

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. LA SENTENCIA GRANT DE 17 DE FEBRERO DE 1998.

1. Las garantías internacionales de los derechos fundamentales

Una mirada a la situación mundial actual y a las tendencias del constitucionalismo permite afirmar que los derechos fundamentales tienen una consideración que se distancia de las primeras declaraciones contenidas en las Constituciones liberales del siglo XIX. Incluso las Constituciones de los Estados democráticos posteriores a la segunda guerra mundial mantienen una posición con respecto a los derechos fundamentales que se alejan, no solo desde el punto de vista económico sino también político y social, de un concepto global en el que las relaciones humanas traspasan fronteras y relativizan la consideración del hombre como ciudadano de un único Estado¹. Los derechos fundamentales dejan de ser de reconocimiento exclusivamente nacional para pasar a estar tutelados desde el plano internacional por instrumentos propios de este Derecho; es decir, si bien los Estados constitucionales siguen reconociendo y garantizando los derechos fundamentales y mantienen la soberanía en esta materia, tutelando de forma independiente los derechos de sus propios ciudadanos, es cierto también que se ha producido una universalización de los derechos humanos que obliga a mantener una conexión en la esfera interna y externa de los propios Estados. De esta manera los derechos se reconocen y se protegen en el interior de los Estados para los nacionales sometidos a la soberanía estatal, y se reconocen y garantizan igualmente en el nivel internacional por instrumentos ratificados por el mismo Estado, en lo que se refiere a derechos propios de sus nacionales o de nacionales de otros Estados, ya que estos adquieren la consideración de derechos humanos desvinculados del *status civitatis* y vinculados exclusivamente a la consideración del hombre en cuanto persona. Normalmente los derechos de la persona cuando se positivizan en el derecho nacional tienden a transformarse en derechos de los ciudadanos y, por tanto, conectados al *status civitatis*. Por eso la protección de los derechos humanos por los Estados -fuera de la consideración de este *status*-, cuando se refiere a los extranjeros es difícil, porque no se dotan del mismo reconocimiento ni de las mismas garantías. Estas consideraciones están llevando a la posibilidad de creación de un derecho común

¹ Con carácter general estamos asistiendo a la pérdida de funciones y competencias por parte de los tradicionales Estados nacionales y a la formación de una pluralidad de niveles territoriales y no territoriales de gobierno, bien a través de organizaciones internacionales de carácter universal o regional, o bien a través de niveles menores. En estas nuevas tendencias se ha querido ver el inicio de una futura sociedad multicultural. Vid. BONAZZI, T e DUNNE, M.: (a cura di): *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Il Mulino, 2000.

para la tutela de derechos de la persona que permita una interpretación única y uniforme de las cláusulas de derechos fundamentales². Y, en parte, ese papel es el que asume en materia de protección de derechos fundamentales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y lo que se podría conseguir con una Carta Europea de los derechos fundamentales, o bien, mediante la inclusión de la misma en una futura Constitución europea, como recoge el actual proyecto. Sin embargo, la uniformidad en la interpretación y las garantías de los derechos no se ha producido todavía en el nivel europeo, fundamentalmente por los problemas que supone el hecho de que no se haya aprobado esta Constitución, lo que continúa posibilitando la existencia de varias jurisdicciones en la protección. En el caso de los países miembros de la Unión europea esta duplicidad en la protección vendría representada por la garantía interna constitucional, por la protección del TJCE y por la protección internacional del TEDH. Por tanto, encontramos que son tres los niveles de protección que interrelacionan en la mayoría de los Estados europeos. La Convención europea ha jugado un papel fundamental en la protección de los derechos fundamentales pero sigue existiendo un importante problema en el seno de la Unión europea por cuanto la CEDH no sustituye a un catálogo de derechos propio de la Unión y todavía no ha sido aprobada una Constitución que resolvería este problema.

2. Las garantías comunitarias de los derechos fundamentales. La Convención Europea de los Derechos del Hombre

El 4 de noviembre de 1950 los representantes de los doce Estados miembros del recién nacido Consejo de Europa firmaron la Convención europea para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales. Por primera vez en la historia, un grupo de Estados redactaban un detallado catálogo de derechos fundamentales dotado de fuerza jurídica. No se trataba de una mera declaración, que ya se había hecho de forma solemne con la Declaración Universal de la ONU de 1948; se pretendía instaurar un procedimiento para que los ciudadanos pudieran demandar directamente al Estado ante una instancia internacional creada expresamente (la Comisión y el Tribunal Europeo de derechos del hombre), para obtener justicia en caso de violación de uno de los derechos en ella contenido.

² HÄBERLE, P.: “Derecho Constitucional Común europeo”, en: PÉREZ LUÑO, A.: (dir.): *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 187-223. En cierto sentido este es el significado de algunas cláusulas constitucionales como las de la Constitución española -artículo 10- o la Constitución portuguesa -artículo 16-. *Ibidem*, pp. 23 donde se puede encontrar de forma breve una referencia a las técnicas que permiten constitucionalmente utilizar la normativa internacional para obtener una interpretación amplia de los catálogos nacionales de derechos fundamentales. Vid, igualmente, SAIZ ARNAIZ, F.: *La apertura constitucional al Derecho Internacional y europeo de los derechos humanos*, Madrid, 1999.

La Europa de los derechos humanos se ha ampliado y en la actualidad son 41 los países parte de la Convención entre otras cosas porque se ha convertido en una condición *sine qua non* para garantizar el carácter democrático de los Estados. Los derechos recogidos por la Convención deben ser respetados por los Estados miembros y deben poderse invocar ante los órganos judiciales, prescindiendo de la tutela de la norma interna, incluso constitucional³.

De otro lado, con el Tratado de Amsterdam de 1997 se transfirieron competencias a la Comunidad y se añadieron nuevos derechos, sobretodo en materia social, obligando a las instituciones y los Estados miembros a llevar a cabo políticas que eliminen las desigualdades y promuevan la igualdad. Pero la falta de un catálogo de derechos fundamentales en los Tratados constitutivos no ha sido remediada por el Tratado de Amsterdam, ni por normas precisas que hayan permitido que los actos comunitarios puedan confrontarse con ellas; esto ha hecho que la CEDH se haya tomado como *standar* comunitario de protección de los derechos humanos. En mas de una ocasión se ha propuesto la adhesión a la Convención con el fin de obviar la incertidumbre que puede suponer el tener un sistema de protección de derechos basado únicamente en la construcción de la jurisprudencia⁴.

La incorporación habría supuesto, por un lado, la eliminación de los conflictos de competencias y de interpretación entre el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal de Estrasburgo, por otro que la Comunidad se sometiera a los mismos mecanismos formales de control a los que ya se someten los Estados miembros en virtud de su participación en la Convención. A nivel

³ Hace poco tiempo que esta norma ha tenido un desarrollo importante en Gran Bretaña donde el 3 de octubre de 2000 ha entrado en vigor la Convención por un acto del Parlamento que la ha transformado en derecho interno. Los jueces británicos deben aplicarla directamente con preferencia a cualquier otra disposición nacional y deben interpretarla de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Las semejanzas entre el contenido del Convenio y la Carta Europea de derechos fundamentales contradice la reserva que Gran Bretaña viene poniendo a ésta, lo que demuestra que se trata más de una objeción política por la incidencia que la misma puede tener sobre el ordenamiento constitucional de la Unión. Al mismo tiempo, la decisión británica de dar eficacia vinculante al Convenio, demuestra la importancia concedida a la tutela judicial de origen internacional de los derechos fundamentales.

⁴ Ya desde 1976 la Comisión se pronunció en este sentido dado que la Convención contiene una serie de normas de carácter obligatorio reconocido por todos los Estados miembros, la Comunidad está ya obligada a respetar los derechos sancionados por la Convención independientemente de la adhesión y de la adopción de ulteriores actos constitutivos (Decisión de 4 de febrero de 1976, DOCE, n. 5/76). En 1979 la Comisión adopta ya un *Memorandum (Memorandum relativo a la adhesión de la Comunidad europea a la Convención para la salvaguarda de los derechos del hombre y las libertades fundamentales)*, de 4 de abril de 1979, DOCE, n. 2/79), en el que se declara favorable a la adhesión formal de la Comunidad, lo cual tampoco impediría la elaboración de un catálogo propio de derechos, ni impediría al Tribunal seguir elaborando su propia jurisprudencia en lo que se refiere a la tutela de derechos fundamentales, y para evitar el riesgo de que determinados actos de la Comunidad sean controlados por el Tribunal de Estrasburgo, sin que la Comunidad disponga de medios idóneos de defensa.

interno supondría también una protección más eficaz al incorporar un tercer órgano judicial a la protección del derecho⁵.

Por contra, como elementos que desaconsejaron la adhesión comunitaria a la Convención, se apuntó el temor a que esta adhesión supusiera el sometimiento de la Comunidad a un sistema externo a ella y el peligro que pueda significar para el desarrollo político futuro. Por último, podría ponerse en peligro la autonomía y la independencia del Tribunal de Justicia.⁶

A partir del dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia, se abrió el debate sobre la oportunidad de encontrar una solución alternativa a la adhesión que respondiera mejor a las exigencias del ordenamiento comunitario, teniendo en cuenta la necesidad de proceder a la mejora en el nivel de protección de los derechos fundamentales dentro de la Unión.

En este estado de cosas se tomaron en consideración varias hipótesis: la elaboración de un catálogo de derechos fundamentales propio de la Comunidad, la creación de un mecanismo de colaboración basado en una doble competencia sucesiva en el tiempo o en el modelo del reenvío prejudicial, o bien, en la sustitución de los Estados por la Comunidad en las obligaciones derivadas de la Convención⁷

⁵ Vid: BALAGUER CALLEJÓN, F.: “Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa. Una prospettiva costituzionale”, Op. Cit.; BENAZZO, A.: “Diritti fondamentali, giudici costituzionali e integrazione europea”, en: *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, pp. 835.

⁶ Este fue el argumento que utilizaron para oponerse a la adhesión de la Comunidad algunos países miembros como Francia, Irlanda, Reino Unido, Portugal y España.

⁷ La alternativa de elaborar un catalogo de derechos fundamentales podía tener como modelo la *Declaración de derechos y libertades fundamentales* aprobada el 12 de abril de 1989 por el Parlamento Europeo. Esta declaración presenta la ventaja de mencionar en un único documento tanto los derechos clásicos civiles y políticos que se recogen en la convención europea, como los derechos económicos, sociales y culturales que recogió la Carta social europea de 18 de abril de 1961. Como el Parlamento y la Comisión manifestaron, la adopción de este catálogo no sería incompatible con una futura adhesión sino que sería complementaria. Podría presentar también la ventaja de un enunciado solemne en vía normativa de la tutela de derechos fundamentales, mientras la protección asegurada por el Tribunal de Justicia se desarrolla en relación al caso concreto. La decisión de hacer una carta que contuviera los derechos propios de la Unión, sería útil también para fijar claramente los límites establecidos con carácter general para los derechos fundamentales, de forma más satisfactoria de la que se puede obtener con la adhesión a otro instrumento internacional, porque se trataría de reglas específicas adaptadas a las exigencias y a las necesidades propias de la Comunidad, y es evidente que la Convención no puede satisfacer claramente tales necesidades, dado que no toma en consideración ni los derechos económicos, ni aquellos llamados “de la tercera generación” (como por ejemplo, la protección del medio ambiente, la legislación en materia de bioética o ingeniería genética, la tutela de los

La primera solución presentaba algunos límites. Para empezar, es políticamente difícil que todos los Estados miembros puedan ponerse de acuerdo sobre la definición y sobre el contenido de los derechos fundamentales cuya protección sería confiada al Tribunal de Justicia. En segundo lugar, se ha objetado que la adopción de este catálogo no supondría una ventaja considerable para el particular comunitario frente a los actos de carácter general que no encontraría un desarrollo suficiente desde el punto de vista procesal, sin olvidar los problemas de interpretación de los derechos contenidos en ambas declaraciones, que exigiría la inclusión de un nuevo recurso al particular que le legitimara para recurrir tales actos por ser incompatible con derechos fundamentales.

La segunda alternativa apuntada era la creación de un mecanismo de cooperación entre los jueces comunitarios y el Tribunal de Estrasburgo sobre la base del modelo previsto en el actual artículo 177 del Tratado y que supondría la obligación del Tribunal de Justicia de dirigirse al Tribunal Europeo en las ocasiones en que trate de resolver controversias que comporte la necesidad de interpretar una norma de la Convención⁸.

Por último, la alternativa de sustituir a los Estados por la Comunidad en las obligaciones derivadas de la Convención, a semejanza de lo ocurrido con el GATT, no ha sido una tesis defendida precisamente con demasiado entusiasmo, sobretodo porque a diferencia de lo ocurrido con el GATT, que había sido suscrito ya por todos los Estados miembros antes de que la comunidad asumiera sus obligaciones, la Convención europea no había sido ratificada por todos los Estados miembros, considerando que, además, la materia comercial si había sido objeto de

consumidores o la protección de datos personales). Eran dos las posiciones que tenían los Estados: a juicio de algunos miembros de la Convención, la Carta debería inscribirse estrictamente en el marco de la Unión europea y de sus competencias y que, en consecuencia, habría de limitarse a precisar los derechos fundamentales que pueden invocar los ciudadanos europeos, así como su aplicación en el marco de las competencias que incumben a la Unión, por lo que no debería enunciar los derechos reconocidos por los Estados y cuya aplicación es competencia exclusiva de estos y, por último, que la Carta se limitara entonces a recoger una parte de los derechos contemplados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, en opinión de otros miembros de la Convención, que eran mayoría, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea indudablemente debía inspirarse en los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero la función de la Carta debía ser la de reformularlos y completarlos, abarcando, por una parte, los ámbitos que no planteaban problemas jurídicos en el momento de su redacción y recurriendo, por otra, a las demás fuentes de inspiración, como son, en particular, el texto del Tratado de la Unión europea, la jurisprudencia del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Carta Social Europea.

⁸ Cfr: FORLATI PICCHIO, L.: "A quando il rinvio pregiudiziale per l'interpretazione di norme internazionali sui diritti dell'uomo?", en CARLASSARRE, L.: *Le garanzie giurisdizionali nei diritti fondamentali*, Padova, 1988

transferencia a favor de la Comunidad.

La solución actual no resuelve los problemas de protección jurisdiccional ni de la duplicidad de jurisdicciones de los derechos fundamentales. Los derechos están contenidos en los distintos sistemas jurídico-constitucionales europeos, pero no en la misma forma y con la misma amplitud porque la interpretación de los distintos Tribunales no es la misma (aunque esta circunstancia ya la tiene en cuenta el Tribunal al recoger las tradiciones comunes de los Estados miembros).

3. La Convención Europea de los Derechos del Hombre como parámetro interpretativo del Derecho Comunitario. La sentencia Grant de 17 de febrero de 1998

Para suplir la carencia en esta materia, el Tribunal de justicia construyó (con algunos pronunciamientos relevantes -valga por todos el caso *Stauder* y la Sentencia *Norold*⁹), a través de su jurisprudencia, instrumentos y formas de tutela de los derechos fundamentales sustituyendo así la falta de específicas disposiciones comunitarias sobre la materia. La versión comunitaria de los derechos fundamentales es la que se ha formado por los pronunciamientos del Tribunal y se ha reproducido en el artículo F de Maastricht , en el artículo 6 de Amsterdam, y en la Carta de Derechos Fundamentales. Los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho Comunitario de los cuales la Unión asegura el respeto teniendo como parámetros las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y el catálogo de los derechos contenidos en la Convención europea¹⁰. Realmente la Convención no ha pasado de ser un texto

⁹ Sentencia *Stauder* de 12 de noviembre de 1969. Sentencia *Nold* de 14 de mayo de 1974, en las que el Tribunal afirma simplemente que se haya obligado a respetar las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y que los instrumentos internacionales le ofrecen indicaciones que conviene tener en cuenta. En la Sentencia *Norold*, el Tribunal acude a “las tradiciones constitucionales comunes” y añade una referencia a los Tratados en materia de derechos del hombre. Según el Tribunal, “los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del derecho, de los cuales el Tribunal garantiza su observancia. El Tribunal, garantizando la tutela de tales derechos, se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no podría, por tanto, admitir procedimientos incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados.

¹⁰ Los principios generales del Derecho comunitario son fruto de una síntesis elaborada por el Tribunal de Justicia y basada en principios generales del derecho comúnmente aceptados por los Estados miembros, incluida la Convención europea de Derechos Humanos. A través de este método comparativo, el Tribunal ha elaborado una relación de principios y derechos fundamentales que no encuentran reconocimiento en ninguna norma escrita y que son utilizados por el Tribunal para determinar la legalidad de los actos comunitarios de derecho derivado. Esta elaboración jurisprudencial no consiste simplemente en una asunción mecánica en el ordenamiento comunitario de las normas mayormente “comunes” a los Estados, sino que, por el contrario, el Tribunal introduce elementos propios y originales, con el fin de atribuir a los principios compartidos por los Estados miembros un significado más en consonancia con las

que “reviste un significado especial” para el Tribunal de Justicia, que en muy pocas sentencias modifica esa posición.

El primero de estos criterios -el acudir a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros- ha creado problemas en lo que se refiere a la determinación del *standard* de tutela a adoptar al comparar un determinado derecho: el del Estado más garantista o el de aquello que es común a todos los Estados miembros¹¹. En realidad el Tribunal ha utilizado ambos criterios de modo muy elástico, adaptándolos a las exigencias del Derecho Comunitario.

El segundo parámetro que se refiere al respeto de los derechos garantizados por la Convención europea, ha creado mayores problemas desde el punto de vista de la coexistencia de dos sistemas jurídicos, la Corte de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo, que desarrollan la actividad interpretativa sobre el mismo catálogo de derechos.¹² Son muchos los problemas que está creando la coexistencia de estos dos sistemas. El primero de ellos tal vez sea la identidad de países que forman parte de ambos sistemas de protección, pero no solo la identidad territorial, sino también la identidad en lo que se refiere al ámbito personal que también coincide, así como la identidad en el ámbito material puesto que se protegen los mismos derechos, a salvo de algunas excepciones que vienen dadas por la finalidad que persiguen ambas instituciones. La Unión europea, como es lógico, hace mayor hincapié en los derechos derivados de materias económicas y sociales, en tanto que el Consejo de Europa incide más en los derechos civiles y políticos, sin que sean excluyentes en ninguno de los casos. Al coincidir el ámbito territorial, personal y material, ambos sistemas pueden interferirse mutuamente. En principio este problema sería fácilmente resoluble aplicando normas de competencias de carácter procesal, de manera que si una demanda se presenta ante un órgano de un sistema internacional, por ejemplo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no puede llevarse también ante otros órganos internacionales. Pero el sistema comunitario nace de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia al que, por otro lado, no se le han atribuido competencias específicas en cuanto a la protección de derechos,

particulares exigencias del ordenamiento comunitario. “*Según constante jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del derecho de los cuales el Tribunal garantiza su observancia. A tal fin, el Tribunal se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, y en las indicaciones contenidas en los Tratados internacionales relativas a la tutela de los derechos del hombre a los que los Estados miembros han cooperado y adherido*” (Sentencia Norrd, de 14 de mayo de 1998, causa T-348/94, cit.

¹¹ Algunos autores consideran que el Tribunal de Justicia debe aplicar el nivel de protección que corresponda al ordenamiento que ofrezca una tutela más amplia, Vid: PESCATORE, P.: “Les exigences de la démocratie et la légitimité de la Communauté Européenne”, en *Cahiers de Droit Européen*, 1974.

¹² CHUECA SANCHO, A.: *Los derechos fundamentales en la Unión europea*, cit.

por lo que no juega la regla procesal anterior y pueden coincidir ambos Tribunales en la protección de derechos; pero, no solo puede darse esta coincidencia sino que puede que el Derecho comunitario sea alegado ante el Tribunal europeo de derechos o que la propia Comunidad sea demandada ante el Tribunal Europeo ¹³. Este último caso no ofrece problemas porque los Estados son miembros de la Convención, ahora bien, lo que sí puede ofrecer problemas es que se alegue la violación del derecho comunitario. El Tribunal de Estrasburgo ha entrado a examinar la compatibilidad del derecho comunitario con la Convención de Roma puesto que es el intérprete último de la misma y como tal puede juzgar la compatibilidad de los actos de los Estados parte en ese Tratado con el contenido del mismo ¹⁴. Aunque también se ha producido el caso contrario, esto es, el caso de que se requiera al Tribunal de Justicia para que verifique la compatibilidad de disposiciones nacionales con las normas de la Convención europea invadiendo así directamente el campo de la competencia del Tribunal de Estrasburgo ¹⁵

La propuesta más importante sobre este aspecto se refirió, como hemos dicho, a la adhesión de la Comunidad a la Convención, propuesta a la que el Tribunal se opuso en el dictamen 2/94. ¹⁶ El problema que permanece irresuelto y continúa existiendo igualmente en la nueva norma del Tratado de Amsterdam, es el que exista la posibilidad de tener interpretaciones divergentes, si no totalmente opuestas, por parte de los dos Tribunales.

Hay, sin embargo, algunos pronunciamientos del Tribunal en los que éste parece acercarse a un criterio uniforme e incluso aceptar, no sólo el catálogo de derechos recogidos en la Convención Europea, sino la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo. Es el caso de la

¹³ Por todas, la sentencia de 16 de diciembre de 1992 en el caso NIEMIETZ contra ALEMANIA, *PUBLICATIONS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME*, Serie A, nº 251-B.

¹⁴ Entre otras las sentencias de 15 de noviembre de 1996 en el caso CANTONI contra FRANCIA, o, la sentencia de 19 de marzo de 1997 en el caso HORNSBY contra GRECIA.

¹⁵ Vid, por ejemplo, caso PERFILI; sentencia 1 de febrero de 1996, causa C-177/94.

¹⁶ Ante la falta de un catálogo de derechos fundamentales propios de la Unión, la Comisión, en 1979 lanzó la iniciativa de la adhesión de la Comunidad a la Convención de Roma al considerar que “el mejor modo de satisfacer la necesidad de reforzar la protección de los derechos fundamentales a nivel comunitario consiste, en el momento presente, en la adhesión formal de la comunidad a la Convención europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950”. En abril de 1994, el Consejo solicita del Tribunal que emita un dictamen sobre dicha adhesión, dictamen que se emite con fecha 28 de marzo de 1996 y en el que el Tribunal niega la posibilidad de que la comunidad se adhiera a la Convención (Vid: RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C. Y VALLE GALVEZ, 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*, 1997).

Sentencia GRANT de 17 de febrero de 1998, en la que al Tribunal se le plantean dos cuestiones que son las que a nosotros nos interesan ahora: de un lado, la discriminación por razón de sexo, y, de otro, la tutela de los derechos fundamentales; la solución discriminatoria se presta a distintas interpretaciones, desde el punto de vista de la tutela de los derechos, dependiendo de la aplicación del Tratado de Maastricht o de las innovaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam, que modifican también la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, recoge en el artículo 8 el derecho a la vida privada y familiar:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar”.

Se refiere al derecho a contraer matrimonio y a la familia en su artículo 12, en unos términos que han llevado durante algún tiempo a interpretar que protegía una familia fundada en el matrimonio:

“A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”

No existe una definición de familia en la regulación del Convenio. La ausencia de esa definición expresa ha permitido el desarrollo de una jurisprudencia de derechos humanos que ha incidido profundamente en la delimitación de la protección a la familia. La jurisprudencia ha optado por conjugar el reconocimiento de una noción de familia prevalente en el sistema de la Convención, que sería el género común¹⁷, con el reconocimiento del derecho de los Estados a preferir una forma o especie de familia determinada.

Por tanto, los países europeos son libres de reconocer diferentes tipos de familia, aunque

¹⁷ La noción común o prevalente de familia empleada por la jurisprudencia europea se identifica con la unión de un hombre y una mujer establecida mediante el matrimonio o bien mediante una relación de hecho estable. Entre los elementos de prueba definatorios para comprobar si existe de hecho una verdadera vida familiar figuran: la existencia de una cohabitación efectiva de intensidad y duración razonables para llevar a cabo una vida familiar y en la constatación de un grado de compromiso, manifestado, por ejemplo, en el nacimiento de hijos. Ahora bien, en la actualidad, si esas circunstancias se cumplen, el artículo 8 resulta aplicable aunque se trate de una relación de hecho entre homosexuales o transexuales, que comparten el cuidado del hijo de una de las conviventes obtenido mediante inseminación artificial de donante anónimo.

tanto la Comisión (CEDH) como el Tribunal (TEDH) aclaran que no tienen la obligación de equipararlas jurídicamente a la familia natural, por lo que el Convenio es compatible con una pluralidad de concepciones del matrimonio¹⁸.

A su vez, el concepto de matrimonio asumido por el Convenio es el matrimonio fundado en la familia, caracterizado por la oposición biológica de sexos. El TEDH sostuvo en el caso *Cossey* que “el derecho al matrimonio garantizado en el art. 12 se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico opuesto. El texto de dicho artículo así lo confirma en la medida en que el fin perseguido es la protección del matrimonio en cuanto fundamento de la familia. El artículo establece, también que el derecho al matrimonio está sujeto al Derecho nacional de los Estados contratantes. Las limitaciones que se establezcan no deben restringir o reducir el derecho hasta menoscabar su esencia”¹⁹. Esta Sentencia, de 27 de noviembre de 1990, mantuvo la misma doctrina que la sentencia de 17 de octubre de 1986 (Caso *Rees*), que, a su vez, fue modificada año y medio después por la Sentencia de 25 de marzo de 1992 en el caso *B- contra Francia* en el que el Tribunal aprecia la violación del derecho a la vida privada de un transexual estimando que los inconvenientes de que se queja la demandante en el ámbito de su vida privada alcanzan un grado de gravedad suficiente.

En los últimos pronunciamientos del TEDH se recoge un concepto de familia desvinculado del matrimonio²⁰. Lo que cabe preguntarse es si mantendrá el TEDH esta misma

¹⁸ “No se puede encontrar en el Derecho interno de los Estados contratantes una noción uniforme de la moral. La idea que sus leyes respectivas se hacen de las exigencias de la moral varía en el tiempo y en el espacio, especialmente en nuestra época, caracterizada por una evolución rápida y profunda de las opiniones en la materia. Gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias”, *Vid.* Sentencia *Handyside c. Reino Unido* de 7 de diciembre de 1976, (FJ 48), en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, pp. 349 a 367.

¹⁹ Caso *Cossey c. UK* (1989), en el que un ciudadano británico inscrito como hombre a su nacimiento, después de cambiar sexualmente su aspecto físico, contrae matrimonio religioso en Londres, matrimonio que será declarado nulo al no considerar a los contrayentes propiamente hombre y mujer, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Boletín de Jurisprudencia Constitucional*. Publicaciones de las Cortes Generales, *Cit.*

²⁰ El TEDH en su sentencia de 30 de julio de 1998, dictada en el recurso 815-816/1997, en el caso *Sheffield y Horsham contra el Reino Unido*, ha declarado que a los transexuales les es imposible contraer matrimonio de forma válida bajo el régimen de derecho de la Ley británica de 1973, que no viola por eso el artículo 12 del Convenio relativo precisamente al derecho de contraer matrimonio. Un caso actualmente pendiente en el Tribunal, *Karner contra Austria*

postura respecto a la homosexualidad ante los recientes cambios legislativos acontecidos en algunos países europeos porque el Tribunal deja abierta la posibilidad de un posterior cambio en su doctrina: “El Convenio se ha de interpretar y aplicar siempre a la vista de las circunstancias del momento (...) Por consiguiente, la necesidad de medidas legales adecuadas debe traducirse en un estudio constante, teniendo en cuenta, especialmente, el desarrollo científico y social”²¹.

En la Unión Europea se han producido algunos pronunciamientos importantes de los que hay que deducir que se tiende a una equiparación en derechos entre los matrimonios y las uniones de hecho. Con frecuencia se invoca la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 1994, por la que se insta a la Comisión a que contemple las situaciones de uniones de hecho estables y les conceda la misma consideración que a las matrimoniales:

(...) Considerando que las familias y estructuras familiares han cambiado en Europa y que la convivencia es mucho más diversa en los últimos años, siendo muchos los jóvenes que viven en uniones no matrimoniales antes de fundar una familia y que muchas veces viven con sus hijos sin estar casados;

(...) Considerando que, en su interpretación del derecho a la vida familiar establecido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado reiteradamente que son posibles diferentes interpretaciones de la “familia”;

(...) Insta a la Comisión a que dedique la misma atención a toda forma duradera de convivencia en relación con la lucha contra la pobreza, la ayuda a los minusválidos, las iniciativas en materia de empleo y el desarrollo de los recursos

somete a la consideración del Tribunal un caso relacionado con la sucesión en un contrato de arrendamiento de una pareja de hecho homosexual. El señor Karner compartió un apartamento con su pareja gay en Viena desde 1989 hasta la muerte de éste en 1994. el propietario intentó finalizar el contrato de arrendamiento que había sido acordado inicialmente con la pareja del señor Karner. La Corte Suprema de Austria falló a favor del propietario y puso fin al alquiler. El Tribunal de Derechos Humanos ha admitido el caso por considerar que podría tratarse de un caso de discriminación por orientación sexual que viola la Convención. *Vid.* Decisión parcial sobre la admisibilidad de la instancia 400016/98, *Karner contra Austria*, de 11 de septiembre de 2001. Disponible en <http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm>. Para un caso similar en el Reino Unido, *vid. Fitzpatrick contra Sterling Housing Association*, (2001) 1, *Appeal Cases* 27.

²¹ Sentencia Rees, de 17 de octubre de 1986, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Cit.* pp. 679-694.

humanos²².

Pero no ha sido esta la única oportunidad en la que la Unión Europea ha contemplado estas situaciones²³. Al amparo del artículo 13 del Tratado constitutivo de la Unión europea²⁴, se han dictado algunas normas. Así, en noviembre de 2001, el Consejo adoptó la Directiva Marco relativa a la igualdad de trato en el empleo²⁵. La Directiva entrará en vigor en diciembre de 2003 y prohíbe la discriminación en el trabajo por razones de religión, edad, discapacidad u orientación sexual. El respeto al principio de igualdad de trato y la lucha contra cualquier forma de discriminación constituye la piedra angular del sistema jurídico de la Unión Europea, según recoge claramente la Carta de Derechos Fundamentales. Pero, la Unión tendrá que hacer una regulación más específica de desarrollo de la Directiva Marco, porque las diferentes regulaciones en los Estados miembros puede ser incompatible con el principio de libre circulación de trabajadores e introducir barreras que son particularmente importantes en las parejas no casadas que abandonen países donde sus relaciones no matrimoniales gozan de reconocimiento legal.

²² Resolución sobre la protección de las familias y unidades familiares al final del Año Internacional de la Familia, de 14 de diciembre de 1994 (D.O.C. 23.01.95).

²³ La Carta Social Europea se refiere a la familia y su protección social, jurídica y económica: “La familia como célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica, para lograr su pleno desarrollo” (art. 16). “La madre y el niño, independientemente de la situación matrimonial y de las relaciones de familia, tienen derecho a una adecuada protección social y económica”(art. 17). “Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes Contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas” (art. 16, Parte II).

²⁴ “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para la lucha contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

²⁵ Directiva del Consejo 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000 que establece un marco general para la igualdad de trato en el ámbito del empleo y la ocupación, OJ (2000) L 303/16. Estas medidas ya se contenían en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, de 5 de mayo de 1998. Relacionado con esto y sobre la nueva base jurídica del art. 63 TCEE, se encuentra la propuesta de Directiva de la Comisión sobre reagrupamiento familiar de 1999. Entre las aportaciones de esta propuesta de Directiva se encuentra la equiparación de las parejas de hecho al matrimonio a los efectos de acceder al reagrupamiento familiar.

En fechas más recientes fue debatido y aprobado por el Parlamento el Informe Anual sobre la situación de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea, con fecha 14 de enero de 2003²⁶. El Informe constata cómo en los últimos veinte años, en la UE ha aumentado enormemente el número de parejas que viven juntas sin contraer matrimonio. En 2000, el 33% de las parejas jóvenes (de menos de 30 años) no habían contraído matrimonio -al igual que el 8% de todas las parejas de la UE- y el 27% de los nacimientos tuvieron lugar fuera del matrimonio. También han aumentado o son más visibles las parejas del mismo sexo que se registran en un mismo domicilio:

“Recomienda a los Estados miembros que reconozcan las relaciones no matrimoniales, tanto entre personas de distinto sexos como entre personas del mismo sexo, y que concedan a las personas que mantienen estas relaciones los mismos derechos que a las que celebran matrimonio;

Insta a los Estados miembros a que permitan el matrimonio entre personas del mismo sexo;

Insta a la Unión Europea a que incluya en la agenda política el reconocimiento mutuo de las relaciones no matrimoniales, así como de los matrimonios entre personas del mismo sexo, y a que desarrolle propuestas concretas al respecto”.

Sin embargo, el párrafo segundo que pide a los Gobiernos que permitan el matrimonio entre homosexuales, no salió adelante y fue rechazado²⁷.

²⁶ Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los Derechos fundamentales en la Unión Europea (2001) (2001/2014 (INI)).

²⁷ *Enmienda 40 de supresión* adoptada por 279 votos a favor, 259 en contra y 9 abstenciones. Como vemos esta recomendación no fue aprobada por un margen pequeño de votos, lo que muestra cómo en el seno de la Unión europea la tendencia es claramente favorable al reconocimiento de este tipo de uniones. De hecho éste Informe ya recoge los diferentes supuestos a los que hemos aludido anteriormente en el sentido de que dada la creciente interrelación económica y cultural en la UE, se podría calificar como un obstáculo a la libre circulación de personas, uno de los pilares que el mercado interior y la Unión debe garantizar. Asimismo surgen problemas con el reconocimiento transnacional de las relaciones en que están implicados ciudadanos de terceros países. En diferentes propuestas legislativas de la Comisión que afectan a las relaciones familiares, ya se incluye, como hemos visto, a las parejas de hecho. En dos casos la Comisión partió de la premisa de que entre los miembros de la familia también se puede entender a la pareja en aquellos Estados miembros en los que su legislación nacional equipara la situación de las parejas no casadas con las casadas. En la propuesta relacionada con la reunificación familiar, el Estado miembro ha de tener en cuenta diversos factores para juzgar si existe una relación de hecho duradera; factores como por ejemplo tener un hijo en común o haber vivido juntos en el pasado o estar registrados como pareja. El Informe aboga por considerar que

El Tribunal de Justicia de la Unión europea se ha pronunciado en algunas ocasiones sobre este tema aunque siempre encontramos los problemas que se derivan de la interpretación que hace el tribunal sobre los derechos fundamentales, por la necesidad de aunar los contenidos constitucionales de los Estados miembros, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y su propia jurisprudencia.

La Sra. Grant es empleada de una compañía ferroviaria de Southampton, en su contrato figuraba una cláusula según la cual se concede gratuidad y reducciones en el transporte al cónyuge y a las personas a cargo de la misma. Un Reglamento adoptado por la empresa equiparaba cónyuge y persona de otro sexo con la cual un empleado mantuviera “una relación significativa”. Basándose en esto, la Sra. Grant pide reducciones en los transportes para su compañera, con la cual mantenía una “relación significativa”. Ante la negativa de la empresa a conceder las reducciones que la Sra. Grant pide, ésta lleva el caso a los tribunales británicos aduciendo el artículo 119 del TCE y la Directiva 76/207, señalando que su predecesor en el puesto de trabajo (un hombre) había obtenido las ventajas que se le negaban a ella, pero el tribunal aplica el Reglamento textualmente y exige que se trate de una persona de otro sexo. Aunque la Sra. Grant había aducido que el Parlamento europeo se había pronunciado contra cualquier discriminación motivada por la tendencia sexual de las personas, el Tribunal estima que la comunidad no ha adoptado normas para poner en práctica dicha equiparación.

Esta sentencia resulta interesante en tres aspectos concretos: primero, porque la jurisprudencia del Tribunal podría cambiar al utilizar el contenido interpretativo de la Corte de Estrasburgo en materia de derechos fundamentales (como lo demuestra el párrafo 33 de la sentencia en relación con los artículos 8, 12 y 14 de la Convención europea). Segundo, por los instrumentos internacionales que hacen referencia a la tutela de derechos fundamentales (la sentencia menciona no solamente la CEDH, sino también otros instrumentos internacionales que la Corte debe tener en cuenta aunque no se encuentren recogidos en el artículo F del tratado de Maastricht, ni en el artículo 6 del Tratado de Amsterdam). Tercero, por la aportación que supone la modificación que el Tratado de Amsterdam aporta en materia de tutela de derechos fundamentales. El derecho de cada individuo a no ser discriminado es una consecuencia del principio de igualdad que exige que no se tengan en consideración factores discriminatorios como el sexo, la raza, la lengua, la religión. Esta es la interpretación también sostenida por el Tribunal de Justicia. El Tratado de Amsterdam no solo reconoce la importancia del principio de

una pareja de hecho registrada en un país de la Unión sea reconocida automáticamente en todos los demás países.

igualdad sino que intenta consolidarla multiplicando las disposiciones que se refieren a ella y afirmando la igualdad como objetivo de la Unión.

La igualdad entre hombre y mujer es uno de los objetivos de la Unión. De modo particular, el artículo 141 (anterior artículo 119), establecer el principio de igualdad de retribución entre trabajadores de sexo masculino y femenino prohibiendo cualquier discriminación basada en el sexo, mientras que el artículo 137 (antes el 118) establece la igualdad entre hombre y mujer en referencia a las oportunidades en el mercado de trabajo y en el tratamiento en el trabajo. De hecho, la Comisión está preparando una Directiva contra el racismo y otra para la igualdad de tratamiento en las relaciones de trabajo.

En la Sentencia que comentamos, el Tribunal analiza el problema desde tres aspectos: en primer lugar desde el punto de vista del derecho interno de los Estados miembros. Afirma que, aun cuando en algunos Estados miembros “la vida en común de dos personas del mismo sexo se equipara al matrimonio, aunque de modo incompleto, en la mayor parte de los Estados miembros se equipara a las relaciones heterosexuales estables sin vínculo matrimonial sólo en lo que respecta a un número limitado de derechos o no es objeto de ningún reconocimiento específico”.(Parágrafo 32 de la sentencia)

En segundo lugar, hace un análisis de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y estima que “las relaciones homosexuales duraderas no están comprendidas en el ámbito de aplicación del respeto a la vida familiar, protegido por el artículo 8 del Convenio”. Ello no viola el artículo 14 del Convenio, que prohíbe la discriminación.(Parágrafo 33 de la sentencia).

En tercer lugar, analiza el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. El Tribunal reitera que el Pacto constituye una de sus fuentes de interpretación pero no admite que el concepto de sexo abarque también las preferencias sexuales.

Entre las fuentes internacionales de inspiración, el Tribunal hace primar a las europeas frente a las universales,²⁸ pero “buscando la interpretación generalmente admitida hay día del

²⁸ Ya hemos mencionado que no es extraño que en el sistema internacional de protección de derechos fundamentales coincidan distintos sistemas de protección; en realidad, los sistemas regionales se complementan con el sistema universal aunque sucede que aquellos suelen ser más amplios y garantistas que éste, ya que la protección se ejerce por órganos expresamente creados para ello, mientras que en el sistema universal esta protección es más escasa. Realmente el Tribunal de Justicia en muy pocas ocasiones acude a instrumentos distintos a los europeos y, concretamente, a la CEDH. En la sentencia de la causa DEFRENNE IV, el Tribunal, tras afirmar que “el respeto a los derechos fundamentales de la persona forman parte de los principios generales del Derecho comunitario” y que “la eliminación de la discriminación por razón de sexo forma parte de tales derechos fundamentales”, ha declarado que los mismos conceptos se incluyen en la Carta Social europea de 18 de noviembre de 1961 y en la Convención

concepto de discriminación por razón de sexo que figura en diferentes instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos fundamentales”, llega a las siguientes conclusiones:

“*En el estado actual del Derecho en el seno de la Comunidad*, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo.

Por consiguiente, el Derecho Comunitario no obliga a un empresario a equiparar la situación de una persona que tiene una relación estable con un compañero del mismo sexo a la de una persona casada o que tiene una relación estable sin vínculo matrimonial con un compañero del otro sexo”(Parágrafo 35 de la sentencia).

“*En su estado actual*, el Derecho comunitario no se aplica a una discriminación basada en la orientación sexual”²⁹; no existen disposiciones aplicables al caso *de quo*, por tanto, compete exclusivamente al legislador nacional dictar normas que regulen esta situación.³⁰

El Tribunal, mientras que en lo que se refiere a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros se limita a observar la falta, en algunos de ellos, de normas que equiparan el matrimonio a la comunidad de vida entre dos personas del mismo sexo, en lo referente al criterio del respeto a los derechos garantizados por la Convención europea, ofrece una interpretación insólita. Según hemos dicho, el artículo F receptiona el contenido material de la Convención europea (el catálogo de derechos), pero no el sistema de control del Tribunal de Estrasburgo sobre el respeto de tales derechos, que había dejado irresuelto el problema de la concurrencia de dos

de la Organización Internacional del Trabajo, de 25 de junio de 1958, en lo referente a la discriminación en materia de empleo y profesión. Pero la referencia a estos dos Tratados es genérica y es más un dato *ad abundantiam*. Por el contrario, las referencias a la CEDH se hacen de forma específica. La sentencia *Grant* aclara que entre el número de los instrumentos internacionales referidos a los derechos del hombre que la Corte debe tener en cuenta al aplicar los principios generales del Derecho Comunitario, se encuentra ciertamente el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que la Sra Grant alegó y según el cual en el concepto de sexo se incluye también las preferencias sexuales.

No obstante el Tribunal argumenta que el respeto a los derechos fundamentales no puede comportar una ampliación del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado. En consecuencia el concepto de discriminación por razón de sexo, contenido en diversos instrumentos internacionales no puede conducir al Tribunal a ampliar el artículo 119 del Tratado que debe ser definido solamente teniendo en cuenta la finalidad, su colocación sistemática y el contexto jurídico en el que se debe inscribirse.

²⁹ Vid: CHUECA SANCHO, A.: *Los derechos fundamentales en la Unión europea*, Bosch, Barcelona, 1999.

³⁰ El Tratado de Amsterdam introduce un nuevo artículo 13 que autoriza al Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previo dictamen del Parlamento, acciones dirigidas a combatir cualquier discriminación por razón de sexo, raza, religión, edad, orientación sexual. Este nuevo poder de adoptar medidas anti-discriminatorias se limita a materias en las que exista una competencia de la comunidad y a los factores de discriminación expresamente mencionados en la norma.

sistemas jurisdiccionales en lo que se refiere a la actividad interpretativa. En la sentencia *Grant*, el Tribunal parece superar este problema en el momento en que al argumentar la falta de norma en la Convención Europea aplicable al caso, utiliza como propia la jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Estrasburgo. El hecho insólito consiste en la referencia como parámetro de validez, no al catálogo de derechos indicados en la Convención los cuales se han institucionalizado con el Tratado de Maastricht, sino a la interpretación que de estos derechos ha hecho un órgano jurisdiccional externo al ordenamiento comunitario que se convierte en “derecho de la Unión”.

Si esta es la solución que el Tribunal intenta sostener y si es verdad, como más de un autor ha sostenido, que el punto crucial de la adhesión de la Comunidad a la Convención Europea de Derechos Humanos supone el sometimiento a los sistemas de control previstos en la Convención, entonces la Sentencia *Grant* contiene las indicaciones que parecen superar al menos uno de los obstáculos que se establecieron por el Tribunal como límite a la adhesión,(que en el Dictamen 2/94 el Tribunal establecía en la subordinación a los sistemas de control previstos en la Convención), en tanto siga sin existir un acuerdo que proporcione a la Unión europea una Constitución que acoja una Carta de derechos como un catálogo al que el Tribunal pueda amoldar su jurisprudencia.