen humano? Antonio Pastor Palomar . . . . .</i>	225
<i>La ayuda humanitaria de la Unión Europea. Beatriz Pérez de las Heras . . . . .</i>	243
<i>Derechos fundamentales y acción exterior de la Unión europea. Ángel Rodríguez-Vergara Díaz. . . . .</i>	257
<i>Las cifras de la acción exterior de la Unión Europea: un análisis económico. Miguel Ángel García Díaz. . . . .</i>	275

NÚMERO 10, 1<sup>er</sup> semestre 2006LA UNIÓN EUROPEA COMO ESPACIO DE LIBERTAD,  
SEGURIDAD Y JUSTICIA

	<u>Págs.</u>
<i>Prólogo: esperando a la señora Merkel</i> .....	9
<i>Warten auf Frau Merkel</i> .....	11
<i>Waiting for Mrs. Merkel</i> .....	13
<i>En attendant Madame Merkel.</i> .....	15
<i>El significado del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión en la Constitución Europea.</i> Enrique Linde Paniagua .....	17
<i>El funcionamiento de las instituciones en el espacio de libertad, seguridad y justicia.</i> Pilar Mellado Prado .....	35
<i>Las agencias europeas de la cooperación policial y judicial.</i> Jesús Ángel Fuentetaja Pastor	51
<i>Sistema competencial y de fuentes en el espacio de libertad, seguridad y justicia.</i> Antonio Calonge Velázquez .....	95
<i>Controles en fronteras, asilo e inmigración.</i> Isabel M <sup>a</sup> Clavera Arizti .....	113
<i>La cooperación judicial en materia civil.</i> Miguel Gómez Jene .....	139
<i>El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los Estados miembros.</i> Marta Gómez de Liaño Fonseca-Herrero .....	155
<i>La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega: luces y sombras.</i> Magdalena Martín Martínez .....	179
<i>La cooperación policial en la Unión Europea.</i> José García San Pedro .....	201
<i>Derechos fundamentales, lucha antiterrorista y espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.</i> Ángel Rodríguez Vergara Díaz .....	219
<i>Libertad y seguridad en Europa. La protección del pluralismo y las experiencias de democracia militante.</i> Alfredo Allue Buiza .....	235

NÚMERO 11, 2.º semestre 2006

LA PROTECCIÓN DE LOS CIUDADANOS EUROPEOS  
POR EL DERECHO DE LA UNIÓN

	<u>Págs.</u>
<i>Prólogo: los ciudadanos europeos como ciudadanos pluridimensionales.</i> Miguel Vicente Segarra Ortiz y Enrique Linde Paniagua . . . . .	9
<i>La protección diplomática y consular de los ciudadanos de la Unión en el Exterior.</i> Paz Andrés Sáenz de Santa María . . . . .	11
<i>La protección de los gerontoinmigrantes comunitarios en España.</i> Mayte Echezarreta y Ángel Rodríguez-Vergara . . . . .	27
<i>La protección del derecho de los ciudadanos a la educación.</i> Pilar Mellado Prado . . . . .	45
<i>Los derechos fundamentales de naturaleza procesal en la Unión Europea: protección y contenido.</i> Marta Gómez de Liaño Fonseca-Herrero. . . . .	61
<i>La protección del turista en la Unión Europea.</i> Carmen Fernández Rodríguez . . . . .	79
<i>La protección de la salud pública en la Unión Europea.</i> Marta Lora-Tamayo Vallvé . . . . .	95
<i>La protección de la salud laboral en la Unión Europea.</i> Jesús García Jiménez . . . . .	117
<i>La garantía de una política social de la Unión Europea.</i> Miguel Gómez Jene . . . . .	135
<i>La protección de los usuarios de la televisión en la Unión Europea.</i> Enrique Linde Paniagua . . . . .	157
<i>La protección de los ciudadanos europeos discapacitados.</i> Héctor Maravall Gómez-Allende . . . . .	195
Bibliografía . . . . .	215

NÚMERO 12, 1<sup>er</sup> semestre 2007

## EL PROCESO DE BOLONIA EN EL ESPACIO EUROPEO DE EDUCACIÓN SUPERIOR

	<u>Págs.</u>
<i>Prologo: luces y sombras en el Espacio Europeo de Educación Superior.</i> Enrique Linde Paniagua . . . . .	9
<i>La educación en la Union Europea: una panorámica general.</i> Pilar Mellado Prado . . . . .	13
<i>El proceso de Bolonia. Situación actual.</i> Javier García-Velasco . . . . .	31
<i>El proceso de Bolonia. La estrategia de Lisboa. Grado y posgrado en la enseñanza superior española.</i> Enrique Linde Paniagua. . . . .	39
<i>Los Programas europeos en el marco de la enseñanza superior.</i> Emilio García Prieto . . . . .	69
<i>Homologación, convalidación y reconocimiento de títulos y estudios extranjeros en España.</i> Roberto González Miguel . . . . .	85
<i>Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en relación con el Espacio Europeo de Educación Superior.</i> José Carlos Navarro Ruiz. . . . .	99
<i>El Proceso de Bolonia en la Universidad Rovira i Virgili.</i> Mercè Gisbert Cervera. . . . .	117
<i>La política de investigación y desarrollo tecnológico de la Unión Europea.</i> Ramón Pais Rodríguez . . . . .	135
<i>Documentación.</i> Susana Viñuales Ferreiro . . . . .	165

NÚMERO 13, 2.º semestre 2007

**LAS REGIONES EN LA UNIÓN EUROPEA**

	<i><u>Págs.</u></i>
<i>Prólogo: ¿Avanza la Unión Europea? Un ejemplo paradigmático de lo que no hay que hacer para construir Europa.</i> Enrique Linde Paniagua . . . . .	9
<i>¿Europa de los Estados versus Europa de las regiones? La Unión y las Comunidades Europeas como organizaciones intraestatales.</i> Enrique Linde Paniagua . . . . .	13
<i>El Comité de las regiones un futuro incierto.</i> Pilar Mellado Prado . . . . .	23
<i>Una panorámica económica de las regiones europeas.</i> Miguel Ángel García Díaz . . . . .	49
<i>La participación de las regiones en la elaboración y en la ejecución del Derecho europeo.</i> Jesús Ángel Fuentetaja Pastor . . . . .	77
<i>La participación de las Comunidades Autónomas y el uso de sus lenguas oficiales en las Instituciones de la Unión Europea.</i> José María Vidal Beltrán . . . . .	93
<i>Los parlamentos regionales y la Unión Europea.</i> Alfredo Allué Buiza . . . . .	109
<i>La cooperación transfronteriza entre regiones europeas. En busca de un instrumento jurídico eficaz.</i> Alberto A. Herrero de la Fuente . . . . .	125
<i>Las regiones ultraperiféricas de la Unión. Una dimensión singular. Especial referencia a Canarias.</i> Antonio Brito Pérez. . . . .	161
<i>El acceso de las regiones al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.</i> Marta Gómez de Liaño Fonseca-Herrero . . . . .	195
<i>Cohesión económica entre las regiones de la Unión Europea: Teoría inadecuada, evidencia confusa, políticas insuficientes.</i> Manuel Ahijado, M <sup>a</sup> José Lorenzo, Isabel Escobedo. . . . .	215
<i>Las Regiones en la Unión Europea tras los nuevos Estatutos de Autonomía.</i> Ángel Rodríguez-Vergara Díaz. . . . .	247

**NÚMERO 14, 1<sup>er</sup> semestre 2008**

**LA DIRECTIVA RELATIVA A LOS SERVICIOS  
EN EL MERCADO INTERIOR  
(LA DIRECTIVA BOLKESTEIN)**

	<u>Págs.</u>
<i>Prólogo.</i> Miguel Vicente Segarra Ortiz y Enrique Linde Paniagua . . . . .	9
<i>La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Pautas de actuación futura.</i> Miguel Vicente Segarra Ortiz . . . . .	11
<i>Los servicios sociales en la Directiva Bolkestein.</i> Brian Synnott . . . . .	21
<i>Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior.</i> Enrique Linde Paniagua . . . . .	35
<i>La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la Administración electrónica española y el desafío que plantea su transposición.</i> Helena Villarejo Galende . . . . .	47
<i>Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior.</i> Enrique Linde Paniagua . . . . .	83
<i>La libre prestación de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior.</i> Juan José Montero Pascual . . . . .	103
<i>Los derechos de los destinatarios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior.</i> Beatriz Pérez de las Heras . . . . .	117
<i>En busca de la Europa social: reflexiones críticas sobre la calidad de los Servicios en la Directiva Bolkestein.</i> Magdalena M. Martín Martínez . . . . .	135
<i>La cooperación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el Mercado interior.</i> Francisco Jiménez García . . . . .	149
<i>Documentación: Directiva relativa a los servicios en el mercado interior . . . . .</i>	173

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA: NUEVAS PERSPECTIVAS**

	<u>Págs.</u>
<i>Prólogo.</i> Enrique Linde Paniagua . . . . .	9
<i>Multiculturalismo y derechos políticos en Europa.</i> Alfredo Allué Bauza. Director del Instituto de Estudios Europeos. Universidad de Valladolid . . . . .	13
<i>El ámbito de aplicación: el talón de Aquiles de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.</i> Enrique Linde Paniagua. Profesor de Derecho Administrativo. UNED . . . . .	27
<i>El Defensor del Pueblo Europeo y la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: perspectivas de futuro.</i> Pilar Mellado Prado. Profesora Titular de Derecho Constitucional. UNED . . . . .	45
<i>El control de legalidad en la ejecución de las sanciones internacionales antiterroristas por parte de la Unión Europea: ¿tutela judicial efectiva o vuelta a la doctrina de los actos políticos?</i> Francisco Jiménez García. Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad Rey Juan Carlos . . . . .	81
<i>La ciudadanía europea: un nuevo peldaño en la construcción del hombre de nuestro tiempo.</i> Enrique Linde Paniagua. Profesor de Derecho Administrativo de la UNED . . . . .	127
<i>El derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.</i> Jesús Ángel Fuentetaja Pastor. Profesor Titular de Derecho Administrativo. UNED . . . . .	137
<i>El derecho a la integridad de la persona en el marco de la medicina y la biología (en el ámbito de la Unión Europea).</i> Narciso Martínez Morán. Profesor Titular de Filosofía del Derecho. UNED . . . . .	155
<i>«Quien contamina, paga» en el Derecho de la Unión Europea.</i> Ángel G. Chueca Sancho. Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Universidad de Zaragoza. . . . .	183
<i>Los derechos sindicales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.</i> Remedios Roqueta Buj. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia . . . . .	197
<i>La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la Unión Europea.</i> Marta Gómez de Liaño Fonseca-Herrero. Profesora de Derecho Procesal. UNED . . . . .	211
<i>La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la práctica española.</i> Paz Andrés Sáenz de Santa María. Catedrática de Derecho Internacional Público. Universidad de Oviedo. . . . .	233
<i>Sumarios de los números 1 a 15 de la REDUE.</i> . . . . .	257
<i>Índice de autores</i> . . . . .	273



# REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

## ÍNDICE DE AUTORES

REVISTA NÚMERO

---

ABRIL MANSO, RAFAEL	3
AHIJADO QUINTALLÁN, MANUEL	2- 3- 8- 13
AHIJADO, ANA	2- 3
ALDECOA LUZÁRRAGA, FRANCISCO	2- 6- 9
ALONSO GARCÍA, BELÉN	5
ALONSO RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO	2
ALLI TURRILLAS, J. CRUZ	2- 7
ALLUÉ BUIZA, ALFREDO	8-10- 13-15
ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, PAZ	3- 6- 8- 11-15
BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO	1- 3- 5- 6
BARON CRESPO, ENRIQUE	1
BERNARDO, ENZO	5
BLANCO QUINTANA, ALMUDENA	3
BRITO PÉREZ, ANTONIO	3-13
CABALLERO OCHOA, JOSÉ LUÍS	4
CALONGE VELÁZQUEZ, ANTONIO	6- 8- 9- 10
CALVO HORNERO, MARÍA ANTONIA	2
CÁMARA DEL PORTILLO, DIEGO	7
CARNERO GONZÁLEZ, CARLOS	8
CARRILLO LOPEZ, MARC	5
CLAVERA ARIZTI, ISABEL	3- 10
CHUECA SANCHO, ÁNGEL G.	8,15
DELGADO-IRIBARREN GARCÍA CAMPERO, MANUEL	3
ECHEZARRETA, MAYTE	11
ESCOBEDO, ISABEL	13
FERNÁNDEZ DE ABIA, ALBERTO	3
FERNÁNDEZ GARCÍA, YOLANDA	7
FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, CARMEN	3- 5- 6- 7- 8- 11
FERRER JEFFREY, BERNARDO	3
FUENTETAJA PASTOR, JESÚS ÁNGEL	1- 2- 3- 5- 6- 7- 8- 9- 10- 13- 15
FUERTES LÓPEZ, MERCEDES	7
GALEOTE QUECEDO, GERARDO	6

GARCÍA DÍAZ, MIGUEL ÁNGEL	1- 3- 6- 7- 8- 9-13
GARCÍA JIMÉNEZ, JESÚS	11
GARCÍA PRIETO, EMILIO	12
GARCÍA SAN PEDRO, JOSÉ	10
GARCÍA –VELASCO, JAVIER	12
GARCÍA-CUÉLLAR DE PELAYO, ANA	4
GIL QUIROS, CRISTÓBAL	7
GIL ROBLES Y GIL DELGADO, JOSÉ MARÍA	2
GISBERT CERVERA, MERCÈ	12
GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO	10-11-13-15
GÓMEZ JENE, MIGUEL	10-11
GONZÁLEZ ALONSO, LUIS N.	2
GONZÁLEZ BONDÍA, ALFONSO	2
GONZÁLEZ MIGUEL, ROBERTO	12
GONZÁLEZ RABANAL, M <sup>a</sup> DE LA CONCEPCIÓN	9
GONZÁLEZ SCHMAL, RAÚL	4
GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO	7
GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER	5
HERRERA GONZÁLEZ, ÁLVARO	3
HERRERO DE LA FUENTE, ALBERTO A.	13
HIGUERAS CATALUÑA, MANUEL	1- 2- 3- 5- 6- 7
HINOJOSA MARTÍNEZ, LUIS MIGUEL	2
IKONEN, ANNE-MARÍA	3-9
JIMÉNEZ GARCÍA, FRANCISCO	9- 14-15
LEON LORA, JOSÉ RAMÓN	3
LEZCANO LÓPEZ, FERNANDO	5
LICERAS RUIZ, DOLORES	5
LINDE DE CASTRO, LUIS MARÍA	2
LINDE PANIAGUA, ENRIQUE	1- 2- 3- 4- 5- 6- 7- 8- 9- 10- 11- 12- 13- 14- 15
LORA-TAMAYO VALLVÉ, MARTA	11
LORENZO, M <sup>a</sup> JOSÉ	13
LUCAS HURTADO-ACERA DE, ARMANDO	8
LUTZ HERRERA, OLGA	3
MANGAS MARTÍN, ARACELI	3
MARAVALL GÓMEZ ALLENDE, HÉCTOR	5-11

---

MARTÍN MARTÍNEZ, MAGDALENA, M.	10-14
MARTÍN PECIS, ÁNGEL	3
MARTÍNEZ MARTÍNEZ, ELISEO M.	3
MARTÍNEZ MORÁN, NARCISO	15
MARTÍNEZ PARICIO, JESÚS IGNACIO	2
MARTÍNEZ SÁNCHEZ, JUAN	8
MELLADO PRADO, PILAR	1- 3- 9- 11- 12- 13- 15
MINA ECHENIQUE, ESTHER	3
MIRALLES SANGRO, PEDRO-PABLO	1-3
MOJÍN BARQUÍN, TERESA	5
MONTÁN MONTESINOS, AMPARO	3
MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ	7- 14
MONTOBBIO DE BALANZÓ, MANUEL	2
MORENO PRECIADO, JUAN	5
NAVAMUEL GONZÁLEZ, DAVID	3
NAVARRO GONZÁLEZ, ALBERTO	2
NAVARRO RUIZ, JOSÉ CARLOS	12
ORTEGA DE MIGUEL, ENRIQUE	7
ORTEGA KLEIN, ANDRÉS	1
ORTIZ AHLF, LORETTA	4
PACHECO DÍAZ, LUZ PAOLA	4
PAIS RODRÍGUEZ, RAMON	7, 12
PAREJO ALFONSO, LUCIANO	1- 6- 7
PASTOR PALOMAR, ANTONIO	9
PÉREZ DE LAS HERAS, BEATRIZ	9, 14
PONCE ESTEBAN, ENRIQUETA	4
RANDULFE SÁNCHEZ, CLARA	3
RECIO ANDREU, ALBERT	2
RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, CARLOS	7
RODRÍGUEZ BEREIJO, ÁLVARO	1
RODRÍGUEZ VERGARA DÍAZ, ÁNGEL	9- 10- 11- 13
ROJAS AMANDI, VICTOR	4
ROJAS CASTRO, SONIA	4
ROQUETA BUJ, REMEDIOS	15
RUIZ RODRÍGUEZ, VIRGILIO	4
SANMARTÍN PARDO, JOSÉ	3

---

SANZ MORATAL, ROBERTO	3
SEGARRA ORTIZ, MIGUEL VICENTE	7- 11- 14
SILVÁN DELGADO, EVA	5
SOSA WAGNER, FRANCISCO	6- 7
SYNOTT, BRIAN	14
TOLIVAR ALAS, LEOPOLDO	7
VALERO HEREDIA, ANA	3
VERA VILLACIÁN, JOSÉ MARÍA	2
VICENTE BLANCO, DÁMASO-JAVIER	5
VICIANO PASTOR, ROBERTO	1
VIDAL BELTRÁN, JOSÉ MARÍA	7- 13
VILLAREJO GALENDE, HELENA	14
VIÑUALES FERREIRO, SUSANA	12
WESTENDORP Y CABEZA, CARLOS	1- 2







