

# EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: ENTRE EL TRATADO CONSTITUCIONAL Y EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS \*

M<sup>a</sup> Concepción Pérez Villalobos  
Universidad de Granada

SUMARIO: I. Introducción. II- La parte II del Tratado constitucional. 1- Contenido de la Carta. 2- Cláusulas de interpretación. III- Niveles de protección. El CEDH y la Carta de derechos. 1- El supuesto del artículo 69 referente al derecho a contraer matrimonio y fundar una familia

## Introducción

En el Tratado constitucional se han incluido por primera vez un listado de derechos fundamentales, catálogo que, como es sabido, no existe en los Tratados de la Unión que consagran las libertades comunitarias y algunos principios como el de no discriminación. Aún así, a pesar del *silencio de los Tratados*, el compromiso con los derechos fundamentales ha existido siempre si bien quedaba excluida la posibilidad de poder construir una dogmática de los derechos fundamentales, pues el impulso de las instituciones se dirigía a la protección de las libertades comunitarias y de los derechos tal y como estaban reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros.

Sin embargo, los derechos fundamentales empezaron a ser objeto de atención por la Comunidad en el momento en que empezaron a ser alegados por los particulares que interponían demandas cuando entendían que se vulneraban por la Comunidad derechos que estos tenían reconocidos en sus Constituciones<sup>1</sup>. Aunque en un primer momento el Tribunal de Justicia se mantuvo conservador de la posición del Derecho comunitario entendiéndolo que no podía utilizar el derecho interno como parámetro de

---

\* Este trabajo contiene unas primeras pinceladas sobre la protección de derechos en la Unión Europea después de la aprobación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Se trata de unas reflexiones hechas tomando uno de los derechos como referencia, pero que se enmarcan de un proyecto futuro más ambicioso, por lo que no pretenden ser ni exhaustivas ni definitivas.

<sup>1</sup> La formalización de los derechos humanos y de las libertades fundamentales se ha ido introduciendo tímidamente a través de las modificaciones de los Tratados constitutivos por el Acta Única Europea de 1987, por el tratado de Maastricht de 1992 y por el Tratado de Amsterdam de 1997.

interpretación de los Tratados, pronto cambió esta posición incorporando la referencia a las tradiciones comunes de los Estados miembros y a los instrumentos internacionales de protección de derechos fundamentales<sup>2</sup>.

Es bien sabido, igualmente, que el ámbito de protección de los derechos se ha ido ampliando progresivamente con mayores o menores dificultades, entre la oposición de los Tribunales Constitucionales y la aceptación de que los derechos fundamentales proyectan un conjunto de valores y sujetan los pilares fundamentales de la Unión, apareciendo un control jurisdiccional del cumplimiento de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia.

Finalmente, tras los impulsos que supusieron los Tratados de Maastricht, Amsterdam y Niza, se consigue reunir en un único texto un catálogo de derechos propios de la Unión en la Carta Europea de Derechos de diciembre de 2002. Era necesario dar un último paso definitivo con la incorporación de los derechos en el texto de una futura Constitución europea<sup>3</sup>.

## **II. La parte II del Tratado constitucional**

### **1. El contenido de la Carta**

La Carta Europea de Derechos se ha incorporado a la Parte II del Tratado constitucional. El *grupo de trabajo* creado en el seno de la Convención, desde el principio apoyó la incorporación de la Carta mediante una fórmula que le permitiera ser

---

<sup>2</sup> El papel de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas(TJCE) en materia de derechos fundamentales ha sido fundamental. De forma temprana el Tribunal estableció que “los derechos fundamentales de las personas están comprendidos dentro de los principios fundamentales del Derecho Comunitario”, en la sentencia Stauder (Sent. 12.11.1969, Stauder, 29/69, p.419). El TJCE confirmó que los principios generales del Derecho Comunitario constituyen el elemento de sustanciación normativa de los derechos y libertades fundamentales en el orden jurídico comunitario. Igualmente, en la Sent. 17.12.1970, International Handelsgesellschaft, 17/70, p. 1135, el tribunal añadió que la protección de los derechos fundamentales “está inspirada en los principios constitucionales comunes a los Estados miembros”. En tercer lugar, en la Sent. 14.5.1974, Nold, 4/73, p.491 ya utilizó el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, como elemento de referencia: “los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, pueden facilitar, asimismo, indicaciones que es preciso tener en cuenta en el marco del Derecho Constitucional”.

<sup>3</sup> La bibliografía sobre el tema es, en este momento, inabarcable. Un interesante punto de vista sobre el *status quo* de la cuestión se pueden encontrar en *RIDOLA, P.:* “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea y el desarrollo del constitucionalismo europeo”, en *Derecho Constitucional y cultura. Estudios en Homenaje a P. Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004.

jurídicamente vinculante y tener un estatuto constitucional<sup>4</sup>. De la misma forma, se estaba de acuerdo en la necesidad de respetar el contenido íntegro de la carta aprobado por el Consejo en Niza, incluidas sus declaraciones de derechos y principios, su preámbulo y sus disposiciones generales por lo que no se abriría un nuevo debate sobre la misma, lo cual suponía no introducir ningún cambio en los derechos y principios recogidos en la Carta.

La incorporación al Tratado constitucional no modifica el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros. Sobre este punto ya hubo consenso en Niza y ahora se incorpora al artículo II-111.2 del Tratado, de manera que recoge la jurisprudencia ya consolidada por el Tribunal de Justicia en el sentido de que la protección de los derechos fundamentales por la legislación de la Unión no puede tener el efecto de ampliar el ámbito de aplicación del Tratado más allá de las competencias de la Unión. En este sentido se pronunció la sentencia Grant de 1998 a la que nos referiremos después<sup>5</sup>. Se trata de una interesante sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en la que éste hace suya la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos en lo que se refiere a la interpretación del derecho fundamental a contraer matrimonio, resolución que probablemente no habría podido dictar el Tribunal en este mismo sentido de haber estado en vigor el artículo II-69 de la Constitución europea, porque entraría en contradicción con esa voluntad del Tribunal de Justicia de hacer suya la jurisprudencia del TEDH .

Por eso la cuestión anterior nos pone sobre la pista de algunos interrogantes que se abren a partir de ahora en lo que se refiere a los diferentes niveles de protección de los derechos y que aparecen a partir de la aplicación de los artículos 111, 112 y 113 del Tratado constitucional referentes a la interpretación y aplicación de la Carta. Esta

---

<sup>4</sup> La fórmula por la que se podría producir esta incorporación se planteó desde un principio basándola en tres posibilidades: a) la inclusión del texto de la carta al principio del Tratado en un título o capítulo del mismo; b) la inclusión de una referencia en un artículo del Tratado. Esta referencia podría combinarse con la inclusión de la carta como un anexo al Tratado, o bien, en forma de protocolo; c) tan solo un miembro del grupo propuso una referencia indirecta a la Carta para que esta fuera jurídicamente vinculante, sin darle estatuto constitucional (CONV 354/02)

<sup>5</sup> “No obstante, si bien el respeto de los derechos fundamentales que forman parte de dichos principios generales constituye un requisito para la legalidad de los actos comunitarios, estos derechos no pueden, en sí mismos, producir el efecto de ampliar el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado más allá de las competencias de la Comunidad” (véase, especialmente, en lo que respecta al alcance del artículo 235 del Tratado CE en relación con el respeto de los derechos humanos, el dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, Rec. p. I-1759, apartados 34 y 35).

situación se complica, además, porque la parte II del Tratado no solo recoge derechos, sino también libertades y principios. Se trata, por tanto de una declaración heterogénea que no aparece siquiera sistematizada sino que bajo la rúbrica “derechos fundamentales” identifica con los derechos a lo que tiene un contenido claramente diferente y al no identificar cuales son unos y otros deja en manos del intérprete la posibilidad de alegarlos ante la jurisdicción, eso por no mencionar la confusión que introduce el artículo 112.1 al incorporar el criterio del “contenido esencial” del derecho cuando en el Tratado (en el propio artículo citado) aparece claramente determinado que el contenido de los derechos se delimitará conforme un contenido convencional (que es el que establece el Convenio Europeo de Derechos Humanos) y un contenido tradicional (que es el que hace referencia a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros). Refirámonos a ello.

## **2. Cláusulas de interpretación**

Según el artículo 112.5 en la medida en que la carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretaran en armonía con las citadas tradiciones, si bien ninguna de sus disposiciones podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos reconocidos por las Constituciones de los Estados miembros –artículo 113-. Sin duda supone incorporar un compromiso de que no se llegará a una interpretación que pueda romper con la protección más amplia de los derechos que hagan los Estados miembros, lo cual supone que la definición de los derechos de la Carta deben de hacerse de manera que no se afecte al contenido de cada derecho en los Estados. A partir de aquí no parece exagerado pensar que habrá derechos que sufran en cuanto a su contenido porque tengan una protección menor, sobre todo cuando se trate de derechos entre los que se establezca una estrecha relación.

La Carta está firmemente arraigada en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y en la jurisprudencia sobre derechos fundamentales derivadas de estas tradiciones establecida por el Tribunal de Justicia, pero, en lugar de seguir con el enfoque que venía dándole el tribunal del “mínimo común denominador”, a partir de ahora los derechos de la carta se interpretarán de forma que ofrezcan un nivel elevado de protección que resulte adecuado al Derecho de la Unión y sea acorde con las tradiciones constitucionales de los Estados. Es esta una idea ambiciosa pero también

ambigua por la dificultad de que los 25 sean capaces de precisar el contenido común de los derechos

### **III. Niveles de protección. El CEDH y la Carta de derechos**

La adhesión de la Unión Europea al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos (CEDH) garantiza a los ciudadanos un grado de protección de los derechos fundamentales idéntico al que existe actualmente respecto de los Estados miembros; los argumentos a favor de la adhesión se han reforzado aún más por el hecho de que la Carta sea vinculante puesto que va a contribuir a garantizar un desarrollo armonioso de la jurisprudencia de los dos Tribunales europeos. Por esta razón, desde el principio se estuvo de acuerdo en que la adhesión al CEDH no debería constituir una alternativa a la integración de la Carta en los Tratados, sino que debía ser un factor complementario de la integración, que añadiría a la protección proporcionada por la Carta y el Tribunal de Justicia el control externo garantizado por el Tribunal Europeo. A partir de este momento la situación sería análoga a la situación jurídica de todos los Estados miembros, que garantizan los derechos fundamentales, por una parte, a través de sus Constituciones y, por otra parte, a través de las normas mínimas internacionales del CEDH.

La relación entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la CE no puede considerarse como "jerárquica", puesto que cada tribunal sólo se pronuncia en su ámbito jurídico propio sin invadir el ámbito del otro: el Tribunal Europeo actuará simplemente como una jurisdicción más especializada, que lleva a cabo un control externo adicional limitado exclusivamente al respeto del CEDH. Su papel debe dejar totalmente intactas la autoridad y la importancia del Tribunal de Justicia, de la misma forma que deja intactas las de los Tribunales constitucionales o Tribunales supremos nacionales, que son muy respetuosos de los derechos fundamentales y gozan de la facultad de rebasar las normas mínimas establecidas en el CEDH.

De otro lado, la adhesión de la Unión al CEDH, que permitiría al Tribunal de Justicia aplicar directamente el CEDH, podría reforzar también el papel del Tribunal de Justicia en el desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en Europa y podría implicar que este Tribunal tuviera más influencia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sin embargo, ambos supuestos plantearán dificultades, si se intenta garantizar un desarrollo armonioso de la jurisprudencia de ambos tribunales. Estas dificultades podrían aumentar al ampliar progresivamente las competencias de la Unión a ámbitos especialmente sensibles desde el punto de vista de los derechos fundamentales, en particular, en el tercer pilar. Ante las dificultades que se podrían plantear de ahora en adelante, en particular, cuando el Tribunal de Justicia tenga que pronunciarse antes de que exista jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre una cuestión determinada, la adhesión de la Unión al CEDH funcionaría como una "red de seguridad" que permitiría reducir al máximo las posibles divergencias en la jurisprudencia y corregir los efectos de estas divergencias. Esta solución parece especialmente aconsejable en tanto en cuanto, en caso de integración de la Carta en los Tratados, podría aumentar el número de asuntos presentados ante el Tribunal de Justicia en relación con los derechos fundamentales a raíz de la adhesión, como podría aumentar igualmente el número de asuntos presentados ante el Tribunal Europeo.

### **1- El supuesto del artículo II-69 referente al derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia**

Un supuesto claro en el que pueden aparecer estas dificultades para garantizar el desarrollo armonioso de ambos tribunales es el supuesto del derecho a contraer matrimonio y fundar una familia recogido por las tradiciones constitucionales de los Estados, por la Carta constitucional europea y por el Convenio Europeo y en cada caso posiblemente de diferente manera.

El artículo II-69 del Tratado constitucional recoge el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia en los siguientes términos: *“Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”*.

Como ya sabemos, al texto del Tratado se ha añadido una Declaración relativa a las explicaciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales (Declaración nº 12) y a la forma en que deben ser interpretados los artículos de la misma. La redacción de este artículo está basada en la existencia del artículo 12 del CEDH, como la propia Declaración reconoce, aunque se ha retocado para “modernizar” el derecho. Lo que la

explicación del derecho establece es que “la redacción de este derecho se ha modernizado para abarcar los casos en los que las legislaciones nacionales reconocen vías distintas a la del matrimonio para fundar una familia”, lo cual no es exacto, desde nuestro punto de vista, puesto que esta posibilidad ya quedaba reconocida en el Convenio Europeo. La redacción del artículo 12 se refiere al derecho a contraer matrimonio y a la familia 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*”; sin embargo, no necesariamente ha sido así, ni así se ha aplicado ni interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos. A mi juicio son otros los problemas que aparecen en estas dos regulaciones y a los que me refiero a continuación.

Es cierto que no existe una definición de familia en la regulación del CEDH, de manera que podemos decir que ha sido 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, a través precisamente de una construcción jurisprudencial del derecho. En este orden de cosas, la jurisprudencia ha optado por conjugar el reconocimiento de una noción de familia prevalente en el sistema de la Convención, que sería el género común<sup>6</sup>, con el reconocimiento del derecho de los Estados a preferir una forma o especie de familia determinada.

Lo anterior significa, pues, que los Estados europeos son libres de reconocer diferentes tipos de familia, aunque tanto la Comisión (CEDH) como el Tribunal (TEDH) aclaran que no tienen la obligación de equipararlas jurídicamente a la familia natural, lo que hace que el Convenio sea compatible con una pluralidad de concepciones del matrimonio<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> “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

Pero, a su vez, sin perjuicio de ello, 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. Al tiempo que el artículo establece también que el derecho a contraer matrimonio está sujeto al Derecho nacional de los Estados contratantes, que en cualquier caso, las limitaciones que se establezcan no deben restringir o reducir el derecho hasta menoscabar su esencia”<sup>8</sup>. 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.

Sin embargo, en pronunciamientos posteriores el TEDH establece un concepto de familia desvinculado del matrimonio, pero no lo desvincula de la oposición biológica de sexos. 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* 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. Y, en este supuesto, el Tribunal de Derechos Humanos ha admitido el caso por considerar que podría tratarse de una discriminación por orientación sexual que viola la

---

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.

<sup>8</sup> 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. Cit.*

Convención<sup>9</sup>. Estas situaciones suponen ya una evolución de la posición jurisprudencial en la interpretación del artículo 12 CEDH, de manera que el Tribunal parece admitir la relación de hecho homosexual equiparable al matrimonio, pero sin admitir la existencia de un derecho de éstos a contraerlo, en base al propio convenio. Lo que cabe preguntarse es si mantendrá el TEDH esta misma 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”<sup>10</sup>. A esto parece referirse la explicación del derecho que aparece en la declaración n° 12 del Tratado constitucional cuando advierte que “este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda el estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo. Este derecho es por lo tanto *similar* al previsto por el CEDH, pero su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca”. Sin embargo, va a depender mucho de que la interpretación que se haga de estos supuesto sea la misma en el seno de la Unión y por el Tribunal que aplica el CEDH. Después de la entrada en vigor de la Constitución europea, es previsible que se produzca una uniformidad en la interpretación y garantías del derecho a nivel europeo por cuanto se reducen los problemas que supone la existencia de varias jurisdicciones en la protección de los derechos. Tanto la inclusión de la Carta de derechos en la Parte II del Tratado constitucional como la adhesión de la Unión al CEDH supone la existencia de un catálogo formal de derechos propios de la Unión y la eliminación de los conflictos de competencias y de interpretación entre Tribunales diversos. Pero esto, en cuanto al nivel interno de protección del derecho lo que no significa que no vayan a aparecer otros problemas derivados de la existencia de varias jurisdicciones en la protección del derecho.

Así, el artículo II-69 del Tratado lo que hace es recoger algo que ya venía recogido en la mayoría de las legislaciones de los Estados miembros. En la Unión Europea se habían venido produciendo algunos pronunciamientos importantes de los que había que deducir que se tiende a una equiparación en derechos, por ejemplo, entre los matrimonios y las uniones de hecho. Con frecuencia se invoca la Resolución del

---

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Sentencia Rees, de 17 de octubre de 1986, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, Cit. pp. 679-694.

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 humanos<sup>11</sup>.

No fue esta la única oportunidad en la que la Unión Europea ha contemplado estas situaciones<sup>12</sup>. Al amparo del artículo 13 del Tratado constitutivo de la Unión europea<sup>13</sup>, se han dictado algunas normas. Así, en noviembre de 2001, el Consejo adoptó la Directiva Marco relativa a la igualdad de trato en el empleo<sup>14</sup>. La Directiva

---

<sup>11</sup> 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).

<sup>12</sup> 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).

<sup>13</sup> “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”.

<sup>14</sup> 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.

entró 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, 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, o matrimonio homosexuales que abandonen países donde sus relaciones no matrimoniales, o sus matrimonios contraídos conforme a su ley estatal gozan de reconocimiento legal.

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 2003<sup>15</sup>, que recomendaba 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; también instaba a los Estados miembros a que permitan el matrimonio entre personas del mismo sexo; y a la propia 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”. El párrafo segundo que pide a los Gobiernos que permitan el matrimonio entre homosexuales, no salió adelante y fue rechazado<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los Derechos fundamentales en la Unión Europea (2001) (2001/2014 (INI)).

<sup>16</sup> *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 una pareja de hecho registrada en un país de la Unión sea reconocida automáticamente en todos los demás países.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en algunas ocasiones sobre este tema, pero es necesario que en la propia Unión se uniformicen los criterios y se acompañen a los del Tribunal Europeo por cuanto aquella, al proceder a la adhesión al CEDH puede ser demandada por incumplimiento del mismo, siempre que se produzca una actuación discriminatoria entre ciudadanos europeos, discriminación que puede venir por los diferentes contenidos constitucionales que los Estados miembros conceden al derecho. Desde el punto de vista interno, la cuestión se subsana con el criterio de la mayor protección del derecho (por la vía del artículo II- 113 del tratado que obliga a aplicar el estandar de protección más elevado), pero no así desde el punto de vista de la convivencia de las dos normas y de los dos sistemas de protección.

Si bien es cierto que a partir de ahora pierden actualidad algunas de las soluciones aportadas con carácter previo a la regulación que hace ahora el Tratado constitucional, pues tanto la incorporación de la Carta de derechos como la adhesión al CEDH puede eliminar la existencia de interpretaciones divergentes, también es posible que el Tribunal comunitario deba distanciarse de la interpretación que haga el TEDH en relación a algunos derechos, entre ellos el de contraer matrimonio entre parejas homosexuales, si esta interpretación resulta más restrictiva, apareciendo entonces nuevos casos de conflicto, de manera que de haber estado en vigor el artículo II-69 del Tratado no se podrían haber dictado algunas resoluciones como, por ejemplo, la sentencia de 17 de febrero de 1998 en el caso *Grant*.

En este caso, la Sra. Grant era empleada de una compañía ferroviaria de Southampton y en su contrato figuraba una cláusula según la cual se concedía 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 pidió la reducción en los transportes para su compañera, con la cual mantenía una “relación significativa”. Ante la negativa de la empresa a conceder las reducciones el caso llegó a los tribunales británicos y se invocó 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. El Tribunal aplicó el Reglamento textualmente exigiendo que se tratara de una persona de otro sexo, y entendió que la Unión no había adoptado normas para poner en práctica dicha equiparación, a pesar de que la Sra. Grant había aducido que el Parlamento europeo se había pronunciado contra cualquier discriminación motivada por la tendencia sexual de las personas.

Aplicando el CEDH, el Tribunal entendió 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”, sin que por eso se viole el artículo

14 del Convenio, que prohíbe la discriminación (*Parágrafo 33 de la sentencia*). Pues bien, si solo contáramos con el artículo II-69 del Tratado constitucional, esta afirmación no podría haberla hecho el Tribunal. Del mismo modo otro tanto cabe decir de algunos considerandos como los siguientes: “*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”<sup>17</sup>; no existen disposiciones aplicables al caso *de quo*, por tanto, compete exclusivamente al legislador nacional dictar normas que regulen esta situación<sup>18</sup>.

Pues bien, parece claro que la reflexión que surge de estas consideraciones pasa por la indudable importancia que tiene la incorporación de la Carta de derechos en la Parte II del Tratado constitucional lo que supone, sin duda, dotar a la dinámica constituyente de la Unión Europea de unos sólidos pilares *pro futuro*<sup>19</sup>. Pero, además supone un cambio en la posición del TJCE que ya no va a utilizar el Convenio Europeo como criterio interpretativo y estando compelido a hacerlo de la misma manera a como lo hace el TEDH. Una vez que se produzca la adhesión de la Unión al CEDH aparecerán situaciones de carácter conflictual si consideramos que aparecen diversos niveles de protección dentro del propio sistema europeo de derechos y que habrá que aplicar el nivel de protección más elevado. Cabe preguntarse si la conclusión a la que el Tribunal de Justicia seguirá llegando será la misma de dejar a la competencia de la legislación nacional las normas que regulan esos derechos, a pesar de la insistencia de ambos tribunales en que se tratará de dos jurisdicciones que respetarán sus respectivos ámbitos de actuación. El Convenio podrá ser alegado ante el Tribunal de Justicia que

---

<sup>17</sup> Vid: A. CHUECA SANCHO: *Los derechos fundamentales en la Unión europea*, Bosch, Barcelona, 1999.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> B. OLIVER LEÓN: “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en el debate constitucional europeo”, *Revista De estudios Políticos*, nº 119, 203, pp. 225-226

lo aplicará en los términos en que haya sido desarrollado por el TEDH, si bien es cierto que la Unión protegerá los derechos conformándolos a las competencias que tiene asumidas, evidentemente no tiene que coincidir con el desarrollo individualizado que hagan los Estados de cada derecho; pero es que, además, la Unión no podrá dejar la regulación de esos derechos en manos de los Estados puesto que muchos de ellos tienen que ver con las competencias que la Unión tiene asumidas por lo que es difícil que no se den supuestos de conexión entre ellos, como en el caso que hemos descrito: si es la libertad de empresa la que está en juego, necesariamente aparecen los derechos de los trabajadores, o las ayudas de empresa, o el derecho de no discriminación de los trabajadores por razón de sexo. Por tanto, los interrogantes acerca de la forma como convivan los dos sistemas de protección en el Consejo de Europa y en la Unión europea, siguen abiertos.