

LA ADHESIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS AL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS (CEDH): UN INTENTO DE SOLUCION AL PROBLEMA DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL AMBITO COMUNITARIO

por Antonio F. FERNANDEZ TOMAS (*)

INTRODUCCION

La posible adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH) es un supuesto hipotético atractivo como objeto de estudio, pues posee la virtualidad de constituir un tema eje, en torno al cual giran una buena cantidad de problemas conexos que afectan, no sólo a las propias Comunidades, sino también a otros actores que se desenvuelven en el espacio europeo. En efecto, en torno al CEDH se está librando desde hace unos años una pequeña batalla en la que lo decisivo parece ser cuál de los contendientes se encarga de proteger un cierto sector de los derechos humanos. Sorprendentemente, tanto **las Comunidades**, como el **Consejo de Europa**, e incluso ciertos **Estados Miembros**, pretenden ser ellos mismos los responsables de dicha protección, mientras —expectante— el **ciudadano comunitario** se pregunta a quién habrá de dirigir la próxima vez su demanda. En realidad tras unas tomas de postura tan aparentemente altruistas se oculta un problema de **competencias** —nada claro en mi opinión— en torno al cual las instituciones comunitarias se han dedicado a extender las suyas de un modo **implícito**, no sin que ello haya producido un cierto malestar, más o menos disimulado en el Consejo de Europa.

La solución, más o menos transaccional, que permitiría arrojar un poco de luz sobre el problema sería **la adhesión de las Comunidades al CEDH**, lo cual, sin ser una panacea, podría suponer una mejora en relación con la situación actual. No obstante, una cuestión a meditar es si realmente, en la práctica, la adhesión de las Comunidades al CEDH, cambiaría, o no, de un modo decisivo la situación, que ya existe de hecho desde hace unos años, dentro de la cual el propio Tribunal Comunitario ha ido elaborando una cierta doctrina jurisprudencial, la de «los

(*) Profesor titular de Derecho Internacional Público. Universidad de Valencia.

(**) El autor del presente trabajo realizó un «stage» en calidad de **Professeur stagiaire** en la División de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa durante los meses de mayo y junio de 1982.

derechos fundamentales comunitarios», insistiendo en su protección por la vía de la aplicación de los Principios Generales del Derecho.

No sería fácilmente comprensible por qué se plantea la adhesión si no se comenzase exponiendo brevemente cual era (I) **la situación** de base comunitaria en relación con la posibilidad de actuar como ente protector de los derechos humanos, desde el origen de la organización, y (II) qué **evolución** ha ido desarrollándose hasta conseguir que, a través de vías tales como la idea de las competencias implícitas, y la aplicación de los Principios Generales del Derecho, el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas haya ejercido una protección de los derechos humanos de contenido comunitario, cuyos límites son, por fuerza, extremadamente imprecisos.

Ante tal situación, y sin perjuicio de que en el **futuro** (III) puedan adoptarse vías de solución más completas y elaboradas (un «catálogo» propio donde se enumeren con precisión los derechos humanos «comunitarios»), parece que en el momento actual la idea más factible y eficaz para solucionar el problema a corto plazo sería (IV) la **adhesión** de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH). Con ello se pretende otorgar solución a una triple problemática que, en síntesis sería la siguiente: 1.º) Las dudas acerca del fundamento de las **competencias** comunitarias; 2.º) Lo exiguo del **derecho aplicable**, hasta ahora limitado a los Principios Generales del Derecho, y 3.º) La **Inseguridad** e imprecisión que conlleva la aplicación únicamente de principios generales, por un órgano jurisprudencial no ligado por sus propios precedentes, y forzado a la extensión, sin límites determinados *a priori*, de tales principios en función de la protección que pretenda otorgar.

I. LA SITUACION EN SUS ORIGENES

No estaba previsto en principio en el Tratado Constitutivo de la CEE, que uno de los objetivos de las Instituciones Comunitarias fuese el de la protección de ciertos derechos y libertades fundamentales dentro del ámbito de aplicación del derecho comunitario. Este planteamiento resulta, por otra parte, perfectamente lógico si se tiene en cuenta que todos los miembros originarios de las C.E. lo eran asimismo del Consejo de Europa, y, si bien al menos uno de aquéllos fue durante muchos años reacio a realizar la declaración prevista en el artículo 25 del CEDH, permitiendo el recurso individual ante la Comisión Europea, ello no suponía una motivación suficiente para lanzarse al abordaje sobre competencias no expresamente previstas en el Tratado de Roma en una materia que, en principio, parecía referirse más bien a temas bastante lejanos a la dinámica comunitaria.

Es cierto sin embargo que, si bien con carácter excepcional, y haciendo uso de interpretaciones algo extremadas, ya en el **Tratado de Roma** podemos encontrar ciertas referencias que supongan algún punto de contacto con derechos o libertades fundamentales. Así, puede pensarse que algunas de las **actividades económicas** cuyo «desarrollo armónico» debe ser promovido en el seno de la Comunidad (**art. 2**) pueden tener relación con el **Derecho al Trabajo** (**art. 23** De-

claración Universal de Derechos Humanos; art. 6 del Pacto Internacional de derechos Económicos y Sociales y Culturales, y art. 1 de la Carta Social Europea), o con facultades derivadas del derecho de **propiedad privada** (art. 17 Declaración Universal, art. 1 del Protocolo Adicional núm. 1 al CEDH). De un modo mucho más explícito el mismo **artículo 2** del Tratado de Roma se refiere a la «mejora continua del **nivel de vida**» como uno de los fines comunitarios, existiendo sobre esta cuestión referencias expresas en los textos internacionales específicos (art. 25 Declaración Universal, art. 11 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

En un sentido semejante puede pensarse también que el principio de **no discriminación** por razón de nacionalidad (**art. 7** Tratado de Roma), sería una variante específica de un genérico principio de no discriminación que vendría a entroncar con otras variaciones sobre el mismo principio como las contenidas en los artículos 7 y 23-2.ª de la Declaración Universal, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1), o en el artículo 14 del CEDH en relación con «las fundadas en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas u **otras cualesquiera**».

Asimismo puede pensarse que existe una estrecha relación entre la **obligación de no divulgar información** (secreto profesional) de los funcionarios y miembros de instituciones comunitarias (**art. 214** Tratado de Roma), con un correlativo derecho por parte de las empresas y de los empresarios («ciudadanos comunitarios») a «la intimidad de sus cuentas» (2), que vendría a estar emparentado con el artículo 12 de la Declaración Universal, y el artículo 8.º del CEDH a través de argumentos tales como que la actividad empresarial **privada** es, al fin y al cabo, un sector (una proyección si se quiere) de la vida privada cuyo respeto en tanto que derecho humano se proclama en los citados textos.

Por último, y sin pretender, desde luego, ser exhaustivos, cabría cerrar provisionalmente recordando las previsiones del artículo **220** del Tratado de Roma en el sentido de hacer posibles las negociaciones entre los Estados miembros (dentro del marco Institucional comunitario) a fin de asegurar... «la protección de las personas, así como el disfrute y tutela de los derechos, en las condiciones reconocidas por cada Estado a sus propios ciudadanos» que parece invitar a los Estados Miembros a la ampliación de competencias comunitarias en la materia por una u otra vía.

Sin embargo, y pese a todo lo anterior, los ejemplos citados, no hubieran constituido argumento suficiente como para deslizar hacia este campo una ampliación de competencias de no ser porque, por motivos quizá aún no suficientemente explicados (3), el TJCE, a partir de un determinado momento (4), quiebra la línea de rechazo anteriormente esbozada y progresivamente adopta un papel de

(1) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Adoptado por medio de la Res. 2.106 (XX) de la A.G. de la ONU, de 21-XII-1965.

(2) «Los datos relativos a las empresas, y que se refieren a sus relaciones comerciales o a los elementos de sus precios de coste», dice literalmente el artículo 214.

(3) Sin que ello constituya una explicación absoluta, hay que destacar no obstante la poderosísima influencia ejercida por un artículo del Juez PESCATORE, publicado en 1968 (véase cita 21), cuyas líneas maestras han sido seguidas sin vacilación por el Tribunal en pleno a partir del año siguiente.

tenaz defensor de derechos humanos-económicos, inclinándose, de hecho, de forma tan marcada que obliga a las otras instituciones a irse pronunciando acerca del tema. Sin este decidido y constante pronunciamiento del órgano de justicia, mantenido reiteradamente durante la pasada década, la existencia de las mencionadas referencias en diversos lugares del articulado constitutivo, no hubieran producido ningún efecto práctico.

Así pues, durante un primer período, desde el origen comunitario hasta finales de la década de los sesenta, cuando un **acto comunitario** afectaba negativamente a un derecho o libertad fundamental constitucionalmente reconocido en un Estado Miembro, y era planteada una demanda ante el Tribunal de Luxemburgo éste se **declaraba incompetente** (5). En efecto, esta parecía la solución más sencilla, en tanto en cuanto, ni estaba claro que las instituciones comunitarias tuvieran **competencia** sobre el tema, ni aparecía tampoco despejado el horizonte del **derecho aplicable** por el órgano judicial.

Ha sido el **TJCE** quien, transformando progresivamente su toma de postura iniciada a finales de los 50, asume competencias en la materia a partir del caso **Stauder** (6) en 1969, y las afianza y desarrolla relacionándolas con CEDH tras el caso **Rutili** (7) en 1975. El resto de las instituciones, tras un cauto silencio, comienzan a exponer su postura. La **Comisión**, tras afirmar inicialmente en 1976 que respetaba la actitud del Tribunal, pero sin estimar necesario su pronunciamiento a favor de la adhesión (8), modifica radicalmente su posición y adopta en 1979 un **Memorandum** favorable a la adhesión al CEDH (9) como solución más viable.

(4) FARAMIRAN, J. M.: «La situación de los derechos humanos en el marco comunitario y las aportaciones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en **IV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales**, Granada, 1980, pp. 111-128, afirma que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo fue «siempre progresista» (p. 115), pero la propia COMISION de las COMUNIDADES EUROPEAS en su «Memorandum sobre la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (suplemento 2/79 del **Boletín de las Comunidades Europeas**), afirma claramente que durante un primer período (1959-1969), la postura del TJCE fue muy restrictiva (p. 7).

(5) «Memorandum», cit., p. 7.

En realidad se citan sólo dos decisiones en este sentido: La Sent. de 4-II-1959 **Stork**-Alta Autoridad y la de 17-V-1960 **Oficina de Venta de Carbón del Ruhr**/Alta Autoridad y, como puede verse ambas afectan a la CECA, pero ello no constituye óbice, en mi opinión para considerarlo como una primera postura del TJCE, llevado en aquel momento por una lógica transparente.

Además las consideraciones efectuadas por el Tribunal en el caso **Stork** son por sí solas lo bastante significativas, en el sentido de que «aquello» no es derecho comunitario, por tanto ni obliga a la Alta Autoridad de la CECA, ni el TJCE tiene asidero para declararse competente.

«...the Court is only required to ensure that in the interpretation and application of the Treaty, and of rules laid down for implementation thereof, the law is observed. It is not normally required to rule on provisions of national law. Consequently, the High Authority is not empowered to examine a ground of complaint which maintains that, when it adopted its decision, it infringed principles of German constitutional law.»

(6) **Stauder**, TJCE. Caso 29/69, de 1969, de 12-XI-1969. **Stauder/Ciudad de Ulm**.

(7) **Rutili**, TJCE. Caso 36/75, de 28-X-75. **Rutili/Ministerio del Interior de Francia**.

(8) Comisión de las Comunidades Europeas. Informe de 4-II-1976. Suplemento 5/76, **JOCE**.

(9) «Memorandum...», cit. (véase cita 4), en el que se afirma:

«La Comisión considera que la mejor respuesta a la necesidad del reforzamiento de la protección de los derechos fundamentales a nivel comunitario, consiste en la situación actual, en la adhesión formal de la Comunidad a la Convención europea del 4 de noviembre de 1950 relativa a la protección

Mientras tanto, el **Consejo** (10), en 1978 ha proclamado que el respeto de los derechos humanos constituye un elemento esencial en la pertenencia a las Comunidades, y el **Parlamento**, siempre favorable a la ampliación de los mecanismos de protección de las libertades fundamentales, tras una resolución de 1976 (11) elabora un detallado informe (12) sobre el Memorandum de la Comisión, conteniendo una propuesta de resolución aprobada el 20 de abril de 1982. Quizá, sin embargo, el pronunciamiento más conocido de estos tres órganos sea la Declaración solemne que conjuntamente realizan el 5 de abril de 1977 (13), en un momento álgido, que sirve para desviar significativamente la postura inicial de la Comisión y unirla a los planteamientos del Tribunal de Luxemburgo. La existencia de variados trabajos doctrinales (14), incluso entre nosotros (15), exponiendo datos al respec-

de los derechos humanos y las libertades fundamentales llamada en adelante "Convención europea de derechos humanos" o "CEDH". Ello no contradice la voluntad, por parte de la Comunidad, de completar los tratados mediante un catálogo de derechos elementales especialmente adecuados al ejercicio de sus competencias. Este objetivo, sin embargo, no parece accesible a corto plazo si se tienen en cuenta las diferencias de opinión que separan a los Estados miembros en lo que se refiere a la definición de los derechos económicos y sociales. Para reforzar inmediatamente y de la manera más eficaz posible la protección jurídica de los ciudadanos en la Comunidad, se debería, en primer lugar, establecer como referencia los derechos elementales inscritos en la CEDH. En otros términos, la Comunidad debería estar ligada lo más pronto posible a esta Convención y a los mecanismos de protección que ella contiene. La elaboración de un catálogo propiamente comunitario no sería afectada en modo alguno. La adhesión a la CEDH constituiría por el contrario, un primer paso en dirección a dicho objetivo» (p. 5).

(10) Consejo de Ministros de las Comunidades Europeas. Declaración sobre la democracia de 8 abril 1978.

(11) Resolución de 15 junio 1976 sobre «La primacía del derecho comunitario y la salvaguarda de los derechos fundamentales en las Comunidades Europeas» (P.E. 43.967/Años III/Dif.).

(12) Parlamento Europeo. Commissione Giuridica, P.E. 74 231/riv. Progetto di realizzazione sul Memorandum della commissione delle Comunità europee relativo all'adesione delle Comunità europee alla Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Doc. 160/79) (Relatore, Guido Gonella), 20-Aprile-82.

(13) JOCE, núm. 103 de 27-IV-1977, puede verse un comentario a la misma en FORMAN, J.: «The Joint Declaration on fundamental Rights», *European Law Review*, 1977, pp. 210-215.

(14) Por citar ahora sólo los que me parecen más significativos:

COHEN-JONATHAN, G.: «Droit de l'homme et pluralité des systèmes Européens de protection Internationale», *Revue de droits de l'homme*, 1972, pp. 615-672.

LEUPRECHT, P.: «La Coopération européenne dans le domaine des droits de l'homme», Colloque de Nancy de la S. F. P. Dr. I. L'Europe dans les relations internationales, Ed. Pedone, Paris, 1982, páginas 162-215.

MARCOUX, L.: «Le concept de Droits Fondamentaux dans le droit de la Communauté Economique Européenne», *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 4, 1983, pp. 691-733.

KAMBALOURIS, N.: «La Communauté Economique Européenne et les droits de l'homme», *Revue du Marché Commun*, 1982, pp. 643-645.

PETERSMANN, H. G.: «The protection of fundamental rights in the European Communities», *European Yearbook*, vol. XXXII, 1975, pp. 179-206.

ROTTOLA, A.: «Il problema della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'ordinamento comunitario», *Rivista di Diritto Europeo*, 1978, pp. 219-228.

SØRENSEN, M.: «Punti di contatto tra la Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo ed il diritto delle Comunità Europee», *Rivista di Diritto Europeo*, 1978, pp. 163-172.

Una evolución exhaustiva y comentada de la jurisprudencia comunitaria hasta 1980 puede verse en DRZEMCZEWSKI, A. Z.: *European Human Rights Convention in Domestic Law. A Comparative Study*, Ed. Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 229-259, y un breve resumen de la misma en el «Memorandum...», cit., pp. 6 y 7.

(15) Entre nosotros, FARAMINAN, J. M.: op. cit. (véase cita núm. 4); MARIN, A.: «La Garantía

to, hace conveniente narrar con brevedad los hechos, seleccionando únicamente los aspectos más destacables de la evolución de la jurisprudencia comunitaria.

1) Tras una primera fase, ya reseñada, considerándose incompetente, desde 1969 a 1980, en una segunda fase, el Tribunal cuenta con casi una docena de fallos en los que, con ciertas variantes, elabora una jurisprudencia protectora. En un **primer bloque** dentro de la misma podemos considerar los cuatro primeros fallos sobre el tema, a saber: **Stauder** (16), **Internationale Handergesellschaft** (17), **Einführ und Vorratsstelle** (18) y **Nold** (19). Pese a la existencia de ciertas diferencias entre los tres primeros y el último, estos casos se caracterizan por **no** hacer aún ninguna **referencia** expresa al **CEDH**, si bien la sombra del convenio parece transparentarse ya en la vaga referencia a «los textos internacionales en la materia», contenida en el caso **Nold**.

En las decisiones incluidas en este primer bloque, el **derecho aplicable** al caso por el TJCE viene constituido por los **Principios Generales del Derecho**, en versión comunitaria, con más o menos variación en la nomenclatura, y la búsqueda de aquellos que puedan ser extraídos del genérico conjunto se hace recurriendo a «**las tradiciones jurídica comunes**» de los Estados miembros, plasmadas en sus **textos constitucionales** respectivos. En opinión de cierta doctrina (20), el **fundamento** de la posibilidad de aplicación de aquellos principios habría que buscarlo en una «interpretación liberal» del artículo 164 del Tratado de Roma, convenientemente acompañado por el 173 y el 215. Así como expuso con énfasis y claridad el juez PESCATORE (21) el derecho de las C.E. no vendría solamente constituido por el Tratado y los otros textos escritos del derecho derivado, sino también por **reglas jurídicas no especificadas necesarias para la aplicación del Tratado**. En suma: podría afirmarse, para sintetizar la situación, que haciendo uso de competencias más o menos implícitas, el Tribunal aplica un derecho también implícito, a cuya complicada exhumación deberá proceder previamente en cada caso concreto.

2) Quizá para abreviar este último proceso, a partir de la sentencia **Rutili** (22), el órgano judicial emite un **segundo bloque** de fallos en los que estimando el **Convenio Europeo** como **mínimo común denominador** de protección de derechos humanos en los países miembros, el Tribunal se remite a él **expresamente** a la

de los derechos humanos en el ámbito europeo», **RIE**, vol. 2, núm. 1, 1975, pp. 73-89, especialmente 86-88.

(16) Caso 29/69, sentencia de 12-XI-1969.

(17) Caso 11/70, sentencia de 17-XII-1970.

(18) Caso 25/70, sentencia de 17-XII-1970.

(19) Caso 4/73, sentencia de 14-V-1974.

(20) MARCOUX, L.: *Op. cit.*, pp. 708 y 709.

(21) PESCATORE, P.: «Les droits de l'homme et l'intégration européenne», *Cahiers de Droit Européenne* 1968, pp. 629-655.

(22) **Rutili**. TJCE. Sentencia de 28-X-75. Caso núm. 36/75.

La sentencia **Rutili** es quizá, por varios conceptos, la más interesante de este período, y se aborda en ella una problemática realmente compleja y rica en matices varios. Así, LOUIS, J. V. (*El ordenamiento jurídico comunitario*, Ed. Comisión de las C.E., Bruselas, 1980, 1.ª ed. Castellana, página 68) afirma que en ella el TJCE aborda «un problema distinto: la obligación que los Estados miembros tomen o no en consideración el convenio de los derechos del hombre en el ejercicio de las facultades que les otorga el derecho comunitario (sic); el subrayado es mío.

No se entiende muy bien la afirmación del ilustre profesor belga si no se exponen brevemente

hora de buscar los aludidos principios coincidentes en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Existe así una serie de sentencias: **Hauer** (23), **Pecastaing** (24), **Valsabbia** (25), **National Panasonic** (26), **FEDETAB** (27), en la cual se hace una referencia expresa al CEDH, hasta el punto de que uno de los casos (**National Panasonic**) (28) ni siquiera se menciona que en el estado actual de la cuestión el nexo para la aplicación del Convenio viene constituido por la vía de los Principios Generales.

3) Tal situación ha conducido a una interesante **variante** doctrinal que, hasta el momento no parece haberse infiltrado en la jurisprudencia pero sí en las opiniones de algunos **abogados generales** (29), e incluso parece que hasta cierto punto en la de la propia Comisión de las C.E. (30). Según este sector de opinión,

algunas cuestiones. Rutili, sindicalista italiano, casado con una francesa y residente en Francia se vio envuelto en los sucesos de mayo del 68, y las autoridades administrativas francesas prohibieron su residencia en los cuatro departamentos de la región de Lorena por motivos de **orden público**, en concordancia, a su juicio, con el artículo 48-3 del Tratado de Roma que establece «limitaciones justificadas por razones de **orden público**, seguridad y salubridad públicas a la libre circulación de los trabajadores». Ahora bien, el TJCE ha mantenido en reiterada jurisprudencia que las **excepciones** a la libre circulación han de ser **interpretadas de forma restrictiva** (entre otros, CHOEN-JONATHAN, G.: «La Cour des Communautés Européennes et les droits de l'homme», *Revue du Marché Commun* 1978, especialmente pp. 90-92. Entre nosotros, PLENDER, R., y PEREZ SANTOS, J.: *Introducción al Derecho Comunitario Europeo*, Ed. Civitas, Madrid, 1984, p. 138), particularmente la excepción de orden público, y el término **justificadas**, según el TJCE **deben ser interpretados según lo establecido en el artículo 8-2.º del CEDH** en el sentido de que únicamente puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de los derechos protegidos por la convención, cuando tal injerencia «Constituya una medida que, en una sociedad democrática es necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública...». O sea que, únicamente cuando esté en peligro la seguridad pública de una sociedad democrática cabe interpretar la excepción de orden público de modo tan restrictivo que impida la libre circulación de un trabajador por el territorio comunitario.

Ello ha conducido a cierta doctrina (SIMON, D.: *Ordre publique et libertés publiques dans les Communautés Européennes*, A propos de l'arrêt Rutili», *Revue du Marché Commun*, 1976, pp. 201-223, especialmente p. 213) a afirmar que «Por consiguiente, la competencia retenida por los Estados miembros en materia de policía de extranjeros está, pues, **limitada** no solamente por las reglas comunitarias que fijan condiciones de fondo y de procedimiento para la puesta en práctica de la excepción de orden público, **sino también subordinada** en cuanto a su ejercicio **a los principios de base del orden público comunitario**, que vienen a restringir el ámbito material y territorial de las medidas administrativas». Así pues, la afirmación anterior de LOUIS, parece entenderse en el sentido de que **esas competencias residuales («facultades»)** que el derecho comunitario deja en manos de los Estados miembros, **no son discrecionales**, sino que deben ser ejercidas conforme a la limitación que supone **otro** compromiso adquirido por los Estados miembros: **el CEDH**.

(23) **Hauer**. TJCE. Sentencia de 13-XII-1979. Caso núm. 44/79.

(24) **Pecastaing**. TJCE. Sentencia de 5-III-1980. Caso núm. 98/79.

(25) **Valsabbia**. TJCE. Sentencia de 18-III-1980. Caso núm. 154/79.

(26) **National Panasonic**. TJCE. Sentencia de 26-VI-1980. Caso núm. 136/79.

(27) **FEDETAB**. TJCE. Sentencia de 29-X-1980. Casos núms. 209-215 y 218/79.

(28) Especialmente curioso es este caso en el cual se contemplan «los derechos humanos de las sociedades mercantiles», puesto que el TJCE aplica a la sociedad Panasonic el artículo 8-2 del CEDH, reconociendo la inviolabilidad de su correspondencia privada, por parte de las autoridades públicas, salvo en el caso excepcional de que sea necesario por razones de seguridad u orden público.

(29) Sobre todo CAPOTORTI y LELEUX. CAPOTORTI, A. actuaba como abogado general en el caso **Defrenne contra Sabena**, caso 149/77, de 1978, y LELEUX, P., actuó como asesor legal de la Comisión de las C.E. en el caso ROYER.

(30) Sobre todo en una primera época, alrededor de 1976. A este respecto es significativa su toma de postura en las observaciones orales realizadas en el curso del procedimiento en el caso

por una u otra vía, cabría considerar que **ya en el momento presente**, sin necesidad de adhesión, la **CEDH forma parte del derecho comunitario**. La Comisión lo explica en base al llamado «**principio de sustitución**» (31), pero este argumento debe parecerle poco sólido (32) incluso a la propia Comisión, pues si no, carecería de objeto que culminase el Memorándum recomendando la adhesión al CEDH. En el mismo sentido que la Comisión parece pronunciarse un sector doctrinal (33) y algún abogado general (34).

4) Resulta sin embargo, mucho más matizada la opinión de quien aclara que si formase parte del derecho comunitario sería sólo de un modo **parcial e indirecto**, precisamente por la vía de los principios generales, en tanto en cuanto sus previsiones (las del CEDH), formarían parte de los principios generales del derecho comunitario (35), lo cual viene a coincidir, aproximadamente, con la postura más moderada mantenida hasta ahora por el Tribunal. Y es que en realidad, en mi opinión, la utilización del **principio de sustitución** no puede ser indiscriminada puesto que posee unos límites, aunque, si se quiere, tales límites sean también implícitos. Y los límites vendrían constituidos por la propia asignación de competencias otorgadas a las Comunidades que por su texto constitutivo, y si bien las fronteras —explícitas e implícitas— de dicho texto pueden no estar siempre bien amojonadas, no cabe en principio estirarlas hasta abarcar materias que no tengan nada que ver con los fines comunitarios. Así, afirmar, sin más precisión, que en la situación actual el CEDH ya forma parte del derecho comunitario parece a todas luces exagerado (36), puesto que existen en el Convenio disposiciones que exceden con mucho de los límites lógicos de dichas competencias, y que, ni siquiera tras la adhesión podrían ser aplicadas por los órganos comunitarios en su estado actual (37). De modo que, incluso en el plano de los derechos sustan-

ROYER (Sent. de 8-IV-1976, caso núm. 48/75, Rec. CJCE, pp. 506-607), en los cuales afirmó la necesidad de que los Estados Miembros, en materia de límites al derecho fundamental de libre circulación tuvieran en cuenta también el CEDH, «ratificado por todos los Estados miembros de la CEE, y que formaría parte integrante del derecho comunitario...».

(31) «Cabe preguntarse si la Comunidad, en la medida en que cuenta con poderes que le han sido delegados por los Estados miembros, no se encuentra ya, en virtud del **principio de sustitución**, ligada por las disposiciones de **derecho material** de la convención de Derechos Humanos a partir del hecho mismo de la obligación original de los Estados miembros». Memorándum.

(32) Este argumento fue utilizado por el Tribunal en relación con los problemas derivados de la condición de parte en el GATT, ostentada por los Estados miembros, pero no por la propia Comunidad. El «Leading case» en esta materia es la sentencia de 12 del XII de 1972 International Fruit Company. Asuntos acumulados 21/72 a 24/72.

(33) Así COHEN-JONATHAN, G.: *Op. cit.*, p. 627 (interpretándolo a *sensu contrario*); MARCOUX, L.: *Op. cit.*, p. 715, y la doctrina por él citada en nota al pie núm. 107; LEUPRECHT, P.: *Op. cit.*, página 170, que se pronuncia expresamente en favor de la opinión vertida por la Comisión en el párrafo transcrito en nota anterior. Entre nosotros, FARAMINAN, J. M.: *Op. cit.*, pp. 118-119.

(34) LELEUX, opinión cit., en el caso **ROYER** (Nota: El caso **ROYER** no ha sido incluido en la lista anterior porque el TJCE se pronunció en contra de utilizar la referencia a los derechos fundamentales, en contra del sentir de la Comisión. Por razones similares tampoco se incluyó el caso **Defrenne v. Sabena**).

(35) DRZEMCZEWSKY: *Op. cit.*, p. 251.

(36) Incluso aun cuando se matice, como hace la Comisión, que su afirmación se refiere sólo a los contenidos de carácter **sustantivo** o material y no a los de carácter **procesal**.

(37) La cuestión podría plantearse en diferentes términos, quizá si el proyecto **Spinelli** acerca

tivos enumerados en la CEDH, su protección por parte de las Instituciones Comunitarias sólo sería posible en tanto en cuanto, en el asunto en cuestión, tuvieran conexión con una actividad económica integrada dentro de los fines comunitarios. Así pues el límite al «principio de sustitución» vendría a ser al propio tiempo **funcional** y **finalista**, pues únicamente sería función del TJCE la protección de una libertad fundamental en el ámbito económico cuando ello fuera necesario para el logro de los fines integradores asignados a la Organización.

III. HACIA UN CATALOGO DE DERECHOS HUMANOS COMUNITARIOS

Los fundadores de las C.E. no se preocuparon de introducir, en sus respectivos Tratados constitutivos el tipo de disposiciones —tan frecuentes en la constitución de un Estado— que enumeran y describen aquellos derechos y libertades que constituyen la base misma del sistema jurídico a establecer y que dicho Estado se compromete a respetar y quizá no lo hicieron antes porque, desde el principio estuvo previsto que el objetivo final de una Europa Unida no debía comprender solamente lo económico, y parecía más propio reservar la expresión de un **catálogo** de libertades dentro del marco de un texto político, que hacerlo en los propios Tratados constitutivos. Años después, sin embargo, y pese a la existencia de conocidos informes y propuestas, la unión política en Europa sigue siendo un proyecto; por el contrario, quince años de jurisprudencia comunitaria en materia de derechos humanos parecen querer indicar que ha llegado la hora de tomar cartas sobre el asunto. En ese sentido, parece que la solución ideal sería la elaboración de un **catálogo** de derechos fundamentales propiamente comunitario, para cuya protección tendrían competencias primordiales las propias instituciones. Sería conveniente centrar la cuestión en dos aspectos esenciales: A) Qué derechos fundamentales cabría considerar como **propriadamente comunitarios**, y B) Cómo **integrar** este catálogo comunitario en el **marco ideal** de una Europa del futuro políticamente unida.

1) A) Diversos sectores doctrinales han efectuado propuestas interesantes acerca de esta primera cuestión. Cabe considerar a PESCATORE (38) como el precursor de una saga que contando con autores tan conocidos como AKEHURST (39) o COHEN-JONATHAN (40), llega hasta la fecha con interesantes

de la Unión Europea llegara finalmente a buen fin, transformando considerablemente las estructuras y objetivos actuales, pero esta cuestión se examinará en el apartado III), 2), A).

(38) PESCATORE, P.: «Les droits de l'homme...», art. cit., y además aborda parcialmente la cuestión en «Aspects judiciaires de l'acquis communautaire», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, número 4, 1981, especialmente pp. 634-636. Traducción titulada «Aspectos Judiciales del acervo comunitario», en *RIE* 1981, pp. 331 y ss., especialmente 349-351.

De la misma época que el primer trabajo de PESCATORE es también interesante el de DUMON, F.: «La responsabilité extracontractuelle des Communautés Européennes et de leurs agents», *Cahiers de Droit Européen*, 1969, pp. 3 y ss., especialmente pp. 37-43, donde examina los que pueden considerarse «principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros».

(39) AKEHURST, M.: «The application of general principles of law by the Court of Justice of the European Communities», *British Yearbook of International Law*, 1981, pp. 29 y ss.

(40) COHEN-JONATHAN, G.: Art. cit., publ. en *Revue de Droits de l'Homme* 1972 y «La Cour des Communautés Européennes et les droits de l'homme», *Revue du Marché Commun* 1978, pp. 74-100.

aportaciones recientes (41). En suma se trataría de estudiar los textos constitutivos y algún texto de derecho derivado, junto con la jurisprudencia en materia de principios generales del derecho, y en concreto, acerca de los «derechos fundamentales comunitarios», para inducir de todo ello una enumeración de los mismos.

PESCATORE, cuando hace años preconizaba la protección de los derechos fundamentales por parte del TJCE aplicando los principios generales del derecho, indicaba que la búsqueda de los mismos había de hacerse por tres vías: la propia «constitución» comunitaria, el CEDH y las concordancias existentes en las Constituciones de los Estados miembros. Tras realizar un «inventario» de los principios generales aplicados por el Tribunal en diversas ocasiones, el vanguardista magistrado afirma que los dos derechos fundamentales de contenido material establecidos claramente en la Constitución comunitaria son: 1) el principio de **no discriminación**, en diversas manifestaciones (arts. 7 y 119 CEE y 4-6) CECA y 2) el **principio de libertad**, cuyas manifestaciones concretas más interesantes son la **libre circulación de personas**, **libertad de establecimiento**, de **ejercicio de profesiones**, de **prestación de servicios**, etc. (42). La vía abierta por el juez fue seguida por la doctrina posterior con ciertas matizaciones (43), entre las que resulta especialmente interesante la de COHEN-JONATHAN que distingue entre los «principios de **derecho escrito** comunitario» que son los dos anteriores expuestos, y, aquellos otros (**no escritos**) que deben ser determinados a partir de los principios generales del derecho (44), entre los que se encuentran el derecho a la **propiedad privada**, el del **libre ejercicio del comercio**, del **trabajo** y otras **actividades profesionales**, el principio de **proporcionalidad**, ciertos **principios procesales** (conocer las alegaciones de la parte contraria, **non bis in idem**), el principio de la **buena fe**, y el de la **seguridad jurídica** (45). Dejando a un lado posturas más restrictivas (46), quizá la lista más amplia efectuada hasta la fecha sea la pro-

(41) SAULLE, M. R.: «Recenti sviluppi della tutela dei diritti individuali in Europa». *Rivista di diritto Europeo* XVI, 1976, pp. 227-234, y sobre todo el citado estudio de MARCOUX, L., en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1983, especialmente, 695-706.

Entre nosotros es preciso reseñar el trabajo de CHUECA, A.: «Los principios generales del derecho en el ordenamiento comunitario», *RIE*, vol. 10, núm. 3, pp. 863-892, en cuyas pp. 88f y siguientes pueden encontrarse datos interesantes.

(42) PESCATORE, P.: «Les droits de l'homme...», cit., p. 646.

(43) SAULLE, M. R., añade a los anteriores al derecho a una **Seguridad Social**.

Artículo cit., pp. 232 y ss. SIMON, D., es mucho más original en su apreciación, distinguiendo los **derechos del trabajador extranjero** (o sea, nacional de otro de los Estados comunitarios) que son fundamentalmente los dos enunciados por PESCATORE, de los derechos del ciudadano comunitario entre los que se contarían la posibilidad de anular actos administrativos, la igualdad de los usuarios ante el derecho comunitario, el enriquecimiento sin causa, la continuidad de las estructuras jurídicas, la regla **non bis in idem**, etc. (art. cit., pp. 215-220).

(44) COHEN-JONATHAN, G.: «La Cour des Communautés...», art. cit., pp. 76-83 y 86-89, respectivamente.

(45) Los cuales vienen a coincidir con el escueto «inventario» ya efectuado por PESCATORE, ver artículo cit., pp. 643 y 644. Entre nosotros, CHUECA: Art. cit., pp. 877-891, desarrolla con detalle el contenido de dichos principios en la jurisprudencia del TJCE.

(46) Como la del siempre conservador AKEHURST, M., art. cit., pp. 40-44, que incluye como **seguros** solamente los de no discriminación, derecho de propiedad y derecho a ejercer libremente actividades económicas, considerando como **posibles** los de proporcionalidad, igualdad, y **audi alteram partem**.

puesta por MARCOUX (47) que incluye los derechos a: 1) **Nivel de vida** suficiente; 2) **Libre circulación**; 3) **Empleo**; 4) **No discriminación**; 5) **Derecho a una reparación suficiente**; 6) **Respeto del derecho**; 7) Existencia de **controles democráticos**, y a la intimidad de domicilio y correspondencia, en otras palabras **derecho al ces divergentes**, elaboraciones doctrinales y jurisprudencia coinciden mayoritariamente en esta especie de «catálogo oficioso» de derechos fundamentales comunitarios.

B) Cuestión no menos importante es la de intentar determinar **a priori cuáles de los derechos fundamentales incluidos en la CEDH cabría considerar aplicables en el ámbito competencial comunitario**, y a ellos se dedica a grandes rasgos la Comisión, en el citado Memorándum (48). Rectificando ligeramente dicha ordenación se perfilarían seis grupos de derechos fundamentales que podrían tener, llegado el caso, relación con actividades económicas comprendidas dentro de los fines comunitarios. Así, un primer bloque vendría a ser constituido por los derechos contemplados en el artículo 8 del CEDH, respeto a la vida privada y familiar, y a la intimidad de domicilio y correspondencia, en otras palabras **derecho al secreto**, cuya proyección en el ámbito de la Transmisión de datos industriales (sobre todo los relativos a la Tecnología) puede tener indudablemente importancia. En un **segundo** bloque habría que agrupar una serie de **libertades formales** (religiosa, de opinión e información, de asociación y de sindicación) que, a primera vista da la impresión de que presentan una menor posibilidad de conexión con la actividad económica. Aun así, y todo, el TJCE ya ha tenido ocasión de pronunciarse en asunto relacionado con la libertad religiosa (49), que hubiera parecido la más lejana a lo económico. En **tercer** lugar, es importante el conjunto de **garantías procesales**, comprendidas en los artículos 6 y 7 del CEDH, que estando por encima de las recogidas en el Tratado de Roma, o bien, siendo útiles para colmar sus lagunas, hayan sido aplicadas por el Tribunal de Luxemburgo por la vía de los principios generales. Un **cuarto** grupo cuya importancia ya se ha señalado, así como sus límites en materia de orden público (véase Rutilli, cita número 22), es el de la **libre circulación de las personas**, con respecto a la cual el **cuarto protocolo adicional** al CEDH ofrece logros importantes (50). En **quinto** lugar, en relación con el protocolo adicional primero al CEDH el **derecho a la propiedad privada**, que no requiere comentarlo, y por último el derecho a la **educación** también en relación con el protocolo adicional al CEDH (art. 2). Además no hay que olvidar la importancia, que también en el marco del CEDH tiene el principio de **no discriminación** (art. 14) en relación con los derechos enunciados en el segundo, cuarto y sexto de los bloques anteriormente enumerados.

2) A) El segundo aspecto básico del problema sería **cómo integrar el catálogo comunitario** —cualquiera que fuese su contenido— **dentro del marco de una Europa políticamente unida**. A este respecto, conviene señalar un dato importante

[47] MARCOUX, L.: Art. cit., p. 695.

[48] «Memorándum», cit., p. 13.

[49] Caso *Prals*, caso núm. 130/75, Sent. de 27-X-76. Recueil de la C.J.C.E., 1976, p. 1589.

[50] Sin embargo, el problema de los protocolos adicionales al CEDH, es que, normalmente no son obligatorios para todos los Estados miembros, y ello plantearía problemas importantes, tanto a la hora de la elaboración de un catálogo, como en el momento de la adhesión.

te. El 14 de febrero de 1984 el Parlamento Europeo adoptó en Estrasburgo un proyecto de tratado para constituir la Unión Europea (51), y aunque la gestión del proyecto parece haberse realizado de un modo quizá «excesivamente político» (52), el resultado final puede calificarse de interesante. ¿En qué situación quedaría la protección de los derechos humanos dentro de este nuevo marco? En el proyecto encontramos bastantes referencias a la misma. Tras una mención consagrada del principio en el preámbulo, ya en el artículo 4 (53), bajo la rúbrica «**Derechos fundamentales**» se establecen cuatro apartados que regulan respectivamente, el reconocimiento y protección de los derechos que cabría calificar de «**civiles y políticos**» (4-1); el compromiso de desarrollar, «dentro de los límites de sus competencias», los derechos «económicos y sociales» (4-2); la intención de vincular la futura Unión a los Tratados regionales e internacionales protectores, mientras («en el mismo plazo») se elabora un **catálogo** propio («su propia declaración», 4-3); y la posible articulación de la protección con las **sanciones** que cabría imponer a los Estados Miembros conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del proyecto (4-4). A ello hay que añadir que en el sistema de **control jurisdiccional** primariamente esbozado en el artículo 43 se prevé, por una parte la «ampliación del derecho de recurso de los particulares contra los actos de la Unión que les causen perjuicios, y, por otra, la «competencia del Tribunal para la protección de los derechos fundamentales frente a la Unión» (54).

(51) El Proyecto fue inicialmente publicado en la sección documental del *Boletín EUROPE*, números 1.287/88 y 1.289/90, de 3-I-1984. El texto finalmente votado, en el *JOCE*, C 77, de 19-III-1984. Hay traducción castellana en *RIE*, vol. 11, núm. 1, enero-abril 1984, pp. 351-377, realizada por DE LOAYSA, M. F.

(52) Al parecer la idea surgió durante la digestión de una excelente cena servida en el famoso restaurante «Le Crocodile» de Estrasburgo, el 9 de julio de 1980. Conviene, no obstante aclarar que las tendencias culinarias dominantes en dicho local aseguran digestiones ligeras (SAINT-MIHIEL, P.: «Le Projet de Traité instituant l'Union Européenne», *Revue du Marché Commun*, abril 1984, pp. 149-152).

(53) Artículo 4. Derechos fundamentales.

1. La Unión protegerá la dignidad del individuo y **reconocerá** a cualquier persona que depende de su jurisdicción los **derechos y libertades** fundamentales tal como se derivan en particular de los **principios comunes de las Constituciones** de los Estados miembros, así como de la **Convención Europea para la salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales**.
2. La Unión se compromete a mantener y **desarrollar**, dentro de los límites de sus competencias, los derechos económicos, sociales y culturales que se derivan de las constituciones de los Estados miembros, así como de la **Carta Social Europea**.
3. En un plazo de cinco años, la Unión deliberará sobre su **adhesión** a los Instrumentos Internacionales mencionados, así como a los pactos de las Naciones Unidas relativos a los derechos civiles y políticos y a los derechos económicos, sociales y culturales. En el mismo plazo, la Unión adoptará su **propia declaración** de los derechos fundamentales según el procedimiento de **revisión** previsto por el artículo 84 del presente tratado.
4. En caso de que un Estado miembro violara grave y persistentemente los principios democráticos o los derechos fundamentales, podrán adoptarse sanciones de acuerdo con las disposiciones del artículo 44 del presente tratado.

(54) Artículo 43. Control jurisdiccional.

Se aplicarán a la Unión las normas comunitarias relativas al control jurisdiccional. Se completarán por medio de una ley orgánica basada en los siguientes principios:

Como puede verse, en muchos aspectos el llamado «proyecto Spinelli» no pasa de ser un esbozo de anteproyecto, y en concreto con respecto a la protección de los derechos fundamentales en el seno de la Unión parece aspirar únicamente a **consolidar**, con una mención explícita en el texto de la futura Constitución Europea, los logros hasta ahora obtenidos con una base mucho más endeble por el Tribunal de Luxemburgo. Así mientras la Unión elabora su propio catálogo y (55) se adhiere a los Tratados oportunos, nos encontraríamos en una situación muy similar a la actual, en la cual lo único que cambia es **el reconocimiento explícito de las competencias de la Unión** para proteger los derechos fundamentales, limitadas en principio solamente a los de carácter político-civil. Así, a falta de catálogo, las fuentes inspiradoras para la determinación de los derechos protegidos seguirían siendo las coincidencias constitucionales de los Estados Miembros y el CEDH (art. 4-1), y, el límite impuesto por el artículo 4-2 del Proyecto podría tener incluso consecuencias contraproducentes, al recortar las facultades de la Unión en torno a ciertos principios (P. Ej., libre prestación de servicios) cuyo contenido pudiera estar a caballo entre lo político-civil y lo social-económico. Por otra parte, tampoco la primera redacción de las bases para un **control jurisdiccional** (art. 43) parece ser totalmente acertada, pues parece restringir el ámbito competencial del órgano judicial en esta materia al control exclusivamente de los actos emanados de las futuras instituciones, olvidando que ya se han producido casos (P. Ej. «Rutili») en este área, en los que el problema venía planteado por la necesidad de dejar sin efectos una medida administrativa interna por ser contraria al derecho comunitario. A guisa de apresada conclusión en este punto, cabría afirmar que no parece posible esperar imaginativas novedades en torno al tema si el proyecto llega a buen fin.

B) Es necesario, sin embargo, tener en cuenta una posibilidad diferente: que la Unión Europea no llegue nunca a ser más que un proyecto, pero que, por el contrario las **actuales Comunidades** decidan elaborar un **catálogo propio** de derechos fundamentales. ¿Qué **procedimiento** sería preciso adoptar entonces para lograr que, Instituciones y Estados Miembros pudieran ponerse de acuerdo en la elaboración y en la aplicación por los actuales órganos del futuro catálogo?

Parece que la **vía procesal** oportuna sería la proporcionada por el artículo 236 del Tratado de Roma, pues lo más coherente sería proceder a una **revisión del**

-
- ampliación del derecho de recurso de los particulares contra los actos de la Unión que les causen perjuicios;
 - derecho igual de recurso e igualdad de trato de todas las Instituciones ante el Tribunal;
 - competencia del Tribunal para la protección de los derechos fundamentales frente a la Unión;
 - competencia del Tribunal para anular un acto de la Unión en el marco de un procedimiento prejudicial en invalidez o de una excepción de ilegalidad;
 - apertura de un recurso en casación ante el Tribunal contra las decisiones judiciales nacionales en última instancia que se niegan a presentarle un recurso prejudicial o no reconocen una decisión prejudicial del Tribunal;
 - competencia del Tribunal para sancionar las faltas de los Estados miembros a las obligaciones que se derivan del derecho de la Unión;
 - competencia obligatoria del Tribunal para decidir sobre las controversias entre los Estados miembros relacionadas con los objetivos de la Unión.

(55) Tal y como está redactado no parecen considerarse posibilidades excluyentes.

texto constitutivo comunitario utilizando un camino largo y solemne con iniciativa comunitaria, aprobación de todas las instituciones y ratificación de los Estados Miembros mediante el procedimiento constitucionalmente previsto en cada uno de ellos. Ahora bien, el problema de **fondo** vendría planteado porque el necesario consenso sería difícil de lograr habida cuenta de las diferencias que separan a los Estados Miembros en torno a la protección de derechos económicos, sociales y culturales (56). A este respecto conviene tener en cuenta que si hasta el presente el CEDH ha podido ser fuente inspiradora del TJCE, y no lo ha sido, por el contrario, la Carta Social Europea, la explicación se halla en el diferente grado de consentimiento manifestado hacia cada uno de esos textos por parte de ciertos Estados Miembros. Además, es preciso recordar que el consentimiento manifestado respecto a la Carta Social por 7 de los 10 miembros, no implica en todos los casos (P. Ej., en el Reino Unido) un sistema de garantías judiciales internas **automáticamente** otorgado al texto internacional. Por último resulta indispensable pensar en cuántos de estos Estados hubieran sido partes de la Carta Social si ésta hubiera incorporado un sistema internacional de garantías comparable al del CEDH. Como la inclusión de estos derechos en el catálogo comunitario los haría acreedores de la protección judicial comunitaria, hay que pensar que la inclusión de derechos económicos, sociales y culturales en el futuro catálogo es más bien poco probable, y, si un futuro catálogo no incorpora este tipo de derechos, sino solamente los de carácter político y civil, ¿qué diferencia habría entonces entre el futuro catálogo comunitario y el actual CEDH?

IV. LA ADHESION DE LAS COMUNIDADES AL CONVENIO EUROPEO (CEDH)

Parece por tanto que en el estado actual de la cuestión quizá la vía de solución idónea fuera pura y simplemente la adhesión de las Comunidades al CEDH. A primera vista, ello ofrecería una solución mínimamente digna al doble problema necesidad de competencias y ausencia de derecho aplicable e implicaría además cierta dosis de seguridad jurídica, en tanto en cuanto el CEDH contiene unas formulaciones con respecto a los derechos protegidos que, si no siempre son las más progresivas, ni tampoco absolutamente precisas, cuentan por el contrario con la ventaja de veinte años largos de interpretación y aplicación por parte de los Organos de Estrasburgo, lo cual aquilata bastante el significado de sus términos. Ahora bien, la importancia que suponen estas ventajas no debe hacer olvidar ciertos problemas específicos que puede ofrecer el **procedimiento** de adhesión.

1) En principio, no parecen existir dudas acerca de que el precepto que ofrece una vía más fácil para el fin previsto es el artículo 235 del Tratado de

(56) La Carta Social Europea, adoptada en Turín el 18-X-1961, no ha sido ratificada hasta la fecha, ni por Bélgica, ni por Grecia, ni por Luxemburgo. Fuente: Conseil de l'Europe. Affaires Juridiques Etat de signatures et des ratifications des conventions et accords du Conseil de l'Europe, 1-XII-1983.

Roma. Tanto la doctrina (57), como la propia Comisión (58) así lo estiman, y, en efecto, comparado el 235 con el 236 —precepto al cual nos conducía la opción «catálogo»— no cabe duda de que el alejamiento procesal de los Estados miembros acelera y simplifica considerablemente el proceso. Por otra parte, si hace veinte años pudiera existir la duda de si la protección de los derechos fundamentales, dentro del ámbito comunitario, fuese «uno de los objetivos de la Comunidad» (59), tras la serie de sentencias del Tribunal de Luxemburgo y los pronunciamientos de las otras instituciones, anteriormente reseñado (60), la duda parece despejada.

2) Ahora bien, en una segunda lectura, podría verse que, finalizado el proceso de adhesión, tanto las Comunidades como todos sus Estados Miembros serían partes en el CEDH, con lo cual podría afirmarse que estaríamos ante una especie de «**acuerdo mixto**» (61), **sui generis**, en tanto en cuanto habría sido concluido en dos etapas temporalmente distanciadas, pero tras el cual —y este vuelve a ser el problema— **no estaría muy clara la delimitación de las respectivas competencias** entre Estados Miembros y Organización.

De modo que la simple adhesión, sin más precisiones corre el riesgo de ser inoperante, o, al menos, de no ser capaz de solucionar un problema grave: el de saber hasta dónde llegan los poderes de unos y otra, puesto que, de no explicitarse en el momento de la adhesión, el límite seguiría siendo implícito e impreciso: las competencias comunitarias podrían abarcar todo lo que cupiese dentro de los fines y objetivos comunitarios. Así, la protección de un derecho fundamental recogido en el CEDH sería posible sólo si tiene una proyección económica dentro de los fines integradores de la Organización, con lo cual no se habría avanzado mucho en relación con la situación actual.

3) Una posibilidad diferente sería la de no realizar sólo una adhesión pura y simple, sino añadiendo en dicho momento una **Declaración de las Instituciones** que especifique las materias comprendidas por el CEDH sobre las que las Comunidades tienen competencia, así como la índole y alcance de las mismas. Una solución de este tipo está prevista en el Anexo IX (arts. 2 y 5) del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10-XII-82 (62), y sería un modo plausible de despejar las incógnitas reseñadas. Sin embargo, en último término, ello haría que la **Declaración fuese aproximadamente equivalente a un anticipo del catálogo previsto, reducido a derechos políticos y civiles** (63) y sin haber sido elaborado con participación directa de los Estados Miembros. Es posible que ello suponga la vía más rápida y realista, pero implica trasladar el problema, una

(57) FERRARI BRAVO, L.: «Problemi tecnici dell'adesione delle Comunità Europee alla Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo», *Rivista di diritto Europeo* 1979, pp. 347 y ss., especialmente 358-359.

(58) «Memorandum», cit., pp. 5 y 21. Véase también el punto 4 de la Resolución del Parlamento Europeo de 20 abril 1982, sobre el Memorandum de la Comisión. Doc. cit. (véase cita 12), p. 6.

(59) En el sentido de los términos del art. 235 del Tratado de Roma.

(60) En el Ap. II de este trabajo.

(61) HUESA VINAIXA, R.: «La delimitación de competencias CEE-Estados Miembros en los acuerdos mixtos: Estudio de la práctica reciente», *RIE*, vol. 11, núm. 1, 1984, pp. 33-55.

(62) Véase HUESA, R.: *Op. cit.*, p. 47.

(63) Puesto que el CEDH contempla sólo derechos políticos y civiles, estando contenidos los económicos y sociales en la Carta Social Europea.

vez reducido a unas dimensiones más viables, a la redacción, y posterior interpretación, de la hipotética declaración.

4) Otra posibilidad, mencionada por la doctrina (64), y, al parecer rechazada en su día por las Instituciones por considerarla insuficiente (65), sería la denominada **«fórmula intermedia»** que vendría a consistir en la adopción, por medio de un acto autónomo y vinculante de la institución oportuna, o de las tres Instituciones conjuntamente (66), de la enumeración de derechos fundamentales recogida en el CEDH, pero **no del mecanismo de garantía** que implica la misma. La utilización de esta fórmula hubiera supuesto una solución al problema del derecho aplicable por el TJCE, pero hubiera complicado aún más, en mi opinión, el problema de la distribución de competencias, aunque a primera vista pueda parecer lo contrario. En efecto, en una primera lectura puede parecer claro que el TJCE es el órgano competente para dirigir los litigios que puedan derivarse de la aplicación de un acto (formalmente) comunitario, cuyo contenido fueran los aspectos sustantivos del CEDH. Ahora bien, si ese acto formalmente comunitario lo único que hace es reproducir, y en ese sentido **«duplicar»**, el CEDH en sus aspectos sustantivos, está dando origen también a la posibilidad de que a partir de un mismo acto de violación de un derecho fundamental, protegido por el CEDH, y **«duplicado»** por el acto comunitario, se produzca una **duplicidad de procesos** ante instituciones diferentes, las cuales serían, ambas, competentes por razón de la **materia**. Para evitar esta posibilidad podría argumentarse que, existe el siguiente camino: si el TJCE es competente para controlar los actos de las instituciones comunitarias, y los órganos de Estrasburgo para controlar la acción de los Estados partes en el CEDH, el criterio decisivo para evitar la duplicidad de procesos sería el **«formal»**, esto es, si el acto violador del CEDH procede de una institución habría que ir al TJCE por la vía del artículo 173 y, si por el contrario procede de un Estado, habría que acudir a la Comisión Europea de Derechos Humanos. Ahora bien, este argumento, aparentemente válido, no es sin embargo enteramente correcto, en tanto en cuanto el TJCE es también competente para enjuiciar los actos de los Estados miembros que violan el derecho comunitario, y puede hacerlo, además, a instancias de un particular por la vía del recurso prejudicial, con lo cual si un acto de un Estado Miembro viola el CEDH (y por tanto el acto comunitario **«duplicador»** del CEDH), un particular podría lograr que su caso fuera examinado mucho antes por el TJCE que por el Tribunal de Estrasburgo (67). Para evitar estas colisiones jurisdiccionales sería necesario, por tanto, lograr una fórmula que permitiera armonizar las posibilidades de actuación ante

[64] LEUPRECHT, P.: *Op. cit.*, p. 174.

[65] EHLERMAN, M. C. D., Intervención en el Coloquio sobre la adhesión de las Comunidades al CEDH (Lovain, 7-11-1980) (citado por LEUPRECHT: *Op. cit.*, p. 174, nota 33).

[66] Como ya hicieron también en materia de derechos humanos, el 5 de abril de 1977, mediante una solemne declaración conjunta. Véase cita núm. 13. Este tipo de actos, no expresamente previsto en los tratados constitutivos, es calificado frecuentemente de acto **«atípico»** o **sul generis**.

[67] Conviene tener en cuenta, sin embargo, que por la vía del 177 el TJCE no está facultado para entrar en el **fondo del asunto**, sino solamente para pronunciarse sobre la validez e interpretación de las disposiciones de derecho comunitario; si bien, en la práctica se ha utilizado esta vía, de modo más amplio para estudiar también la posible contrariedad de un acto interno de un Estado miembro con el derecho comunitario. Véase en ese sentido la sentencia **Rutili**. Nota núm. 22.

ios órganos de garantía previstos por ambos convenios y que no contemplase sólo los aspectos sustantivos del CEDH, so pena de que en la práctica, el peso de los asuntos relativos a la protección de derechos fundamentales fuese yendo a para al TJCE, restando cada vez más importancia a la actuación de los órganos de Estrasburgo y haciendo quizá tambalearse peligrosamente a una organización —El Consejo de Europa— que ya se resiente del paso de los años, y que posiblemente sea cada vez menos capaz de competir en eficacia con las Comunidades Europeas, sobre todo si éstas van expandiendo su actividad hacia terrenos hasta ahora acotados por aquíel.

CONCLUSION

Es obvio que la protección de los derechos fundamentales de la persona humana es algo que preocupa a todas las instancias de poder existentes en nuestro complejo mundo, y es lógico y justo que así sea. Ahora bien, parece conveniente no identificar dos cosas de suyo complementarias pero diferentes. Así, si en principio parece buena idea que a cada centro de poder corresponda un mecanismo de garantía de estos derechos, llegado un cierto nivel puede que una excesiva multiplicación de las instancias de protección no beneficie finalmente a los hipotéticos protegidos.

Conviene tener en cuenta que la mayor parte de las Constituciones de los países miembros de la Europa Comunitaria poseen algún sector de su articulado destinado a la enumeración de los derechos y libertades fundamentales que la ley suprema reconoce y garantiza; y, si bien es cierto que sólo Alemania, Italia y España poseen un Tribunal Constitucional específicamente encargado de su garantía, y que quizá no en todos los casos restantes el texto constitucional sea de aplicación directa por parte de la jurisdicción ordinaria, seguro que existe en todos ellos alguna legislación interna protectora con recursos dignos de ser agotados antes de tener acceso a los órganos de Estrasburgo. En ese orden de cosas quizá fuera mejor perfeccionar los mecanismos ya existentes, antes que aumentar el número de itinerarios procesales añadiendo un sistema jurisdiccional creado en principio para otro tipo de cuestiones, por la vía de la adhesión de las Comunidades al CEDH.

Por otro lado, sin embargo, creo que ha quedado claro a lo largo de estas páginas que la hipotética adhesión de las Comunidades al CEDH ni constituye una respuesta a las eventuales reivindicaciones del ciudadano comunitario —supuestamente deseoso de una mayor protección por esa vía—, ni **tampoco** una iniciativa de los Estados Miembros anhelantes de poder ofrecer una complicación más a sus respectivos poderes judiciales. Se trata, por el contrario, de una iniciativa surgida de la propia dinámica comunitaria, particularmente de la acción del Tribunal, ante la cual el resto de las instituciones en 1977, y particularmente la propia Comisión en su Memorándum de 1979 recomiendan la adhesión al CEDH, quizá como un intento de mantener la coherencia formal del sistema en torno a cuestiones de competencia institucional y derecho aplicable.

Ahora bien, si la **competencia** —implícita— ya fue asumida por el TJCE en la medida de sus necesidades, y el **derecho aplicable** —si restamos disposiciones

procesales, y aquellos derechos sustantivos que no tengan nada que ver con los objetivos y fines comunitario— va a verse aumentado sólo de un modo muy relativo por la adhesión al CEDH. Y si a ello añadimos —por lo que respecta a la **seguridad** jurídica para el ciudadano comunitario— que el TJCE no tiene porque verse ligado por los precedentes establecidos por el Tribunal de Derechos Humanos del Consejo de Europa, podría llegarse a la conclusión de que la adhesión de las Comunidades al CEDH tampoco va a suponer un hito muy importante de cara al avance de la protección de los derechos fundamentales del ciudadano comunitario. Como es natural, cuestión muy diferente sería una hipotética adhesión a la Carta Social Europea estableciendo por primera vez un sistema internacional de garantías para este texto colector de derechos socioeconómicos, pero por el momento nadie parece interesado en ello.

Además de todo lo anterior, conviene señalar otro dato quizá digno de ser tenido en cuenta. Desde 1980 —año siguiente al Memorándum de la Comisión— no parece haber sentencias del TJCE significativas sobre la materia. No sólo es que el autor de estas líneas haya sido incapaz de encontrarlas, es que, tampoco las incluyen los más recientes trabajos doctrinales publicados en 1983 (68). Es más, existe durante este período al menos un caso en que el abogado general hace una referencia expresa al CEDH, y el Tribunal, por el contrario, guarda silencio al respecto (69). Este dato aislado puede ser poco significativo, pero si se une al silencio de las otras instituciones durante el período 1980-84, y a que el proyecto de tratado instituyente de la Unión Europea (Spinelli. Véase Ap. III, 2, A) de este

(68) Además de los ya citados varias veces de MARCOUX, L. (véase cita núm. 14), y DRZEMCZEWSKI, A. Z. (véase cita núm. 14 cont.), en el momento de redactar estas líneas recibo el de DAUSES, M.: «La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1983, pp. 401-424.

(69) Caso número 155/79, sentencia de 18 de mayo de 1982. Recueil de la CJCE, 1982, p. 1575, asunto **AM & S Europe Limited contre Commission des Communautés Européennes**.

La sentencia sobre **Protection de la confidentialité** era extraordinariamente apta para haber intentado, una vez más, la aplicación del CEDH, por la vía de los Principios Generales del Derecho, pues hace alusión a la protección de la confidencialidad de la **correspondencia entre un abogado y su cliente**, la empresa AM y S. Europe Limited, si bien, hay que situar el caso dentro del contexto de la protección de la libre competencia en el Mercado Común.

Por lo que respecta al tema del presente trabajo conviene señalar que la parte demandante (la sociedad inglesa AM y S, apoyada en sus conclusiones por la Comisión Consultiva de Abogados de la Comunidad Europea) defiende la existencia en el ámbito comunitario de una institución anglosajona, el **legal privilege** (Recueil CJCE, pp. 1600 y 1601) que habría de considerarse un principio general común a todos los Estados miembros (p. 1605) y reconocerse como «derecho fundamental constitucional o derecho humano» (p. 1607), y como tal ser reconocido y aplicado «como parte del derecho comunitario» (p. 1607). Tales conclusiones son apoyadas, asimismo, por uno de los abogados generales que actúan en el procedimiento, sir Gordon SLYNN (pp. 1648 y ss.). Por el contrario, el otro de los abogados generales, Jean Pierre WARNER, y la propia Comisión de las Comunidades argumentan en contra (pp. 1619 y ss.), que el mencionado derecho a la protección del carácter confidencial de las comunicaciones entre abogado y cliente «no es mencionado como tal ni en el CEDH, ni, parece ser, en la Constitución de un Estado Miembro» (WARNER, p. 1636). El Tribunal falla siguiendo los argumentos de WARNER y la Comisión, afirmando (p. 1608) que «incluso si existiera en derecho comunitario un principio general capaz de proteger la confidencialidad de la correspondencia entre un abogado y su cliente, la extensión de esta protección no podría ser definida de manera general y abstracta, sino ser extraída teniendo en cuenta las particularidades de la reglamentación comunitaria en cuestión».

LA ADHESIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS...

trabajo y cita núm. 53) da un plazo de cinco años a las instituciones para «deliberar sobre su adhesión a los instrumentos internacionales anteriormente mencionados...» [70], puede pensarse que nos encontramos ante un compás de espera cuya dilación es difícil de prever. En síntesis pues, si en 1980 todo parecía predecir una rápida adhesión, en enero de 1985 da la impresión de que la adhesión, si finalmente se produce, puede tardar aún. Por último, sería deseable, que si se produce la prevista adhesión, se lleve a cabo adoptando una declaración aneja (véase Ap. IV, 3) delimitando las competencias respectivas de la Comunidad y los Estados Miembros, pues, de lo contrario, las ventajas de la adhesión serían realmente mínimas, frente a los inconvenientes que podrían acumularse en su contra.

[70] Artículo 4, 3 del Proyecto de Tratado.

THE ACCESSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES TO THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS (CEDM): AN ATTEMPT TO SOLVE THE PROBLEM OF THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE COMMUNITY AREA.

ABSTRACT

The question of the protection of fundamental rights and freedoms has recently become particularly important within the framework of the Community legal order. Indeed, the Court of Justice of the European Communities has on numerous occasions found itself in the delicate position of having to pronounce on the validity of certain acts committed by institutions that were allegedly in breach of such rights, and even on the obligation incumbent on member states to safeguard them in applying Community law (the Rutili affair). The jurisprudence of the jurisdictional body, which initially avoided the problem, has moved towards a more open position by incorporating the principles relating to respect for the fundamental rights and freedoms of the individual into the general principles of Community law. The references to the European Convention for the Protection of Human Rights are, however, cautious, and serve as a source of inspiration for the abstraction of the appropriate principle by the Community Court.

Nevertheless, the progressive activity of the CJEC may come up against obstacles stemming from uncertainty regarding its jurisdiction in this matter, and from the lack of precision in the law applicable to it. This could give rise to a climate of uncertainty in the individual in need of protection. The swiftest way of solving these problems would be to secure the accession of the Communities to the CEDH, but this is not the only possible solution examined. Thus the compiling of a Community list of fundamental rights may perhaps be the most complete option for the future. At present it is linked to the projet for European Union (Spinelli). At the present time, however, it is difficult to foresee which of the possible alternatives will prevail, and even more so to forecast a timetable, since the situación recently seems to have reached an impasse.

L'ADHESION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES A LA CONVENTION EUROPEENNE POUR LA SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME (CEDH): UNE TENTATIVE DE SOLUTION DU PROBLEME DE LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LE DOMAINE COMMUNAUTAIRE

RÉSUMÉ

La question de la protection des droits et des libertés fondamentaux a atteint, ces derniers temps, un relief particulier dans le cadre de la législation communautaire. La Cour de Justice des Communautés Européennes s'est vue, de fait, à plusieurs reprises, obligée de se prononcer sur la validité de certains actes des institutions éventuellement contraires à ces droits et même sur l'obligation de sauvegarder ceux-ci qui incombent aux Etats membres dans leur application du Droit communautaire (cas Rutili). La jurisprudence de l'organe juridictionnel qui, au commencement, éludait le problème, a évolué vers des positions plus ouvertes en intégrant, dans les principes généraux du Droit communautaire ceux qui sont relatifs au respect des droits et des libertés fondamentales de la personne. Les références à la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme sont cependant prudentes, et toujours comme source d'inspiration pour l'abstraction du principe opportun de la part de la Cour communautaire.

Malgré cela, l'activité progressive de la Cour de Justice de la Communauté européenne peut rencontrer des obstacles dérivés de l'incertitude de ses compétences en la matière et du manque de précision du droit applicable à celle-ci, qui pourraient créer un certain climat d'insécurité chez l'individu digne de protection. La manière la plus rapide de résoudre ces problèmes serait d'obtenir l'adhésion des Communautés à la CEDH, mais ce n'est pas la seule solution possible qui est examinée. Ainsi, l'élaboration d'un catalogue communautaire de droits fondamentaux sera peut-être l'option la plus complète pour l'avenir; actuellement, elle est liée au projet pour l'Union européenne (Spinelli). Pour le moment, cependant, il est difficile de prévoir quelle sera parmi les solutions possibles celle qui prévaudra et, plus encore, d'anticiper un calendrier hypothétique, car, ces derniers temps, la situation semble se trouver d'une certaine façon dans une impasse.

